

AI	091 de 2023
Procedimiento:	Divisorio
Demandante:	Luz Adriana Velásquez Pérez y otros
Demandada:	María Catalina Álvarez Velásquez y otros
Radicado:	05001 31 03 021 2019 00298 01
Asunto:	Confirma providencia con modificaciones

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
-SALA UNITARIA DE DECISIÓN CIVIL-**

Medellín, diez (10) de noviembre del mil veintitrés (2023).

I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la providencia del pasado 06 de septiembre de 2022, mediante la cual el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Oralidad de Medellín-Antioquia dirimió la controversia en el proceso verbal instaurado por Luz Elena Pérez Acevedo -como apoderada general de Mónica Andrea, Patricia y Luz Adriana Velásquez Pérez-, en contra de Marta Isabel Velásquez Ramírez, Miguel Andrés Velásquez Ramírez y María Catalina Álvarez Velásquez.

Ha de anotarse que, si bien el trámite que antecede a esta decisión se imprimió la estructura de una apelación de sentencia, razón por la cual aquí se otorgó el termino de traslado para la sustentación del recurso, mismo que fue descorrido por las partes y en torno a ello se presentó ponencia que suscitó sala de discusión para finalmente perder la ponencia y ahora volver a reasumirla, porque finalmente la Magistrada Piedad Cecilia Vélez Gaviria -con buen criterio-, concluyó que no se trataba propiamente de una sentencia sino de un auto interlocutorio que debía ser de competencia exclusiva de Sala Unitaria, es por lo que ahora se admite esa visión del asunto, por lo que se reasume la competencia para seguir por la senda de la apelación de auto interlocutorio, sin que lo actuado de más constituya una afrenta a los derechos fundamentales del debido proceso y de defensa de las partes enfrentadas en este proceso divisorio, pues, por el contrario, tal irregularidad se presenta como un ahondamiento en garantías, al brindarse a las partes una oportunidad cierta y real de exponer las tesis sostenidas desde la primera instancia, como en efecto lo hicieron dentro del término para la sustentación del recurso y las cuales serán desatadas en la resolución de mérito del presente recurso.

II. ANTECEDENTES INMEDIATOS

1. Demanda y pretensiones. Mediante demanda presentada el día 17 de junio de 2019, las actoras pretendieron que se ordene la venta en pública subasta del inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria **001-107367** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, cuya cabida y linderos particulares se encuentran descritos en la demanda, para que el producto de la venta se distribuya entre los comuneros, en proporción al 16.666% de que es titular cada uno.

2. Los hechos admiten el siguiente compendio:

2.1. Que quienes conforman los extremos litigiosos son propietarios en común y proindiviso de inmueble distinguido con folio inmobiliario 001-107367 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín, cuyo dominio fue adquirido en virtud de la sentencia del 21 de septiembre de 1989 proferida por el Juzgado Sexto Civil Del Circuito de Medellín, protocolizada en la escritura pública 2997 de la Notaría 13 de Medellín.

2.2. Que, de conformidad con el título de adquisición, cada condómine es propietario del 16.666% del bien inmueble, siendo deseo de las actoras comuneras poner fin a esta indivisión, para lo cual otorgaron poder general a la señora Luz Elena Pérez Acevedo, mediante escritura pública número 1282 del 30 de noviembre de 2018 de la Notaría Once del Círculo de Barranquilla.

2. Actuación procesal. La demanda correspondió por reparto al Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, Despacho judicial que, mediante providencia del pasado 14 de noviembre de 2019 admitió la demanda y ordenó la notificación de la parte demandada.

2.1. Oposición de la demandada. La señora **Marta Isabel Velásquez Ramírez** llegó al proceso reconociendo la existencia de la comunidad, haciendo la salvedad que si bien del certificado de libertad y tradición podría asumirse a priori un porcentaje del 16.666% para cada comunero, no obstante, la realidad era diferente, pues el derecho de dominio que se ostenta provino de un testamento que consagraba cómo sería repartido el inmueble objeto de la pretensión, que lo fue en distintas proporciones y sobre partes determinadas, debiendo respetarse en ese sentido la voluntad del causante, según el clausulado de la escritura

pública 2997 de la Notaría 13 de Medellín, en la que se protocolizó. Resaltó así mismo la voluntad de poner fin a la indivisión en que se halla con las demandantes.

Dijo oponerse a la pretensión de venta del inmueble para señalar que lo que procede es la división material en los tres pisos en que se encuentra distribuido el inmueble, según la disposición testamentaria del causante, a saber: **primer piso:** Mónica Andrea, Patricia y Luz Adriana Velásquez Pérez; **segundo piso:** María Catalina Álvarez Velásquez; **tercer piso:** Marta Isabel Velásquez Ramírez, Miguel Andrés Velásquez Ramírez. Por ahí mismo, se opuso al avalúo presentado por la parte actora.

Como excepción planteó la que se dio en llamar: **i)** Prescripción adquisitiva de dominio, fundada en que ha poseído el tercer piso del inmueble ubicado en la calle 48 Nro. 67-54, por espacio de 42 años de forma ininterrumpida, ejerciendo además actos de señora y dueña.

2.2. El señor **Miguel Andrés Velásquez Ramírez** reconoció los hechos narrados en la demanda, pero reiteró que es una proporción diferente a la aprobada en providencia del 21 de septiembre de 1989 proferida por el Juzgado Sexto Civil Del Circuito de Medellín, protocolizada en la escritura pública 2997 de la Notaría 13 de Medellín, pues quedó condicionada a la división material de acuerdo a la voluntad del testador, según la adjudicación en la hijuela número 6.

Blandió las excepciones que denominó: **i)** Obligación de constituir propiedad horizontal y **ii)** división material; ambas fundadas en el respeto al legado del testador, quien quiso adjudicar el inmueble en distintas proporciones y sobre partes determinadas del inmueble, adecuándolo a un reglamento de propiedad que permitiera dividirlo materialmente.

2.3. Por su parte, **María Catalina Álvarez Velásquez** -tras aceptar la existencia de la comunidad-, advirtió que en el predio no todos los comuneros ostentan el derecho en iguales proporciones, debiendo respetarse el mandato testamentario y a la sucesión que, en últimas, es la que define el título de adquisición, bajo el amparo de lo reglado por los artículos 1374 y 1375 del Código Civil, según los cuales los adjudicatarios no están obligados a permanecer en indivisión, pero propuesta la misma se ha de seguir la voluntad puesta en el testamento. Con este argumento se opuso a las pretensiones de la demanda, sin formular excepciones.

3. La providencia impugnada. Agotado el trámite probatorio y legal pertinente, el juez *a-quo* profirió decisión el pasado 06 de septiembre de 2022, misma que llamó sentencia pero que en realidad es un auto interlocutorio, en el que optó por decretar la venta en pública subasta del inmueble objeto del litigio, no sin antes haber resuelto: “...No dar trámite a las excepciones de manera particular que denominaron los demandados “...Obligación de constituir reglamento de propiedad horizontal, (ii) Procedencia de la División material” (iii) “Improcedencia de división por venta”, conforme por lo expuesto en la parte motiva o en esta diligencia (...) **DESESTIMAR** la excepción de prescripción adquisitiva de dominio que propuso la señora Marta Isabel Velásquez Ramírez, en razón a que no se acreditó ninguno de los requisitos o presupuestos axiológicos que se exigen para la estructuración de la misma en la normativa sustantiva pertinente...”.

Para el efecto, comenzó el funcionario por estudiar los elementos que estructuran la acción divisoria, para luego advertir que la postura asumida por la parte demandada no tenía la entidad suficiente para controvertir la pretensión divisoria elevada por la parte actora, refiriéndose a los medios exceptivos que denominaron obligación de constituir reglamento de propiedad horizontal o que los porcentajes de asignación eran diferentes a los que aparecían en el folio de matrícula inmobiliaria o la oposición al avalúo. Seguidamente, advirtió el señor juez la falta de prueba de la excepción de prescripción adquisitiva incoada, como que los actos de posesión alegados se quedaron en las simples afirmaciones sin soporte probatorio alguno, sin demostrarse el *ánimus* propio de un señorío exclusivo de los demás condueños, como que, desde un comienzo, el tercer piso estaba asignado testamentariamente también al señor Miguel Andrés Velásquez Ramírez.

Aclaró así mismo el funcionario, que la base del proceso divisorio, era aquel por medio del cual se acreditaba la titularidad del dominio, como viene a ser el folio de matrícula inmobiliaria y los porcentajes que allí aparecen, para efectos de distribución entre los distintos comuneros, por lo que si no se estaba de acuerdo con los porcentajes allí incluidos que correspondían al 16.666%, ello debió haberse solventado con anticipación, pues el proceso divisorio no podía resolver más allá de los porcentajes asignados. Indicó que, a la postre, la señora Marta Isabel Velásquez Ramírez reconoció dominio ajeno al conciliar un pago en otro proceso, relacionado con su porcentaje de dominio, reconociendo de esa manera que no estaba ejerciendo posesión sobre un porcentaje mayor, y aunque el señor Miguel Andrés Velásquez Ramírez solicitó prueba testimonial para demostrar

coposesión, ello se hizo por fuera de la oportunidad prevista para ello, de ahí su rechazo.

En torno a la prosperidad de la pretensión divisoria, luego de individualizar el inmueble por su ubicación y linderos, advirtió, del estudio de los avalúos allegados, la imposibilidad de división material, al tratarse de un predio constituido por tres unidades habitacionales frente a 6 titulares de dominio, sin que se demostrara la viabilidad de esta forma alterna de acabar con la comunidad a través de la constitución de una Propiedad horizontal, procediendo entonces la división *ad valorem*, y en la proporción señalada en el folio de matrícula inmobiliaria, reiterando que es el documento que debía atenderse, al igual que el peritaje que presentó un mayor valor, esto es, el que tasó el valor comercial en la suma de \$979.138.391, de esta forma, resolvió entonces decretar “...la venta en Pública subasta del bien inmueble identificado con el folio de matrícula N° 001-107367 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Zona Sur, de propiedad de las partes, para que su producto sea repartido a los copropietarios en proporción a los derechos que le asiste a cada uno de ellos sobre el inmueble y que están registrados en el folio de matrícula correspondiente...”

4. El recurso de apelación. Varios integrantes de la parte demandada recurrieron la providencia.

4.1. La señora **Marta Isabel Velásquez Ramírez** reiteró lo que ha venido sosteniendo desde la contestación de la demanda, en lo que concierne al respeto de la voluntad del testador, resaltando que, conforme al testamento, al constituirse el legado se creó una comunidad de bienes, la cual determinó la extensión de sus derechos. Indicó, además, que el juez de primera instancia “...desconoció que la omisión en la matrícula inmobiliaria acerca de un determinado porcentaje para cada comunero, si bien, conlleva a una presunción de que los derechos cuotativos son iguales, esta presunción admite prueba en contrario. Se aportaron pruebas que indican que la intención de las partes fue distinta a la de acceder al bien por partes iguales...”

Destacó, que la división material no vulneraría derechos de las partes, por cuanto “...por un lado las demandantes quedarían integrando una comunidad que no involucraría a ninguno de los demandados y por otro lado se estarían

reconociendo las disposiciones del testamento que fueron aceptadas en su momento por todos los comuneros...”.

Que el juez no permitió la comparecencia del experto para interrogarlo sobre la procedencia de la división material, pero que, de todas maneras, el avalúo presentado cuenta con las condiciones necesarias para que sea sometido al régimen de propiedad horizontal, de acuerdo a las disposiciones del testamento.

Culmina enfatizando en que la decisión es “...a todas luces contraria a derecho, ya que ordena la repartición en proporción a los derechos que están registrados en el folio de matrícula, olvidando el juez que: 1. El registro carece de dicha información, no establece los porcentajes y, 2. El título que da origen al derecho de propiedad de los comuneros tampoco establece un porcentaje, pero sí establece la forma en cómo la comunidad sería disuelta: mediante el otorgamiento de régimen de propiedad horizontal en los términos del testamento...” De esta forma solicita, entonces, se decrete la división material.

4.2. Por su parte, **María Catalina Álvarez Velásquez** reclama la valoración del título traslativo de dominio, refiriéndose a la sentencia que aprobó la partición y adjudicación por fallo de septiembre 21 de 1989, donde se le dio acogida a la hijuela seis (6) al legado contenido en la disposición testamentaria vertida en la escritura No. 1227 del 27 de abril de 1984, donde expresamente se determinaba que se dispuso en *distintas proporciones y sobre partes determinadas de un inmueble*, advirtiendo que el juez obvió este examen y se centró en una deducción sobre el folio de matrícula que, además, no es acertada, puesto que, deduce proporciones de cuotas de los copropietarios como equivalentes, mismas que no se deducen ni constan en la prueba documental.

Respeto del legado dejado por el *de cujus*, pide que se interprete de la siguiente manera: “...1. Que se ordene la división material del inmueble en los términos de estas escrituras y conforme a las disposiciones del causante señor ROBERTO VELASQUEZ y 2. Que de ordenarse la venta se ordene la división del producido en la proporción que correspondería a cada legatario, según el piso que le fuera asignado por el causante señor ROBERTO VELASQUEZ...”

Solicita, además, que se valore el dictamen, en cuanto permite establecer que es posible la división material en los términos del testamento y de la sucesión, que configuran el título de propiedad y que, por lo tanto, de llegarse a dividir habría

perfectamente lugar a que se hiciera, respetando las condiciones del legado, agregando que: *“...En caso de que se ordenare la división por venta, se pide dividir los porcentajes de participación teniendo en cuenta el legado de acuerdo al coeficiente de copropiedad, que correspondería a cada uno de los copropietarios y que se hayan determinados en el dictamen aportado en proporción al número de metros de área construida para el primer piso 177 mts² en un porcentaje de 34.57%, para al segundo piso 177 mts² en un porcentaje de 34.57% y para el tercer piso 158 mts² en un porcentaje de 30.86%. En dichas proporciones se pide que se distribuya los dineros producto del remate...”*

Esbozados de esta manera los antecedentes que dieron lugar a la decisión recurrida y las razones de disenso que sustentan la alzada, procede la Sala a desatar el recurso con fundamento en las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

2. Ha de pasar entonces el Tribunal en Sala única de Decisión al objeto de la alzada, que se concreta llanamente en que la providencia acusada no hizo lugar de la manera esperada por los demandados recurrentes, en cuanto a la *división material* del inmueble, siendo que las partes pueden resultar como propietarios de una fracción del bien, conforme lo establecido en la mortuoria del señor Roberto Velásquez, que es título adquisitivo donde se estableció un derecho de dominio indiviso agrupando y distinguiendo comuneros en proporción al coeficiente de copropiedad según el piso que les fuera asignado por el causante.

Por consiguiente, son éstos y no otros los aspectos que demandan la atención de la Sala, como que lo resuelto en la providencia, respecto de los motivos que fundamentaron la negación de la excepción de prescripción adquisitiva, no fue discutida ni reprochada, lo que demuestra la conformidad de la parte interesada, sobre lo decidido frente a tal tópico, estableciendo de esta manera un infranqueable lindero para la segunda instancia.

3. Sobre la división de una cosa común. Para hacer efectivo el derecho de los comuneros a no permanecer en la indivisión de la cosa común, la legislación sustancial y procesal prevé los mecanismos específicos, en lo que a este particular concierne, lo tocante a los procesos divisorios, donde se fijan las reglas

atinentes a la división material y venta de la cosa común, como remedio para ponerle fin a determinada comunidad, artículo 406 y Ss. del C. G. del P.

De este modo, cuando cualquier comunero opta por poner fin a la comunidad a través del mentado proceso, sea por venta de la cosa ora por división material de la misma, debe tener presente que esta última procederá siempre y cuando se trate de bienes que puedan partirse materialmente, sin que su valor desmerezca por el fraccionamiento, exigencia contemplada en el artículo 406 del C. G. del P. En efecto, puede acontecer que se encuentre demostrado que no sea posible la división material del bien, ya sea porque no es procedente la partición material o, siendo adecuada, desmejora los derechos de los condueños, circunstancia que, a la postre, no obliga a los comuneros a permanecer en la indivisión, pues la norma **faculta al juez para optar por otro medio que persiga el fin del proceso divisorio y es la denominada división por venta**, sin que con esa determinación se irrumpa en el vicio de la incongruencia, división *ad valorem* que conlleva a que una vez efectuada la venta del bien inmueble en pública subasta, su producto se distribuya entre todos los condueños, en la proporción y cuantía a que se circunscriba el respectivo porcentaje de dominio de cada condómine.

4. Caso concreto. El señor juez de primera instancia, tras hallar frustránea la división material, ordenó la venta en pública subasta del inmueble, fundado, entre otras consideraciones, en que la prueba atendible para establecer la titularidad del dominio, era el folio de matrícula inmobiliaria, el cual, según la visión particular del juez, relacionaba el porcentaje de copropiedad de cada condómine, que por no señalar un porcentaje, entonces, por deducción lógica correspondía al 16.666% para cada uno de los seis condueños, tomándolo para efectos de distribución del producto de la venta, de modo que, si no se estaba de acuerdo con los porcentajes allí incluidos -agregó el funcionario-, debió haberse solventado el punto con antelación a la iniciación del presente proceso, por ello, el eje central argumentativo de la censura, gira en torno a que la venta decretada y en los porcentajes establecidos por el dispensador del justicia, contraviene el título de adquisición *mortis causa* de la copropiedad, donde el causante dejó distribuido física y materialmente -en distintas proporciones- el inmueble objeto de litigio y, conforme a ello, resultaban unos porcentajes de copropiedad muy distintos a los establecidos por el *a quo*, exigiendo la censura que se decrete la división material en los términos del testamento o que, en caso de venta, se

ordene el pago del producido en la proporción que corresponde a cada legatario, según el piso que le fuera asignado por el causante.

4.1. De este modo, al aprestarse la Sala a dilucidar de forma integral el tema de censura, se anticipa a señalar que tiene razón parcialmente la parte demandada recurrente, en calificar como desacertado el juicio del funcionario, ya que el argumento sobre la forma de acreditar la titularidad del dominio o de un porcentaje de copropiedad del mismo es equivocado y alejado de nuestro régimen jurídico de bienes, pues, pretende desconocer la tradición dualista -título y modo- de adquisición del dominio, que se sigue en Colombia y que se encuentra positivizada en nuestro Código Civil.

4.2. Partamos por advertir entonces que, para el correcto ejercicio de la acción divisoria, cobra inusitada relevancia la precisión y alcance del derecho de dominio de cada condómine, pues, es nada menos el medio por el cual, **la cuota-parte indivisa del comunero se transforma, merced al éxito de la pretensión, en un derecho concreto.**

4.3. Ahora bien, en los términos del artículo 669 del Código Civil, el dominio o propiedad “...es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella...”. La tradición es el modo de adquirir el dominio, la cual consiste, en los términos del artículo 740 *ib.* “...en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo...” Para que valga la tradición se requiere **un título traslativo de dominio**, como el de venta, permuta, donación (art. 745 C.C.) o, como ocurre en este caso “...**los actos legales de partición**...” (art. 765 inc. 4º), conforme se observa en la providencia del pasado 21 de septiembre de 1989 que resolvió aprobar “...en todas sus partes el trabajo de **partición y adjudicación de los bienes relictos**...” (cfr. fl. 56 pdf. 01). Tratándose de inmuebles, la tradición del dominio se realiza a través de la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos (art. 756 C.C.). En estos casos, es obligatorio registrar el título traslativo de dominio (art. 759 C.C.).

4.4. Frente a la concurrencia y complementariedad de ambos fenómenos jurídicos de cara a la comprobación de la propiedad o, en este caso, **de la cuota parte a la que, en común y proindiviso con otros legatarios se adjudicaron de común acuerdo las demandantes**, la Honorable Corte Suprema de Justicia

en añosa jurisprudencia que no por inveterada deviene desactualizada, ha explicado lo siguiente:

*“...Título y modo son dos conceptos claramente diferenciados en el ordenamiento jurídico patrio, que no pueden ser confundidos so capa de la complementariedad que existe entre ellos. El primero, a no dudarlo, cumple la función de servir de fuente de obligaciones, por lo que, desde la perspectiva del acreedor, únicamente lo hace titular de derechos personales. De él es ejemplo elocuente el contrato (art. 1495 C.C.). El segundo, por el contrario, guarda relación con los mecanismos establecidos en la ley para adquirir un derecho real, entre los que se cuenta la ocupación, la accesión, la tradición, la usucapión y **la sucesión por causa de muerte** (art. 673 ib.).*

*De allí, entonces, que el simple título –en Colombia- no afecte derecho real alguno, por ejemplo, la propiedad, pues apenas si genera, en el caso de los llamados títulos traslativos (inc. 3º, art. 765 C.C.), la obligación de hacer dueño al acreedor, **por el modo de la tradición** (arts. 740, 654 y 756, ib.). **Pero éste, a su turno, tampoco se basta para demostrar el dominio sobre una cosa, dado que la propiedad requiere la conjunción de uno y otro,** al punto que el artículo 745 del Código Civil establece que **“Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio**, como el de venta, permuta, donación, etc.”*

(...)

solamente cuando a la realización del título se suma la del modo, prodúcense ahí sí consecuencias jurídicas en punto de los derechos reales.

(...)

*Desde esta perspectiva, fácilmente se comprende que para acreditar la propiedad sea necesaria la prueba idónea del respectivo título, aparejada de la constancia –o certificación- de haberse materializado el correspondiente modo. **No el uno o el otro, sino los dos, pues cada cual da fe de fenómenos jurídicos diferentes,** lo que se hace más incontestable cuando ambos son solemnes, como acontece tratándose de inmuebles, dado que **la prueba de haberse hecho la tradición no da cuenta del título, que necesariamente debe constar en escritura pública** (inc. 2, art. 1857 C.C. y 12 Dec. 960/70), **ni la exhibición de dicho instrumento público, sin registrar, puede acreditar aquel modo, que reclama la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos** (art. 756 C.C. y 2º Dec. 1250/70).*

4.5. En efecto, nótese cómo erró el juez al deducir solamente del certificado de libertad y tradición un porcentaje igual al 16.66% para cada condómino, cuando la realidad es que el título reza otra cosa, por lo que se confirma el deber de auscultar ambos documentos, pues interpretando los alcances de la sentencia **C-284-21**, es tan cierto que siempre el título y el modo se implican, que por ejemplo, tampoco se podría soslayar la hipótesis en que la parte demandada se oponga a la pretensión de división, esgrimiendo la ineficacia por simulación, nulidad etc., del título de adquisición, siendo que **“...se trata de una situación con incidencia sustancial para el litigio...”**¹, luego, de un modo u otro, era menester indagar por el título de adquisición *mortis causa*, pues es a partir del cual se discute nada menos que la medida, proporción y distribución del derecho inmueble que ostentan los comuneros demandantes.

4.6. Al dar ese paso que el juzgado no dio, observa la sala que en la escritura pública 2997 del 21 de agosto de 1990 de la Notaría Trece del Círculo de Medellín aportada al proceso, se halla la protocolización de la sucesión del señor Roberto Velásquez y Otra, destacándose que el trabajo de adjudicación fue aprobado mediante providencia del pasado 21 de septiembre de 1989 proferida por el Juzgado Sexto Civil De Circuito, en cuya hijuela número 6, se determina: **“...para los asignatarios MONICA ANDREA, PATRICIA y LUZ ADRIANA VELASQUEZ PEREZ; MARTHA ISABEL y MIGUEL ANDRÉS VELASQUEZ RAMIREZ y MARIA CATALINA ALVAREZ VELASQUEZ a quienes el testador legó el edificio de la Urbanización San Ignacio, todos ellos con calidad de descendientes (nietos) del testador, llamados por él en distintas proporciones y sobre partes determinadas de dicho inmueble, el legado se cumple en cuanto se les entrega el edificio libre de todo gravamen, pero en común y proindiviso para que los beneficiarios otorguen el reglamento de propiedad horizontal que les permita partir materialmente de acuerdo con las disposiciones del testador”**. (resalto intencional).

Al posarse la vista en la respectiva disposición testamentaria a que remite la aludida partición, contenida en la escritura No. 1227 del 27 de abril de 1984 (cfr. fl. 138 pdf. 01) a la cual se aferra la censura para el éxito de la partición material, se observa con claridad que el abuelo al testar dejó su voluntad explícita, en cuanto quería beneficiar a sus nietos con la cuarta de libre disposición, pero adjudicándoles un edificio en diferentes porcentajes de copropiedad para cada uno y eso explica el por qué en esta cláusula se estableció así y en forma diáfana e indiscutible la voluntad del testador: **“SEXTA: con imputación a la cuarta de mis**

¹ Ib. C-284-21

bienes, de que puedo disponer libremente, dejo el edificio situado en esta ciudad, en la Calle 48 C No. 67-54, que **consta de tres (3) plantas o pisos** a los siguientes nietos así: A)-Para Martha Isabel y Miguel Andrés Velásquez Ramírez, hijos de mi hijo Miguel Ángel, **la tercera planta** del bien descrito en la parte inicial de esta cláusula.-B)-Para MARIA CATALINA ALVAREZ VELASQUEZ hija de mi hija LUZ HERMINIA, **el segundo piso** del mismo bien.-C) Para PATRICIA ELENA-LUZ ADRIANA y MONICA VELASQUEZ, hijos de mi hijo Miguel Darío, **el primer piso** del mismo inmueble”.

5. Una vez analizados entonces los actos escriturales allegados, de cara a lo que con ellos se busca acreditar, que no es otra cosa que la procedencia de la división material y/o la división por venta, pero con diferentes porcentajes de copropiedad, se observa una dificultad que impide al menos el éxito de la división material, puesto que la parte demandada recurrente cae en el error de sostener que esos porcentajes de copropiedad pueden ser determinados como coeficientes de propiedad horizontal y plantea su estrategia defensiva, advirtiendo que el propósito de este proceso no es otro que lograr **la imposición del sistema de propiedad horizontal** –como fue el querer del causante-, para lograr la división jurídica respecto de cada piso, en el sentido que se asigne un folio de matrícula inmobiliaria a cada piso o nivel en los términos del legado.

5.1. Como están las cosas, ciertamente, el predio en toda su área y extensión, incluyendo las 3 unidades habitacionales en él construidas, está integrado en el folio inmobiliario **001-107367** de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín y, bajo ese entendido, se podría indicar que no existe una precisa determinación sobre una parte específica del mismo: “...**Por eso se dice que el comunero es dueño de todo y de nada**, pues sabe a ciencia cierta que tiene un derecho de dominio sobre determinado bien, **pero no puede individualizarlo respecto de específica parte sobre el que recae, lo que conlleva en muchos casos dificultades para su adecuada utilización o explotación, por la diversidad de criterios que los diferentes titulares puedan tener en cuanto a su destino**. Ante esta situación el legislador proporciona los instrumentos legales para que se ponga fin a las comunidades, que regula como inocultable realidad jurídica, pero que aspira a que en lo posible no se den, lo cual se plasma en el art. 1374 del C.C. cuando estipula que “ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión...”²

² Procedimiento Civil Tomo II Parte Especial, Hernán Fabio López Blanco, Editorial Dupré pág 36, T. 2

5.2. Pero, tal vez, aquí lo más importante es que está por fuera de las atribuciones del juez imponer el sistema de propiedad horizontal a que remite de forma ambivalente el acto legal de partición, tal y como fue aprobado, pues, ha sido un tema pacífico, tanto de manera legal, como jurisprudencial y doctrinariamente hablado, que, para que surja al mundo jurídico esa forma especial de dominio, se requiere **el consentimiento** de los propietarios (unión absoluta de voluntad en los condóminos), amén que la implementación de este estatuto encaja en la definición de contrato del Código Civil. El tema no es novedoso, pues desde el año 2009 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ya había explicado sobre la **necesidad de concordia en cuanto la relación de la propiedad horizontal** con los copropietarios:

*“Del mismo modo, la Corte acotó recientemente que “si bien la autorización para recaudar cuotas de administración para el pago de las expensas comunes necesarias y demás gastos de sostenimiento de la copropiedad encuentra soporte en la Ley de Propiedad Horizontal, **el sometimiento de un determinado edificio, conjunto o unidad a dicha ley, así como el reglamento que habrá de regir a la Propiedad Horizontal creada, nacen del acuerdo de voluntades de los propietarios de áreas individuales, plasmado en un contrato que al elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Instrumentos Públicos constituye una persona jurídica** (artículo 4, Ley 675 de 2001)...” (Auto de 23 de febrero de 2009, Exp. No. 11001-0203-000-2008-02009-00).*

5.2.1. Siguiendo esa línea argumentativa, en reciente ocasión jurisprudencial³ explicó la H. Corte que la decisión de constituir el reglamento **depende del querer de los propietarios** y bien puede consolidarse con posterioridad a la construcción del edificio:

*En el mismo sentido, puede decirse que la Ley 16 de 1985, no tuvo reparo en la circunstancia de la preexistencia de la edificación **para que sus propietarios optaran por ajustarla a ese sistema**, conforme a la ley precedente o a la nueva normativa que introdujo modificaciones en la materia y fue así como, con miras a conseguir la efectividad de esa regulación tratándose de edificaciones antiguas o nuevas, **respetó la autonomía de los propietarios para definir a cuál modelo preferían acogerse, al disponer:***

³ CSJ. SC4649-2020.

Artículo 10. Aplicabilidad. *Esta Ley sólo se aplicará respecto de aquellos inmuebles que, conforme con la voluntad de su propietario o propietarios, se sometan expresamente a ella. También podrán el propietario o propietarios optar por someterlos exclusivamente al régimen de la Ley 182 de 1948, indicándolo así en el respectivo reglamento.*

Los inmuebles sujetos al actual régimen de propiedad horizontal continuarán rigiéndose por la Ley 182 de 1948, pero podrán, si lo prefieren sus propietarios, acogerse a las disposiciones de esta Ley, previa la reforma del reglamento y el cumplimiento de las diligencias aquí ordenadas. (...).

*Esa línea de principio se mantuvo en la Ley 675 de 2001, en cuyo artículo 3° expresamente prevé que el régimen de propiedad horizontal es un «sistema jurídico que regula el sometimiento a propiedad horizontal de un edificio o conjunto, **construido o por construirse**».*

(...)

*si el edificio es susceptible de regirse por ese modelo, nada obsta para que sus propietarios **en ejercicio de su autonomía privada y con arreglo a las leyes y reglamentos que rigen la materia, así lo determinen en aras de procurar la individualidad jurídica de cada piso o apartamento, aún con posterioridad a la adquisición por prescripción respecto de alguno de ellos.***

5.3. Surge de lo anterior con meridiana claridad, que no es posible imponer judicialmente esa forma de relacionarse con la propiedad indivisa de que se es titular, como que, al enmarcarse bajo la denominación de contrato -art. 1495 del C.C.-, entendido como el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, **hacer** o no hacer alguna cosa, el artículo 1502 del C.C., describe los requisitos para que una persona se obligue respecto de otra por un acto o declaración de voluntad, entre los cuales interesa aquí el atinente a que **consienta en dicho acto o declaración.**

Ello traduce que la petición de dividir física y jurídicamente el inmueble, creando un coeficiente de copropiedad, de tal suerte que la escisión comprenda el 100% del bien conforme las áreas asignadas testamentariamente a los comuneros sobre cada piso, es inviable, sin que tampoco pueda entenderse que estemos frente a una asignación testamentaria bajo condición suspensiva o resolutive, en cuanto el querer del causante fue que sus nietos llevaran a Propiedad horizontal

el edificio que les legó, como que ya a ellos se les asignó la hijuela en común y proindiviso y la voluntad del abuelo no alcanzó la categoría de condición, por lo que solamente la voluntad de todos los nietos legatarios podría ser la que materialice la Propiedad horizontal, pero aquí ocurre que la parte demandante no desea constituir propiedad horizontal sino que eligió la división, se itera, sin que el juez pueda imponer la división material a través del sistema de PH, razón potísima para que la división a través del Régimen de Propiedad horizontal no pueda salir adelante, como lo desean los recurrentes.

5.4. Tampoco es ocioso agregar que la carga de otorgar “...el reglamento de propiedad horizontal que les permita partir materialmente de acuerdo con las disposiciones del testador...”, sólo podría tomarse como una especie de asignación modal y que no como un legado condicional, según el fin determinado por el causante -art. 1147 del C.C., a voces de la H. Corte Suprema de Justicia “...la asignación modal debe hacerse a la persona a **quien el testador encarga la ejecución del modo**, en propiedad, **para que la tenga como suya con la obligación de aplicarla al fin previsto**. Es de la esencia, en esta clase de asignaciones, la entrega al instituido para que los bienes los haga suyos, el modo no constituye una condición o requisito para la adquisición del derecho ni tampoco es un plazo; el testador le asigna los bienes en propiedad **con la carga de aplicarlos al objeto o fin principal indicado por el causante**...” (sentencia del 9 de noviembre de 1971), también ha indicado el alto Corporado que esta estipulación “...consiste en una <<prestación de carácter excepcional y accesorio impuesta al adquirente de un derecho>>...”⁴

Por consiguiente, una vez adjudicado el inmueble a los legatarios, **ya se hicieron condueños**, sin que tuviera aplicación la carga accesorio de someter el inmueble al régimen de propiedad horizontal, sin importar que también esa parece haber sido la voluntad del testador y por eso así se dejó dicho expresamente en la asignación de la hijuela; sin embargo, ya vimos cómo no era posible testamentariamente y tampoco judicialmente imponer a los comuneros la creación de un régimen de Propiedad Horizontal, punto en el cual también debe recordarse, que si bien a la partición hecha por el testador, debería estarse, ello ocurre siempre que “**no fuere contraria a derecho ajeno**” -art. 1375 del C.C.-.

6. Ahora bien, no se soslaya, que el legislador optó por advertir en el artículo 407 del compendio Procesal General, que, de hallarse demostrada la imposibilidad de decretar la división material del bien, le queda un camino al dispensador de

⁴ AC2749-2018

justicia, cual es, ordenar la venta en pública subasta para dar fin a la comunidad, no es otro el objetivo perseguido en el proceso divisorio, aunque no como lo hizo el funcionario de primer grado, quien al fijarse solamente en el certificado de tradición y libertad del inmueble (modo), terminó por olvidar que también debía fijarse en el título (testamento recogido en escritura pública de adjudicación aprobada por un juez), infiriendo de su lectura en forma equivocada a través del método deductivo, que como la adjudicación se había hecho en común y sin indicar índice de copropiedad, luego, entonces, debía concederse un porcentaje igual para cada uno de los 6 condueños, a razón de 16.666% para abarcar el 100% del bien, postura equivocada que también termina menguando la voluntad del testador y el derecho de los comuneros, pues, desconoce abiertamente lo contenido en el título traslativo de dominio, por virtud del cual, el inmueble que se pretende desmembrar, **quedó en cabeza de los distintos titulares del derecho de dominio, en las proporciones dadas por el testador sobre los distintos pisos que conforman el inmueble.**

6.1. Ciertamente, al analizarse el respectivo título, para nada se dilucida el punto examinado, pues, en dicho acto escritural, el derecho porcentual nunca se determinó, ni siquiera en la partición presentada de consuno al Juzgado por los legatarios, pero, aun así, eso no implica que no pueda fijarse en forma objetiva un porcentaje de copropiedad, pues, se allegó un dictamen pericial que mide el área de cada piso de la edificación, tomando en consideración que la voluntad del causante fue legar a cada nieto o grupo de nietos un piso en particular, el cual al ser medido **permite convertir su área en un porcentaje de copropiedad**, lo que no es contrario a la voluntad del causante, sistema que fue admitido también por los legatarios, quienes no se opusieron a ello y aceptaron así el legado.

6.2. No se discute entonces que la adjudicación se hizo en común y proindiviso, pero se especificó que se hacía en distintas proporciones, de acuerdo con el factor diferencial del área de cada piso, según la voluntad del causante y por eso es que se hace justicia si se acepta el dictamen pericial presentado, que midió las áreas conforme la ficha catastral del predio y en los títulos respectivos y, en últimas, sin que la parte objetara sus conclusiones o mostrara inconformidad si es que sintió que el funcionario le cercenó su derecho de contradicción.

6.3. A partir de ese trabajo pericial entonces (cfr. fl. 15 pdf. 14 expediente digital), se desprende que el **primer piso mide 177 mts²** correspondiéndole un porcentaje de **34.57%**, que por voluntad del testador fue asignado a las aquí

demandantes Patricia Elena, Luz Adriana y Mónica Velásquez Pérez, **en proporción de un 11,52 % para cada una;** para el **segundo piso 177 mts2** corresponde un porcentaje de **34.57%**, que por voluntad del testador fue asignado a María Catalina Álvarez Velásquez en igual proporción del 34.57% y, **para el tercer piso que mide 158 mts2** resulta un porcentaje de **30.86%**, que por voluntad del testador correspondió a Martha Isabel y Miguel Andrés Velásquez Ramírez, en un porcentaje del **15,43% para cada uno**, para un total del 100% del predio.

6.4. Lo anterior, permite brindar una solución a la **división por venta**, como que se da una lectura unificada al certificado de tradición del inmueble, junto al título de adquisición, sin que pueda resultar afectada la cuota parte que a cada comunero le corresponde, la cual debe coincidir y concordar con la voluntad del causante y el trabajo de partición y adjudicación aprobado judicialmente, misma decisión que hoy hace tránsito a cosa juzgada formal y material y, por tanto, debe ser respetada, para efectos de la división *ad valorem* solicitada, cuya repartición del producto de la almoneda se hace factible, en su debido momento, a partir de la determinación de los reales **porcentajes en que proporcionalmente habrá de dividirse el producto de la venta.**

7. No son otras las razones por la cuales se comparte la decisión del *a quo* en cuanto optó por la división por venta, pero con la aclaración que los porcentajes de copropiedad son los que resultaron de valorar de forma integrada el testamento, trabajo de adjudicación, ficha catastral, certificado de tradición y libertad y del dictamen pericial que midió el área de cada uno de los niveles del inmueble.

Por último, se reitera que las partes de la Litis en cualquier momento y hasta antes de que se produzca la almoneda, podrán de común acuerdo, constituir la propiedad horizontal sobre toda la edificación y así poner fin a la indivisión, lo cual les permitiría honrar la voluntad de su fallecido abuelo.

De esta manera, y por las razones expuestas, el ***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín***, Sala Unitaria Civil de Decisión,

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la providencia proferida por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, el pasado 06 de septiembre de 2022, con la aclaración que -para efectos de una justa y exacta distribución del valor de la almoneda entre los copropietarios conforme el título de adquisición-, el porcentaje de copropiedad de cada comunero es el que ha quedado señalado en la parte motivacional de este proveído.

SEGUNDO: Se condena en costas de segunda instancia a la parte demandante a favor de la parte demandada recurrente, reducidas en un 60%, tras la prosperidad parcial del recurso, para el efecto se fija como agencias en derecho la suma equivalente **1.5. smlmv**, monto que ya contiene la aludida reducción porcentual.

TERCERO: Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado