El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 2ª Instancia – 20 de febrero de 2017

Radicación Nro. : 66682-31-03-001-2014-00315-01

Demandantes: YADIRA CLEMENCIA Y ERIKA PATRICIA RUÍZ SÁNCHEZ

Demandados:       ANÍBAL HURTADO MEJÍA Y MARÍA LILIANA OCAMPO

Proceso:                 Divisorio – Deja sin efectos el aparte final del numeral 4 del auto apelado

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: DIVISIÓN MATERIAL DE BIEN SUBURBANO / JUEZ DEBE PREVENIR A LOS COMUNEROS PARA QUE DESIGNEN UN PARTIDOR** “[L]a discusión planteada por el recurrente, que lo son las demandantes, se centra en la orden dada por la  *a quo*  en el sentido de que se entregue *“a cada condueño el terreno que le corresponde en la forma que fue señalada en el dictamen efectuado en este asunto”* (fol. 283-289). de acuerdo a las pautas brindadas por el citado perito, pues en su criterio ha debido atender las escrituras públicas de los predios y demás prueba aportadas. (…) [A] consideración del Tribunal, el recurso resulta avante, pero no por las razones que llevaron a interponerlo; pues la pretensión de la parte recurrente para que se haga la partición de determinada manera, no puede interpretarse sino como una instrucción, que bien puede tener en cuenta el partidor en el evento de requerirla para realizar el trabajo partitivo. No se pierda de vista que las partes pueden prescindir del partidor y realizar la partición directamente o por intermedio de sus apoderados (art. 471-2 del C. de P. C.). De todas maneras, el partidor puede pedir instrucciones a los comuneros para realizar el trabajo partitivo (num. 4º Ib.). Mismos argumentos que llevan también a señalar que no resulta pertinente lo dispuesto en el auto que ordenó la división, esto es que la misma se hiciere *“para entregar a cada condueño el terreno que le corresponde en la forma que fue señalada en el dictamen efectuado en este asunto”*, puesto que como ya se advirtió, el artículo 471 estipula las pautas a seguir para el trámite de la división una vez fuere ordenada, ya que en firme el avalúo el juez debe dictar un auto previniendo a los comuneros para que designen partidor, incluso faculta para que ellos mismos hagan la partición, pero en caso de designar partidor éste propondrá una división que se acomode a las instrucciones que de ellos haya recibido, y es allí una vez presentado el trabajo de partición donde se plantearán las objeciones al mismo, procediendo en la misma forma que en el proceso de sucesión. (…) Siendo el dictamen pericial el medio probatorio que más cambios sufrió en el CGP, pues ya no es el perito judicial sino el perito de parte, de tal manera que son los extremos de la litis quiénes fijan los límites de la experticia y presenten al juez las opciones, entre las cuales escogerá aquella que más lo convenza. A tono con las premisas jurídicas plasmadas líneas atrás, deviene dejar sin efectos el aparte final del numeral cuarto del auto venido en alzada (…)”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado: **EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, veinte (20) de febrero de 2017

Expediente: 66682-31-03-001-2014-00315-01

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**ASUNTO**

Se decide el recurso de apelación formulado contra el auto proferido el 8 de agosto de 2016 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, dentro del proceso DIVISORIO impetrado por YADIRA CLEMENCIA y ERIKA PATRICIA RUÍZ SÁNCHEZ, frente a ANÍBAL HURTADO MEJÍA y MARÍA LILIANA OCAMPO.

**ANTECEDENTES**

1. Según lo reporta el expediente, las señoras Yadira Clemencia y Erika Patricia Ruíz Sánchez, formularon demanda Divisoria frente a Aníbal Hurtado Mejía y María Liliana Ocampo, pretendiendo se decretara la división material del inmueble conocido como “ALEGRÍAS” ubicado en la vereda Guacas del municipio de Santa Rosa de Cabal, identificado con la Matrícula Inmobiliaria No. 296-5573 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esa municipalidad, alinderado en el escrito inicial, en proporción del 67% para las demandantes y el 33% para los demandados; ordene el avalúo del inmueble y se registre la partición, o en su defecto se ordene la venta en pública subasta y se condene en costas del proceso a la demandada.

Admitida la demanda por auto del 15 de diciembre de 2014, se dio traslado a la parte demandada, notificados, a través de apoderado judicial dieron respuesta con pronunciamiento a cada uno de los hechos, se opusieron a las pretensiones de los demandantes, propusieron la excepción de mérito que denominaron *“Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio…”* y solicitaron el reconocimiento de mejoras (fol. 41-46).

Surtido el trámite legal, el juez de primera instancia decretó la división material del inmueble *“para entregar a cada condueño el terreno que le corresponde en la forma que fue señalada en el dictamen efectuado en este asunto”* y dispuso su avalúo conforme al artículo 516 del C.P.C. (fol. 283-289).

Inconforme con lo decidido, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de reposición, en subsidio el de apelación.

Cuestiona que existiendo en el proceso el modo y título de adquisición de esos porcentajes y aportando las pruebas de la cabida real de los mismos, se tenga en cuenta solo lo plasmado por el auxiliar de la justicia en un experticio donde en algunos de sus apartes atiende la escritura pública y el certificado de tradición del predio y en otros la supuesta medición que hizo del terreno, solo con lo afirmado por la parte demandada sin contar con las demandantes. Por tal razón y teniendo la certeza de que los demandados conocían de lo adquirido, pide, se produzca la división con base en los títulos de adquisición y lo certificado por la tesorería municipal de Santa Rosa de Cabal, de lo contrario no tendría razón de ser, adquirir las propiedades conforme lo determina la ley.

El despacho judicial con auto adiado el 8 de septiembre del año anterior, no repuso la mandado y concedió la apelación (fl. 296-297). Para fundamentar su decisión indica que la experticia brindó los elementos de juicio para definir la situación en que se hallaban los comuneros; y fue debidamente controvertido por el demandante, quien pidió la correspondiente aclaración, y ahora los argumentos del recurrente comportan más una objeción al dictamen pericial, sin esgrimir un verdadero motivo que lleve a revisar el punto de malestar para reformarlo, adicionarlo o enmendarlo según el caso (fl. 296-297).

**CONSIDERACIONES**

1. La Ley procesal civil establece que todo comunero puede pedir la división material de la cosa común, 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, para que se distribuya el producto entre ellos. Es patente, que la finalidad exclusiva del proceso divisorio es poner fin al estado de indivisión, pues nadie puede ser obligado a vivir en comunidad perpetua.

Bajo estos supuestos es evidente que existen dos tipos de procesos, según la pretensión invocada: la división de la cosa común, cuando los comuneros se proponen quedarse con parte del bien en proporción a sus derechos, pretendiendo convertir esa cuota parte ideal, indivisa y abstracta, en algo concreto y determinado; y la venta de la cosa común o ad valorem, para que una vez realizada, se distribuya su producto entre los comuneros, de acuerdo con su cuota parte. Así las cosas, la división material es procedente cuando se trate de bienes que pueden partirse materialmente sin que su valor desmerezca por el fraccionamiento –artículo 468 C.P.C- y, la venta cuando se trate de bienes que, por el contrario, no sean susceptibles de partición material o cuyo valor desmerezca por su división en partes materiales.

Las dos vertientes anteriores tienen como finalidad dilucidar lo concerniente a la procedencia de la división, posteriormente cada una sigue su trámite respectivo, es decir, demarca una fase donde ulterior se verifica realmente la división, bien para distribuir el dinero producto del remate, ora para aprobar la partición.

Nuestra legislación procesal civil en su artículo 467 y siguientes, señala el trámite que ha de seguirse en procura de poner fin a la comunidad, bien sea por venta o por división material.

2. En asunto que se estudia tenemos que el área del bien cuya división material se pretende, según lo señaló el perito es de 32.898 m2 ubicado en suelo urbano y rural suburbano del municipio de Santa Rosa de Cabal, por lo que en su concepto los predios son susceptibles de desenglobe.

Concepción que no merece reparo, si se atiende que el predio no se refuta como netamente rural y que es posible la subdivisión de predios rurales para fines diferentes a los agrarios, pues en dicho suelo se pueden ubicar actividades y asentamientos que complementan la actividad rural, para lo cual, la ley prevé el suelo suburbano como una categoría del suelo rural en donde se mezclan *“los usos del suelo y las formas de vida del campo y la ciudad”.*

En tal medida no le es aplicable la prohibición del fraccionamiento de los predios rurales por debajo de la extensión determinada por el INCORA, como unidad agrícola familiar para el respectivo municipio o zona (Ley 160 de 1994), que según el artículo tercero – resolutiva- de la Resolución Número 041 de Septiembre 24 de 1996, expedida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para el caso de Santa Rosa de Cabal la extensión es de 4 a 10 hectáreas, pues bien tampoco la división del predio que nos ocupa en los porcentajes adquiridos por cada parte, resultaría menor al promedio de área mínima para vivienda de interés social de 35 m2 (art. 1º Decreto 2060 de 2004).

3. Ahora, brindada mayor claridad sobre la viabilidad de la división aquí ordenada; la discusión planteada por el recurrente, que lo son las demandantes, se centra en la orden dada por la  *a quo*  en el sentido de que se entregue *“a cada condueño el terreno que le corresponde en la forma que fue señalada en el dictamen efectuado en este asunto”* (fol. 283-289). de acuerdo a las pautas brindadas por el citado perito, pues en su criterio ha debido atender las escrituras públicas de los predios y demás prueba aportadas.

4. Recordemos que el artículo 470 del Estatuto Procesal Civil, señala que previo traslado de la demanda al demandado, en el auto que resuelva las excepciones previas y la oposición si se propusieran decretará la división en la forma solicitada o la venta si así procediera y el 471 dispone que en el mismo proveído se ordenará el avalúo del bien común y se designará peritos para los fines que allí se señalan.

Un vistazo a la citada normativa a consideración del Tribunal, el recurso resulta avante, pero no por las razones que llevaron a interponerlo; pues la pretensión de la parte recurrente para que se haga la partición de determinada manera, no puede interpretarse sino como una instrucción, que bien puede tener en cuenta el partidor en el evento de requerirla para realizar el trabajo partitivo. No se pierda de vista que las partes pueden prescindir del partidor y realizar la partición directamente o por intermedio de sus apoderados (art. 471-2 del C. de P. C.). De todas maneras, el partidor puede pedir instrucciones a los comuneros para realizar el trabajo partitivo (num. 4º Ib.).

Mismos argumentos que llevan también a señalar que no resulta pertinente lo dispuesto en el auto que ordenó la división, esto es que la misma se hiciere *“para entregar a cada condueño el terreno que le corresponde en la forma que fue señalada en el dictamen efectuado en este asunto”*, puesto que como ya se advirtió, el artículo 471 estipula las pautas a seguir para el trámite de la división una vez fuere ordenada, ya que en firme el avalúo el juez debe dictar un auto previniendo a los comuneros para que designen partidor, incluso faculta para que ellos mismos hagan la partición, pero en caso de designar partidor éste propondrá una división que se acomode a las instrucciones que de ellos haya recibido, y es allí una vez presentado el trabajo de partición donde se plantearán las objeciones al mismo, procediendo en la misma forma que en el proceso de sucesión.

Es así como en la etapa procesal en que se encuentra el presente trámite división, la claridad que ha de existir es en cuanto el bien que será objeto de división y sobre éste no se planteó discusión adicional.

5. Pertinente es advertir que ante las sustanciales diferencias entre el trámite que regulaba el Código de Procedimiento y el que ahora dispone el Código General del Proceso para esta clase de asuntos especiales, encuentra la Sala que el presente se debe rituar aún, bajo las reglas de la legislación con la que hasta ahora lo ha efectuado el juzgado.

Siendo el dictamen pericial el medio probatorio que más cambios sufrió en el CGP, pues ya no es el perito judicial sino el perito de parte, de tal manera que son los extremos de la litis quiénes fijan los límites de la experticia y presenten al juez las opciones, entre las cuales escogerá aquella que más lo convenza.

6. A tono con las premisas jurídicas plasmadas líneas atrás, deviene dejar sin efectos el aparte final del numeral cuarto del auto venido en alzada, según el razonamiento expuesto. No se condenará en costas, pues la alzada salió avante, aún no por las razones reclamadas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Pereira en Sala Civil-Familia Unitaria,

**RESUELVE:**

**Primero:** **DEJAR SIN EFECTOS** el aparte final del numeral 4 del auto de fecha 8 de agosto del año 2016, que ordenó entregar *“a cada condueño el terreno que le corresponde en la forma que fue señalada en el dictamen efectuado en este asunto”.*

**Segundo:** Sin costas en esta instancia.

En su oportunidad regresen las diligencias al juzgado de origen, para lo de su competencia.

**Notifíquese y Cúmplase,**

El Magistrado,

**Edder Jimmy Sánchez Calambás**