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.

Asunto : Apelación de auto interlocutorio

Tipo de proceso : Divisorio

Demandante : Jorge Alberto Jiménez J.

Demandados : Clara Inés Echeverry R. y otros

Procedencia : Juzgado Quinto Circuito del Circuito de Pereira

Radicación : 2018-00157-01

Temas : Etapas de la división material

Mag.Sustanciador : Duberney Grisales Herrera

**TEMAS: COPROPIEDAD / CARACTERÍSTICAS / DERECHO A LA DIVISIÓN / PACTO DE INDIVISIÓN / OPOSICIÓN A LA PARTICIÓN / ARGUMENTOS QUE PUEDEN SUSTENTARLA / NO PROCEDE POR DIFERENCIAS CON EL AVALÚO DEL BIEN O LA FORMA COMO SE PROPONE LA DIVISIÓN.**

Es menester recordar que las características propias de una copropiedad son: (i) Los copropietarios no tiene un derecho exclusivo sobre el objeto común; (ii) La cuota es ideal y no se puede representar materialmente mientras exista la indivisión; (iii) Existen tantos derechos de dominio, cuantos propietarios hubiere, que pueden ser enajenados o gravados, pero nunca como parte física o material, pues la cuota es ideal; y, (iv) El uso y goce del bien únicamente puede ejercerse con el acuerdo de todos los comuneros.

La división puede presentarse, bien por: (i) Destrucción de la cosa; o, (ii) Consenso o desacuerdo entre comuneros, pues debe atenderse la máxima que “nadie está obligado a permanecer en indivisión” (Artículo 1374-1º, CC). (…)

Aunque el sentido literal del artículo 409-1º, CGP, pareciera sugerir que, indefectiblemente, si la oposición no consiste en alegar la existencia de pacto de indivisión (Cuya vigencia no puede ser superior a cinco (5) años, artículo 1374-2º, CC), el juez deberá decretar la división o la venta solicitada, según razona la doctrina patria, debe considerarse que la parte pasiva, también puede: (i) Cuestionar la existencia de la comunidad; (ii) Pedir prescripción adquisitiva respecto de la cuota del demandante (Artículo 375-3º,CGP); (iii) Invocar existencia de una comunidad forzosa[[1]](#footnote-1); o, (v) Plantear un desacuerdo con el dictamen pericial (Artículos 228 y 409-1º,CGP). En cualquier caso, la carga de la prueba recae en el opositor (Artículo 167, CGP). (…)

Ahora, verificados los aspectos formulados por el recurrente, lo cierto es que son reparos ajenos a la decisión cuestionada, pues al margen de la expresión “(…) ordenar la división material (…) en la forma solicitada por el demandante (…)”, al rompe se advierte que ese proveído solo definió que es posible acceder a la pretensión partitiva, etapa anterior, según las reglas procesales pertinentes (Artículos 409-410, CGP), al esclarecimiento de cómo será partido el inmueble, para cuyo momento deberá la jueza de conocimiento, hacer la respectiva apreciación de las pruebas aportadas por las partes



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA UNITARIA CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La alzada que presentó, en el proceso referenciado, el apoderado judicial de la señora Clara Inés Echeverry Restrepo – codemandada-, contra el auto que ordenó la división material del inmueble, de acuerdo con las premisas jurídicas, que enseguida se plantean.

1. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Data del 06-09-2018 y decretó la partición física del predio, pues luego de la notificación de la parte pasiva, la única que contestó fue la aludida codemandada, sin resistir la pretensión partitiva, pero oponiéndose al avalúo comercial y a la distribución propuesta por el demandante, por lo que acorde con el artículo 409, CGP como no se alegó pacto indivisión, era viable acceder a la división (Folio 295, cuaderno principal, tomo II).

1. LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

El recurrente reparó la decisión así: (i) El perito cuya experticia presentó el actor, carece de idoneidad, pues incumple los requisitos de la Ley 1673 y decretos reglamentarios; (ii) Faltó decretar pruebas de oficio, pues debieron convocarse a los demás demandados para definir si aprobaban la contrapropuesta de partición, presentada por la señora Echeverry Restrepo; (iii) Dejaron de apreciarse los medios probatorios allegados, oportunamente, en especial el interrogatorio rendido por el citado experto; y, (iv) La división material debe hacerse en la sentencia, con atención a las reglas del traslado, objeción y aprobación de la partición (Folios 296-302, cuaderno principal, tomo II).

1. LAS ESTIMACIONES JURÍDICAS PARA DECIDIR
	1. La competencia funcional. La facultad jurídica para resolver esta controversia radica en esta Colegiatura por el factor funcional (Artículos 31-1º y 35, CGP), dada su condición de superiora jerárquica del Juzgado emisor de la decisión apelada.
	2. Los requisitos de viabilidad de un recurso. Desde la óptica procesal, en presencia de los recursos, deben siempre concurrir los llamados presupuestos de viabilidad o trámite o *condiciones para tener la posibilidad de recurrir[[2]](#footnote-2)*, al decir de la doctrina procesal nacional[[3]](#footnote-3)-[[4]](#footnote-4), a efectos de examinar el tema de apelación.

Se dice que los aludidos presupuestos son una serie de exigencias normativas formales que permiten su trámite y aseguran su decisión. Así lo anota el profesor López B.: “*En todo caso sin estar reunidos los requisitos de viabilidad del recurso jamás se podrá tener éxito en el mismo por constituir un precedente necesario para decidirlo.*”[[5]](#footnote-5). Y lo explica el profesor Rojas G. en su obra: “*(…) para que la impugnación pueda ser tramitada hasta establecer si debe prosperar han de cumplirse unos precisos requisitos. En ausencia de ellos no debe dársele curso a la impugnación, o el trámite queda trunco, si ya se inició.*” [[6]](#footnote-6).

Los mencionados requisitos son concurrentes y necesarios, ausente uno se malogra el estudio de la impugnación. La misma CSJ así lo ha enseñado: “*(…) al recibir el expediente, dentro del examen preliminar que le corresponde hacer (C. de P.C., art.358), debe prioritariamente examinar, entre otras situaciones, si se encuentran cumplidos los presupuestos indispensables para la concesión del recurso de apelación, y en el evento de hallarlos ajustados a la ley, admitirá el recurso, y. en caso, contrario lo declarará inadmisible (…)*”[[7]](#footnote-7). Y en decisión más próxima (2017)[[8]](#footnote-8) recordó: “(…) *Por supuesto que, era facultad del superior realizar el análisis preliminar para la «admisión» de la alzada, y conforme a la regla cuarta del canon 325 del C.G.P.*  *(…)”.*

Esos supuestos son legitimación, oportunidad, procedencia y cargas procesales (Sustentación, expedición de copias, etc.), es necesario precisar desde ya que, los tres primeros implican la inadmisibilidad del recurso mientras que, el cuarto, provoca la deserción del mismo, tal como lo acota la doctrina patria[[9]](#footnote-9)-[[10]](#footnote-10). Para este caso se encuentran cumplidos, hay legitimación en la parte que recurre porque hay mengua de sus intereses con la decisión atacada, el recurso es tempestivo, la aludida providencia es susceptible de apelación (Artículo 409,CGP) y está cumplida la carga procesal de la sustentación (Artículo 322-3º, ibídem).

* 1. El problema jurídico para resolver. ¿Debe modificarse, confirmarse o revocarse el auto del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, Risaralda, que decretó la división material de la heredad, según lo argüido por el apoderado judicial de la señora Clara Inés Echeverry Restrepo – codemandada-?

1. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

Delimitados por el marco argumental formulado en la alzada, en acatamiento del artículo 328, *ibídem*, se examinará el asunto litigioso, con desarrollo de los precisos aspectos cuestionados.

La titularidad del derecho patrimonial sobre un bien recae, en la mayoría de los casos, en cabeza de una sola persona, pero algunas veces corresponde a dos o más, lo que traduce que entre ellos existe una comunidad[[11]](#footnote-11), que bien puede haber surgido de un acto jurídico voluntario o por circunstancias ajenas al arbitrio de la persona. En cualquiera de los casos, cada comunero, tendrá un derecho relativo respecto al bien, pues hasta que no se divida es complejo identificar la cuota que le corresponde.

La división puede presentarse, bien por: (i) Destrucción de la cosa; o, (ii) Consenso o desacuerdo entre comuneros, pues debe atenderse la máxima que “nadie está obligado a permanecer en indivisión” (Artículo 1374-1º, CC).

Ante esta especialidad se acude, generalmente, porque hay desacuerdo y bajo la premisa de acreditar la existencia de la comunidad, puede optarse por una partición material siempre que sea susceptible, tanto física como jurídicamente, o por la venta del bien en pública subasta.

Aunque el sentido literal del artículo 409-1º, CGP, pareciera sugerir que, indefectiblemente, si la oposición no consiste en alegar la existencia de pacto de indivisión (Cuya vigencia no puede ser superior a cinco (5) años, artículo 1374-2º, CC), el juez deberá decretar la división o la venta solicitada, según razona la doctrina patria[[12]](#footnote-12)-[[13]](#footnote-13)-[[14]](#footnote-14), debe considerarse que la parte pasiva, también puede: (i) Cuestionar la existencia de la comunidad; (ii) Pedir prescripción adquisitiva respecto de la cuota del demandante (Artículo 375-3º,CGP); (iii) Invocar existencia de una comunidad forzosa[[15]](#footnote-15); o, (v) Plantear un desacuerdo con el dictamen pericial (Artículos 228 y 409-1º,CGP)[[16]](#footnote-16). En cualquier caso, la carga de la prueba recae en el opositor (Artículo 167, CGP).

También podrían formularse excepciones previas (Artículo 409-2º, CGP) o llegar a la declaratoria de cosa juzgada, según lo referencia el profesor López B.[[17]](#footnote-17).

Es menester recordar que las características propias de una copropiedad son: (i) Los copropietarios no tiene un derecho exclusivo sobre el objeto común; (ii) La cuota es ideal y no se puede representar materialmente mientras exista la indivisión; (iii) Existen tantos derechos de dominio, cuantos propietarios hubiere, que pueden ser enajenados o gravados, pero nunca como parte física o material, pues la cuota es ideal; y, (iv) El uso y goce del bien únicamente puede ejercerse con el acuerdo de todos los comuneros. Según enseña el tratadista Luis G. Velásquez J[[18]](#footnote-18).

Descendiendo en autos, los señores Jorge A. Jiménez J., Ana Ma. Echeverry C., Andrés F. Echeverry C., Luisa C. Echeverry C., Juliana Echeverry E, María P. Echeverry E., Miguel A. Echeverry L., Clara I. Echeverry R., María I. García E. y Gloria L. Lopera C., son copropietarios en común y pro indiviso del inmueble identificado con MI No.290-77491 (Folios 37-42, copias cuaderno principal, tomo I), acorde con los respectivos títulos de adquisición (Folios 27-36 y 76-121, ib.) así:



El demandante no está obligado a permanecer en la indivisión, es inexistente pacto de tal naturaleza (Artículos 1374, CC y 470, CPC) y acorde con lo informado, no ha sido posible ponerle fin a la comunidad extrajudicialmente, de allí que solicitara la división material. De los demandados, como atrás se señalara, solo la señora Clara I. Echeverry L. contestó la demanda sin oponerse a la pretensión, pero cuestionó el avalúo y la forma de distribución propuestos por el demandante.

Como viene de verse, no se trata de una oposición a la partición física, sino un desacuerdo con el precio y el fraccionamiento del inmueble, y por lo tanto, como en efecto ocurrió, debía salir avante la aspiración de división material.

Ahora, verificados los aspectos formulados por el recurrente, lo cierto es que son reparos ajenos a la decisión cuestionada, pues al margen de la expresión *“(…) ordenar la división material (…) en la forma solicitada por el demandante (…)”*, al rompe se advierte que ese proveído solo definió que es posible acceder a la pretensión partitiva, etapa anterior, según las reglas procesales pertinentes (Artículos 409-410, CGP), al esclarecimiento de cómo será partido el inmueble, para cuyo momento deberá la jueza de conocimiento, hacer la respectiva apreciación de las pruebas aportadas por las partes. Así razonó la CSJ[[19]](#footnote-19):

4.2. A diferencia de la antedicha normativa, la reciente le impone al demandante «acompañar un dictamen pericial que determine el valor del bien, el tipo de división que fuere procedente, la partición, si fuere el caso, y el valor de las mejoras si las reclama» (Artículo 406 C.G.P.).

Al admitirse la demanda, el juez debe ordenar correr traslado al accionado por diez (10) días, y si se trata de bienes sujetos a registro dispondrá su inscripción.

Si el demandado no está de acuerdo con el dictamen allegado por su contraparte, podrá aportar otro o solicitar que el perito sea convocado a audiencia para interrogarlo. Si aquel no alega pacto de indivisión en la contestación de la demanda, *«el juez decretará, por medio de auto, la división o la venta solicitada, según corresponda»*. De existir dicho acuerdo, convocará a audiencia, en la cual decidirá si hay o no lugar a la partición y según el caso, si debe ser material o *ad valorem*. El auto que decrete o deniegue la división o la venta es apelable (Artículo 409 C.G.P.).

4.3. Cuando de la división material se trata, salvo lo dispuesto en leyes especiales, la misma será procedente cuando corresponda a bienes que puedan partirse físicamente sin que los derechos de los condueños desmerezcan por el fraccionamiento. (Artículo 407 C.G.P.).

En este evento, el procedimiento que preveía el C. de P.C., varió en el nuevo estatuto procesal, pues como ha quedado visto, el trámite probatorio allí previsto, se mutó, para exigirle al accionante, que desde un comienzo, con su escrito propulsor, acompañe el correspondiente dictamen, contentivo de los datos señalados en el inciso 3º del artículo 406, experticia que puede ser rebatida por el demandado, mediante la presentación de otra o pidiendo que se cite al perito para interrogarlo sobre aspectos concernientes al predio, su división y avalúo.

Así mismo, se eliminó la posibilidad de recurrir a las normas sucesorales reguladoras del trabajo partitivo, de donde entonces, la actual forma de llevar a cabo la aludida división, quedó determinada por el artículo 410 *ejusdem*, como sigue:

*«1. Ejecutoriado el auto que decrete la división, el juez dictará sentencia en la que determinará cómo será partida la cosa, teniendo en cuenta los dictámenes aportados por las partes.*

*2. Cuando la división verse sobre bienes sujetos a registro, en la sentencia se ordenará la inscripción de la partición.*

*3. Registrada la partición material, cualquiera de los asignatarios podrá solicitar que el juez le entregue la parte que se le haya adjudicado»*. (Resaltados propios del texto, versalitas ajenas).

En este contexto, resulta anticipado reprochar la idoneidad del perito, que se dejaron de apreciar las pruebas allegadas o que se ha acogido la distribución propuesta por el demandante, como forma en la que se hará la división material, pues esa decisión es posterior a la aquí apelada. Corolario de lo anterior, se confirmará el auto venido en apelación y se condenará en costas al recurrente.

1. LAS DECISIONES

En atención a lo discurrido (i) Se confirmará la decisión apelada; y, (ii) Se condenará en costas, en esta instancia, al recurrente.

Las agencias se fijarán en auto posterior, en seguimiento de la variación hecha por esta Sala[[20]](#footnote-20). Se comprende que se hace en auto y no en la decisión misma, porque esa expresa modificación fue introducida como novedad por la Ley 1395 de 2010 y desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, ib.

En mérito de lo discurrido en los acápites precedentes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Unitaria de Decisión,

R E S U E L V E,

1. CONFIRMAR el auto apelado, por lo razonado en la parte motiva de esta providencia.
2. CONDENAR en costas, en esta instancia, a la señora Clara Inés Echeverry Restrepo, que fracasó en la alzada y a favor de la parte actora.
3. ADVERTIR que esta decisión es irrecurrible.
4. DEVOLVER el expediente al Despacho de origen, por conducto de la Secretaría de esta Corporación.

Notifíquese

DUBERNEY GRISALES HERRERA

Magistrado

1. CANOSA T., Juan C. El proceso divisorio, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y ley, 1991, p.62. [↑](#footnote-ref-1)
2. ESCOBAR V. Édgar G. Los recursos en el Código General del Proceso. Librería jurídica Sánchez R. Ltda. 2015, p.37. [↑](#footnote-ref-2)
3. LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2016, p.769-776. [↑](#footnote-ref-3)
4. PARRA Q., Jairo. Derecho procesal civil, tomo I, Santafé de Bogotá D.C., Temis, 1992, p.276. [↑](#footnote-ref-4)
5. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.769. [↑](#footnote-ref-5)
6. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo II, ESAJU, 2017, 6ª edición, Bogotá, p.429. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ. Sala Civil. Sentencia del 17-09-1992; MP: Ospina B. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ. STC12737-2017. [↑](#footnote-ref-8)
9. LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.776. [↑](#footnote-ref-9)
10. ROJAS G., Miguel E. Código General del Proceso comentado, ESAJU, 2017, Bogotá DC, p.511. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ, Sala Civil. Sentencia del 29-11-1996, MP: Bechara S., No.4721. [↑](#footnote-ref-11)
12. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo 4, procesos de conocimiento. ESAJU, 2016, Bogotá DC, p.466. [↑](#footnote-ref-12)
13. BEJARANO G., Ramiro. Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos, 6ª edición, Temis, 2016, Bogotá DC., p.368. [↑](#footnote-ref-13)
14. AZULA C. Jaime. Procesos declarativos especiales, 6ª edición, Temis, 2016, Bogotá DC., p.338. [↑](#footnote-ref-14)
15. CANOSA T., Juan C. El proceso divisorio, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y ley, 1991, p.62. [↑](#footnote-ref-15)
16. ROJAS G., Miguel E. Ob. Cit., p.465. [↑](#footnote-ref-16)
17. LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte especial, Bogotá DC, Dupre editores, 2017, p.408. [↑](#footnote-ref-17)
18. VELÁSQUEZ J., Luis G. Bienes, 13ª edición, Bogotá DC, Comlibros, 2014, p.229-230. [↑](#footnote-ref-18)
19. CSJ, Civil. AC6998-2017. [↑](#footnote-ref-19)
20. TS, PEREIRA, Civil-Familia. Sentencia del 23-06-2017, MP: Grisales H., No.2012-00118-01. [↑](#footnote-ref-20)