



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA CIVIL

Medellín, veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2.023)

RADICADO: 05001 31 03 002 2021 00174 01

Magistrado: JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS.

Proceso: Divisorio.

Demandante: ALEXANDRA SÁNCHEZ MARÍN.

Demandado: GABRIEL ARCÁNGEL MAZO DAVID.

Extracto: 1) De la aplicación del principio *iura novit curia*; 2) De los derechos de terceros de cara al proceso divisorio; 3) Del derecho a la división y de la forma de realizarse en los términos sustanciales; 4) Del principio de limitación de cara a "*las decisiones que deba adoptar de oficio*". Modifica.

ASUNTO A TRATAR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada, contra el auto proferido el quince (15) de noviembre de dos mil veintidós (2.022) por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín.

ANTECEDENTES

ALEXANDRA SÁNCHEZ MARÍN demandó en proceso divisorio (división material), a GABRIEL ARCÁNGEL MAZO DAVID, respecto al inmueble identificado con Matrícula Inmobiliaria 01N-249076; y en auto del 8 de octubre de 2.021 se ordenó la vinculación al proceso como litisconsorte necesario por pasiva de DIEGO ALEXANDER MAZO

ARIAS -hijo de aquel-, quien alegó ser poseedor de una parte del bien objeto de división.

Mediante el auto hoy recurrido se accedió a la solicitud divisoria y decretando la división material, se dispuso: (i) que la división se haría atendiendo las alternativas presentadas en el dictamen pericial; (ii) que los gastos de tal partición serían asumidos en partes iguales por los comuneros; (iii) negó el pago de frutos civiles; y, (iv) negó reconocer mejoras al vinculado que se presentó como poseedor¹.

Frente a tal decisión la pasiva apeló en los siguientes términos:

DIEGO ALEXANDER MAZO ARIAS se opone a la división material ante la existencia de mejoras en los pisos 3º y 4º, y sobre las cuales ejerce posesión, por lo que se adelanta proceso de pertenencia ante el Juzgado 11 Civil del Circuito de Medellín, por lo que incluso debería suspenderse el presente trámite por prejudicialidad, pues de accederse a la división, solo podría darse sobre el 1º y 2º nivel de la edificación.

Que sí hubo oposición al dictamen y por ello presentó una relación de gastos, y se solicitó dictamen pericial por auxiliar que nombrara el Despacho, de donde se omitieron las pruebas con las que se pretendía demostrar la improcedencia de la división material, al incluirse los pisos 3º y 4º que son objeto de un proceso de pertenencia.

Señaló que al no haberse realizado inspección judicial, se desconoce la situación actual del inmueble que ya tiene quinto nivel, sin que haya entrada independiente para cada uno de los niveles, por lo que no es posible la división material, reiterando que no se pueden desconocer unas mejoras de un valor tan considerable.

¹ Archivo 65.2021.00174AutoDecretaDivision17Paginas.

De otro lado, el demandante GABRIEL ARCANGEL MAZO DAVID indicó que ninguna de las dos alternativas de división material es factible, porque implica desmedros en los derechos de los condueños, comenzando porque en la edificación existe un 5º piso, lo que impediría proceder en la forma indicada por el perito, porque se dejaría en el “*limbo*” esa nueva construcción.

Indicó que las alternativas ofrecidas para la división serían viables, si se tratase de una edificación de carácter residencial y no comercial como la del proceso, donde para los pisos 3º, 4 y 5 DIEGO ALEXANDER MAZO ARIAS tramitó los planos y permisos de construcción para destinación comercial, por lo que no sería posible hacer el reglamento de propiedad horizontal de la forma planteada.

Que tampoco es posible la división material, porque las acometidas de los servicios públicos no están divididas lo que sería difícil de efectuar, además que no hay acceso independiente para cada piso; aunado que no se tuvo en cuenta lo manifestado en la contestación y contradicción, sin verificarse directamente la viabilidad de la partición.

Que ante una división por venta, se debe considerar que cuando el inmueble fue adjudicado a los comuneros, solo contaba con dos (2) pisos, ya que las otras dos plantas (pisos 3º y 4º), son mejoras implantadas por DIEGO ALEXANDER MAZO ARIAS; entonces, por último, que se debe decretar la prejudicialidad, en virtud del proceso de pertenencia por él incoado.

En traslado de lo anterior, la demandante dijo que el auto se ciñe a los requisitos legales, y para proferirlo se tuvo en cuenta el dictamen pericial aportado por la actora y que no fue redargüido por el accionado, agregando que la división material no afecta los derechos de este, y que quien sí los ha visto vulnerados es la actora, pues por la indivisión

no se la ha permitido ejercer el derecho que tiene sobre la edificación, ni se le han reconocido frutos.

Adujo que son viables las dos alternativas de división, y si la demandada construyó un quinto piso sin consentimiento de la comunera, dicha mejora accede al inmueble, y es de la comunidad.

Dijo que las mejoras alegadas por MAZO ARIAS -hijo del demandado-, no fueron reclamadas ni reconocidas, por lo que finalizó indicando que el recurso es una maniobra dilatoria y se debe declarar inadmisibile, porque corresponde a la contestación de la demanda.

Así, tratándose de una decisión apelable según el inciso final del artículo 409 del C. G. del P., se resuelve la misma, previas:

CONSIDERACIONES

INTROITO:

La apelación es un recurso que busca se estudie el asunto decidido en primera instancia, con el fin de revocarlo o reformarlo, sentido en el cual se dirigirá el siguiente análisis, ello dentro del principio de la limitación que impone el artículo 328 del C. G. del P., sin perjuicio de "*las decisiones que deba adoptar de oficio*", tal como lo consagra el primer inciso de aquel supuesto normativo, así como en aplicación del principio de la *iura novit curia*, tal como se desarrollará en la presente providencia.

No resulta de recibo la afirmación de la actora de cara a la impugnación que se resuelve, en el sentido que debe declararse inadmisibile la

alzada, indicando que se trata de una maniobra dilatoria. El hecho de interponer un recurso previsto en el ordenamiento jurídico, lo que entraña es el derecho de acceso a la administración de justicia, y la materialización el principio de doble instancia. En últimas, el debido proceso.

Iura novit curia:

Sobre el principio *iura novit curia*, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, siguiendo su línea jurisprudencial, ha indicado:

“Lo dicho se explica en los principios “*narra mihi factum, dabo tibi ius*” e “*iura novit curia*”. Por su virtud, los vacíos de adecuación típica o la equivocación de las partes, deben ser colmados o corregidos por los jueces. Precisamente, por ser estos, no los litigantes, los llamados a aplicar a los hechos el derecho como corresponde.” SC3726-2020. 5 de octubre de 2020.

“Esto significa, que la interpretación de la demanda requiere un examen *in integrum* de la misma, teniendo presente que ante el carácter dispositivo que, en líneas generales, regentan los litigios civiles, resulta relevante el principio que gobierna la estructura dialéctica del proceso, según el cual «*Venite ad factum iura novit curiae*», que impone al juez una debida comprensión del conflicto presentado a su consideración, a partir de un análisis serio, fundado y razonable de su cabal extensión, «*siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho*” y “[n]o existe en nuestra legislación procedimental un sistema rígido o sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que basta que ella aparezca claramente en el libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda” (XLIV, p. 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460; CXXXII, 241; CLXXVI, 182 y CCXXV, 2ª parte, 185)» (CSJ SC-084-2008 de 27 de agos. de 2008, Rad. 1997-14171-01).

“La importancia de los fundamentos fácticos del texto demandatorio ha sido reconocida por esta esta Corporación, la cual ha expuesto que «*no es la calificación jurídica que el demandante hace en su libelo de la relación jurídica sustancial en disputa la que demarca el objeto del proceso, sino que lo es la exposición y alegación de los hechos jurídicamente relevantes los que la precisan, con lo cual se cumple con el viejo aforismo latino que regla la actividad judicial ‘mihi factum, dabo tibi ius’ (dadme los hechos, yo te daré el derecho), connatural con los principios constitucionales de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228) y autonomía judicial (artículo 230)*» (CSJ SL17741-2015 de 11 de nov. de 2015, Rad. 41927). SC4746-2021. 25 de octubre de 2021.

“(…) *En este punto, memórese que el juez tiene el deber de resolver de fondo la controversia puesta a su consideración, teniendo en cuenta el principio*

fundamental de que sólo ésta limitado a no variar la causa petendi (hechos), pero no así a determinar el derecho aplicable al juicio o a revisar si los presupuestos de cada una de las acciones se cumplen o no, dado que en virtud del principio iura novit curia las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario (...)"² (énfasis ajeno al original) (CSJ. STC14160-2019 de 16 de octubre de 2019, exp. 11001-02-03-000-2019-03256-00)." SC4124-2021. 16 de noviembre de 2021. En las tras jurisprudencias anteriores, las cursivas, citas, y subrayados dentro del texto.

De lo expuesto doctrinalmente, se tiene que la decisión del derecho es del resorte del juez quien debe proceder de conformidad, independientemente de los desaciertos en los correspondientes planteamientos de las partes, y del mismo *a quo*; eso sí, lo que no se podrán variar son los hechos de la acción, pero la calificación jurídica, es asunto jurisdiccional.

En cuanto a ello, no puede olvidarse que el juzgador frente a la demanda, *"le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada."*, tal como lo contempla del artículo 90 procesal civil, e incluso entre los deberes del juez está *"Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal."*, tal como lo regula el artículo 42.6 del mismo ordenamiento.

De la prejudicialidad:

Tal institución consiste en:

"Se entiende por prejudicialidad la cuestión sustancial pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre lo que es materia de litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso,

² CSJ. STC14160-2019 de 16 de octubre de 2019, exp. 11001-02-03-000-2019-03256-00.

que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca y sin que sea necesario que la ley lo ordene (caracterización hecha por Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal)." Corte Constitucional, sentencia SU -478 de 1997.

En el caso en estudio invocan los recurrentes, que tal prejudicialidad ha de considerarse, dado que uno de los vinculados al proceso ha incoado acción de pertenencia respecto a dos pisos del inmueble hoy objeto de división, acción de ocupación que cursa en otro Despacho de este mismo Circuito Judicial³.

Pues bien, dada la legitimación en este tipo de trámites -divisorios-, los meros poseedores o realizadores de mejoras (de todo o parte del predio), no están llamados a resistir las pretensiones, pues la contienda se tranza es entre comuneros.

Ahora, en el trámite de pertenencia lo que se debate es la posesión de cara a obtener la titularidad del derecho de dominio, cuestión que es pacífica en el divisorio, por lo que los resultados de aquel proceso no depende "*necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial*", máxime cuando en la usucapión la demanda ha debido ser inscrita como lo dispone el numeral 6º del artículo 375 del C. G. del P. y el artículo 592 del mismo ordenamiento.

Finalizando este punto, el precepto relativo a la prejudicialidad que se invoca, es el del numeral 1º del artículo 161 del C. G. del P., el cual inicia con el enunciado; "*Cuando la sentencia que deba dictarse...*", y la presente providencia, de acuerdo al trámite que regula la materia, aún no se trata de sentencia, sino, de auto, que es lo que aquí nos ocupa, razón de más para no atender lo alegado en ese sentido por los demandados.

³ Se trata del proceso que cursa en el Juzgado Once Civil del Circuito de Medellín bajo el radicado 05 001 31 03 011 2016 00316 00.

Sobre el proceso divisorio:

El intitulado trámite tiene raigambre sustancial, donde para el efecto el artículo 2334 del C.C., tratándose del “*derecho de división*”, deja en claro que:

“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.”

En desarrollo de lo anterior, el artículo 406 del C. G. del P. 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 comunidad⁴, ya que nadie está obligado a permanecer en indivisión, tal como lo regula el artículo 2334 del C.C. atrás citado⁵.

Cabe recalcar que esta misma norma en su inciso final introduce el concepto “*fácilmente*”; es decir, que la venta procede si la división no puede hacerse fácilmente, regla que debe verse en armonía con el artículo 407 procesal civil, en el sentido que *“Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la división material será procedente cuando se trate*

⁴ Sobre el punto, los artículos 2322 y 2323, ambos del C. C., establecen en su orden, que: *“La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad, o celebrado convención relativa a la misma cosa, es una especie cuasicontrato”*; y, *“El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el haber social”*.

⁵ Sobre tal trámite la Corte Constitucional en la sentencia T 743 de 2008, dijo: *“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. El comunero demandado puede, por su parte, proponer excepciones previas, de otra naturaleza o formular oposición (artículo 470, C.P.C). Si tiene mejoras en la cosa común, debe pedirlas en la misma contestación.”*

de bienes que puedan partirse materialmente sin que los derechos de los condueños desmerezcan por el fraccionamiento. En los demás casos procederá la venta.” (subrayado intencional),

Ahora, tanto en la división material como en la venta, en uno y otro caso es necesario que esté “*Ejecutoriada el auto que decreta la división*”, sino “*la providencia que decreta la venta*”, respectivamente, donde luego, en uno y otro caso, agotando los pasos previstos por el legislador, ahí sí viene la sentencia, por lo que resulta errático que en la decisión atacada, al mismo tiempo que se dispusiera la división material se indicara como se partiría la cosa, con lo que contravino procesalmente lo previsto en el artículo 410 del C. G. del P..

DE LA SOLUCIÓN A LA ALZADA:

El *a quo* decretó la división material del inmueble identificado con M.I. 01N-249076, cuya propiedad pertenece a la demandante ALEXANDRA SÁNCHEZ MARÍN y al demandado GABRIEL ARCANGEL MAZO DAVID, teniendo cada uno de ellos una participación del 50%, donde frente a tal decisión los puntos de inconformidad fueron: uno, que se dispusiera la división material propiamente dicha; y dos, en relación a las mejoras implantadas por DIEGO ALEXANDER MAZO ARIAS; inconformidades frente a las cuales nos pronunciaremos en su orden, a fin de resolver la alzada.

Para la decisión de primera instancia se tuvo en cuenta el dictamen aportado por la demandante, el cual determinó el valor del inmueble en \$3.482'173.800,00, con la advertencia que no era posible valorar cada piso, por cuanto el bien no se encontraba sometido al régimen de propiedad horizontal, y no era posible determinar los coeficientes de copropiedad, sumado a que el primer piso por ser locales comerciales,

tiene mayor valor respecto a los demás, cuya destinación usual es la de bodegas y oficinas.

Frente a la posibilidad de división material, la perito señaló que existían dos alternativas, a saber:

“ALTERNATIVA 1) Partición del edificio en dos cuerpos, mediante un muro divisorio en la mitad longitudinal, que incluya los cuatro pisos, de manera que cada comunero quede con local comercial en 1º piso y 2º, 3º y 4º pisos con espacios para servicios y oficinas, dadas las características de doble fachada con accesos independientes tanto para el 1º piso como para los pisos superiores, así:

- a) Comunero Gabriel Arcangel Mazo David, mitad del edificio que queda con fachada a la carrera 57 Av. del Ferrocarril.*
- b) Comunero Nelly Alexandra Sánchez Marín, mitad del edificio que queda con fachada a la carrera 56 C Ayapel.*

NOTA: En este caso es necesario contar con el concepto de un ingeniero estructural para que determine la ubicación definitiva del muro divisorio del edificio.

ALTERNATIVA 2) Partición del edificio por pisos completos, así:

- a) Comunero Gabriel Arcangel Mazo David, 1º y 4º pisos.*
- b) Comunero Nelly Alexandra Sánchez Marín, 2º y 3º pisos.*

Para ambas divisiones es necesario tener en cuenta lo siguiente:

-Aprobar planos de división para Reglamento de Propiedad Horizontal ante una Curaduría.

-Elaborar minuta y registrar el Reglamento de Propiedad Horizontal.

Los costos de los trámites resultantes deberán ser compartidos por partes iguales entre los comuneros.

NOTA: En este caso, salvo una excepción a la norma urbanística debidamente certificada, no es posible dividir el lote, en razón a que el polígono normativo en el cual se encuentra el inmueble tiene un Plan Parcial aprobado e inhibe la partición de lotes.”

Tal estudio fue cuestionado por la parte demandada, citando como único argumento, que fue realizado sin la presencia de la perito a la edificación, como tampoco se allegara otro estudio tendiente a debatir lo concluido en aquel.

Sobre ello, si bien la demandada no presentó una oposición seria, clara y contundente frente al dictamen, ni prueba tendiente a desvirtuarlo, tampoco se le debe dar validez y plena certeza, pues el estudio ha de pasar por el cedazo del artículo 232 del C. G. del P..

En lo que tiene que ver con la idoneidad de la perito, se constata que se encuentra certificada e inscrita en el Registro Abierto de Avaluadores para las categorías de inmuebles urbanos y rurales, y en el respectivo Registro Nacional⁶, concluyéndose que para efectos del avalúo es persona calificada en el tema.

No obstante, respecto a la factibilidad de la división material, la perito mediante complementación de forma prematura se limitó a manifestar que la misma era procedente y que existían dos alternativas, sin especificar si los derechos de los comuneros se verían afectados con alguna de ellas, pese a que con el avalúo señaló que el primer piso tendría un mayor valor por su destinación; ¿entonces cómo es que en una de las alternativas propone que una de las partes se quede con los locales y un piso, y la otra con los otros dos pisos, sin que se precisara valores parciales?. Esto en cuanto a la segunda alternativa.

Pero es más, la primera alternativa que presenta desconoce lo indicado en el mismo dictamen en el sentido que *“no es posible dividir el lote”*, según lo dice en la misma experticia, entonces tal posibilidad entra en abierta contradicción con el supuesto normativo previsto en el artículo 713 del C.C..

A lo anterior se suma que el malogrado estudio no presenta levantamientos planímetro o topográfico del bien, a tal punto que no se sabe de qué manera la presunta división se ajustaría al Plan de Ordenamiento Territorial, o en su defecto al Régimen de Propiedad

⁶ Folios 21 a 23, archivo 12.2021.00174AnexoRequisitoFolio92a114.

Horizontal de que trata la Ley 675 de 2001, alejándose de este modo de cualquier posibilidad de división material, máxime cuando se trata de un bien urbano.

Ahora, la perito dijo que para la primera de las opciones, era necesario contar con el concepto de un ingeniero estructural; y que en todo caso se debían aprobar los planos de división para reglamento de propiedad horizontal y elaborar la minuta de ese reglamento. Además, como nota marginal señaló:

“En este caso, salvo una excepción a la norma urbanística debidamente certificada, no es posible dividir el lote, en razón a que el polígono normativo en el cual se encuentra el inmueble tiene un Plan Parcial aprobado e inhibe la partición de lotes.”

Con fundamento en lo anterior, y siguiendo con la procedencia de la división material, merece reparo la idoneidad de la perito, pues si según la RAE⁷ por tal se entiende “*experto o entendido en algo*”, lo que implica que quien rinde el dictamen es profesional especializado que tenga “*conocimientos científicos, técnicos o artísticos*” en determinada materia, tal como lo dispone el encabezado del artículo 226 procesal.

En esos términos, considerando lo establecido en los artículos 1º y 2º de la ley 435 de 1998, la actividad tendiente al “*diseño, construcción, ampliación, conservación, alteración o restauración de un edificio o de un grupo de edificios*” es competencia de la profesionales en arquitectura; lo que encuentra concordancia con la Resolución 463 de 2017 del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, que exige para la expedición de licencias urbanísticas y el reconocimiento de edificaciones que se anexe el Formulario Único Nacional firmado por arquitecto.

⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, edición tricentenario.

De lo anterior resulta diáfano que un mero evaluador no se encuentra capacitado para determinar de forma técnica y profesional la procedencia o no de la división material de una edificación, tan así que en las presentes la misma perito en su informe indica que se debe acudir a la opinión de un experto en ingeniería.

Y es que no basta con realizar una división del inmueble con una operación aritmética, sino que es necesario que la misma pueda llevarse al plano físico y real, respetando las normas existentes sobre urbanismo, directrices del Plan de Ordenamiento Territorial, permisos y licencias sobre el uso del suelo y lo previsto en la ley de propiedad horizontal, análisis que en la experticia arrimada brilla por su ausencia.

En tal sentido, conforme las reglas de la sana crítica, la experticia arrimada tiene serias falencias en su “*solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos*” así como en la “*idoneidad del perito*”, razón por la cual no podrá ser considerada de cara a una eventual división material del bien.

Si bien es factible la división de un inmueble sin exigir la respectiva licencia urbanística cuando sea ordenada por sentencia judicial⁸, tal premisa se establece en virtud de la confianza que generan ese tipo de decisiones en cuanto a que están ajustadas a la legalidad; es decir, conforme a los planes de ordenamiento territorial, donde de todos modos las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos pueden abstenerse de inscribir sentencias judiciales, que no se ajusten estrictamente a los parámetros legales vigentes.

Así, analizado el dictamen allegado de cara a establecer si el bien puede ser dividido materialmente, y de ser así que tal división no afecte los derechos de los condómines, surge diáfana la imposibilidad

⁸ Artículo 6 parágrafo 4° Decreto 1469 de 2010.

de ese tipo de partición, no solo porque el dictamen no fue presentado por perito idóneo en la materia, lo que lo hace incompleto e insuficiente para su fin, sumado a que no se analizó la vulneración de las prerrogativas de los comuneros con ese fraccionamiento, no encontrándose acreditados los presupuestos para la división material.

Refuerza la anterior idea la misma legislación sustantiva civil citada delantamente, cuando en el artículo 2334 del mismo ordenamiento, enseña que la división por venta procederá cuando la cosa “*no pueda dividirse o deslindarse fácilmente*”, y que más dificultoso que dividir materialmente un bien al que tocaría hacer un reforzamiento estructural, aunado el obtener licencias que *ope lege* descartan la segunda alternativa.

Es más, nótese que la vocación del inmueble es comercial, por lo que obligar a que se constituya una propiedad horizontal, de por sí un contrasentido pues este tipo de unidades requieren del elemento volitivo (artículo 3º Ley 675 de 2001 en definición de “*propietario inicial*”), también se agrede el principio de “*Libre iniciativa empresarial*” regulado en la misma ley regulatoria de la materia.

Ese conjunto de circunstancias cierran el paso a la división material, a lo que se suma que en la segunda alternativa que se da, lo que existe en el primer piso de la edificación son locales comerciales que según enseñan las reglas de la experiencia, tienen un valor mucho mayor que lo dedicado a bodegas dentro de una misma edificación, lo que descarta la segunda posibilidad presentada.

Y es que el artículo 407 del C. G. del P., enseña que la división material del bien será cuando “*los derechos de los condueños desmerezcan por el fraccionamiento*”, mengua que se dará cuando a alguien se le asigne el local comercial y al otro la bodega, o cuando a alguien se le de un piso con nivel superior y a otro inferior, sin contar con la ingente

inversión de recursos en cuanto a las modificaciones estructurales, para viabilizar una partición apenas hipotética, que en cuanto a la prueba es huérfana en cuanto a la factibilidad para que se lleve a cabo.

No obstante, y en este punto entre a considerarse el principio *iura novit curia*, del que *ab initio* se hizo recopilación jurisprudencial, el que aplicado al caso se tiene que si bien en la demanda se solicitó la división material y ella fue la que se estimó, también lo es que ante su improcedencia, para resolver el conflicto ciudadano que se somete a consideración de la jurisdicción, ha de decirse que emerge como solución la venta en pública subasta del bien, con el fin de lograr su división, materializando en ese sentido la salvaguarda prevista en el artículo 2334 del C.C., en el sentido que “*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.*”.

Como solución al conflicto, de no poderse dividir materialmente el bien, lo será *ad valórem*.

De las mejoras pretendidas:

DIEGO ALEXANDER MAZO ARIAS reclama que no se hayan reconocido las mejoras plantadas en el bien, consistentes en los 3º y 4º piso del inmueble y que alega fueron construidos por él, y sobre los que ejerce posesión.

Según lo reglado por el artículo 406 del G. del P. la división material por venta de la cosa común puede ser solicitada por cualquiera de los comuneros y la demanda debe dirigirse contra los demás condueños, y en concordancia con ello el artículo 412 ídem establece que: “[e]l comunero que tenga mejoras en la cosa común deberá reclamar su derecho en la demanda o en la contestación...”

Del folio de matrícula inmobiliaria 01N-249076 correspondiente al bien inmueble objeto de división, se desprende que quienes figuran como únicos titulares del derecho real de dominio son ALEXANDRA SÁNCHEZ MARÍN y GABRIEL ARCANGEL MAZO DAVID, siendo ellos los facultados para solicitar o resistir la pretensión de división, y de ser el caso solicitar el reconocimiento de las mejoras que tuvieren en la cosa común.

Como DIEGO ALEXANDER MAZO ARIAS reclama el reconocimiento de mejoras que según su decir implantó en el bien objeto de división, conforme con la normas citadas relativas al proceso divisorio, se tiene que por no ostentar la calidad de comunero no está llamado a resistir las pretensiones de división, y en consecuencia no puede pretender el reconocimiento de mejoras en este proceso, facultades que como se dijo, están reservadas para quienes ostenten la calidad de condueños.

Tales intereses económicos deberá debatirlos en otro escenario jurídico-procesal, para lo cual habrá de considerarse lo normado en el artículo 739 del C.C., además de estarse a lo que se resuelva en el proceso de pertenencia por él instaurado y al que hicimos alusión cuando abordamos el tema de la prejudicialidad.

Conclusión:

En aplicación del principio *iura novit curia*, la decisión recurrida habrá de reformarse, para en su lugar decretar la división por venta, pues se advierte que la material no es viable jurídica ni físicamente, aunado a que no cumple los supuestos que ella sea "*fácilmente*", ora, que no haya mengua en los derechos de los condueños derivado del fraccionamiento

En cuanto a las mejoras solicitadas, dada la condición de quien las pide, que no puede considerarse como comunero, podrá alegarlas en otro escenario procesal, incluso dentro de la diligencia de secuestro (artículo 411 C. G. del P.), pero no podrán ser reconocidas en la presente providencia, por las razones aquí expuestas.

Para la suspensión del proceso, no se cumplen los supuestos normativos para lo pertinente.

Sin condena en costas en esta instancia dada la prosperidad parcial del recurso.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín:

RESUELVE

PRIMERO: REFORMAR el numeral PRIMERO resolutivo del auto calendado el quince (15) de noviembre de dos mil veintidós (2.022), proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, para en su lugar DECRETAR LA DIVISIÓN POR VENTA en relación al inmueble objeto del litigio, el cual es distinguido con matrícula inmobiliaria 01N- 249076.

SEGUNDO: Considerando lo decidido en el numeral que antecede, el *a quo* proseguirá el trámite tal como prevé el artículo 411 del C. G. del P., disponiendo lo pertinente mediante sus facultades y deberes de dirección procesal.

TERCERO: REVOCAR el numeral SEGUNDO resolutivo del auto objeto de apelación, según lo motivado.

CUARTO: Desestimar la solicitud de reconocimiento de mejoras por lo aquí expuesto, con lo que se CONFIRMA el numeral QUINTO resolutivo de la decisión impugnada.

QUINTO: Se niega la suspensión del proceso en los términos expuestos.

SEXTO: Confirmar en lo demás la decisión impugnada.

SEPTIMO: Sin costas en esta instancia dada la prosperidad parcial del recurso. Ejecutoriada esta decisión, vuelva el expediente al Despacho de origen.

Notifíquese:



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
MAGISTRADO