



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA.
SALA CIVIL- FAMILIA- LABORAL
RIOHACHA- LA GUAJIRA**

Riohacha, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ.

Ref.:

PROVIDENCIA:	Apelación de Auto – Excepciones Previas
PROCESO:	Verbal Declarativo Especial- Divisorio
DEMANDANTE:	OVIDIO ENRIQUE TORRES ZULETA Y OTROS
DEMANDADO:	EDILBERTO ZEQUEIRA TORRES Y OTROS
JUZGADO ORIGEN:	Juzgado Promiscuo del Circuito de Villanueva.
RADICACIÓN:	44874318900120180016600

Se debe resolver el recurso de apelación contra el auto que repuso la decisión de convocar a audiencia inicial en el proceso divisorio, negó dar trámite a las excepciones previas y decretó la división del predio objeto de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

Frente al recurso que nos concierne, la decisión que se ataca tiene que ver con el recurso de reposición que se instauró frente al auto del dieciséis (16) de diciembre de 2019, donde se fija fecha para la audiencia inicial, a voces de lo previsto en el artículo 372 del CGP.

Fueron argumentos del recurso de reposición los siguientes: Que el artículo 409 del CGP, en estos procesos no contempla la audiencia del artículo 372 del CGP, ese auto ordenará “...*la división del inmueble solicitada con las pretensiones de la demanda y conforme al peritazgo aportado...*”, los demandantes se opusieron a todas y cada una de las contestaciones de la demanda y ninguno de ellos alegó PACTO DE INDIVISIÓN, ni hubo contradicción al dictamen pericial, ni hubo reclamación de mejoras .

En auto de veintiséis (26) de enero de 2016, el **a quo** al decidir el recurso, declara improcedentes las excepciones previas formuladas, repone el auto de dieciséis (16) de diciembre de 2019) y “...*decreta por medio de este proveído, la división del bien rural común denominado FINCA EL ROSARIO, identificado con matrícula inmobiliaria 214 16253 de la oficina de instrumentos públicos de San Juan del Cesar – Guajira y demás escrituras debidamente registradas, y relacionadas para dicho bien. Los gastos que genere la división, deberá ser asumida por todos los comuneros, de acuerdo a la proporción de su cuota.*”



2. RECURSO DE LOS DEMANDADO

4. La providencia de fecha 26 de enero del 2021 repone el auto de fecha 16 de diciembre del 2016 cambiando una audiencia inicial por una diligencia de división de un bien, que esta debidamente dividido en las partes que cada uno adquirió.

En la réplica al recurso, el apoderado de la parte demandante recordó las normas del proceso divisorio del artículo 406 al 418 del CGP, según las cuales, se pueden alegar excepciones de fondo, las excepciones previas se deben alegar con el recurso de reposición, que si el demandado no estuvo de acuerdo con el dictamen presentado, podrá aportar otro o solicitar la convocatoria del perito a la audiencia para interrogarlo, y que si no hay PACTO DE INDIVISIÓN se decretará la DIVISIÓN SOLICITADA. Finalmente aduce, que el PACTO DE INDIVISIÓN, no era procedente alegarlo con el recurso de reposición que se resolvió, sino en la contestación de la demanda.

3. POSICIÓN DEL JUZGADO:

Con fundamento en el artículo 409 del CGP, mantiene su decisión con auto del veinticuatro (24) de junio de 2021, expone que los demandados no alegaron pacto de indivisión, ni se opusieron o presentaron recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, se funda en el artículo 2323 del C.C. Arguye que los demandados no expusieron en concreto cuáles son los reparos contra la decisión, que solamente *“...confirmó no haber alegado pacto de indivisión y rechazó el levantamiento topográfico aportado por el demandante, sin que nada se dijera en qué consistía la inconformidad por lo decidido en la providencia del veintiséis (26) de enero de 2021.*

4. POSICIÓN DE LOS DEMANDADOS FRENTE A LA DECISIÓN DEL RECURSO:

Manifestamos en dicho escrito que no se alegó Pacto de Indivisión porque no se reúnen los requisitos de Ley para que se configure como tal la indivisión, y dentro de esos requisitos esta el acuerdo entre los comuneros.

No existe comunidad entre los demandados, puesto que jamás se reunieron para adquirir el bien, las hectáreas o porcentajes comprados, así lo demuestran las correspondientes escrituras siendo este un requisito fundamental.



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”.

En asocio o en concordancia con el Artículo 2323 del C.C que prevé “que es derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el haber social”.

Estas normas son claras y precisas en ellas se habla de **COMUNEROS** y esta figura no puede ser aplicada en este caso, porque no existen los requisitos para tal comunidad, porque como ya lo expresé, y así esta consignado, cada uno de los demandantes tiene una cantidad de terreno adquirido.

De facto rechazamos la prueba pericial que aportó o aportaron los demandantes, por no ajustarse a la realidad de la posesión, propiedad, quieta y pacífica que tienen los demandados de sus predios.

Con pruebas aportadas demostramos que al señor Ovidio Enrique Torres Zuleta sabe y conoce en donde y quien tiene el predio que le pertenece dentro del predio El Rosario, quien lo recibió en su nombre y ubicación.

En los anteriores términos y en oportunidad procesal dejo sustentado el recurso de apelación, solicitando se tengan como sustento los escritos ya señalados.

5. CONSIDERACIONES:

El recurso de apelación se debe resolver por sala unitaria, según el artículo 35 del CGP y con fundamento en el artículo 322, 326 y 328 del C.G.P., y el inciso final del artículo 409 del CGP señala que esta clase de providencias puede ser apelada, así, esta Corporación sólo adquiere competencia para decidir los reparos expresamente señalados en él.

5.1. MARCO CONCEPTUAL:

El recurso que plantea el apelante es sobre la decisión de negar el trámite de excepciones previas y por el decreto de la división del bien indiviso, que no se había efectuado en el auto que se repuso por el **a quo**. Se abordarán los siguientes ejes temáticos:

Para resolver el problema planteado, esta Sala Unitaria se pronunciará sobre i) La procedencia de excepciones previas en los procesos divisorios, ii) Se resolverá si era procedente decretar la división como lo alegaron los demandantes. Veamos:



5.1.1. EXCEPCIONES PREVIAS EN PROCESOS DIVISORIOS:

Sería del caso proceder a desatar el asunto de la referencia en punto al recurso de apelación formulado contra el auto que resolvió excepciones previas, sino fuera porque examinado el asunto, se advierte que no es una providencia que pueda ser objeto de recurso de apelación por las razones que pasan a exponerse:

Respecto de la procedencia del recurso de apelación contra autos, el artículo 321 del Código General del Proceso, dispone:

(...)

1. *El que rechace la demanda, su reforma o la contestación a cualquiera de ellas.*
2. *El que niegue la intervención de sucesores procesales o de terceros.*
3. *El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.*
4. *El que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo.*
5. *El que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva.*
6. *El que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva.*
7. *El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.*
8. *El que resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla.*
9. *El que resuelva sobre la oposición a la entrega de bienes, y el que el rechace de plano.*
10. *Los demás expresamente señalados en este código.”*

Además, el artículo 409 del CGP preceptúa en punto al proceso divisorio:

*Artículo 409. Traslado y excepciones. En el auto admisorio de la demanda se ordenará correr traslado al demandado por diez (10) días, y si se trata de bienes sujetos a registro se ordenará su inscripción. Si el demandado no está de acuerdo con el dictamen, podrá aportar otro o solicitar la convocatoria del perito a audiencia para interrogarlo. Si el demandado 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; en caso contrario, convocará a audiencia y en ella decidirá. **Los motivos que configuren excepciones previas se deberán alegar por medio del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda.(...)** (subrayado y negrillas fuera de texto).*

Así, frente a la inconformidad del apelante respecto de la decisión de no dar trámite a las excepciones previas, se hace necesario declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación propuesto contra esa decisión, al no estar listado en el artículo 321 del CGP como providencia judicial que pueda ser objeto de apelación, norma que es taxativa y de interpretación restrictiva, además por no haberse alegado este medio de defensa, mediante recurso de reposición contra el auto que admitió el trámite del proceso divisorio.



5.1.2. DECRETO DE DIVISIÓN:

Las normas que regulan estos casos han sido interpretadas por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STC 14180-2018 radicación 05000-22-13-000-2018-00177-01, Magistrado Ponente Dr. LUIS ALONSO RICO PUERTA, del treinta y uno (31) de octubre de 2018, así:

«(...) el fundamento sustancial del proceso divisorio reposa en el artículo 1374 del Código Civil, el cual prevé que «ninguno de los cosignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión; la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse», y en ese sentido, el precepto 2334 de la misma obra sustancial y en particular el canon 406 del actual estatuto procesal, establece el derecho de «todo comunero puede pedir la división material de la cosa común o su venta para que se distribuya el producto».

Por ello, siendo dos las modalidades de división, es la parte interesada quien inicialmente debe estimar la procedencia de aquella que pretende, observando para la material, que el bien sea susceptible de partirse o fraccionarse sin desmerecer los derechos de los demás condueños, o si por el contrario debe acudir a la venta ad valorem o por remate.

Empero, si la parte demandante formula su pretensión bajo un convencimiento que luego resulta contrario a la realidad y por ende a derecho, es el juez de la causa quien, previa ponderación del material probatorio adosado al expediente, el llamado a determinar si autoriza la procedencia de la división en la forma solicitada, o si, como en el caso que se examina y con observancia en la disposición procedimental en cita, la decreta por venta para repartir entre los condueños el valor que a cada uno le corresponde» (CSJ STC8850-2018, 21 jun. 2018, rad. 00176-01).

Veamos cada uno de los problemas jurídicos que plantea el apelante:

¿Existe comunidad entre las partes del proceso?

El artículo 2323 del Código civil dice:

“La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad, o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato.”

Se resolverá con fundamentos en las siguientes pruebas:

Prueba de la comunidad:



Se allegaron a la demanda los siguientes documentos:

Certificación expedida por el REGISTRADOR SECCIONAL DE LA OFICINA DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS DE SAN JUAN DEL CESAR, folio 12 del cuaderno principal.

Certificado de Tradición No. 214-16253 expedida por LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS DE SAN JUAN DEL CESAR, folio 13 al 15 cuaderno principal.

Aunque existen otros documentos públicos como las escrituras públicas que tanto los demandantes como los demandados allegaron al proceso, lo cierto es que basta con los dos documentos señalados para probar que existe comunidad, veamos:

El artículo 2º de la 1579 de 2012 ley que reguló el registro inmobiliario, determina sus objetivos: sirve de medio de tradición de bienes raíces, da publicidad, *b) Dar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derechos reales sobre los bienes raíces; “c) Revestir de mérito probatorio a todos los instrumentos públicos sujetos a inscripción.”*, concordante con el artículo 46 de la misma norma; adicionalmente, establece los principios así:

“ARTÍCULO 3o PRINCIPIOS. Las reglas fundamentales que sirven de base al sistema registral son los principios de:

- a) Rogación. Los asientos en el registro se practican a solicitud de parte interesada, del Notario, por orden de autoridad judicial o administrativa. El Registrador de Instrumentos Públicos sólo podrá hacer inscripciones de oficio cuando la ley lo autorice;*
- b) Especialidad. A cada unidad inmobiliaria se le asignará una matrícula única, en la cual se consignará cronológicamente toda la historia jurídica del respectivo bien raíz;*
- c) Prioridad o rango. El acto registrable que primero se radique, tiene preferencia sobre cualquier otro que se radique con posterioridad, aunque el documento haya sido expedido con fecha anterior, salvo las excepciones consagradas en la ley;*
- d) Legalidad. Solo son registrables los títulos y documentos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su inscripción;*
- e) Legitimación. Los asientos registrales gozan de presunción de veracidad y exactitud, mientras no se demuestre lo contrario;*
- f) Tracto sucesivo. Solo el titular inscrito tendrá la facultad de enajenar el dominio u otro derecho real sobre un inmueble salvo lo dispuesto para la llamada falsa tradición.”*

De estos principios quiero destacar la especialidad, que habla de unidad inmobiliaria con una única matrícula, que consigna la historia jurídica del inmueble.

El artículo 4 de la ley citada, qué actos están sujetos a registro:



“(...)

a) Todo acto, contrato, decisión contenido en escritura pública, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes inmuebles; (...)”

De lo expuesto, emerge prístinamente la existencia de la comunidad, en tanto las ventas y adjudicaciones en la sucesión de las cuáles da cuenta el folio de matrícula No. 214-16253, respecto del predio “EL ROSARIO”

La comunidad nace por acto entre vivos o por disposición de la ley como acontece en los procesos de sucesión.

En el presente asunto, la comunidad nació por acto entre vivos respecto al predio “EL ROSARIO”, por las siguientes razones:

Ninguna de las ventas referidas en el certificado de matrícula inmobiliaria de la finca “EL ROSARIO”, tiene un número diferente a este, lo cual solo puede acontecer en la medida que se haga el trabajo de partición y a los comuneros se les adjudique, su cuota parte con providencia judicial, que dará lugar al nacimiento de un nuevo folio de matrícula inmobiliaria, diferente al matriz u original. Los derechos derivados de la sucesión corren la misma suerte, pues a ellos se les adjudico cuota en común y proindiviso, ver anotación 9.

Así, como los compradores de las partes del predio “EL ROSARIO”, sabían por el principio de publicidad que no estaban comprado todo el predio sino una parte de él, establecieron así la comunidad, y los herederos reciben la cuota parte de su causante.

El principio de publicidad del que habla el artículo 2o de ley citada, literal b) impide a los demandados alegar ignorancia de la existencia de la comunidad, pues el registro es público y al asentar sus ventas, debieron observar que no estaban comprando todo el predio “EL ROSARIO” sino una parte de él, por lo que, esa manifestación de voluntad, es oponible a todo el mundo.

En suma, existe comunidad, y los reparos de la parte demandada, no son acogidos.

5.1.3. PRUEBA PERICIAL:

Con la entrada en vigor del Código General del Proceso, se cambió la forma de allegar esta prueba en particular, veamos.

ARTÍCULO 227. DICTAMEN APORTADO POR UNA DE LAS PARTES. La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad



para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba.

El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado.”

Esta carga procesal y probatoria la cumplió la parte demandante.

Frente a la contradicción del dictamen, artículo 228 del CGP estableció lo siguiente:

“La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado...”

(...)

“En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave...”

El argumento de la parte demandada según el cual rechazan la prueba pericial, no se contempla en la ley para el trámite de esta prueba, la cual tenía dos oportunidades, la primera en el traslado de la demanda y el caso que el demandante hubiere hecho uso del término de los 10 días para aportarlo, si el juez lo hubiere autorizado, puede ejercer ese derecho una vez puesto en conocimiento.

Ninguna de las actuaciones referidas en la ley procesal que gobierna este asunto fue cumplida por la parte demandada, según se aprecia en la actuación surtida en el expediente.

5.1.4. Finalmente el argumento según el cual *“el demandante conoce en donde (sic) y quien (sic) tiene el predio que le pertenece dentro del predio El Rosario, quién lo recibió en su nombre y ubicación.”*, no es un ataque al auto que se apela, entre otras cosas, porque por el principio de publicidad, no solo la parte demandante, sino también la parte demandada, se les presume el conocimiento de lo allí consignado, según la ley registral.

En suma, se confirma la providencia apelada.

En mérito de lo anteriormente expuesto el suscrito Magistrado de la Sala Civil-Familia- Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha,



RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR inadmisibile el recurso de apelación propuesto por la parte demandada contra el auto que no dio mérito a las excepciones previas en el asunto de la referencia.

SEGUNDO: Confirmar el auto que decreto la división del predio “EL ROSARIO” según el auto del veintiséis (26) de enero de 2021, por lo expuesto en la parte motiva. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada apelante, se fijan agencias en derecho en un salario mínimo mensual legal vigente, que corresponde a \$908.526.00, NOVECIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS VEINTISEIS PESOS M/CTE, conforme lo dispone el artículo 365 y 366 del CGP los que deberán ser tenidos en cuenta al momento de la liquidación concentrada de costas que se efectúe en primera instancia.

TERCERO: Devuélvase al lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7 Ley 527 de 1999, arts, 2 inc. 2, Decreto
Presidencial 806 de 2020 art. 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado