

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta**

SALA CIVIL - FAMILIA

Magistrado Ponente: ROBERTO CARLOS OROZCO NÚÑEZ

Ref. Divisorio Comproser S.A.S vs Rocío Franco Leal y otros
Rad. 540013103007-2013-00341-01 - Rad 2 Instancia 2022-0308-04

San José de Cúcuta, Diez (10) de
Marzo de dos mil veintitrés (2023)

Seguidamente habrá de ser definida la apelación dirigida respecto del pronunciamiento que la Juez Séptima Civil del Circuito de Cúcuta emitió el 14 de Mayo de 2021. Hace parte tal auto del expediente contentivo del proceso divisorio seguido por Comproser S.A.S., en contra de Henry, Rocío, Yackeline, Luis Alberto y Alexander Franco Leal.

ANTECEDENTES

1.- Al tipo de litigio indicado acudió la mentada compañía con el propósito de finiquitar la comunidad que junto con los demandados ostentan sobre el inmueble situado en la avenida 5 #13-68 y #13-72 de esta ciudad. Propone como alternativa que se divida materialmente el predio, según la instrucción que sobre el particular se imparta en dictamen pericial.

En cuanto a los hechos de interés al caso explica lo siguiente:

Según consta en la escritura pública 2586 corrida la Notaría Sexta de esta ciudad el 21 de Octubre de 2013, Comproser le compró a Nury Leticia Rodríguez Benítez el 50% de la propiedad que esta detentaba sobre el bien descrito con antelación. Por su lado, los hermanos Henry, Rocío, Yackelin, Luis Alberto y Alexander Franco Leal han de ser los dueños de la parte restante, por adjudicación que se les hiciese en el proceso sucesorio de sus padres. Comproser no tiene interés en continuar en la indivisión, sobre todo porque sobre el

inmueble hay una construcción de bastante antigüedad e incluso sufrió la caída de una parte.

El bien, por lo demás, se identifica con el certificado de matrícula inmobiliaria 260-23038 y tiene una extensión total de 447 metros cuadrados. De allí que la demandante considere viable *"que el cincuenta por ciento (50%) en cabeza de mis representados, se realice en forma física; y que los demás copropietarios continúen detentando si así lo desean, conservando la copropiedad y proindiviso de las cuotas partes en cabeza de quienes adquirieron sus derechos provenientes de la sucesión de sus padres."*¹

2.- Efectuado que fue el reparto de rigor, rituar y componer el litigio fue tarea encomendada al Juzgado Séptimo Civil del Circuito con sede en esta ciudad. Y aunque los demandados inicialmente formularon excepciones perentorias oponiéndose a la división (lo que alegaron fue la prescripción adquisitiva y extintiva), a la postre desistieron de las mismas.

De todos modos lograron recibirse 3 dictámenes periciales elaborados por los expertos Milton Alberto Porras Arias, Adisson Palomino y Rigoberto Amaya Márquez.

AUTO APELADO

1.- Tras recibir el comentado desistimiento de las excepciones perentorias, procedió la a quo a pronunciarse acerca de las pretensiones mediante auto del 14 de Mayo de 2021. Lo que dispuso allí fue acceder a las pretensiones en la forma solicitada en el libelo, esto es, decretando la división material del bien, pero solo en el 50% correspondiente a la empresa demandante. Para pronunciarse de ese modo principió por explicar que la calidad de comuneros de todos los involucrados en el litigio, estaba suficientemente acreditada. Luego dijo que los demandados nunca hicieron pronunciamiento alguno acerca de la división deprecada, pues en un primer momento se limitaron a alegar la prescripción de la que ulteriormente abdicaron. Entonces, al no haber oposición lo procedente era aplicar el artículo 407 del C.G.P., y por ende acceder a la división tal como había sido propuesta por la accionante.

Por otro lado, consideró que de cara a los dictámenes recibidos se hacía posible decretar la división material por no contravenir la reglamentación urbanística. Precisó, eso sí, que el fraccionamiento debía hacerse solo en dos partes, asignando una para cada extremo procesal. Además, argumentó que con sujeción a las pretensiones de Comproser no era necesario finiquitar la comunidad existente entre los hermanos

¹ Archivo 001/Cuaderno Principal - Folios 4 al 45

Franco Leal, sino solamente lo que concierne con la propiedad de aquella. Sobre todo teniendo en cuenta que en momento alguno los demandados expresaron su deseo de deshacer la unión patrimonial habida entre ellos.

2.- Justamente en contra de tal proveído fue que el profesional que vela por los intereses de los hermanos Franco interpuso oportunamente el recurso de apelación. Se sustentó en que por el solo hecho de haber desistido de las excepciones la juez aplicó tajantemente el artículo 472 del C.P.C., pasando por alto que conforme a lo señalado en el artículo 468 *ibidem* la división material procede cuando se trate de bienes que pueden partirse materialmente sin que los derechos de los condueños desmerezcan por el fraccionamiento. Tras ello destacó que en la aclaración al dictamen que hizo el ingeniero Rigoberto Amaya a solicitud del juzgado, conceptuó que el inmueble "*No es susceptible de división material*". Concepto este que se encuentra en firme y desvirtúa lo dicho en la experticia inicial.

3.- Por auto calendado 16 de Julio de 2021 se dispuso por la juez de primera instancia hacer el tránsito de legislación a las normas del Código General del Proceso. Estimó procedente conceder la alzada, al verificar que su proveído era pasible de ser atacado por esa vía de acuerdo a la descripción contenida en el numeral 10 del artículo 321 de la legislación adjetiva en vigor. Por ende remitió el expediente hacia esta colegiatura a fin de ser definida la segunda instancia.

Se pasa ahora, entonces, a resolver lo pertinente, para lo que resultan indispensables las siguientes:

CONSIDERACIONES

1.- La Sala es competente para conocer de la alzada conforme al artículo 31 del Código General del Proceso. Contra la decisión proferida por el juzgado de instancia procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 409 *ibidem*. Amén que fue interpuesto dentro de la oportunidad procesal pertinente, por parte legitimada y se dio cumplimiento a lo reglado en el artículo 322 de la misma codificación.

Sin que sea necesario profundizar en el tema debe precisar el Tribunal que si bien el Código General del Proceso se encuentra en plena vigencia desde el 1 de Enero de 2016, como a la demanda se dio inicio con anterioridad (29 de Noviembre de 2013) las falencias procesales motivo de inconformidad deben analizarse a la luz de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones aplicables para esa época.

2.- La comunidad, a tono con la expresa definición dada al efecto por el artículo 2322 del Código Civil, es un cuasicontrato en virtud del cual dos o más personas adquieren la propiedad de una cosa -universal o singular-, pero sin que entre ellas exista sociedad ni ninguna otra suerte de convenio específicamente atañadero al bien adquirido. Gracias a lo anterior es dable identificar los elementos característicos de la comunidad, así: (i) implica una pluralidad de sujetos (2 o más), que (ii) ejercen de manera conjunta, simultánea o paralela, (iii) el derecho de dominio sobre un objeto determinado o determinable, y (iv) sin que entre los condueños se haya pactado sociedad. Aunque no es la única, sí es evidente que la adjudicación en sucesión es la vía más recurrente para la constitución y generación de propiedades comunitarias, como quiera que a los herederos de la persona fallecida se hace la asignación, por ministerio de la ley, de los bienes relictos, adjudicándoselos en común y proindiviso por cuotas partes o porcentajes.

No es forzoso, desde luego, que la comunidad sea eterna e imperenne, sobre todo porque cuando no proviene su conformación del acuerdo de voluntades de los *condomines*, no es infrecuente que entre ellos surjan desavenencias por la administración o usufructo del bien de que se trate. De allí que se le reconozca el derecho a los comuneros para deprecar en cualquier tiempo la división de la colectividad, sin más justificación que su simple deseo de no seguir permaneciendo en ella.

2.1.- Precisamente el litigio de corte divisorio es la vía procesal deferida al comunero que quiere hacer cesar la comunidad, y está reglamentado a partir del artículo 406 del Código General del Proceso. Entre sus particularidades se halla que el extremo pasivo, forzosamente, siempre habrá de estar integrado por el otro u otros comuneros respecto de quienes habrá de tener lugar la división. Así como que es necesario acreditar cabalmente la calidad de propietario comunitario atribuida a todos los partícipes del pleito. De la demanda, por otro lado, hay que correr traslado a los accionados durante un lapso de 10 días (Art. 409), y dentro de los mismos aquéllos podrán formular excepciones previas aunque a modo de recurso de reposición, u oponerse a la división en la forma sugerida por el demandante.

Acerca de este tema la Corte Constitucional ha dicho:

"Entre los derechos que las leyes civiles otorgan a los comuneros se encuentra el de no estar obligado a permanecer en la indivisión, es decir, cada comunero conserva su libertad individual, de allí que tanto el Código Civil, artículo 2334, como el de Procedimiento Civil, artículo 467, consagren que todo comunero puede pedir la división

material de la cosa común, o su venta para que se distribuya el producto; y que, la demanda deberá dirigirse contra los demás comuneros, y a ella se acompañará la prueba de que demandante y demandado son condueños. Cabe recordar, que, en el cuasicontrato de comunidad entre dos o más personas, ninguna de ellas ha contratado sociedad, o celebrado otra convención relativa a la misma cosa.

La actio común diviendo o solicitud de división de la cosa común puede presentarse por los comuneros interesados a los demás condueños para que, en principio, a través del común acuerdo se resuelva el estado de indivisión; o, de ser necesario demandar la división ante la administración de justicia, las normas procedimentales, por su parte, consagran el procedimiento que debe seguirse para la división material o la venta de la cosa común².

2.2.- A la hora de dirimir el litigio el juez cuenta con una doble alternativa: fraccionar o partir el bien entre los condueños y darle a cada uno la parte que les corresponde, o decretar su venta en pública subasta y distribuir el precio entre los interesados. ¿De qué depende la escogencia de una u otra opción? El canon 407 es propicio -aún cuando no suficiente- para superar esta inquietud, que a no dudarlo es la más difícil situación a que se enfrenta el juez de estos litigios. Es que con arreglo al mismo hay lugar a decantarse por la división cuando las pretensiones recaigan sobre bienes susceptibles de partirse material y jurídicamente "sin que los derechos de los condueños se desmerezcan por el fraccionamiento". Y habrá lugar a la venta, contrario sensu, cuando la división material resulte imposible, o cuando siendo factible, de acceder a ella se provocaría perjuicio a los condomines.

El profesor Hernán Fabio López Blanco aborda el punto, así:

"En el petitum de la demanda, el demandante podrá solicitar la venta o la división material del bien sobre el cual recae la comunidad. El juez, analizadas las manifestaciones de los demandados y aplicando los criterios acerca de la posibilidad de división material y jurídica del bien, decidirá por cual opción se pronuncia, porque la pretensión de división, aun cuando no medie oposición, no vincula fatalmente al juez. Así se haya pedido la división material y no exista oposición, o los demandados la acepten, si los criterios de divisibilidad no son aplicables, el juez debe decretar la venta en pública subasta.

Así como el juez tiene el deber de aceptar la petición de los comuneros de que se decrete la venta en pública subasta cuando el bien admita división material, también tiene plena autonomía para rechazar la solicitud unánime en el

² Sentencia C-791-2006 de fecha 20-09-2006 MP Clara Inés Vargas Hernández

sentido de que se disponga la división material, dado que la venta es viable en cualquier evento y la división material sólo procede cuando se cumplen los criterios de divisibilidad jurídica comentados. El juez debe analizar si se dan los requisitos aludidos, y en caso de que así no suceda, negar la petición y ordenar la venta"

3.- Tras esta introducción, necesaria para entender los alcances de la institución sustancial invocada en el libelo, se desciende ahora a los detalles del caso bajo escrutinio. Recuérdese que la sociedad Comproser S.A.S presentó demanda en contra de los hermanos Henry, Rocío, Yackeline, Luís Alberto y Alexander Franco Leal, para que se decretara la división material el bien que les pertenece a todos en común pro indiviso. En primera instancia, según ya se dijo, la decisión estuvo de su lado, dado que el fallo accedió dividirlo en la forma solicitada. Para pronunciarse en ese sentido consideró la Juez Séptima Civil del Circuito de Cúcuta que se había demostrado con suficiencia que el inmueble realmente era susceptible de fraccionarse en 2 partes, para adjudicarlos en el porcentaje que le corresponde al demandante -50%- y a los demandados -50%-. Sumado a que en las excepciones que propusieron estos últimos, no expresaron su oposición a esa forma de división.

La apelación que se define está dirigida contra dicho pronunciamiento, ya que para los recurrentes la a quo no hizo la tarea de establecer si lo pedido por el demandante es viable o no, tal como lo manda el artículo 468 del C de PC. En su réplica los demandados sostienen que la juez sustentó su decisión excluyendo el dictamen pericial realizado por el auxiliar designado por el propio juzgado, el cual demuestra que no es viable partirse materialmente el bien *sub judice*.

Ante ese escenario, tiene la sala el desafío de determinar si efectivamente la alzada interpuesta está dotada de la solidez suficiente para quebrar el auto revisado, o si en su lugar este amerita ser confirmado. En tal sentido resulta indispensable analizar lo relativo al carácter divisible de la cosa común objeto de la controversia judicial. Y establecer si sobre ella procede la división material o su venta.

4.- De vuelta al análisis de las pruebas allegadas para demostrar el derecho de dominio en cabeza de ambas partes, debe precisarse que los documentos escriturarios son por entero suficientes para poner al descubierto que demandante y demandado son propietarios en común y proindiviso del globo de terreno conformado por el predio situado en la avenida 5 No. 13-68 y 13-72 barrio centro de la ciudad de Cúcuta, e inscrito con la matrícula inmobiliaria 260-23038 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta capital³. En efecto, de la escritura pública 2586 del 21 de Octubre de 2013, se

³ Cuaderno Principal-Archivo 001-Cuaderno Principal Parte 1 Folios 6 al 14

avizora que la sociedad demandante adquirió por compraventa realizada a la señora Nury Leticia Rodríguez Benítez el derecho de dominio y posesión del 50% del bien. Para lo que atañe al caso debe decirse que de lo consignado en este documento escriturario se revela que la vendedora adquirió esta cuota parte del inmueble en la forma que aparece en las siguientes imágenes:

hace como cuerpo cierto. **SEGUNDO.- TRADICION:** LA VENDEDORA adquirió la cuota parte del inmueble descrito en la cláusula anterior por adjudicación que le hiciera el Juzgado Segundo de Familia en su calidad de Cesionaria en la sucesión y liquidación de la sociedad conyugal de Luis Alberto Franco Rodríguez y Carmen Sofía Leal de Franco, según sentencia de fecha 13 de Diciembre de 2011, debidamente registrada en la Matricula Inmobiliaria No.260-23038 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cúcuta. **TERCERO.- PRECIO:** El precio de

ANOTACIÓN: Nro: 16 Fecha 23/10/2013 Radicación 2013-260-6-25476
DOC: ESCRITURA 2586 DEL 21/10/2013 NOTARIA SEXTA DE CUCUTA VALOR ACTO: \$ 180.000.000
ESPECIFICACION: LIMITACION AL DOMINIO : 0307 COMPRAVENTA DERECHOS DE CUOTA - 50 %
PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real del dominio, I-Titular de dominio incompleto)
DE: RODRIGUEZ BENITEZ NURY LETICIA CC# 60315981
A: COMPROSER S.A.S. NIT# 900192797-9 X

Se allegó también el certificado de tradición correspondiente, en virtud del cual se acreditó haberse iniciado la acción en contra de los restantes comuneros y donde consta el registro de los títulos de propiedad. Según la anotación 13 se evidencia que el otro 50% del bien es de propiedad de los hermanos Franco Leal, por adjudicación en la sucesión y liquidación de la sociedad conyugal de Luis Alberto Franco Rodríguez y Carmen Sofía Leal de Franco, mediante sentencia del 13 de Diciembre 2011, proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Cúcuta. Literalmente se indica allí lo siguiente:

ANOTACIÓN: Nro: 13 Fecha 19/4/2012 Radicación 2012-260-6-9326
DOC: SENTENCIA SIN DEL 13/12/2011 JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE CUCUTA VALOR ACTO: \$ 234.757.500
ESPECIFICACION: MODO DE ADQUISICION : 0108 ADJUDICACION EN SUCESSION - Y LIQUIDACION DE LA
SOCIEDAD CONYUGAL * NOTA LA CESIONARIA ADQUIERE LOS DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN AL CONYUGE SOBREVIVIENTE
FRANCO RODRIGUEZ LUIS ALBERTO
PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real del dominio, I-Titular de dominio incompleto)
DE: FRANCO RODRIGUEZ LUIS ALBERTO CC# 111049
DE: LEAL DE FRANCO CARMEN SOFIA
A: FRANCO LEAL HENRY CC# 13485692 X
A: FRANCO LEAL ROCIO CC# 27892203 X
A: FRANCO LEAL YACKELINE CC# 60290802 X
A: FRANCO LEAL LUIS ALBERTO CC# 5531246 X
FRANCO LEAL ALEXANDER CC# 88200173 X
A: RODRIGUEZ NURY LETICIA * X CC 60315981 (CESIONARIA)

4.1.- Para lo que atañe al caso debe decirse que entre las pruebas allegadas para acreditar el requisito de la divisibilidad material del bien común, obra el dictamen

practicado por el Ingeniero Civil y Tecnólogo Obras Civiles contratado por el accionante, en el que se indicó⁴:

Concepto Técnico: Se dispone de casa lote con dimensiones efectivas en las escritura y matricula inmobiliaria con un frente de diez (10) metros y cuarenta (40) metros de fondo, siendo totalmente viable técnica y constructivamente la división del lote según la distribución que determinen los propietarios.

A fin de ahondar en ese específico detalle, la a quo decretó otra experticia, cuya elaboración estuvo a cargo de Addisson Palomino. Este último concluyó lo que a continuación se reproduce⁵:

Según lo que obra en el expediente, el cincuenta (50%) por ciento corresponde al Demandante y el otro cincuenta (50%) a los Demandados y en razón a ello procedo a dar la respuesta en los siguientes términos.

JURIDICAMENTE:

De acuerdo a mis conocimientos como Ingeniero Civil en ejercicio, a la información recabada y según la distribución del bien inmueble, éste es susceptible de división material entre los comuneros de acuerdo a sus cuotas, es decir la Mitad (1/2) a cargo del Demandante y la otra Mitad (1/2) por los Demandados , ya que legalmente cumple con el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Cúcuta, según Acuerdo 089 del 30 de Diciembre de 2011, mediante el cual se aprobó y adoptó una modificación excepcional al Acuerdo 0083 del 17 de Enero de 2001, respecto al P.O.T.

Lo anterior por cuanto, cumple con unas dimensiones mínimas según el tipo de vivienda, estaría cumpliendo el artículo 179, referente a normas para antejardines; con el artículo 188 referente a ancho de andenes; con el artículo 199 referente a normas para modificaciones de edificaciones por modernización en el diseño, entre otros.

MATERIALMENTE:

Según la forma que tiene el lote del bien inmueble inspeccionado que como lo manifesté es un rectángulo, favor observar plano en Auto Cad que contiene el levantamiento del bien inmueble, hace o facilita la división material, además por la distribución de las mejoras existentes dentro del lote igualmente posibilita la división material, toda vez que no hay ningún menoscabo para los comuneros; siempre y cuando la división se realice longitudinalmente, es decir que su división se realice mediante una línea equidistante recta en sentido a los linderos oriental y occidental como se observa en el plano en Auto Cad anexo al informe pericial.

⁴ Cuaderno Principal-Archivo 001-Cuaderno Principal Parte 1 Folios 22 al 34

⁵ Cuaderno Principal-Archivo 003-Cuaderno Principal Parte 3 Folios 35 al 59

Es importante manifestar al despacho nuevamente que desde la cocina, el patio que está al frente de la cocina junto con la alcoba que da a este patio hasta la entrada por la avenida quinta, corresponde al área cuya vetustez inicial data de más de cien años aproximadamente, lo que significa que ya cumplió su vida útil y es recomendable su demolición, así en este momento existan áreas cubiertas y en uso.

Al realizarse la división material los comuneros deberán realizar ante las entidades competentes el cambio o instalación de los diferentes servicios, sin menoscabo para alguna de las partes.

Finalmente quiero manifestar al despacho que de acuerdo a los documentos que obran en el proceso y a los reportes específicos que obran en la base de datos del IGLAC, referente a la *Carta Catastral Urbana*, donde figura el predio, así como del *Certificado de Libertad y Tradición* donde hoy día aparece COD CATASTRAL 34001010701390009000 y de la vista satelital del predio, cuyos derechos son propiedad de Google Earth, puedo manifestar con absoluta certeza que el bien inmueble inspeccionado es el mismo que obra en el proceso.

Como anexo presento Plano en Auto Cad, con distribución actual del inmueble y sus áreas construidas tanto antiguas como recientes, así como su división material.

De las piezas procesales enviadas para tramitar la alzada se advierte que ese dictamen fue cuestionado por el abogado de los demandados, pero únicamente en punto del avalúo asignado al bien. Resultado de ello, se ordenó un nuevo dictamen pericial realizado por el ingeniero Rigoberto Amaya Márquez. El que ulteriormente se ordenó complementar, a efectos de dictaminar si la desfragmentación era factible⁶. Ante este escenario, concretados en esta segunda experticia, debe precisarse que el experto fue radical en afirmar lo siguiente⁷:

CONCEPTO SUSCEPTIBILIDAD DIVISION MATERIAL:

Me permito "**CONCEPTUAR**" ante su Despacho, que visitado e inspeccionado el predio (casa de habitación y lote de terreno) objeto de peritazgo, en sus partes exteriores frontales, estructuras constructivas, divisiones físicas interiores, y demás características, frente y fondo, "**NO ES SUSCEPTIBLE DE DIVISIÓN MATERIAL**", por cuanto su estructura constructiva, no permite modificaciones, ampliaciones, adecuaciones o reforzamiento de las construcciones actuales, así como también la irregularidad del lote de terreno, por lo tanto no es viable el fraccionamiento y acondicionamiento divisorio en cinco (5) partes, para viviendas en condiciones dignas de habitabilidad, no satisfaciendo los derechos de los dueños en partes iguales, toda vez que las normas según el POT, Artículo 103, numeral 1.3. **Subdivisiones permitidas, literal (a).**- Sistema de loteo individual para uso residencial, con dimensiones de frente mínimo de 4.5 metros de longitud y 60.0 m2 metros cuadrados, normas contempladas en el POT, "**POR EL CUAL SE APRUEBA Y ADOPTA UNA MODIFICACION EXCEPCIONAL AL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL (P.O.T.) DEL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA**" ACUERDO N° 089 del 30 de diciembre de 2011, expedido por EL CONCEJO MUNICIPAL DE SAN JOSE DE CUCUTA.

4.2.- De este último informe técnico pericial es que dicen los apelantes que no se ocupó de su estudio la juez de primer grado. Pero ello no es cierto, pues en la motivación de la providencia censurada quedaron enunciadas las razones que llevaron a desecharlo para en su lugar hacer triunfar la división material⁸. Esto fue lo que concluyó la funcionaria:

⁶ Cuaderno Principal-Archivo 003-Cuaderno Principal Parte 3 Folios 64 al 77

⁷ Cuaderno Principal-Archivo 003-Cuaderno Principal Parte 3 Folios 115 al 131 y 155

⁸ Cuaderno Principal-Archivo 030

En este punto, recuérdese que pese a que la parte demandante, no fue clara en cuanto al tipo de división pretendida, como quiera que, primeramente, solicitó la división material del bien y posteriormente solicitó avalúo y designación de perito que determinase la viabilidad de la división física. Lo cierto es que, junto con la demanda, se acompañó informe técnico cuya conclusión fue *"siendo totalmente viable técnica y constructivamente la división del lote"*. Aunado a que los dictámenes periciales efectuados a lo largo del trámite, conduyeron también la división del predio en 2. Existiendo únicamente precisión del ingeniero Rigoberto Amaya, respecto de la inviabilidad de dividir el predio en 5 nuevos lotes.

Es así, que existe suficiente recaudo probatorio técnico, que concluye la viabilidad urbanística, de dividir el predio en 2. Esto es, uno para cada extremo.

Aclárese en este punto que no hay lugar a disponer una división diferente, como quiera que las partes en litigio son dos, por un lado, la Sociedad COMPROSER S.A.S. y por el otro, los hermanos Franco Leal. Siendo la voluntad de la Sociedad en comento, de dar fin a la comunidad existente para con los hermanos Franco Leal, lo que motivó el inicio del trámite judicial. Por lo cual es tal comunidad la que debe finalizarse, sin necesidad de entrar a su vez a emitir pronunciamientos sobre la comunidad de los hermanos en mención. Pues estos, en momento alguno expresaron su deseo de finalizar dicha colectividad.

Debiendo igualmente precisar que, si bien los dictámenes periciales decretados por el Despacho, fueron objeto en su momento, de reparos por cada extremo, ellos, se limitaron al valor asignado al bien, es decir su avalúo. Lo cual, no adquiere en esta etapa relevancia alguna, por cuando la división del bien se dispondrá de manera material y no ad valorem. Por cumplirse lo previsto en el artículo 468 del C.P.C. que dispone *"la división material será procedente cuando se trate de bienes que puedan partirse materialmente sin que los derechos de los condueños desmerezcan"*

5.- Se ha precisado por la Corte que *"...tanto las afirmaciones de los testigos técnicos, como las conclusiones contenidas en una experticia, resultan valiosas para el proceso en tanto vengan precedidas de explicaciones suficientes, que brinden al juez herramientas para su valoración racional. Conforme con ello, al valorar una prueba de este tipo, el fallador debe contar con elementos de juicio que le permitan determinar, a partir de bases objetivas, el grado de credibilidad que ameritan las afirmaciones del testigo técnico o el perito, diferenciando así sus apreciaciones técnicas de las simples opiniones subjetivas, carentes de bases fundadas"*⁹.

Recuérdese también que al perito le corresponde explicar los datos analíticos y técnicos por medio de conclusiones, mientras que al juez le atañe ponderarlos con el acervo probatorio adicional. Esto es, el perito no juzga las consecuencias del hecho sobre el cual emite su opinión, porque no es su obligación resolver la controversia fáctica ni jurídica, ya que tal labor le está reservada al juez¹⁰.

Corolario de lo anterior, se ha indicado por la Corte Suprema que sin desconocer la función judicial de la prueba pericial dentro de un proceso, en cualquier momento el juez puede apartarse de las conclusiones de este. Es que el juez no homologa el dictamen pericial, sino que lo analiza, lo

⁹ CSJ-SCC SC4425-2021 Radicación 080013103010-2017-00267-01

¹⁰ FONT SERRA, Eduardo. (2000), El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil, Madrid. Citado por Chaves, Manuel Matos de Araujo (2012). Op. Cit. pág. 100.

examina, lo valora con sujeción a las reglas de este medio probatorio y al resto de elementos de convicción de que se dispone en el proceso. De ahí que el legislador haya dispuesto en el artículo 232 del CGP la regla o pauta de valoración consistente en que el dictamen debe apreciarse conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, así como por su convergencia con las demás pruebas.

En consecuencia, las deducciones por parte de un experto son susceptibles de crítica e incluso de desestimación del funcionario judicial. En la medida que para los altos Tribunales el objeto de valoración por parte del juez en una prueba pericial no es la conclusión del perito sino el procedimiento en el que sustenta sus afirmaciones¹¹.

6.- Tras estas precisiones en torno a la prueba pericial, bien puede afirmarse que la experticia realizada no es suficiente para definir el asunto. Al auscultar su contenido y deducciones, para someterlas al tamiz de la sana crítica, como lo manda el artículo 232 del Código General del Proceso, se llega a la conclusión de que no se hizo un estudio completo y amplio de todos los detalles de interés al caso.

En efecto, la opinión de su autor parte de una base equivoca al referirse a la comunidad singular conformada entre los cinco hermanos Franco Leal. Inexplicablemente el experto no valora lo pretendido en la demanda, esto es, la división de la comunidad originada entre la sociedad demandante y los demandados. Fuera de lo anterior, punto hartamente débil, endeble y frágil del dictamen ha de ser también la omisión a toda referencia de las escrituras y documentos allegados por ambas partes, pues no se ocupó siquiera de consignarlo en su informe.

A juicio del suscrito servidor se trata de un análisis selectivo que no tuvo en cuenta tampoco que ante el Juzgado Segundo de Familia de la ciudad se adelantó el proceso de sucesión de Carmen Sofía Leal de Franco y la liquidación de la sociedad conyugal con su esposo Luís Alberto Franco Rodríguez. Y mediante sentencia del 13 de Diciembre de 2011 se adjudicó el bien materia de este proceso en dos partes iguales, distribuidas así: (i) Los derechos que le corresponden al cónyuge sobreviviente le correspondieron a Nury Leticia Rodríguez, en su condición de cesionaria y (ii) Los derechos de la causante a sus hijos Henry, Rocío, Yackeline, Luís Alberto y Alexander Franco Leal.

¹¹ (CSJ-SCC Sentencia fecha 29-04-2005 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo; CSJ, S. Penal, Sentencia 39559, 06-03-2013, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca y Corte Constitucional Sentencia C-124-2011 M.P. Nelson Pinilla Pinilla).

Fuera de lo anterior, que en nuestro ordenamiento jurídico el patrimonio de una pareja corresponde a los dos cónyuges en partes iguales, 50% para cada uno. Y cuando uno de ellos fallece, el que le sobrevive sigue teniendo derecho a ese 50% del patrimonio de la sociedad conyugal y los hijos sólo pueden recibir la parte el 50% que le correspondía al fallecido. Y esa mitad indivisa de un bien inmueble supone la existencia de dos propietarios, teniendo cada uno de ellos un 50 % de la propiedad.

7.- En ese orden, la juez partió de un hecho cierto: que el bien, tal como está distribuido, permite un fraccionamiento material equilibrado que satisfaga las expectativas de demandante y demandados. Es que se trata de un lote de más de 400 metros cuadrados, que mide por el frente 10 metros. Y según las experticias recibidas, el Plan de Ordenamiento Territorial (contenido en el Acuerdo 089 del 30 de Diciembre de 2011), en esa zona los predios deben tener al menos 4.5 metros de frente y una medida no inferior a 60 metros cuadrados.

Entonces, para asignar el 50% de la demandante se tomaría una línea longitudinal a lo largo del inmueble, dejando dos fracciones de 5 metros de frente cada una y más de 40 metros de fondo. Considerando ambas áreas, superarían, desde luego, los 60 metros cuadrados que el POT impone como extensión mínima.

Con ello se permitiría que Comproser abandonara la comunidad, la cual permanecería vigente respecto de los hermanos Franco Leal, quienes ya definirán si desean permanecer en esa misma situación, o si por el contrario también optarían por dividir -materialmente o *ad valorem*- el fundo.

Por lo demás, no puede dejar de decirse que los demandados a decir verdad jamás manifestaron oposición alguna a la propuesta formulada por la compañía accionante. Razón por la cual no estuvo equivocada la juez de primer grado cuando le dio aplicación al artículo 407 adjetivo, pues visto quedó que varios expertos consideraron que la división material sí resultaba factible.

8.- De los planteamientos precedentes resulta que no tienen asidero los argumentos esgrimidos por la parte apelante para derrumbar la decisión adoptada, por lo que la Sala conforme a las consideraciones hechas procederá a confirmarla en su integridad.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR lo resuelto por la Juez Séptima Civil del Circuito de Cúcuta en el auto adiado 14 de Mayo del año 2021, dictado en el marco del proceso divisorio instaurado por Comproser S.A.S en contra de Henry, Rocío, Yackeline, Luís Alberto y Alexander Franco Leal.

SEGUNDO: Sin condena en costas a la apelante por observar que no se causaron. (Art 365-8 CGP).

TERCERO: Por la secretaría de la Sala procédase a devolver el expediente digitalizado al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**ROBERTO CARLOS OROZCO NÚÑEZ
MAGISTRADO**

Firmado Por:

Roberto Carlos Orozco Nuñez

Magistrado

Sala 001 Civil Familia

Tribunal Superior De Cucuta - N. De Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0e5c957162aa0f2574a7cc6429ca0d525630d4c5df91964de2ccfd4909f7b1ec**

Documento generado en 10/03/2023 09:52:35 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia



*Departamento Norte de Santander
Tribunal Superior
Distrito Judicial de Cúcuta*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA CIVIL FAMILIA

Magistrada Sustanciadora: Dra. CONSTANZA FORERO NEIRA

Ref.: Rad. No. 54001-3153-007-2022-00045-00
Rad. Interno.: 2022-0382-01

Cúcuta, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante contra el auto de fecha 26 de agosto de 2022, proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Cúcuta, dentro del proceso ejecutivo promovido por Extrarápido Los Motilones S.A en contra de la Aseguradora Solidaria de Colombia S.A., mediante el cual se dispuso que la demandada debía prestar caución sobre la suma de \$380.000.000, conforme el artículo 602 del C.G. del P.

Inconforme con tal decisión, la apoderada judicial de la sociedad demandante interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación, sustentando su inconformidad en que en el auto cuestionado no se especifica la clase de caución que debe prestar la demandada y dado que el artículo 603 del estatuto

*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta
Sala Civil Familia*

Rdo. Interno 2022-0382-01

procesal, prevé que la misma puede ser real, bancaria u otorgada por compañías de seguros, estima que la caución que debe establecerse a cargo de la demandada debe ser real, en razón a que es una aseguradora y vende pólizas, con lo cual la póliza que ésta constituya no garantizaría el pago. Dice que en el evento que no se acceda a lo anterior, se solicita que la compra de la póliza para no hacer efectivo el embargo, sea expedida por otra compañía de seguros, con el fin de evitar que la demandada se asegure a si misma y se haga ilusorio el pago en favor de los terceros beneficiarios.

Mediante auto del 14 de septiembre de 2022, el juzgado de instancia mantuvo el auto cuestionado por vía de reposición y concedió la alzada interpuesta.

Allegado el expediente en forma digital a este despacho, procede la Suscrita Magistrada a resolver el recurso de apelación interpuesto, acorde con lo previsto en los artículos 32 y 35 del C. G. del P., por ser superior funcional de quien profirió la providencia impugnada, la cual es susceptible de ser apelada (art. 321 numeral 8º ibídem), previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El objetivo fundamental de las medidas cautelares es el de asegurar la eficacia de los derechos objeto de controversia judicial

y principalmente el de obtener el cumplimiento de las sentencias, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido. Por ello, la Corte constitucional las define como *“aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada.”*¹

Estos instrumentos encuentran pleno respaldo constitucional en virtud de lo consagrado en los fines esenciales del Estado de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución (C. Pol., art. 2º), lo que traduce un compromiso real y cierto con la tutela jurisdiccional efectiva que va aparejada con el reconocimiento de los derechos fundamentales que tienen todas las personas a un debido proceso (art. 29) y a acceder a la administración de justicia (art. 229), para lograr, precisamente, la materialización de los derechos sustanciales que han sido conculcados.

¹ Sentencia C-379-2004

En desarrollo de lo anterior, el Código General del Proceso procuró unificar en el libro cuarto, el régimen de cautelas, regulando en el capítulo segundo las medidas cautelares en los procesos ejecutivos, cuyo fundamento es el derecho de persecución que se materializa sobre el patrimonio del deudor y del cual, como se sabe, es prenda común y general de los acreedores. Desde esa perspectiva, resulta comprensible que en esta materia, el artículo 599 de la misma codificación haya establecido que *“desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado”*, porque de esta manera se instrumenta el derecho de persecución ya aludido.

A diferencia de lo que consagraba el Código de Procedimiento Civil, el Código General del Proceso avanzó en la tutela jurisdiccional efectiva del crédito, porque no condicionó el decreto cautelar a que el acreedor ejecutante prestara una caución. Al fin de cuentas, si el acreedor presenta un título ejecutivo, que es plena prueba de su derecho de crédito, no tiene porqué exigírsele garantía alguna para su decreto.

No obstante lo anterior, consciente el legislador de la necesidad de proteger a la persona afectada con la medida cautelar, sea el ejecutado opositor o un tercero poseedor, previó, que a petición de cualquiera de ellos el juez podía ordenarle al ejecutante que preste caución hasta por el diez por ciento (10%)

del valor actual de la ejecución, en aras de responder por los perjuicios que se puedan causar con su práctica, so pena del levantamiento de la medida; garantía que, en cuanto a su monto, debe fijarse con miramiento a la clase de bienes objeto de cautela, y –fíjese bien- en la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito.

Expresamente el inciso quinto del artículo 599 aludido consagra *“En los procesos ejecutivos, el ejecutado que proponga excepciones de mérito o el tercero afectado con la medida cautelar, podrán solicitarle al juez que ordene al ejecutante prestar caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución para responder por los perjuicios que se causen con su práctica, so pena de levantamiento. La caución deberá prestarse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del auto que la ordene. Contra la providencia anterior, no procede recurso de apelación. Para establecer el monto de la caución, el juez deberá tener en cuenta la clase de bienes sobre los que recae la medida cautelar practicada y la apariencia de buen derecho de las excepciones de mérito”*

De la norma en cita, es claro que la parte ejecutada en el evento que proponga excepciones de mérito, puede solicitar al juez que ordene a la parte ejecutante prestar la caución hasta por el 10% del valor actual de la ejecución, la cual debe prestarse dentro del término legal previsto en la norma anteriormente

transcrita, lo que de no hacerse, conlleva al levantamiento de la medida.

Adicionalmente, el Código previó en favor de la parte ejecutada, la sustitución de las medidas cautelares, permitiéndole de una parte evitar que se le embarguen y secuestren determinados bienes, ofreciendo otros, salvo en los casos en los que el embargo se funde en una garantía real, (parágrafo del artículo 599 C.G del P) o el que atañe a la consignación para impedir su materialización o para levantarlas (artículo 602 ibidem)

En lo que respecta al segundo evento, que es el que interesa al caso, esto es la consignación para impedir o levantar embargos o secuestros, el Código General del proceso prevé expresamente que las cautelas pueden no practicarse o levantarse si el ejecutado presta caución. Textualmente reza la norma: *“El ejecutado podrá evitar que se practiquen embargos y secuestros solicitados por el ejecutante o solicitar el levantamiento de los practicados, si presta caución por el valor actual de la ejecución aumentada en un cincuenta por ciento (50%)”*.

Descendiendo al caso que nos ocupa, no cabe duda para la suscrita Magistrada que a la luz de las disposiciones ya citadas, ante la solicitud efectuada por el apoderado judicial de la parte demandada se imponía para el juzgado de instancia fijar la

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta
Sala Civil Familia

Rdo. Interno 2022-0382-01

caución que éste debe prestar por el valor de la ejecución aumentado en un 50%, para impedir que se practiquen o se levanten los embargos decretados en auto del 12 de mayo de 2022, en el que también se libró mandamiento de pago a cargo de la Aseguradora Solidaria de Colombia S.A. Entidad Cooperativa por la suma de \$200.000.000 más los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal permitida.

En este orden de ideas no cabe duda, que la fijación de la caución por parte del juzgado de primer nivel, dispuesta en el numeral tercero del auto cuestionado, tiene sustento legal, pues la parte demandada pretende sustituir la cautela decretada por una caución, en aras de impedir la práctica o levantar el embargo que fue decretado, caución que además se ajusta a la regulación prevista en el artículo 603 del C.G. del P, pues la misma puede ser de cualquier clase, ya que como lo dispone el artículo precitado *“las cauciones que ordena prestar la ley o este código pueden ser reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguros, en dinero, títulos de deuda pública, certificados de depósito a término o títulos similares constituidos en instituciones financieras”*

Es más, a reglón seguido dicho canon consagra, que *“En la providencia que ordene prestar la caución se indicará su cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no las señale. Sin no se presta oportunamente, el juez resolverá sobre los efectos de*

la renuencia, de conformidad con lo dispuesto en este código.” De modo que lo que exige la norma es que el juez señale en la providencia su cuantía y el plazo en que ésta debe constituirse, tal como lo hizo el juez A-quo en la providencia cuestionada, sin que sea imperativa la clase de caución que debe prestarse, la que como quedó visto puede ser real, bancaria u otorgada por compañía de seguros.

Esta última clase fue por la que optó la entidad ejecutada, al constituir la póliza No. 02-41-101000258 expedida por la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., de donde resulta que el temor de la ejecutante cae en el vacío al haberse expedido por una aseguradora distinta de la que funge en este asunto como demandada, siendo del caso referir que la calificación sobre la suficiencia o pertinencia de la misma, es una labor que le corresponde al juzgador una vez la misma es prestada conforme las reglas que trae el artículo 604 ibidem, no resultando consiguientemente contrario a derecho la actuación del operador de instancia, puesto que se fundamentó en la norma pertinente ya citada, y con su proceder propendió por la igualdad efectiva de las partes como juez director del proceso.

Sin necesidad de más consideraciones, habrá de confirmarse el auto apelado en todas y cada una de sus partes, por gozar de soporte legal y probatorio.

*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta
Sala Civil Familia*

Rdo. Interno 2022-0382-01

En mérito de expuesto LA SUSCRITA MAGISTRADA
SUSTANCIADORA DE LA SALA CIVIL-FAMILIA DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado de fecha y origen
arriba anotados, conforme a las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no haber lugar
a ellas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría
de la Sala remítase la presente actuación en medio digital, al
juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CONSTANZA FORERO NEIRA
Magistrada

***Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta
Sala Civil Familia***

Rdo. Interno 2022-0382-01

Firmado Por:

Constanza Stella Forero Neira

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 4 Civil Familia

Tribunal Superior De Cucuta - N. De Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a5716f6e3c8861dad2e7d2f8243a4ab8e406773660f2dfd7c9384a6d705b2bed**

Documento generado en 10/03/2023 10:55:33 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**