



San Andrés, Primero (1°) de septiembre del Dos Mil Veintidós (2022)

Referencia	Verbal Declarativo Especial Divisorio Material
Radicado	88001-4003-003-2021-00225-01
Demandante	Marly Susana Gallego Jimenez
Demandado	Rafael Antonio Diaz Cantillo Y Gustavo Adolfo Perez Navas
Auto Interlocutorio No.	299

Procederá esta célula de la judicatura a pronunciarse sobre el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante, contra la decisión del 9 de mayo del 2022, expedida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de la localidad, a través del cual se decretó la nulidad del presente asunto desde el acto de notificación de la demanda por indebida notificación.

Como se recordará el señor ELIECER DAVID BALLESTAS PEDROZA, quien no tiene la calidad de parte en el asunto *sub judice*, propuso nulidad, con fundamento en el numeral 8° del art. 133 del Código General del Proceso, aduciendo que se echa de menos el emplazamiento de las personas indeterminadas, así mismo, denuncia fraude en el negocio de pacto de retroventa que celebró con la demandante.

El *a quo* prohibió tal medio invalidatorio argumentando que no existe registro en el certificado de tradición del bien objeto de división que dé cuenta del levantamiento o cancelación del pacto de retroventa, por lo que, dado el interés que le asiste al vendedor en retroventa sobre el bien objeto del litigio, lo pertinente es que la demanda también se dirigiera contra este.

Tras la decisión adoptada, la parte actora interpuso recurso de reposición y el subsidiario apelación, aduciendo: **I.** que se encuentra prescrita la oportunidad del vendedor de recuperar el bien, pues, acaeció el término de que trata el art. 1943 del Código Civil, sin olvidar que término para la materialización del negocio se pactó por 1 año. **II.** Ni la normatividad ni la jurisprudencia exigen el registro del levantamiento o cancelación del pacto de retroventa, basta el paso del tiempo. **III.** Quien pretende hacerse parte de este proceso perdió su calidad de propietario por lo que es jurídico que no haya sido convocado en el presente asunto.

De los recursos se corrió el condigno traslado a la contra parte.

La gestora judicial del señor Ballestas Pedroza se refirió a los mismos señalando que la jueza de la primera instancia ha actuado con legalidad. Indicó que lo que teme la demandante es que se descubran sus maniobras fraudulentas.

Rememoró que existe la figura del litisconsorcio necesario, útil para resolver de manera uniforme el conflicto con la comparecencia de quienes sean sujetos de la relación o hayan intervenido en ella. Por lo tanto, solicitó que no se reponga la decisión.

En este punto, el juez del primer estadio procesal negó la reposición bajo el mismo sustento y concedió el de apelación en el efecto devolutivo.

I. CONSIDERACIONES.

In limine, es pertinente advertir que, conforme lo dispone el art. 73 del CGP, quienes hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado. No obstante, como quien interpuso directamente la invalidación procesal es abogado, resulta ostensiblemente obvio que está actuando *pro per*, y, por añadidura en su momento, el señor Ballestas nombró apoderado judicial.



Por tanto , se procederá a resolver el recurso de alzada en los siguientes términos:

Los referentes normativos obligados son los art. 133-8° y 321-6°, que disponen:

“ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.”

“ARTÍCULO 321. PROCEDENCIA. Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad.

También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

(...)

6. El que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva.”

En comento al numeral 8° del aludido art. 133, el tratadista Henry Sanabria Santos precisó:

“Como se sabe, la notificación personal o por aviso del auto admisorio de la demanda y del mandamiento ejecutivo al extremo demandado está rodeada de formalidades (art. 291 y 292 CGP) que busca asegurar su concreta y regular vinculación al proceso, a fin de poder ser oído en juicio y gozar de esta forma de todas las garantías inherentes al derecho al debido proceso. De lo que se trata es de sancionar con nulidad aquellos casos en que un demandado no es adecuadamente vinculado al proceso por ausencia de notificación, evento en el cual este se estaría tramitando “a sus espaldas” y se le impediría en su totalidad el ejercicio de su derecho de defensa.

Esto implica que en cada caso concreto le corresponde al juez evaluar si existió o no alguna falla o error en la notificación o si se omitió por completo y establecer de esta manera la violación del derecho al debido proceso y decretar la respectiva nulidad. Estamos en presencia, entonces, de una causal de nulidad rica en casuística, pues en el trámite de la notificación son muchas las circunstancias que suelen presentarse y que constituyen irregularidades que pueden desembocar en el motivo de nulidad en comento.”

Por otra parte, el art. 406 del Estatuto General del Proceso dispone:

Artículo 406. Partes. Todo comunero puede pedir la división material de la cosa común o su venta para que se distribuya el producto.

La demanda deberá dirigirse contra los demás comuneros y a ella se acompañará la prueba de que demandante y demandado son condueños. Si se trata de bienes sujetos a registro se presentará también certificado del respectivo registrador sobre la situación jurídica del bien y su tradición, que comprenda un período de diez (10) años si fuere posible.

En todo caso el demandante deberá acompañar un dictamen pericial que determine el valor del bien, el tipo de división que fuere procedente, la partición, si fuere el caso, y el valor de las mejoras si las reclama.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Comentando esta última disposición normativa, el tratadista Ramiro Bejarano Guzmán precisó que **“Está legitimado para demandar la división o venta del bien común, cualquier comunero. Por el lado pasivo, la demanda debe dirigirse contra quien tenga la calidad de comunero.”**

¹ Procesos Declarativos, Arbitrales y Ejecutivos, Décima Edición, Editorial Temis, Pág. 393, Dr. Ramiro Bejarano Guzmán



Así mismo, el tratadista Hernán Fabio López Blanco adocrinó:

“El artículo 406 del CGP, legitima a cualquier comunero para demandar (...) demanda que debe estar dirigida contra los demás comuneros, lo que determina la existencia de un litis consorcio necesario pasivo respecto de todos aquellos comuneros que no comparezcan como demandantes (...).

Con la demanda es necesario adjuntar la prueba “de que demandante y demandado son condueños”; por eso si se trata de bienes sometidos a registro se presentará “también certificado del respectivo registrador sobre la situación jurídica del bien y su tradición, que comprenda un periodo de diez años si fuere posible”. Es decir, es menester acreditar por la prueba idónea, la calidad de condueños. (...).”

De lo anterior se colige con meridiana claridad que, en los procesos divisorios, la relación jurídico sustancial debe conformarse únicamente con los comuneros, de modo que, en esta estirpe de proceso, son los únicos legitimados por activa y por pasiva ; siendo el certificado de tradición, junto con el título del condomine , las únicas pruebas fehacientes para demostrar la capacidad para ser parte en el proceso.

En este punto, se precisa que es el art. 2322 de nuestra codificación civil la que define la comunidad como *“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.”*

Ahora bien, de los anexos de la demanda, se observa que en la anotación No. 7, de fecha **2 de marzo del 2015**, contenida en el certificado de tradición del inmueble cuya división se persigue, se encuentra registrada la escritura pública extendida el día 27 de febrero del mismo año y contentiva del negocio de **“COMPRAVENTA DE DERECHOS DE CUOTAS CON PACTO DE RETROVENTA”** de Ballestas Pedroza en favor de Marly Susana Gallego Jimenez. Con lo cual queda evidenciado que , quien ahora pretende intervenir en el proceso se desprendió no está legitimado , ni para formular la exótica nulidad que propone , ni muchísimo menos para ser sujeto procesal. La juez de primer grado , haciendo uso de los poderes de ordenación debió rechazar *in limine* la solicitud de invalidación procesal por falta de legitimación en la causa de quien la promovió .

Así las cosas, lo siguiente es analizar los restantes motivos de disenso propuestos por el recurrente .

El tratadista Valencia Zea define el pacto de retroventa como *“la conclusión de una venta sometida a una condición resolutoria para el comprador y suspensiva para el vendedor del dominio de la cosa vendida. La condición consiste en que el vendedor, declara, antes de venderse el plazo estipulado o el legal, que resuelve readquirir el dominio que transmitió, ofreciendo devolver el precio de la compra o el estipulado. En tales circunstancias tenemos que el comprador ha adquirido un derecho sometido a una condición resolutoria.*

Y como cumplida una condición resolutoria, se extingue el dominio retroactivamente con arreglo a los principios generales, se deduce que en los casos en que el pacto de retroventa produce efectos, en verdad no ha habido dos compraventas de la cosa, sino una sola, es decir, la primera.”

El mismo tratadista adocrinó : *‘ Se aplica este pacto cuando una persona conviene en prestar a otro determinada cantidad de dinero , y para seguridad del pago se acuerda que el deudor dé en venta una cosa suya al acreedor , aunque sin que aquel tenga la intención de desprenderse definitivamente de su propiedad , motivo por el cual se inserta en el contrato la cláusula de que quien aparece como vendedor puede recobrar el derecho transmitido mediante el pago de una suma de dinero ,(...)’.*

Entonces nada más sencillo que el pacto de retroventa en virtud del cual si se cumple el plazo para que el vendedor recobre la cosa , y no lo hace , el comprador la adquiere en forma definitiva (....). Negrillas ex texto.



De los segmentos memorados en precedencia, se infiere inequívocamente que el comprador de la cosa , cuyo derecho estaba sometido a una condición resolutoria , la adquiere en forma pura y simple y con efectos retroactivos desde la fecha de la venta , desde el momento mismo en que , vencido el plazo , el vendedor no pagó lo adeudado ,y, en consecuencia, se le resolvió el derecho de readquirirla. Considero necesario añadir aquí que no es necesario acudir ante el notario para otorgar una nueva escritura donde conste la resolución del derecho de reacquisición por parte del vendedor y la adquisición pura y simple de la cosa por parte del comprador por el no pago , ya que , justamente , las partes contratantes así lo convinieron *ab initio* en el pacto de retroventa . Es decir , basta el vencimiento del plazo pactado o el señalado legalmente , sin que el vendedor haga uso del derecho de recobrar la cosa ,para que se consolide el dominio pleno , esto es sin limitación alguna , en cabeza del adquirente . Recuérdese, en este punto , que las condiciones resolutorias o suspensivas son limitaciones al derecho de dominio y en el pacto de retroventa

La Corte Suprema de Justicia también ha destacado que ²***“El pacto de retroventa que siempre ha de estipularse como accesorio del contrato de compraventa y no como algo independiente de este, consiste en una verdadera condición resolutoria expresa que se cumple cuando el vendedor ejerce la facultad que se reserva de recobrar lo vendido reembolsando su precio o la cantidad que se haya determinado”***

Puntualmente, encontramos en el párrafo 1° de la escritura pública No. 0166 del **27 de febrero del 2015** otorgada en la notaria única del circulo de San Andrés y registrada en la anotación 7° del folio de matrícula inmobiliaria No. 450-7868, que la facultad de recobro de la vendedora fenecía en un año posterior al otorgamiento de la aludida escritura pública, esto es, el 27 de febrero del 2016.

Aunque con posterioridad, las partes, de común acuerdo, procedieron a efectuar modificaciones y obligaciones garantizadas con el pacto de retroventa contenido en la escritura pública citada en precedencia, como se verá a continuación:

No. Acuerdo	Tipo de Documento	Fecha	Valor	Observaciones
1	Contrato de mutuo o préstamo	15/abril/2015	\$55´000.000	
2	Contrato de mutuo o préstamo	25/agosto/2015	\$30´500.000	Resalta que la venta con pacto de retroventa queda en \$70´500.000
3	Modificación al plazo del pacto de retroventa	16/mayo/2018	xxxx	Prorroga el plazo del pacto de retroventa hasta el 1° de mayo del 2019.
4	Modificación al plazo del pacto de retroventa	12/diciembre/2018	xxxx	Prorroga el plazo del pacto de retroventa hasta el 30 de junio del 2019
5	Contrato de mutuo o préstamo y Modificación al plazo del pacto de retroventa.	03/abril/2019	\$17´000.000	Prorroga el plazo del pacto de retroventa hasta el 3 de septiembre del 2019
6	Modificación al plazo del pacto de retroventa	22/noviembre/2020	xxx	Prorroga el plazo del pacto de retroventa hasta el 30 de enero del 2020

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Octubre 11/77.



Llegados a este punto, resulta menester señalar que, como se trata en el presente caso de un derecho real vinculado sobre inmuebles, cualquier acto de mutación o constitución originaria o derivativa del mismo, debió efectuarse no solo por escritura pública sino que también debió ser objeto de registro. Así lo exigen, *ope lege*, los siguientes predicados normativos :

ARTICULO 12 del D 960 de 1970 . <ACTOS QUE REQUIEREN SOLEMNIDAD>. Deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la Ley exija esta solemnidad.

En el mismo sentido el artículo 1760 del C.C señala que *'la falta de instrumento público no puede suplirse por otra aprueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad ; y se mirarán como no ejecutados o celebrados (...)*

ARTÍCULO 46 L 1579 DE 2012 . MÉRITO PROBATORIO. *Ninguno de los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o registro tendrá mérito probatorio, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva Oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ley, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro.*

Se ve , entonces , que por expreso mandato del legislador , la única prueba conducente para acreditar cualquier contrato que verse sobre inmuebles es la escritura pública debidamente registrada , porque se trata de una prueba *ad solemnitatem actus*

La prueba solemne o *ad solemnitatem*, es una formalidad que impone la ley para la validez del acto, que en otras palabras es aquella que las partes o los interesados deben necesariamente ajustarse en rigor para la existencia jurídica de un acto, contrato o convenio.

Por eso se ha dicho que la conducencia de la prueba hace relación al medio probatorio idóneo señalado por el legislador . Sobre el punto el tratadista Hernán Fabio López Blanco , adoctrinó :

³ *' Existen ciertos medios que son los aptos para probar una determinada circunstancia fáctica (...).*

Así , para acreditar determinadas calidades de estado civil , ejemplo filiación , matrimonio , solo es conducente la prueba documental contenida en los registros civiles(...). Para demostrar la alteración de derechos reales sobre bienes sometidos a registro solo es conducente la escritura pública debidamente registrada , de ahí que si se pretende demostrar tales hechos con prueba testimonial , la misma se muestra por entero inconducente pues no es apta para llevar la certeza acerca de los mismos por así haberlo dispuesto de manera expresa la ley .En otras palabras , la ley prohíbe demostrar por medios diversos a los taxativamente por ella señalados hechos como los ejemplificados , lo que evidencia que no resulta equivocado aseverar que está legalmente prohibido probar la transferencia del derecho de dominio en un inmueble por medio de confesión , testimonios o indicios .'

Resulta , entonces , en principio , un notable extravío jurídico darle valor probatorio a un documento privado que pretende modificar el plazo para el ejercicio de un derecho real contenido en una escritura pública debidamente registrada . Si las partes contratantes solemnizaron notarialmente el pacto de retroventa , y lo inscribieron en el competente registro de instrumentos públicos , debieron proceder del mismo modo , para efectos *ad probationem* , sobre cualquier convenio modificativo referente a la compraventa del derecho

³ Procedimiento Civil .Pruebas . Tomo III, Dupre Editores , 2001 . Pag 55.



real en cuestión. Ello es así , porque la ley prohíbe demostrar, los hechos que interesan al proceso , por medios distintos al instrumento público debidamente inscrito .

No obstante , es preciso señalar que cuando el documento privado , modificativo del instrumento público , se aduce frente a quienes lo suscribieron y no frente a terceros sí es lícito conferirle mérito probatorio , en los términos señalados en el artículo 1766 del C.C , que preceptúa *ad literam* :

‘Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública , no producirán efectos contra terceros .

Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas , cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz , cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura , y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero’ .

De una elemental exégesis gramatical , se infiere inequívocamente que las escrituras privadas y las contraescrituras públicas , no producen efectos frente a terceros, pero sí frente a los contratantes que las suscribieron .

Se concluye , pues , que sí es viable jurídicamente darle valor probatorio a los documentos privados suscritos por las partes trabadas en la presente litis.

Elucidada esta *quaestio juris* , es preciso resolver la siguiente *quaestio facti* :

Como las partes prorrogaron por documento privado, hasta el 30 de enero de 2020 , la fecha de un año pactada en la escritura pública para hacer efectivo el derecho de recobrar la cosa vendida . Nos podemos formular el siguiente planteamiento : es válida la prórroga así estipulada ?.

El referente obligado es el art. 1943 del Código Civil dispone que **“el tiempo en que se podrá intentar la acción de retroventa no podrá pasar de cuatro años contados desde la fecha del contrato”**.

Al subsumir el referente normativo que antecede al asunto puntual, tenemos que el día **27 de febrero del 2019**, esto es, antes de la interposición de la presente demanda, ya había fenecido el término para que el vendedor intentara la retroventa, es decir, los 4 años máximos que fijó el legislador.

Por lo tanto, desde la fecha antedicha, se hizo efectiva el negocio de compraventa, comoquiera que acaeció la condición resolutoria del pacto de retroventa tras el no pago total del vendedor, quedando el inmueble en favor de la compradora, quien, como es lógico en los negocios de esta naturaleza, pasó a ocupar el lugar del tradente en su condición de comunero . Siendo esta la consecuencia jurídica adversa para el vendedor al no acreditar la devolución de lo estipulado en el pacto , el cual es ley para las partes .

Ello independientemente de las prórrogas sobre el plazo para la efectividad del pacto de retroventa, las cuales, a juicio del despacho, se tornan ineficaces desde el acuerdo No. 5, pues para la fecha de su expedición ya había fenecido el término máximo de vigencia del acuerdo de retroventa.

Dilucidado lo anterior, se columbra que no hay lugar a decretar la nulidad invocada toda vez que, se reitera, para la fecha de interposición de la presente demanda, el señor Ballestas ya no fungía como condomine del inmueble y el derecho de recobrarlo también le había fenecido porque no pagó el precio estipulado , por lo cual resulta lícito recabar que , quien , a la sazón , instauró la demanda divisoria , figuraba y figura actualmente como comunera del predio cuya división se solicita.

Corolario, como el recurso de alzada prosperó, lo que se impone entonces es revocar integralmente la decisión adoptada por la juez de primera instancia, por falta de



legitimación en la causa de quien promovió la nulidad . Por lo tanto , en los términos del artículo 365 del CGP , se condenará en costas a quien solicitó la nulidad se fija como agencias en derecho , un (1) SMLMV , a cargo del promotor de la nulidad fallida .

Por lo antes expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina,

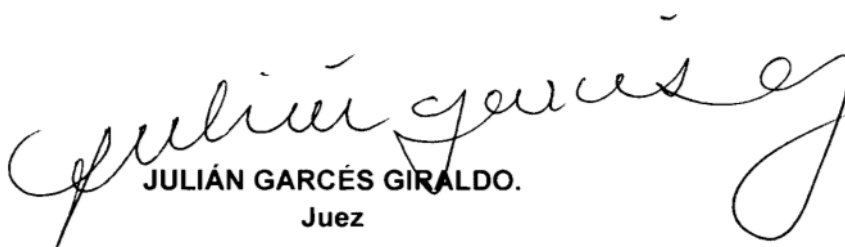
II. RESUELVE

PRIMERO: Revocar “*in integrum*” la providencia apelada.

SEGUNDO: Condenar en costas al promotor de la nulidad fallida . Para que sean tenidas en cuenta al momento de liquidar las costas se fija como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV .

TERCERO: Oportunamente, devuélvase a su juzgado de origen, con las anotaciones de rigor.

Notifíquese.


JULIÁN GARCÉS GIRALDO.
Juez

KRS

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SAN
ANDRÉS, PROVIDENCIA Y STA. CATALINA.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

El auto anterior se notifica en el estado No.35 del

13/09/2022.

Kellys J. Rodríguez Sarmiento.
Secretaria.

Firmado Por:
Julian Garces Giraldo
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 001
San Andres - San Andres

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: **a4e92427e37fcbfb17b74294ea652c4226c1496999660d9a274ef9af7d06523c**

Documento generado en 12/09/2022 06:13:54 PM

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