

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA

#### MAGISTRADO SUSTANCIADOR: CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS

**Junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)**

Radicado: 66001310300420180070900  
Asunto: Divisorio – Apelación de auto  
Demandante: ALBA PIEDAD MONTOYA PARDO  
Demandado: BANCO BBVA y otros.

#### OBJETIVO DE LA PRESENTE PROVIDENCIA

Corresponde decidir sobre el recurso de apelación propuesto contra el auto del 8 de marzo de los corrientes proferido por el **JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA**, que resolvió una nulidad propuesta por el señor **JOSÉ FERNANDO HENAO ZULUAGA**, dentro del proceso divisorio de la referencia.

#### ANTECEDENTES

La señora **ALBA PIEDAD MONTOYA PARDO** presentó demanda para proceso divisorio contra **CÚBICA BIENES RAÍCES S.A.S.**, **BANCO GANADERO** (hoy **BANCO BBVA S.A.**), **ASESORÍAS FINANCIERAS JURÍDICAS ANDINO LTDA**, **BANCO SANTANDER** (hoy **BANCO ITAU**) y **BANCO SUPERIOR** (hoy **DAVIVIENDA**). Los anteriores todos comuneros del predio que se identifica con matrícula inmobiliaria número **290-146428**, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pereira. Así fue admitida el 3 de diciembre de 2018.<sup>1</sup>

Desde que el Banco Itau compareció al proceso, destacó que el señor **JOSÉ FERNANDO HENAO ZULUAGA** es propietario del remanente que no fue objeto de dación en pago (7.98%), por lo que pidió su integración al contradictorio.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Página 17 cuaderno principal parte 2.

<sup>2</sup> Páginas 114 a 119 cuaderno principal parte 2.

Admitida la reforma a la demanda<sup>3</sup>, la apoderada judicial del **BANCO ITAÚ** presentó recurso de reposición con el fin de que fuera adicionado en el extremo pasivo el señor **JOSÉ FERNANDO HENAO ZULUAGA**, como comunero del predio a dividir. El juzgado resolvió en auto del 24 de octubre de 2019, negando la vinculación dado que, según su análisis, aquel no tiene derecho alguno dentro del inmueble (fl. 615 del cuaderno principal parte cuatro).

El 10 de febrero de 2020 se decretó la venta en pública subasta del inmueble.

**Solicitud de nulidad:** El 08 de febrero del año que corre, mediante apoderado judicial, el señor **JOSÉ FENANDO HENAO ZULUAGA** allegó escrito de nulidad, la cual solicita desde el auto que admitió la demanda de fecha del 03 de diciembre de 2018. El argumento que sustenta la petición de nulidad es sencillo: el peticionario es comunero dentro del predio objeto del proceso divisorio de la referencia y, por tanto, debe ser parte. Invoca como causal de nulidad la establecida en el numeral 8 del artículo 133 del C.G.P.

Dado el traslado pertinente, se obtuvo un único pronunciamiento en cabeza del apoderado judicial de **BBVA COLOMBIA S.A.**, quien retomó la conclusión del juzgado en auto de fecha 23 de octubre de 2019 según la cual, el peticionario no es copropietario del bien.

En auto notificado el 9 de marzo de 2021 el juzgado de primer nivel, citando su auto del 24 de octubre de 2019, no accedió a la solicitud de nulidad. Concluyó que “de los 73.695 mts<sup>2</sup>, en el proceso concordatario, se pagó a las entidades crediticias con 3.137 mts<sup>2</sup>, quedando en el haber del señor Henao Zuluaga 70.558 mts<sup>2</sup>.”

**Del recurso.** En tiempo, el solicitante afectado interpuso recurso de apelación, sustentando en primer lugar que el auto que el juzgado se limitó a transcribir fue proferido sin su citación y audiencia, luego no tuvo ocasión de controvertirlo. Señala que se equivoca el despacho en las operaciones matemáticas realizadas para efectos de establecer los porcentajes de propiedad sobre el predio de folio real 290-146428, y que tanto el acuerdo concordatario como el certificado de tradición y libertad del predio son claros sobre el objeto de la dación y su derecho sobre el remanente.

En auto del 17 de marzo de la calenda en curso se concedió el recurso de apelación, y una vez ejecutoriado, se envió a la Sala Civil-Familia de este Tribunal para que se hiciera su reparto.

---

<sup>3</sup> Auto del 10 de septiembre de 2019, visible en la página 1 cuaderno principal parte 4.

Llegado el asunto a esta Corporación, se puso en conocimiento una nulidad procesal, correspondiente a no haber dado traslado al recurso de alzada (numeral 6, art. 133 del C.G.P), y ante el silencio de los intervinientes quedó saneada por ser de tal naturaleza (art. 137 lb.). Se resalta que el único que allegó pronunciamiento fue el apoderado judicial de **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, cuya intervención se refirió al recurso presentado por el apoderado judicial del señor **HENAO ZULUAGA**, y en ningún caso tuvo por objeto alegar la nulidad observada por esta Sala.

### CONSIDERACIONES

1. El auto que resuelva una nulidad es apelable (numeral 6, artículo 321 del C.G.P), remedio que se debe conceder en el efecto devolutivo (artículo 323 lb.). Además, el recurso fue propuesto en término y por persona legitimada, siendo procedente el análisis de fondo de los argumentos propuestos.

Esta sala unitaria encuentra competencia para decidir la alzada, al actuar como superior del juzgado del circuito.

2. Como razón principal para denegar la nulidad deprecada por el apelante, consideró el despacho *a quo*, que en proceso concordatario (deudor José Fernando Henao Zuluaga) que se tramitó allí mismo, a los acreedores: (i) Banco Ganadero, (ii) Banco Andino (que una vez inscrita la actuación en folio real correspondió a Asesoría Financiera y Jurídicas Asandino Ltda.), (iii) Banco Superior, (iv) Bancafe, (v) Banco del Estado y (vi) Banco Santander, se les satisfizo sus créditos con dación en pago. Todos los créditos ascendían a \$ 80.827.031 (véase f. digital 13 y 130 del cuaderno 1, de la actuación de primera instancia).

Ese valor, continuó el juzgado, fue cubierto con un lote de 3.137 mt<sup>2</sup> de extensión, que hacía parte de uno de mayor extensión (73.697 mt<sup>2</sup>); este último avaluado en \$ 87.836.000.

Entonces, siendo lo adeudado el 92,02% del avalúo total del predio de mayor extensión, igual al porcentaje de propiedad de lo dado en pago con relación al predio mayor, se entregó en dación en pago el 100% de los derechos de propiedad del predio de menor extensión, que es el mismo que ahora se pretende dividir.

Por lo tanto, concluyó el *a quo*, el señor José Fernando Henao Zuluaga no es copropietario como lo reclama.

Se sabe que el inmueble de mayor extensión al que se hace alusión corresponde al F.M.I No. 290-131884, del que se desenglobó el de menor extensión con F.M.I No. 290-146428, según contenido de la escritura pública 2393 de junio 18 de 2002 de la Notaría 4 de Pereira.

3. El anterior argumento no encuentra acogida en esta instancia, y por lo tanto debe revocarse la decisión apelada. Lo anterior al encontrar que, analizadas las pruebas obrantes en el expediente, el solicitante aun ostenta derechos reales registrados sobre el inmueble a dividir, y en tal condición debió ser convocado al proceso. Al no hacerse de tal modo, se incurrió en la irregularidad constitutiva de nulidad procesal alegada.

Además, las conclusiones de la a quo llevarían a sostener que, en el acuerdo concordatario, el predio de mayor extensión fue valorado en \$87.836.000, y teniendo como parámetro ese avalúo, se entregó en dación en pago a las instituciones financieras en una proporción del 92,020391% (\$80.827.031 - valor de acreencias -). Sin embargo, al contrastar esa información con el área total (73.695 m<sup>2</sup>), y el área que contiene el lote que fue objeto de dación en pago (3.137 m<sup>2</sup>), se obtendría una proporción abismalmente diferente: el área objeto de entrega solo equivalió al 4,256733% del área del predio de mayor extensión. En ese orden de ideas, y aun cuando la Sala no desconoce que es posible que el lote no sea uniforme en sus características, y por ende no valga lo mismo el metro cuadrado en todas sus zonas, no parece razonable la diferencia que se plantea, luego no es dable concluir, sin más, que el valor de \$87.836.000 indicado en el acuerdo concordatario correspondía al predio de mayor extensión, y no al predio que era objeto de dación en pago (lote 10, que luego del desenglobe resultó ser el lote 4).

3.1. Cuando existen dos o más propietarios de un inmueble, ellos lo son en común y proindiviso; es decir, son dueños del mismo dependiendo del porcentaje de propiedad que ostenten, del tamaño de su cuota, sin distinguir de qué parte física lo son. Así, “la comunidad radica en una proporción o porcentaje, que no en un espacio determinado o cuerpo cierto”<sup>4</sup>.

Cuando en el título de adquisición no se señala la cuota, se entiende que existe igualdad de cuotas entre los comuneros, o que son copropietarios por partes iguales<sup>5</sup>. Luego, es el título donde en primer lugar debe indagarse por la determinación de la cuota de cada comunero, así como la composición misma de la comunidad, esto es, quiénes la integran.

---

<sup>4</sup> CSJ, sentencia SC10497-2015 de diez (10) de agosto de dos mil quince (2015).

<sup>5</sup> CSJ, sentencia de 24 de febrero de 1995. Exp. 4528.

3.2. En ese laborío, se encuentra que la comunidad en el presente caso sobre el predio con FMI 290-146428, surgió al interior de un trámite de recuperación de negocios del deudor **JOSÉ FERNANDO HENAO ZULUAGA**, que no de liquidación de su patrimonio, donde mediante auto de fecha 5 de marzo de 2002 se aprobó el acuerdo concordatario deliberado y votado en forma positiva por la mayoría de los acreedores en audiencia del 06 de diciembre de 2001.

En lo pertinente, el acuerdo concordatario señaló, luego de la descripción de lo que se proyectaba sería el lote 10 de la finca El Diamante (predio de mayor extensión, con FMI 290-131884), al que en realidad de correspondió la denominación lote 4 luego de la escritura de desenglobe (escritura pública 2393 de junio 18 de 2002 de la Notaría 4ª de Pereira), lo siguiente:

Tradición: Adquirió JOSE FERNANDO HENAO Zuluaga, parte por compra hecha a Gonzalo Sanint Mejía, conforme escritura pública número 2142 del 20 de Diciembre de 1973 corrida en la Notaría Primera del Círculo Notarial de Pereira, y parte, por compra hecha a Humberto Henao Zuluaga, conforme escritura pública número 685 del 26 de Abril de 1974 corrida en la Notaría Primera del Círculo Notarial de Pereira. Posteriormente se englobaron estos lotes conforme escritura pública número 1102 del 27 de Abril de 1984 corrida en la Notaría Primera del Círculo Notarial de Pereira. Se le realizó desenglobe y cesión obligatoria al Municipio de Pereira, conforme escritura pública número 418 del 05 de Marzo de 1998 corrida en la Notaría Sexta del Círculo Notarial de Pereira, un lote correspondiente a 13.185 m2, reservándose el señor José Fernando Henao Zuluaga un área de 73.695.00 m2.

Folio de matrícula inmobiliaria en mayor extensión:	290-131884	
Ficha catastral en mayor extensión:	00-01-002-0303-000	
Avalúo Comercial:	\$87.836.000.00	
Dación en pago a las siguientes acreencias:		
Banco Ganadero	\$ 26.563.650.00	30.24% del bien
Banco Andino	\$ 11.000.000.00	12.52% del bien
Banco Superior	\$ 8.200.000.00	9.34% del bien
Bancafé	\$ 18.263.381.00	20.79% del bien
Banco del Estado	\$ 7.800.000.00	8.88% del bien
Banco Santander	\$ 9.000.000.00	10.25% del bien
Total	\$ 80.827.031.00	92.02% del bien

Luce claro que el predio objeto de esta disposición concordataria era el de menor extensión que se pretendía obtener luego de un desenglobe, que en ese momento se denominó Lote 10, con área de 3.137 m<sup>2</sup>. También que se acordó su entrega en dación en pago para los acreedores instituciones financieras allí indicadas, en una proporción del “92.02% del bien”.

De igual forma lo entendió el registrador de instrumentos públicos. En efecto, una vez realizado el desenglobe del predio de mayor extensión (escritura pública 2393 de junio 18 de 2002 de la Notaría 4 de esta ciudad), se dio apertura al FMI 290-146428, de propiedad del señor JOSE FERNANDO HENAO ZULUAGA (anotación tercera de julio 2 de 2002). Luego, el 17 de julio de ese mismo año, se registró el auto aprobatorio del acuerdo concordatario que quedó sentado de la siguiente manera:

ANOTACION: Nro 005 Fecha 17-07-2002 Radicacion. 2002-14030	
Doc: AUTO 00 DEL 05-03-2002 JUZGADO 4 CIVIL CTO DE PEREIRA	VALOR ACTO \$80.827.031
ESPECIFICACION. MODO DE ADQUISICION: 104 DACION EN PAGO EN PROCESO CONCORDATARIO EL 92.02%	
PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio,I-Titular de dominio incompleto)	
DE: HENAO ZULUAGA JOSE FERNANDO	CC# 10073379
A: ASESORIAS FINANCIERAS Y JURIDICAS ASANDINO LTDA.	
A: BANCAFE	X 12.52%
A: BANCO DEL ESTADO	X 20.79%
A: BANCO GANADERO	X 8.88%
A: BANCO SANTANDER	X 30.24%
A: BANCO SUPERIOR	X 10.25%
	X 9.34%

Es decir, se registró una dación en pago a favor de los acreedores allí mencionados, no sobre el 100% del predio, sino sobre el 92.02%, transferencia del derecho de dominio parcial que permite concluir que en cabeza del enajenante pervive una cuota parte de propiedad, equivalente a la proporción que no fue objeto de transferencia.

Que el porcentaje indicado tanto en el acuerdo concordatario como en el certificado de tradición y libertad corresponde a la proporción que cada comunero tiene sobre el bien, parece incluso pacífico en enajenaciones posteriores. Nótese como en las anotaciones 008 y 014 del FMI No. 290-146428 se registran ventas de derechos de cuota en proporción del 20.79% (la que originalmente correspondió a Bancafe); y la anotación 10 habla de una compraventa de derechos de cuota en proporción al 8.88% (originalmente entregado a Banco del Estado, hoy de propiedad de la demandante – anotación 13 -). Se observa incluso que similar entendimiento le dio quien promovió este proceso, por ejemplo, en escrito de denuncia penal en contra del señor Luis Fernando Henao, de fecha 19 de enero de 2016, donde haciendo un recuento de hechos señaló que ella adquirió el 8.8% del predio que, en relación con la cabida del inmueble (3.137 m<sup>2</sup>), asciende a 276.05 m<sup>2</sup> (hecho 4<sup>o</sup>)<sup>6</sup>.

Ante esa realidad, que emana del examen literal del título (acuerdo concordatario) y del certificado del registrador de instrumentos públicos, necesariamente debe concluirse que el señor JOSE FERNANDO HENAO ZULUAGA conserva derechos de propiedad registrados sobre el inmueble con FMI No. 290-146428, lo que le otorgaba legitimidad para ser citado y comparecer al juicio divisorio como copropietario.

Claro está, si se alega que existió algún error en el trámite del proceso concordatario o su aprobación, o en el procedimiento de registro del auto que aprobó el acuerdo por la oficina de registro de instrumentos públicos de Pereira, no sería este el escenario adecuado para resolverlo, o para

<sup>6</sup> Página 116, cuaderno principal parte 3.

desconocer los efectos del registro a partir de una interpretación del acuerdo que le sirvió de antecedente. Al tenor de la Ley 1579 de 2012 (estatuto de registro de instrumentos públicos), el examen, comprobación y análisis de los negocios jurídicos con destino a ser anotados en los folios reales, corresponde a los registradores de instrumentos públicos, y se estima que no es el juez civil, en el marco de un proceso divisorio, el competente para determinar si las anotaciones que se hicieron lucen acertadas o no de cara al negocio jurídico que las motivó, pues esta actuación tiene una finalidad que dista bastante de ese propósito. Por ello, correspondería a los interesados, si es que consideran que las anotaciones del folio de matrícula 290-146428 no reflejan la realidad jurídica del predio, adelantar los trámites y actuaciones necesarios para su corrección.

4. Precisado lo anterior, y al examen de la nulidad alegada por el apoderado judicial del señor **HENAO ZULUAGA**, se tiene que la causal invocada fue la contenida en el numeral 8 del artículo 133 del CGP, según la cual el proceso es nulo en todo o en parte entre otros 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 (...)”*.

La norma aplica, por supuesto, para aquellos eventos en que se deja de convocar a un litisconsorte necesario.

Decantado como está que el señor **JOSÉ FERNANDO HENAO ZULUAGA** conserva derechos reales registrados sobre el predio objeto de división y que como tal la comunidad está conformada también por él, en consonancia con lo establecido en el artículo 61 y 406 del estatuto procesal en mención, el apelante debió ser identificado como demandado en el libelo introductor, o ser vinculado al proceso para conformar en debida forma la litis, como en su momento lo solicitó el demandado Banco Itau S.A., integración que la ley exige obligatoriamente conformar, más aún, ante la naturaleza propia del proceso divisorio.

Recuérdese en ese sentido, que la demanda que presenta un comunero tiene que estar dirigida contra los demás copropietarios, requisito del que habla el artículo 406 del CGP, lo cual determina la configuración de un litis consorcio necesario respecto a la parte pasiva, que debe estar integrada por todos y cada uno de los comuneros que no fungen como demandantes.

A su turno, el artículo 61 del mismo estatuto procesal indica que en caso de no haberse ordenado el traslado a todos los que debieran fungir como parte pasiva dentro del proceso, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte mientras que no se haya dictado sentencia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. Además, el proceso se suspenderá durante dicho término.

La aplicación de la anterior disposición podría ser un remedio menos gravoso que decretar la nulidad lo actuado, como se pretende, y en su lugar solo se ordenaría integrar la litis en el actual estado del proceso con el litisconsorte preterido. Sin embargo, en el presente caso se han desarrollado importantes etapas, como quiera que ya se decretó la venta en pública subasta del predio, con lo que corrió también el término para ejercer el derecho de compra, y se ha intentado el remate. En consecuencia, se debe declarar la nulidad, pero no desde el auto admisorio de la demanda, como se solicitó, sino desde la providencia que dispuso la venta en pública subasta, incluyéndola.

Lo anterior, además, si se tiene en cuenta que el escrito de solicitud de nulidad fue presentado en forma oportuna, no se observa que haya sido saneada, y fue alegada por quien está legitimado para ello (art. 135 lb.) dado que no ser vinculado al proceso vulneró su derecho fundamental al debido proceso.

**Efectos de la nulidad a declarar:** la nulidad invocada solo beneficia a quien la alegó (inciso 6° del artículo 134 lb.), y comprenderá únicamente la actuación posterior al auto de fecha 10 de febrero de 2020, incluyéndolo. Para rehacer la actuación anulada, en los términos del inciso final del artículo 301 del CGP, la notificación al señor **JOSÉ FERNANDO HENAO ZULUAGA**, del auto admisorio de la demanda y de su reforma, se entenderá surtida por conducta concluyente el día en que solicitó la nulidad, pero el término de traslado para ejercer su derecho de defensa solo empezará a correr a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.

La actuación surtida frente a los otros comuneros se mantiene incólume (art. 138 lb.).

En consecuencia, el despacho 002 de la Sala Civil Familia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

## RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR** saneada la nulidad observada por esta misma instancia, puesta en conocimiento a las partes mediante auto del 26 de abril de 2021, sin ser alegada.

**SEGUNDO: REVOCAR** el auto del 08 de marzo de 2021 proferido por el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA, Según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad del presente proceso divisorio, alegada por el señor **JOSÉ FERNANDO HENAO ZULUAGA**, desde la actuación posterior al auto de fecha 10 de febrero de 2020, incluyéndolo.

Para rehacer la actuación anulada, la notificación del auto admisorio de la demanda, y de su reforma, al señor **JOSÉ FERNANDO HENAO ZULUAGA**, se entenderá surtida por conducta concluyente el día en que solicitó la nulidad, pero el término de traslado para ejercer su derecho de defensa solo empezará a correr a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.

La actuación surtida frente a los otros comuneros se mantiene incólume (art. 138 lb.).

**CUARTA:** Ejecutoriada la providencia, devuélvase el expediente a su lugar de origen.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**  
**MAGISTRADO**

Firmado Por:

**CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS**  
**MAGISTRADO**  
**MAGISTRADO - TRIBUNAL 002 SUPERIOR SALA CIVIL FAMILIA DE LA CIUDAD DE PEREIRA-RISARALDA**

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

DIVISORIO – APELACION DE AUTO  
Rad. No.: 66001310300420180070900

Código de verificación: **327d467ab1d15633643777007c587c86e34a291154c3301834f8a4304da68401**

Documento generado en 30/06/2021 10:54:07 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**