

JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós
(2022)

Sería del caso hacer pronunciamiento sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada en contra de la SENTENCIA del 1° de octubre de 2021 dictado en la audiencia celebrada en la misma fecha por el Juzgado Cincuenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá D.C., en el proceso divisorio iniciado por Diana Marcela Corchuelo Morales contra Juan Carlos Mellizo Monsalve, propietarios, en su orden, de los bienes inmuebles identificados con las Matrículas Inmobiliarias 50N-20046427, 50N-20046306 y 50N-20046356, ubicados en la Carrera 19B No. 164 A-54 DE Bogotá D.C., Interior 4 consistentes en apartamento 401, Garaje 6 y Depósito 11 del CONJUNTO RESIDENCIAL EL RECODO DEL PALMAR P.H., si no fuere porque de la revisión del expediente se constata la configuración de la causal de nulidad consagrada en el numeral 2° del artículo 133 del C.G. del P., al pretermittir íntegramente la respectiva instancia. Veamos:

1. Señaló la demanda que los mencionados inmuebles, de propiedad de Diana Marcela Corchuelo Morales y Juan Carlos Mellizo Monsalve, respectivamente, son dueños en común y proindiviso de los bienes inmuebles ubicados en la Carrera 19B No. 164 A-54 DE Bogotá D.C., Interior 4 consistentes en apartamento 401, Garaje 6 y Depósito 11 del CONJUNTO RESIDENCIAL EL RECODO DEL PALMAR P.H., cuyos linderos se contienen en la Escritura Pública 7905 del 28 de octubre de 2016, otorgada en la Notaría Setenta y Dos del Círculo Notarial de Bogotá D.C., contentiva de la compra venta realizada en la que Diana Marcela Corchuelo Morales y Juan Carlos Mellizo Monsalve obraron como compradores y Elsa María Arias Ospina como vendedora.

Bienes, según lo informa la demanda, sobre los que actualmente existe una Hipoteca a favor del BBVA; agrega que entre los copropietarios no se pactó indivisión sobre los bienes objeto de litis.

Pidió la demandante, en consecuencia, que se decrete la división *ad-valorem* de los bienes relacionados, se disponga su avalúo y que con el producto de la venta de los inmuebles se pague a los copropietarios el valor de sus derechos a prorrata de sus cuotas de dominio.

2. La demanda fue admitida por auto del 11 de septiembre de 2019, ordenándose su inscripción en los folios de matrícula inmobiliaria, se dispuso correr el traslado respectivo y la notificación del acreedor hipotecario BBVA.

3. El acreedor hipotecario BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. – BBVA en su respuesta se pronunció sobre los hechos; aceptó la existencia de la comunidad, oponiéndose a la división pretendida pues sobre los inmuebles existe una acreencia pendiente a favor del BBVA que a la fecha de contestación de la demanda (escrito recibido físicamente el 20 de noviembre de 2019) asciende a la suma de \$103'703.663.75 M/cte, respaldada en el pagaré M26300110234007779700136557 y de \$21'383.213.30 M/cte respaldada en el pagaré M026300105187601589610574350, sumas de la que es deudora la demandante y deben ser honradas previo a la venta forzada

Razones por las que propone como medios enervantes de la acción las excepciones que denomina: **(I)** IMPOSIBILIDAD DE LA VENTA FORZADA HASTA QUE SE PAGUEN LAS DEUDAS PRIVILEGIADAS DEL ACREEDOR; **(II)** DERECHO DE PREFERENCIA Y PERSECUCIÓN DE LA HIPOTECA; **(III)** IMPOSIBILIDAD DE AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS DEL ACREEDOR CON GARANTÍA REAL HIPOTECARIA y, **(IV)** SOLIDARIDAD INDIVISIBLE SIN EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR.

4. El demandado JUAN CARLOS MELLIZO MONSALVE, en cuanto a los hechos de la demanda, tiene como no cierto el primero de ellos, admite el segundo y el tercero de manera aparente, ateniéndose a lo que resulte probado en el proceso; se opone a las pretensiones de la demanda, al considerar que carecen de sustento fáctico y legal.

Propone como medios defensivos las excepciones de mérito que anuncia como: **(i)** INDEBIDA FORMULACIÓN DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL – ARTÍCULO 406 C.G.P. CONSECUENTE INEXISTENCIA DE LAS FORMALIDADES PARA ACUDIR EN ACCIÓN DIVISORIA. **(ii)** MALA FE POR PARTE DE LA ACTORA. **(ii)** PROTECCIÓN A LA POSESIÓN – PACTO VERBAL DE INDIVISIÓN y, **(iv)** LA GENÉRICA.

Reclama su derecho a las MEJORAS, sin perjuicio de los derechos de posesión que ejerce sobre los inmuebles, las que conforme a dictamen pericial estima en \$27'956.424.00 M/cte.

Se opone al avalúo bajo las previsiones del artículo 409 del C.G. del P., el que difiere con el que allega con la contestación de la demanda, señalando que la demandante lo fija en la suma de \$157'674.000.00 M/cte y el demandado en la contestación en la suma de \$163'197.131.00 M/cte.

5. Resueltas las excepciones previas propuestas mediante recurso de reposición, el Juzgado de primera instancia decretó las pruebas pedidas por las partes en la audiencia del 8 de septiembre de 2021 las que una vez evacuadas, en la audiencia del 30 de septiembre de 2021, escucha a las partes en alegatos de conclusión, convocándolas a nueva audiencia para proferir sentencia.

Posteriormente, en audiencia del 1° de octubre de 2021, se dictó la SENTENCIA que ahora se ataca en la que el Juzgado declara no probadas las excepciones propuestas por el demandado y acreedor hipotecario, decretó la división de los bienes mediante su venta en pública subasta, reconoció las mejoras efectuadas por el demandado en la suma de \$27.952.000,00 M/cte, de la cual ordena a la parte demandante el pago el 50%, tiene en cuenta el avalúo aportado por la parte demandada, reconoce las obligaciones del acreedor hipotecario, disponiendo que una vez rematados los inmuebles se cancelará su crédito y cancelado el valor de las mejoras, el excedente corresponde el 50% a cada uno de los comuneros.

6. Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación que hizo consistir en que: no está de acuerdo con el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia por el que se le reconoció al demandado las mejoras reclamadas. Recurso el que no fue sustentado en los términos del numeral 3° del artículo 322 del C.G. del P. y, si bien, intenta subsanar la falencia con escrito posterior allegado el 5 de octubre de 2021, se acoge a lo preceptuado por numeral 3° citado, cuando el contenido de la audiencia corresponde a una sentencia, no siendo aplicable tal disposición.

7. A su turno la parte demandada interpone recurso de apelación en contra de la totalidad de la decisión, argumentando que se evitó la valoración integral de las pruebas desconociendo las excepciones perentorias presentadas, especialmente el pacto de indivisión y las excepciones presentadas por el acreedor hipotecario, pues lo probado en el caso en concreto junto con las sanciones impuestas por inasistencia fueron totalmente desconocidas por el Despacho, como los valores de compensación invertidos por el demandado para la conservación de la cosa

común, en las cuotas del crédito hipotecario ya canceladas, la indexación de los dineros invertidos por mejoras y demás contenidos en el expediente que discriminará ante el superior.

8. El gestor judicial del acreedor hipotecario, solicita la aclaración del numeral tercero de la sentencia, en el sentido de que debe ser claro el reconocimiento y debe ser previo a cualquier otro pago que se deba hacer con el producto del remate de los bienes.

9. En la misma audiencia el Juzgado del conocimiento dice que ACLARA LA SENTENCIA, en cuanto al numeral tercero de la parte resolutive de la misma en el entendido que en este numeral los dineros se reconocen conforme a las consideraciones del fallo, teniendo en cuenta el numeral cuarto de esta sentencia que prevalecen sobre cualquier pago que se haga en torno a cualquiera de las partes, es decir la prelación que tiene el acreedor hipotecario frente a las obligaciones que se garantizan con los bienes objeto de este trámite. Aclarando así lo solicitado por el acreedor hipotecario.

Se concede el recurso de apelación a favor de la parte demandante únicamente respecto del numeral tercero de la parte resolutive del fallo conforme a lo manifestado en su sustentación de recurso y, con respecto de la parte demandada concede el recurso de apelación de la sentencia en su totalidad conforme a las manifestaciones expuestas. Recursos que concede en el efecto SUSPENSIVO.

Ahora bien, establece el artículo 406 del C.G. del P., que todo comunero puede pedir la división material de la cosa común o su venta para que se distribuya el producto, demanda la que se DEBE dirigir contra los demás comuneros y a ella se acompañará la prueba de que demandante y demandado son condueños.

La demanda la puede interponer cualquiera de los comuneros, y debe presentarla contra los demás comuneros, pues la finalidad del proceso divisorio es que se pueda efectuar la separación de la propiedad que dos o más personas tienen en común. División que puede ser material o *ad-valorem*, como lo señala el artículo 407 del C.G. del P.

Por su parte el artículo 409 de la misma codificación, prevé que “...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.”

(Resaltado no es del texto), estableciendo en su inciso final que: ***“El auto que decrete o deniegue la división o la venta es apelable.”*** (Resaltado no es del texto).

A su turno, enseña el numeral 1º del artículo 410 del C.G. del P., que: ***“Ejecutoriado el auto que decrete la división, el juez dictará sentencia en la que determinará cómo será partida la cosa, teniendo en cuenta los dictámenes aportados por las partes.”*** (Resaltado no es del texto).

Además, el artículo 414 del C.G. del P., establece que: ***“Dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del auto que decrete la venta de la cosa común, cualquiera de los demandados podrá hacer uso del derecho de compra. La distribución entre los comuneros que ejerciten tal derecho se hará en proporción a sus respectivas cuotas. (...)”*** (Resaltado no es del texto)

En el asunto que nos ocupa, el Juzgado de primera instancia PRETERMITIÓ INTEGRAMENTE LA RESPECTIVA INSTANCIA, puesto que pasó por alto dictar el auto mediante el que decretara o negara la división o la venta, el que además es sujeto de apelación como expresamente lo manda el inciso final del artículo 409 del C.G. del P., procediendo a emitir de forma directa una sentencia, con lo que además conculca el derecho al acceso a la administración de justicia con respecto de la parte demandada, quien no puede hacer uso del derecho de compra a que se contrae el artículo 414 antes transcrito, pues como no se emitió el auto que decretara la división sino de forma directa una SENTENCIA, no puede hacer uso de tal derecho. Además, contrariando la normatividad convoca a terceros, en este caso el BBVA, quien no es comunero de los bienes materia de la pretensión de división, reconociéndole pagos por acreencias que se le adeudan por los condueños, desnaturalizando el objeto del proceso divisorio. No se desconoce el derecho del acreedor, pero este a su vez cuenta con las acciones propias para efectuar su cobro, mas no a través del proceso DIVISORIO.

Ha señalado la jurisprudencia en cuanto a la pretermisión de la instancia, que ***“...Con el entendimiento del Tribunal, también se afectó el deber que tienen los jueces de evitar nulidades de carácter procesal (numeral. 4, art. 37 del C. de P. C.), porque al finiquitar intempestivamente el trámite de una consulta que ya venía en curso, sin una justificación legal atendible, se privó al proceso de la decisión de segundo grado, todo lo cual configuraría la hipótesis del numeral 3º del artículo 140 del C. de P.***

C., en tanto constituye una forma de pretermittir de manera integral la instancia. (...)"¹

La que, aplicada en este asunto, decanta en que, con la actuación surtida por el Juzgado de primera instancia, al privarse a las partes de la emisión del auto que decreta o no la división el que además es susceptible de apelación, se le priva a la pasiva del acceso a la administración de justicia, pues no puede ejercer su derecho como lo señala el artículo 414 citado; además, reconocer acreencias de terceros cuando el proceso divisorio no está instituido para ello, desnaturalizando el objeto del proceso divisorio, pues este no se instituye para resolver acreencias de terceros.

Razonamientos anteriores que conducen a declarar la nulidad primeramente señalada a partir inclusive de la audiencia del 1º de octubre de 2021 en la que se profirió la sentencia antes reseñada, la que tiene el carácter de insaneable pues, además, vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, a la doble instancia y de acceso a la administración de justicia como se anotó en precedencia.

Por lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO TRECE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**,

RESUELVE:

PRIMERO. DECRETAR la NULIDAD de todo lo actuado en el presente proceso, a partir inclusive de la sentencia proferida en la audiencia del primero (1º) de octubre de dos mil veintiuno (2021) por el JUZGADO CINCUENTA Y CINCO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

SEGUNDO. En firme el presente auto, devuélvase el expediente digital al Juzgado de origen a fin de que proceda a tomar las determinaciones correspondientes acorde con lo analizado en precedencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GABRIEL RICARDO GUEVARA CARRILLO
JUEZ

¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de octubre de 2010. Acción de tutela T-11001-02-03-000-2010-01627-00. M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla.