



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA
ÁREA CIVIL

Pamplona, treinta y uno (31) de julio dos mil veintitrés (2023)

Radicado: 54-518-31-12-001 2022-00012-01
Proceso: DIVISORIO
Demandante: ROSA ELENA GELVES CARRILLO Y OTROS
Demandados: ALEXIS GELVES CARRILLO Y OTROS

I. ASUNTO.

Decide este despacho el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante y de los demandados ALEXIS, PEDRO JULIO y CELINA GELVES CARRILLO, contra el auto proferido el 9 de diciembre de 2022 por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO de esta ciudad, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES RELEVANTES.

1. Luego de subsanada la demanda inicial¹, mediante auto² del 14 de febrero de 2022 se admitió la demanda divisoria interpuesta por ROSA ELENA y OSCAR JULIO GELVES CARRILLO en contra de los comuneros ALEXIS, PEDRO JULIO y JOSÉ GELVES CARRILLO.
2. Las pretensiones propuestas versaron sobre el fraccionamiento material de los inmuebles denominados “*El Quindío*” y “*El faisán*”, así como de 37 cabezas de ganado.
3. Realizadas las notificaciones pertinentes, los convocados ALEXIS y PEDRO JULIO GELVES CARRILLO al contestar demanda no mostraron oposición a la pretensión divisoria³, a diferencia del señor JOSÉ GELVES CARRILLO quien en su escrito contestatario se opuso a la parte activa presentando

¹ Documentos orden No. 9,10 y 12 expediente digitalizado primera instancia a folios 247-386 y 388-487 de su índice electrónico.

² Documento orden No. 18 ibidem a folios 493-494 de su índice electrónico.

³ Véase documento orden No. 22 ibidem a folios 514-538 ibidem.

dictamen pericial y solicitando el reconocimiento de mejoras⁴, además de radicar demanda de reconvención⁵.

4. Mediante auto⁶ del 8 de agosto de 2022, la juez *A quo* rechazó el escrito gestor en reconvención, declaró improcedentes las excepciones de mérito, ordenó correr traslado de la reclamación de mejoras y el juramento estimatorio, además de disponer la presentación por pasiva de un nuevo dictamen pericial en el que se discriminara el valor de cada uno de los predios en disputa.
5. En cumplimiento a la providencia ejusdem, se descorsido el traslado⁷ de la solicitud de mejoras y juramento estimatorio, así como del nuevo avalúo⁸ allegado por el demandado JOSÉ GELVES.
6. El 20 de septiembre de la mencionada anualidad el doctor JOSÉ RAMON PARADA, solicitó el reconocimiento de la señora CELINA GELVES CARRILLO como parte procesal y el aval para actuar en su representación⁹.
7. Finalmente, a través de proveído¹⁰ del 9 de diciembre de 2022 se deniega la división material deprecada, se reconoce como parte demandada a la señora CELINA GELVES CARRILLO y se accede al reconocimiento de personería para actuar a su apoderado judicial.

III. LA PROVIDENCIA APELADA¹¹.

El problema jurídico delimitado en primera instancia consistió en determinar el cumplimiento de los presupuestos necesarios para decretar la división material de los bienes objeto de disputa, para ello se estableció un marco jurisprudencial y normativo en torno a las características de la propiedad plural, el proceso divisorio y la unidad agrícola familiar.

Seguidamente se agotó el estudio del caso concreto con sustento en los siguientes argumentos:

⁴ Documento orden No. 28 ibidem a folios 560-763 ibidem.

⁵ Documento orden No. 29 ibidem a folios 764-967 ibidem.

⁶ Documento orden No. 34 ibidem a folios 996-997 ibidem.

⁷ Documento orden No. 42, 43, 44, 45, 46,47 ibidem a folios 1074-1253 ibidem.

⁸ Documento orden No. 38 y 51 ibidem a folios 1003-1067 y 1259-1289 ibidem.

⁹ Documento orden No. 54 ibidem a folios 1333-13337 ibidem.

¹⁰ Documento orden No. 55 ibidem a folios 1338-1347 ibidem.

¹¹ Ibidem.

“Ahora bien, atendiendo que, las pretensiones de la demanda están encaminadas exclusivamente a la división material de los citados bienes y que, ninguno de los demandados alegó pacto de indivisión, corresponde en aplicación de lo señalado en el artículo 409 CGP, establecer si los predios ya referidos, así como los 37 semovientes a que se refiere el trabajo de partición protocolizado en la escritura pública N° 24 del 29 de enero de 1966, de la Notaria Primera de esta ciudad, son susceptibles de ser divididos.

En este punto, se destaca que, si bien el demandado JOSE GELVES CARRILLO, al descorrer el traslado de la demanda sostuvo que, los inmuebles no son susceptibles de ser divididos, y que debe procederse a su venta, esta solicitud no es viable, en razón a que, la parte actora no lo solicitó como pretensión subsidiaria, por lo que, en el evento de que se establezca que la pretensión principal no es procedente, no será posible decretar la venta de los bienes materia de la litis, debido a que, los artículos 406 y 409 del CGP, no establecen taxativamente esta prerrogativa y a que, el juez está obligado a ceñirse a la regla de la congruencia establecida en el artículo 281 del CGP.

En primer lugar, tenemos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la ley 160 de 1994, los predios rurales no pueden fraccionarse por debajo de la extensión determinada como Unidad Agrícola Familiar para el respectivo municipio o zona, salvo aquellas excepciones a que se refiere el artículo 45 de esa misma regulación (...).

En ese sentido, y toda vez que, a la fecha el Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras, no ha fijado conforme a la nueva metodología las extensiones mínimas y máximas de la Unidad Agrícola Familiar en el municipio de Bochalema, deberá tenerse en cuenta para estos efectos la resolución N° 041 de 1996, la cual aparece en el título “zona relativamente homogénea N° 4 provincia húmeda y per-húmeda clima medio”, comprendida en un rango de entre 17 a 23 hectáreas.

Definido lo anterior, y si bien dentro del expediente no existe plena certeza del área de los predios materia del proceso, debido a que, por un lado, los certificados catastrales N° 1732-554498-57253-0 expedidos el 5 de octubre de 2021 y N° 2146-517521-18933-0 del 1 de junio de 2021 indican que la cabida de los predios FAISAN y QUINDIO, es de 62 hectáreas y 1157.00 M² para el primero y 46 hectáreas y 67.00 M² para el segundo, extensión que se aproxima bastante a lo consignado en el informe que se aportó y que aparece suscrito por el Ingeniero Civil LUIS FERNEL VIRACACHA, quien le asignó al predio FAISAN un área de 62 hectáreas y 1167 metros cuadrados, mientras que al predio QUINDIO una de 46 hectáreas y 67 metros cuadrados, valores que coinciden exactamente con los asignados por la tecnóloga en agropecuarias y técnico en avalúos NANCY GOMEZ ROZO, en los experticios suscritos por ella, mientras que del otro, el dictamen firmado por el ingeniero civil LUIS ANTONIO BARRIGA VERGEL, concluye que los predios “QUINDIO” y “FAISAN”, tienen 100 y 31 hectáreas respectivamente, debe señalarse que, independientemente de cuál de las mencionadas cabidas sea la que realmente corresponde a la de los inmuebles materia del proceso, ninguna de ellas, permite llevar a cabo la división de los citados bienes bajo los criterios de la unidad agrícola familiar.

En efecto, al intentar dividir matemáticamente las áreas de los predios FAISAN y QUINDIO, incluso por las cabidas máximas asignadas para cada uno de ellos en los diferentes experticios, esto es, para el caso del FAISAN 62 hectáreas y 1167 metros cuadrados y para QUINDIO 100 hectáreas, y atendiendo el porcentaje que de los mismos les corresponde a los demandantes y demandados, de acuerdo a sus respectivas cuotas partes, se obtienen, respecto del bien denominado FAISAN, tres porciones de terreno cuya área es de 13.77 hectáreas y otras tres porciones de 6.88, y del bien denominado QUINDIO, tres de 22.22 hectáreas y tres de 11.11 hectáreas; lo que quiere decir, que de accederse a la división, se estarían fraccionando ambos

bienes, en otros, cuya dimensión estaría por debajo de la mínima permitida para las Unidades Agrícolas Familiares establecidas para el municipio de Bochalema, que se repite es de 17 hectáreas.

En este orden de ideas, y al verificar que no nos encontramos ante ninguno de los eventos señalados en el artículo 45 de la ley 160 de 1994, es evidente e indiscutible que los bienes materia del debate, no son susceptibles de ser divididos materialmente, puesto que se estaría desconociendo lo establecido en el artículo 44 de la aludida ley.

De otra parte, en cuanto a los semovientes que también son materia de la demanda, encontramos que, tampoco hay lugar a acceder a la división pretendida respecto de ellos, puesto que, claramente no hay certeza de su existencia, ya que, los mismos fueron objeto de asignación hace más de 50 años, las partes no conocen su paradero, y principalmente, porque en realidad de verdad ninguno de tales animales tiene probabilidad de existir actualmente.

Igualmente, no se puede perder de vista que, dada la naturaleza y fines del proceso divisorio, no es dable discutir derechos sobre cosas que ya se extinguieron, tampoco efectuar la entrega de bienes adquiridos por adjudicación en sucesión, ni mucho menos la división de bienes que por su naturaleza no pueden partirse materialmente o declarar obligaciones respecto de quien haya obrado como garante de los mismos". (sic).

IV. SUSTENTO DE LA APELACIÓN.

El apoderado de la parte demandante y demandados ALEXIS, PEDRO JULIO y CELINA GELVES CARRILLO se oponen a la decisión que denegó la división de los bienes en litigio, argumentando en su orden que:

1) DEMANDANTES¹²:

El apoderado judicial por activa, planteó frente a la división de las cabezas de ganado que la prueba de su existencia concierne a la adjudicación de sucesión protocolizada en la escritura pública 24 del 29 de enero de 1966, además de enrostrarle a la actuación de la falladora *A quo* la omisión en el decreto oficioso de un dictamen pericial que diera cuenta de la existencia de los semovientes.

Consideró que *"la juez de primera instancia debió resolver los diferentes ítems o cuestionamientos referentes a decretar de oficio un nuevo peritaje, resolver lo referente al juramento estimatorio, a la existencia de supuestas mejoras y lo referente al avalúo individual de los predios Faisán y Quindío. Lo anterior para tener fundamento para delimitar si el predio es o no divisible, para que no de tajo, se dictase una sentencia anticipada, ya que con ello se estaría violentado el debido proceso, derecho de defensa y contradicción, por haberse saltado etapas del*

¹² Documento orden No. 61 ibidem a folios 1371-1392 ibidem.

proceso tales como las de la audiencia art 372 del CGP, como la conciliación, fijación de hechos y pretensiones, interrogatorio de las partes y posteriormente delimitar las pruebas a practicar, para desatar el problema jurídico planteado en el proceso especial Divisorio. Así las cosas, la providencia objeto de alzada debe ser revocada en el sentido que debe resolverse sobre la existencia o no de mejoras (...)."

Frente a la cabida de los predios esgrimió que *"se debió agotar una inspección judicial decretada de oficio, ya que esta facultad la tiene el juez como director del proceso (...) PEDRO JULIO y ALEXIS GELVES CARRILLO, coincidente con los demandantes, que los dos predios en conjunto tienen un área de 108 hectáreas con 1.224 mts², distribuidas así, QUINDÍO 46 hectáreas con 67 mts² y para el FAISÁN de 62 hectáreas con 1.167 mt², esto tiene eco en las experticias rendidas por el ingeniero LUIS FERNEL VIRACACHA QUINTERO, dentro del proceso de pertenencia radicado 054 del año 2017 (...) aunado a lo anterior es coincidente con el peritazgo rendido por la ingeniera NANCY GÓMEZ ROZO, tanto el introducido con la demanda, como en los de refutación de las mejoras y juramento estimatorio (...). Ahora que se diga por parte del LUIS ANTONIO BARRIGA VERGEL que los predios, tanto QUINDIO como FAISAN no anexó ni catastral ni certificado de libertad y tradición, que apoyaran su dicho que uno tiene 100 hectáreas y el otro 31 hectáreas, por eso al existir dudas al respecto, la juez de primera instancia, no debió terminar anticipadamente el proceso divisorio, sino que debió agotar tanto la audiencia inicial como la de instrucción y juzgamiento art. 372 y 373 CGP (...)."* (sic).

Señaló que se debe estudiar de fondo la aplicación de la Ley 160 de 1994 y si la misma es retroactiva o no, ya que los predios en cuestión fueron adjudicados mediante sucesión en el año 1966. En favor de la inaplicación de la norma en comento precisó que el caso particular *"estaría enmarcado dentro de las excepciones de la Ley 160 de 1994 artículo 45 por haberse adquirido antes de la promulgación de la ley 160 de 1994 (...) debemos dirigirnos al art. 10 del C.C. en cuanto a la aplicación de la norma, ya que prima, la que ha nacido primero y no la promulgada posteriormente, como sucede en este caso es aplicable la vigente para el año 1966 donde se les adjudicó por común y pro indiviso a los herederos GELVES CARRILLO, o de ser el caso, acogidos por las excepciones del art. 45 de la ley 160 de 1994"*.

En conclusión culminó su intervención, sintetizando que *“las pruebas que se aportaron deben ser valoradas en su contexto total, no interpretar sesgadamente y es a la parte a la que le incumbe probar el supuesto de hecho de las normas que la consagran y el efecto jurídico que ellas persiguen, lo mismo la interpretación de la ley 160 de 1994 si es aplicable o no para los procesos en firme y que se ventilaron en el año 1966 como fue la sucesión del padre de los hermanos GELVES CARRILLO, las pruebas anexas deben ser debatidas tanto la documental pericial y si hay testimonial, asimismo los interrogatorios de parte que se han de practicar, es importante realizar una inspección judicial para despejar muchas dudas sea por la petición de parte o de oficio que la decreta la señora juez (...)”*.

II) ALEXIS Y PEDRO JULIO GELVES CARRILLO¹³

La representación judicial por pasiva en favor de la revocatoria de la providencia de primer nivel, argumentó que:

“(...) la ley 160 de 1994 (...) no podría ser aplicable en el presente proceso; de acuerdo con la misma ley; si observamos detenidamente encontramos que en el artículo 112, de la misma, nos habla que la presente Ley rige a partir de su promulgación, luego entonces esta ley empezó a regir desde el día 3 de agosto de 1994, fecha de su promulgación.

Encontramos entonces que la sucesión por la cual se realiza el trabajo de partición y adjudicación de estos terrenos, data del año (sic) protocolizada mediante escritura pública N°. 24 del 29 de enero de 1966, realizada en la Notaria Primera de Pamplona; luego entonces en razón a que la ley no puede ser retroactiva, encontramos que estos terrenos no estarían clasificados como UNIDADES AGRICOLAS FAMILIARES.

Por otra parte, podemos hablar que las UNIDADES AGRICOLAS FAMILIARES, solo pueden ser conformadas con los terrenos que fueran adjudicados por el INCORA a partir del año 1994, y dentro de los mismos encontramos que el ARTÍCULO 45. De la misma ley nos manifiesta las excepciones (...).

Como se puede entonces observar la entrega y partición de la sucesión es un acto claro, es una sentencia emanada de un despacho judicial, en la cual se repartió a cada uno de los herederos, la cual fue protocolizada mediante escritura pública, realizada 28 años antes de que se promulgara la ley, de la cual se estaría dando aplicación en forma retroactiva.

(...) por la zona en que se encuentra los predios objeto de la presente división, cada una de las UNIDADES corresponde a 17 hectáreas, motivo por el cual si tomamos en cuenta la totalidad del terreno de los dos predios, unificados como están por su despacho, estaríamos hablando de 131 hectáreas, con lo cual divisible entre los seis (6) comuneros, tendríamos que a cada uno de ellos les corresponden 21,7 hectáreas, que corresponde a un valor superior a cada UNIDADES AGRICOLAS FAMILIARES, hecho con el cual dichos predios si son susceptibles de división material, inclusive en el evento que se pudiera aplicar la retroactividad de la ley (sic).

¹³ Documento orden No. 56 ibidem a folios 1348-1362 ibidem.

También podemos observar que la aplicación del artículo 46. Nos daría otro giro a este proceso, pues la aplicación del mismo, estaría obligando a que se realizara audiencia para escuchar las partes y definir la aplicación de esta ley (...).

De igual forma, se actúa erróneamente en este proveído, pues se habla de que el metraje no corresponde al que es, pues el despacho al tener duda de la veracidad de ambos peritazgos, era casi que una obligación, decretar que el peritaje lo realizará una persona designada por el despacho, a fin de sopesar la carga de la prueba (sic)".

III) CELINA GELVES CARRILLO¹⁴.

Mediante abogado se opuso exclusivamente a la decisión que denegó la división de los semovientes en razón a su inexistencia, habida cuenta que *"(...) dentro de la demanda, en la adjudicación realizada en su tiempo se estableció la individualización y lugar en donde se encontraban los semovientes, y se está diciendo que estos se han reproducido, en consecuencia no existe fundamento probatorio que determine la inexistencia de los semovientes (...) en la parte pertinente sostiene la Juzgadora que no es dable discutir derechos sobre cosas que ya se extinguieron, esta apreciación no es veras (sic), se pudieron extinguir el ganado adjudicado en el momento de la adjudicación en el proceso sucesorio, pero estos se reprodujeron y son los que actualmente existen y son objeto del proceso, tampoco es cierto que los semovientes no pueden ser objeto de partición material o declarar obligaciones sobre el garante de los mismos, si los semovientes se encuentran ubicados como es el caso, materialmente se relacionaron, son el producto de los primeros contemplados en la adjudicación, NO ES DABLE ENTENDER que el proceso no recaiga sobre el ganado existente (...)"*.

V. CONSIDERACIONES.

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en el artículo 409 del CGP, contra el auto que decreta o niegue la división o la venta procede el recurso de apelación. Así mismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 del CGP¹⁵, el competente para decidir sobre la apelación de una providencia como la presente, lo será el Magistrado Sustanciador, por cuanto no corresponde a ninguno de los asignados a la Sala de Decisión.

¹⁴ Documento orden No. 59 y 60 ibidem a folios 1365-1370 ibidem.

¹⁵ **Artículo 35. Atribuciones de las salas de decisión y del magistrado sustanciador:** *Corresponde a las salas de decisión dictar las sentencias y los autos que decidan la apelación contra el que rechace el incidente de liquidación de perjuicios de condena impuesta en abstracto o el que rechace la oposición a la diligencia de entrega o resuelva sobre ella. El magistrado sustanciador dictará los demás autos que no correspondan a la sala de decisión (...)"*.

2. Problema jurídico

Se traduce en establecer si la decisión de la juez de primer nivel que denegó la división material de los inmuebles y semovientes objeto de litigio, se connota acorde al marco normativo aplicable al asunto o si por el contrario debe ser revocada con fundamento en las tesis propuestas por los censores.

3. Cuestiones previas

Previo a abordar el fondo del asunto litigioso que hoy nos convoca, corresponde a este Despacho dilucidar algunos aspectos procedimentales que según se vislumbra de los escritos de alzada constituyen motivo de duda para los recurrentes.

Para los efectos, cabe resaltar que el proceso divisorio tiene por objeto clausurar la indivisión que afecta a bienes que en común y proindiviso se encuentran en cabeza de varios propietarios. Bajo ese preciso alcance el Código General del Proceso le atribuye a ese tipo de litigios una naturaleza declarativa especial, siendo regulados en exclusivo por el trámite contemplado en los artículos 406 a 418 de dicha obra.

Al respecto la Corte Constitucional es contundente al afirmar que “(...) *la norma acusada* (lo era el artículo 409 CGP Parcial) *es una previsión especial para el proceso divisorio y, por lo tanto, prevalente con respecto a la regulación general (...)*”¹⁶.

En esa misma línea, la Corte Suprema de Justicia de vieja data y nuevamente con sustento en la regulación prevista en los artículos 409 y ss del CGP, ilustra con llana claridad las etapas que suscitan el devenir del proceso en comento, así:

“(...) Trámite del proceso divisorio en el Código de General del Proceso y procedencia del recurso de casación.

4.1. Al igual que en la anterior reglamentación, la actual le permite a cualquiera de los comuneros solicitar 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.

Tratándose de bienes sujetos a registro también debe presentarse el certificado del respectivo registrador sobre la situación jurídica del bien y su tradición, debiendo comprender un período de diez (10) años si fuere posible. Este lapso fue reducido, pues el C. de P. C. exigía 20 años.

¹⁶ Corte Constitucional C-284 de 2021.

4.2. A diferencia de la antedicha normativa, la reciente le impone al demandante «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» (Artículo 406 C.G.P.).

Al admitirse la demanda, el juez debe ordenar correr traslado al accionado por diez (10) días, y si se trata de bienes sujetos a registro dispondrá su inscripción.

Si el demandado no está de acuerdo con el dictamen allegado por su contraparte, podrá aportar otro o solicitar que el perito sea convocado a audiencia para interrogarlo. Si aquel 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». De existir dicho acuerdo, convocará a audiencia, en la cual decidirá si hay o no lugar a la partición y según el caso, si debe ser material o ad valorem. El auto que decrete o deniegue la división o la venta es apelable (Artículo 409 C.G.P.).

4.3. Cuando de la división material se trata, salvo lo dispuesto en leyes especiales, la misma será procedente cuando corresponda a bienes que puedan partirse físicamente sin que los derechos de los condueños desmerezcan por el fraccionamiento. (Artículo 407 C.G.P.).

En este evento, el procedimiento que preveía el C. de P.C., varió en el nuevo estatuto procesal, pues como ha quedado visto, el trámite probatorio allí previsto, se mutó, para exigirle al accionante, que desde un comienzo, con su escrito propulsor, acompañe el correspondiente dictamen, contentivo de los datos señalados en el inciso 3º del artículo 406, experticia que puede ser rebatida por el demandado, mediante la presentación de otra o pidiendo que se cite al perito para interrogarlo sobre aspectos concernientes al predio, su división y avalúo.

Así mismo, se eliminó la posibilidad de recurrir a las normas sucesorales reguladoras del trabajo partitivo, de donde entonces, la actual forma de llevar a cabo la aludida división, quedó determinada por el artículo 410 ejusdem, (...).

5. Del caso concreto.

5.2. Como puede verse, el ad quem, en la providencia impugnada extraordinariamente, en definitiva volvió su mirada sobre el auto que decidió la partición material para señalar que ella no era viable como equivocadamente se había estimado en precedencia, pues en su sentir, la única forma de acabar con la indivisión era mediante el remate y subsiguiente distribución del producto de esa enajenación entre los comuneros, en proporción a sus derechos. (...).

5.3.2. El recurso extraordinario de casación, tampoco procede bajo los lineamientos del Código General del Proceso, puesto que la división material o la venta, se ordena «por medio de auto», y conforme al artículo 409, [«e]l auto que decrete o deniegue la división o la venta es apelable».

Las providencias pasibles de dicha clase de refutación, se reitera, son: (i) la sentencia por medio de la cual se «determina (...) cómo será partida [materialmente] la cosa», y (ii) la «de distribución de[!] (...) producto [de la venta] entre los condueños», ninguna de las cuales corresponde a la que dispuso la venta en pública subasta emitida por el Tribunal de Cartagena e impugnada extraordinariamente¹⁷. (Subrayas propias de este Despacho).

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil AC6998-2017, radicación n° 13001-31-03-002-2009-00109-01, 24 de octubre, M.P. LUIS ALONSO RICO PUERTA.

Véase entonces cómo la propuesta promovida por el apoderado judicial de los demandantes, que exige la realización de las diligencias de que tratan los artículos 372 y 373 del CGP, se avizora fácilmente relegada ante la hermenéutica derivada del precedente aquí invocado y según la cual el proceso divisorio por su naturaleza especial se rige por las disposiciones que en concreto fueron previstas para su trámite, esto es, se insiste, los artículos 406 a 418 ejusdem y no por las que de manera general han sido dispuestas para las causas declarativas.

Bajo esa misma línea, el posicionamiento defendido por los demás recurrentes (los demandados ALEXIS GELVES CARRILLO Y PEDRO JULIO GELVES CARRILLO) encaminado a propiciar la realización de la audiencia referida en el referenciado canon 406, tampoco consueña con las conclusiones derivadas de la postura de las altas cortes, habida cuenta que si bien la norma en efecto hace referencia a una audiencia, lo cierto es que de una lectura sistemática de la misma deriva que la misma se halla supeditada a aquellos eventos en los que la parte convocada proponga como excepción de mérito la existencia de pacto de indivisión o la prescripción adquisitiva de dominio (de conformidad con el condicionamiento de exequibilidad efectuado por el Alto Tribunal Constitucional en sentencia C-284 de 2021), pues en caso contrario es la misma pauta legal la que habilita al juez instructor para que mediante auto susceptible de recurso vertical, decida de plano sobre la división material o venta del bien objeto de litigio.

Evento este último que es el que precisamente acontece en el presente asunto, toda vez que un segmento de los demandados ni siquiera formuló medios exceptivos¹⁸ y el restante comunero convocado por pasiva únicamente planteó¹⁹ bajo esa categoría las que denominó “*desconocimiento de mejoras y pago de obligaciones pecuniarias*” y “*tacha de prueba pericial*”, siendo así que a merced del orden legal y jurisprudencial aquí reseñado, la usencia en el particular de pacto de indivisión y/o de la excepción de usucapión, sirve para legitimar la determinación judicial que resolvió sobre la pretendida división de los bienes comunes sin necesidad de previa audiencia.

Bajo el mismo molde jurídico hasta ahora esbozado, la pieza de la alzada por activa que se encausa a exigir una decisión en cuanto a las mejoras antes de la adopción de la determinación concerniente a la división, se posiciona discordante con el

¹⁸ Contestación demanda ALEXIS y PEDRO JULIO GELVES CARRILLO, documento orden No. 32 expediente primera instancia a folios 971-994 de su índice electrónico.

¹⁹ Contestación demanda JOSÉ GELVES CARRILLO, documento orden No. 28 ibidem a folios 560-763 ibidem.

procedimiento especial divisorio, en tanto y cuanto el orden cronológico procesal derivado del texto del artículo 412 del CGP es explícito al disponer que el juez de conocimiento resolverá sobre las mejoras en el auto que decreta la división o la venta; en contraste, tratándose de una decisión negativa resulta lógico que el funcionario judicial quede relevado de adoptar determinación de fondo en cuanto a tal pedimento, como quiera que ningún sentido tendría así hacerlo al no poderse materializar lo que al respecto se disponga.

De manera que ningún yerro puede endilgársele a la actuación de la juez *A quo*, por cuanto desestimada como lo fue la pretensión de división material propuesta por los convocantes, inocuo resultaba decidir sobre el reconocimiento de las mejoras planteadas por el comunero demandado.

Finalmente, los impugnantes echan de menos un despliegue oficioso por parte de la juez de primer nivel encaminado a obtener un dictamen pericial que diera cuenta de la cabida y avalúo del predio a dividir, del valor de las mejoras y de la existencia de los semovientes que también hacen parte de la pretensión principal.

Al respecto vale recordar que la iniciativa probatoria confiada a los operadores judiciales como directores del proceso, ha sido concebida con el fin de privilegiar el derecho sustancial sobre miramientos en esencia formales, sin embargo el ejercicio de dicha facultad no es, ni puede ser absoluta, arbitraria o caprichosa, así lo precisa el alto Tribunal Ordinario cuando manifiesta que *“En sentencia CSJ, SC5676-2018, 19 dic, se consideró: Aunque al juez se le exige acuciosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real sobre la cual ha de definir la controversia, esa labor no se extiende hasta el punto de tener que suplir en cualquier supuesto la carga probatoria que le incumbe a las partes. Al respecto, la Corte en fallo SC 23 nov. 2010, rad. 2002-00692-01 precisó: “No se trata, pues, de que el juez tome la bandera de una de las partes, ni que dirija su esfuerzo a construir la que desde su personal perspectiva debe ser la respuesta para el caso, sino que su iniciativa debe contribuir a dar forma a una hipótesis que muestra algunas trazas en el expediente y que, siendo coherente, atendible y fundada, aparece apoyada por los medios de convicción a su alcance y se ajusta plausiblemente a una solución que acompase con el ideal de justicia”(...)*²⁰.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil SC592-2022 (08638-31-84-001-2017-00482-01), 25 de mayo, M.P. LUIS ALONSO RICO PUERTA

Al punto, la Corte Constitucional reafirma que “*el CGP redujo las etapas procesales e impuso, desde la presentación de la demanda, cargas dirigidas a solventar las necesidades probatorias del trámite en aras de reducir las actuaciones y el tiempo del proceso. En efecto, la norma acusada le exige a la parte interesada que acuda a la jurisdicción con la prueba de todos los elementos relevantes para la pretensión divisoria (el valor del bien, el tipo de división que procede, la partición y la estimación de las mejoras). Con estos elementos, acreditados desde la admisión y la contestación correspondiente, se suprimen las actuaciones relacionadas con el decreto de las pruebas, el nombramiento de los peritos, el recaudo de los dictámenes, y se unifica la prueba en un solo medio de convicción. Por lo tanto, el juez puede definir con la demanda y la contestación si procede la división y dictar, sin necesidad de elementos probatorios adicionales, la sentencia que determine cómo se adelantará la partición*”²¹. (Subrayas propias de este Despacho).

Así pues, a pesar de que en la providencia protestada²² se afirma que “*si bien dentro del expediente no existe plena certeza del área de los predios materia del proceso (...)*”, para este Despacho esa sola circunstancia no tornaba ineludible el despliegue oficioso por parte de la falladora, como quiera que en aras de solventar la zona de penumbra por ella advertida, optó por efectuar un análisis que incluyera todos los escenarios posibles derivados de los elementos suasorios hasta ese momento incorporados (dictámenes aportados por ambas partes y certificados catastrales), concluyéndose en todos los casos la indivisibilidad de los inmuebles.

En otras palabras, no resultaba indispensable el decreto oficioso de prueba técnica encaminada a determinar las medidas de los fundos en litigio, como quiera que vistas en conjunto las probanzas allegadas al expediente se hacía posible por intermedio de las mismas la resolución material del asunto.

Finalmente, en lo que atañe a la pretensión divisoria de ganado, su desestimación judicial se fundó en la inacción probatoria dirigida a determinar la existencia de los mismos (aspecto en el que se ahondará más adelante en esta providencia), sin que pueda pretenderse que a través de la facultad oficiosa reconocida a los funcionarios judiciales debiera solucionarse tal falencia.

²¹ C 284-2021.

²² Documento orden No. 55 expediente primera instancia.

4. Solución del problema jurídico.

4.1. De la división material de los predios “Faisán” y “Quindío”.

Surge diamantino que la providencia de primer grado que denegó la división de los predios en referencia, se cimentó en las pautas contenidas en la Ley 160 de 1994, postulándose indispensable esclarecer, según lo demanda la censura, la eventual aplicación retroactiva de dicha norma.

Ante tal panorama, dígase que por regla general la solución a los conflictos de las leyes en el tiempo está guiada por los principios de irretroactividad y de efecto general inmediato, sin embargo, el legislador descartó que el primero se trate de un principio absoluto, en tanto puede darse la aplicación de una disposición nueva a situaciones jurídicas que vienen del pasado.

Véase como “*el régimen intertemporal por regla general, resuelve la colisión de la siguiente manera: i) ordena la aplicación de la ley antigua a las situaciones jurídicas consolidadas y a las consecuencias cumplidas antes de la vigencia de la nueva ley. li) Dispone la eficacia de la ley posterior a las situaciones jurídicas concretizadas luego de su vigor, a las pendientes o en curso y a los efectos no cumplidos de cuestiones preexistentes. Ese ha sido el entendimiento dado por la jurisprudencia al conjunto de reglas transitorias en el ordenamiento patrio*”²³. (Subrayas propias de este Despacho).

Es precisamente bajo tal hermenéutica que cobra sentido lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, al disponer que “*todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley*” (Subrayas ajenas al texto original).

Con ese norte, vale precisar que el ejercicio del derecho real de dominio aun siendo plural, implica que los condueños comparten facultades o ventajas conocidas conceptualmente como “*atributos*”, cuales son “*(...) el ius utendi, que consiste en la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir; (ii) el ius fruendi o fructus, que es la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación;*

²³ Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil SC4704-2021 (11001-31-03-012-2015-00805-01), 22 de octubre. M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

y (iii) el derecho de disposición, consistente en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien²⁴. (Subrayas propias de este Despacho).

Por consiguiente, la división de los bienes comunes como facultad legalmente reconocida en cabeza del conjunto de propietarios, converge entonces como un acto de disposición del derecho real de dominio (en la medida de su cuota parte) y en ese sentido bajo la pauta del mencionado artículo 28 de la Ley 153 de 1887, para su puesta en marcha impera la norma que en ese momento se halle vigente, pese a que la propiedad plural (como derecho real) se hubiere consolidado bajo la égida de una ley anterior.

En ese escenario, el recorrido legislativo del régimen agrario muestra que la necesidad de establecer áreas mínimas de división para la propiedad rural en garantía de su productividad, venía dispuesta en el artículo 87 de la Ley 135 de 1961 así: *“salvo las excepciones que más adelante se indican, los fundos de una extensión igual o menor a tres hectáreas se consideran, para todos los efectos legales, como una especie que no admite división material”*.

Fue con la entrada en vigencia de la Ley 160 de 1994 (3 de agosto de esa anualidad) que se dinamizó el mercado de tierras y además se cimentó la Unidad Agrícola Familiar como medida encausada a impedir que la parcelación de la tierra de lugar a la proliferación de minifundios que la hagan improductiva²⁵.

Pues bien, dentro del contexto pretéritamente definido refulge contundente que en el caso que nos convoca, el dominio comunal sobre los bienes inmuebles “FAISAN” y “QUINDIO” surgió previo a la Ley 160 de 1994, así lo resguarda la sentencia²⁶ proferida el 30 de noviembre de 1965 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Bochalema (debidamente protocolizada mediante escritura pública 29 de enero de 1966) cuando aprobó²⁷ en todas sus partes el trabajo de partición de los bienes de la

²⁴ C-133-09.

²⁵ Véase como referencia sentencia Corte Constitucional C-006 de 2002.

²⁶ Anexos demanda disponibles en documentos orden No. 03 del expediente de primera instancia a folios 3-147 de su índice electrónico.

²⁷ Recuérdese que *“(…) el heredero, por ser signatario a título universal, calidad que le otorga desde la muerte del causante el derecho real de herencia, pero no el real de dominio, mientras en la partición no se le adjudiquen especies, no puede demandar para sí la división o la reivindicación de las mismas, precisamente por carecer de dominio sobre los distintos cuerpos ciertos que componen el haber herencial. En síntesis, solo desde el momento de la adjudicación en la partición el heredero adquiere derecho concreto sobre los bienes hereditarios (...)”*. Martínez Yaya Carlos y Murillo Yaya Carlos, Proceso Divisorio-Código General del Proceso, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2019, página 29.

sucesión, así como la anotación²⁸ de la providencia en los folios de matrícula 272-1238 (predio Faisán) y 272-1249 (predio Quindío).

Sin embargo, en armonía con el canon 28 de la citada Ley 153 de 1887, el ejercicio de la potestad divisoria en cabeza de los comuneros y que fuera inaugurada a través de demanda del 26 de enero del año 2022 (según consta en acta de reparto²⁹), trae consigo la aplicación del marco normativo agrario vigente para esa data, ello, en atención a que como se precisó frente al tránsito legislativo, el despliegue de actos dispositivos derivados de la propiedad rural adquirida bajo los mandatos de una ley anterior, yacen supeditados a la nueva regulación.

En consecuencia, este Despacho otea acertada la determinación judicial de primer nivel que asentó el estudio de fondo en el sistema nacional de reforma agraria y desarrollo rural campesino contemplado en la Ley 160 de 1994, como quiera que este estaba operante al momento en que los condueños ejercieron una de las varias potestades (la división) inherentes al derecho real de dominio plural sobre los predios en disputa.

Dilucidado el régimen jurídico aplicable, son sus artículos 44 y 45 los que concretamente refieren al fraccionamiento rural, así:

“LEY 160 DE 1994

ARTÍCULO 44. *Salvo las excepciones que se señalan en el artículo siguiente, los predios rurales no podrán fraccionarse por debajo de la extensión determinada por el INCORA como Unidad Agrícola Familiar para el respectivo municipio o zona.*

En consecuencia, so pena de nulidad absoluta del acto o contrato, no podrá llevarse a cabo actuación o negocio alguno del cual resulte la división de un inmueble rural cuyas superficies sean inferiores a la señalada como Unidad Agrícola Familiar para el correspondiente municipio por el INCORA.

ARTÍCULO 45. *Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:*

a) Las donaciones que el propietario de un predio de mayor extensión haga con destino a habitaciones campesinas y pequeñas explotaciones anexas;

b) Los actos o contratos por virtud de los cuales se constituyen propiedades de superficie menor a la señalada para un fin principal distinto a la explotación agrícola;

c) Los que constituyan propiedades que por sus condiciones especiales sea el caso de considerar, a pesar de su reducida extensión, como "Unidades Agrícolas Familiares", conforme a la definición contenida en esta Ley;

²⁸ Véase los certificados de libertad y tradición de ambos predios allegados como anexos de la demanda- documento orden No. 9 expediente primera instancia.

²⁹ Documento orden No. 2 expediente de primera instancia a folio 2 de su índice electrónico.

d) Las sentencias que declaren la prescripción adquisitiva de dominio por virtud de una posesión iniciada antes del 29 de diciembre de 1961, y las que reconozcan otro derecho igualmente nacido con anterioridad a dicha fecha.

La existencia de cualquiera de las circunstancias constitutivas de excepción conforme a este artículo no podrá ser impugnada en relación con un contrato si en la respectiva escritura pública se dejó constancias de ellas, siempre que:

1. En el caso del literal b) se haya dado efectivamente al terreno en cuestión el destino que el contrato señala.

2. En el caso del literal c), se haya efectuado la aclaración en la escritura respectiva, según el proyecto general de fraccionamiento en el cual se hubiere originado”.

Igualmente, es preciso señalar que “cada municipio en la reglamentación de su POT PBOT o EOT, han previsto que acogen y de forma extensiva aplican en las zonas rurales de la UAF previstas en las normas agrarias, en consecuencia, aplicará los antes dicho también para estos predios, es decir, no se puede fraccionar por debajo de los límites, dado su carácter indivisible, situación que debe evaluar planeación municipal o la Curaduría correspondiente al momento de otorgar la licencia de subdivisión de parcelas en zonas rurales”³⁰.

De ahí que el art. 6 del Decreto 1469 de 2010³¹ “Por el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones”, establezca que:

*“**Artículo 6º.** Licencia de subdivisión y sus modalidades. Es la autorización previa para dividir uno o varios predios, ubicados en suelo rural, urbano o de expansión urbana, de conformidad con lo dispuesto en el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen y demás normatividad vigente aplicable a las anteriores clases de suelo.*

Cuando la subdivisión de predios para urbanizar o parcelar haya sido aprobada mediante la respectiva licencia de urbanización o parcelación, no se requerirá adicionalmente de la licencia de subdivisión.

Son modalidades de la licencia de subdivisión:

En suelo rural y de expansión urbana:

1. Subdivisión rural. *Es la autorización previa para dividir materialmente uno o varios predios ubicados en suelo rural o de expansión urbana de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial y la normatividad agraria y ambiental aplicables a estas clases de suelo, garantizando la accesibilidad a cada uno de los predios resultantes.*

³⁰ Martínez Yaya Carlos y Murillo Yaya Carlos, Proceso Divisorio-Código General del Proceso, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2019, Pagina 34.

³¹ Compilado en el Decreto 1077 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio”.

Mientras no se adopte el respectivo plan parcial, los predios urbanizables no urbanizados en suelo de expansión urbana no podrán subdividirse por debajo de la extensión mínima de la unidad agrícola familiar –UAF–, salvo los casos previstos en el artículo 45 de la Ley 160 de 1994. En ningún caso se puede autorizar la subdivisión de predios rurales en contra de lo dispuesto en la Ley 160 de 1994 o las normas que la reglamenten, adicionen, modifiquen o sustituyan. (...)” (Subrayas de este Despacho).

En razón de lo expuesto cabe concluir que la restricción contemplada en la norma que se viene refiriendo (Ley 160/94), no se circunscribe únicamente a los fundos adjudicados como UAF, sino que permea sobre todos los predios de categoría rural³², pues como se vio, sobre la propiedad rural de origen privado también deviene cimentada su operabilidad por remisión expresa de las normas que rigen el uso de suelo de cada municipio. Así pues, resulta forzoso apuntalar que desde todas las perspectivas, la subdivisión de los inmuebles que aquí se estudian (sean que constituyan Unidades Agrícolas Familiares o tengan origen privado) debe observar por lo menos lo establecido en los cánones 44 y 45 de la Ley 160 de 1994 y por regla general no será procedente el fraccionamiento predial por debajo de los límites de la UAF determinada para la zona donde se encuentran ubicados, sin perjuicio de las excepciones que la misma norma contempla.

En ese contexto, no es motivo de censura que el litigio divisorio promovido por algunos de los propietarios que se rehúsan a permanecer bajo comunidad, involucra la segmentación de dos predios de naturaleza rural, denominados “*El faisán*” y “*El Quindío*”, ubicados en el municipio de Bochalema.

De los mencionados fundos también deviene plenamente acreditado que fueron desenglobados mediante Resolución³³ del IGAC No. 54-099-0012-2021 del 19 de mayo de 2021 (infirmándose así la alegación que en contrario hiciere novedosamente en sede de alzada el apoderado de los demandados ALEXIS y PEDRO JULIO GELVES CARRILLO al afirmar “*si tomamos en cuenta la totalidad del terreno de los dos predios, unificados como están por su despacho, estaríamos hablando de 131 hectáreas, con lo cual divisible entre los seis (6) comuneros, tendríamos que a cada uno de ellos les corresponden 21,7 hectáreas, que corresponde a un valor superior a cada UNIDADES AGRICOLAS FAMILIARES (sic), hecho con el cual dichos predios sí son susceptibles de división material, inclusive en el evento que se pudiera aplicar la retroactividad de la ley*”, máxime que en el decurso de las diligencias divisorias su posicionamiento defensivo fue en

³² Véase concepto 20174300603201 del 06 de septiembre de 2017 expedido por la ANT, en el que se dice que: “*Frente a los predios que se presumen de origen privado, esta entidad carece de competencia para emitir autorización de fraccionamiento, en consecuencia, la competencia para autorizar el fraccionamiento corresponderá a las autoridades municipales encargadas de verificar el cumplimiento de la regulación de los usos del suelo. Lo anterior sin el perjuicio de la competencia de los Notarios y Registradores para que en la escritura o inscripción de instrumentos públicos de bienes inmuebles se exija el cumplimiento de las disposiciones que limitan los fraccionamientos conforme a la Ley 160 de 1994*”.

³³ Página 135- 136 del documento orden No. 03 del expediente electrónico de primera instancia a folios 3-147 de su índice electrónico.

favor de la individualización como independientes de ambos predios), por lo que cuentan con identificación catastral³⁴ y matrícula inmobiliaria independiente³⁵.

Igualmente, tampoco se atisba reproche en cuanto que el dominio plural sobre las propiedades recae sobre 6 comuneros, en las siguientes proporciones: ROSA ELENA GELVES CARRILLO $1/9 = 11.11\%$, OSCAR JULIO GELVES CARRILLO $2/9 = 22.22\%$, LUIS ANGEL GELVES CARRILLO $1/9 = 11.11\%$, ALEXIS GELVES CARRILLO $1/9 = 11.11\%$, JOSÉ GELVES CARRILLO $2/9 = 22.22\%$ y PEDRO JULIO GELVES CARRILLO $2/9 = 22.22\%$.

En lo atinente al área de los terrenos, la falladora de primer nivel enfatizó en la discordancia que sobre ese preciso tópico se consignó en los dictámenes periciales allegados por cada una de las partes enfrentadas, sin embargo, para este Despacho no surge configurada alguna ambivalencia o vacío (si se quiere) probatorio en ese sentido, amén que la pericia aportada por la parte demandante brinda plena credibilidad y fuerza demostrativa.

Véase para los efectos que la cabida dictaminada³⁶ por la técnico en avalúos NANCY GÓMEZ ROZO, contiene una exposición razonada y lógica de sus apreciaciones, planos topográficos de ambos terrenos e incluso pronunciamiento respecto de cada uno de los planteamientos de que trata el artículo 226 del CGP³⁷.

Cabe resaltar además que la medición allí establecida se avizora consonante con los documentos oficiales expedidos por el IGAC, a saber, las resoluciones 54-099-0012-2021 del 19 de mayo de 2021³⁸ (establece para el predio “*El Quindío*” una extensión de 37 hectáreas y para “*El Faisán*” 62 hectáreas) y la No. 54-099-0020-2021 del 25 de mayo siguiente³⁹ (corrige el área del predio “*El Quindío*” a 46 hectáreas), así como con el certificado catastral⁴⁰ No. 1732-554498-57253-0 del 5 de noviembre de 2021 en donde se identifica el inmueble “*El Quindío*” con número predial 00-03-00-00-0001-0005-0-00-00-0000, con un área de terreno de 46 Ha, y el certificado⁴¹ 2146-517521-18933-0

³⁴ Véanse certificados catastrales de ambos predios a los que refieren las citas 39 y 40 de esta providencia.

³⁵ Véase certificados de libertad y tradición allegados como anexos de la demanda-Documento orden No. 9 expediente primera instancia.

³⁶ Dictamen pericial visible como documento orden No. 9 del expediente electrónico de primera instancia a folios 247- 371 de su índice electrónico.

³⁸ Páginas 135- 137 del documento orden No. 03 del expediente electrónico de primera instancia a folios 3-147 de su índice electrónico.

³⁹ Páginas 131-134 del documento orden No. 03 del expediente electrónico de primera instancia a folios 3-147 de su índice electrónico.

⁴⁰ Página 78 documento orden No. 03 del expediente digitalizado de primera instancia, así como página 133 documento orden No. 43 expediente digitalizado de primera instancia.

⁴¹ Página 13 documento orden No. 09 ibidem y página 134 documento orden No. 43 del mismo expediente.

del 1 de junio de 2021 donde se hace constar que el terreno “*El faisán*” cuenta con número predial 00-03-00-00-0001-0025-0-00-00-0000 y con 62 hectáreas.

En esa dirección, se suma además la prueba documental acopiada a la presente litis también por los demandantes y que no fuera controvertida por los convocados, consistente en copia del cuestionario⁴² resuelto por el Ingeniero Civil LUIS FERNEL VIRACACHÁ QUINTERO en el marco de la pericia oficiosa ordenada dentro del proceso de pertenencia 2017-000061 promovido por el hoy demandado JOSÉ GELVES en contra de los demás comuneros. Probanza en la que se determinó que la cabida del predio “*El Faisán*” correspondía a 62 Ha y para “*El Quindío*” 46 Ha, robusteciendo así las conclusiones plasmadas sobre ese particular en el dictamen incorporado por activa en las actuales diligencias.

Por su parte el demandado JOSÉ GELVES, en desacuerdo con la parte activa, presentó un nuevo dictamen⁴³ con una cabida de 31 Ha para “*El Faisán*” y 100 Ha para “*El Quindío*”, empero dicha experticia no definió de manera concluyente las falencias en las que pudiera incurrir el de su contraparte en perjuicio de su credibilidad, más cuando ese, como se advirtió, halla respaldo en un amplio segmento del material suasorio que también acompaña el plenario.

Al punto, téngase en cuenta que la labor de apreciación del dictamen pericial está sujeta a “*las reglas de la sana crítica y en la que se evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, así como las demás pruebas que obren en el proceso (art. 232)*”⁴⁴.

En definitiva, bajo los criterios antes anotados, avizora este Despacho que como se anunció, el dictamen pericial allegado como anexo de la demanda ostenta plena credibilidad y aptitud demostrativa para apuntalar que la propiedad denominada “*El Faisán*” tiene una extensión de 62 hectáreas y “*El Quindío*” de 46 hectáreas.

Así las cosas, ante un eventual fraccionamiento en la medida de la cuota parte de los actuales condueños, resultarían de la primera propiedad antes mencionada tres porciones de aproximadamente 13,77 hectáreas y otras tres de 6,8 hectáreas; y

⁴² Páginas 113-128 del documento orden No. 43 expediente digitalizado de primera instancia.

⁴³ Documento orden No. 38 expediente primera instancia a folios 1003-1067 de su índice electrónico.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, STC2066-2021 (T 0500122030002020-00402-01), 3 de marzo. M.P. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

para el segundo, tres porciones de aproximadamente 5,11 hectáreas y otras tres de 10,22 hectáreas.

En ese orden de ideas, el artículo 22, Resolución No. 041 del 24 de septiembre de 1996 (cuya aplicación al particular tampoco fue motivo de disenso, pero que el despacho constata su vigencia actual, de la mano de la doctrina⁴⁵), expedida por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Reforma Agraria, referente a la regional Norte de Santander, zona relativamente homogénea No. 4, estableció las extensiones para la UAF del municipio de Bochalema, en el rango de 14 a 19 hectáreas⁴⁶.

De manera que en el asunto de marras y en las condiciones reseñadas, se postula improcedente la división deprecada, como quiera que los inmuebles resultantes tendrían un hectareaje inferior a los límites permitidos por la norma.

En refuerzo de lo anterior, véase la proyección divisoria dispuesta en la prueba técnica arrimada por los demandantes (a la cual se insiste se le reconoce plena credibilidad y carácter demostrativo en cuanto a la cabida de los fundos), así:

EL FAISÁN

| PARCELA | HECTÁREAS |
|---------|-----------|
| 1 | 7,05 |
| 2 | 7,05 |
| 3 | 7,05 |
| 4 | 7,36 |
| 5 | 7,35 |
| 6 | 7,00 |
| 7 | 7,01 |
| 8 | 6,23 |
| 9 | 6,01 |

EL QUINDIO

| PARCELA | HECTÁREAS |
|---------|-----------|
| 1 | 4 |
| 2 | 4 |
| 3 | 5 |
| 4 | 5 |
| 5 | 5 |
| 6 | 5 |
| 7 | 6 |
| 8 | 5 |
| 9 | sic |

⁴⁵ Martínez Yaya Carlos y Murillo Yaya Carlos, Proceso Divisorio-Código General del Proceso, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2019, Páginas 32-33.

⁴⁶ Haciendo la precisión en torno de ese ítem, pues la *a quo* había indicado como parámetros a considerar: 17 a 23 y que corresponden conforme a la norma en cita, a la zona relativamente homogénea número 5 (Chinácota, Herrán, Pamplona y Pamplonita).

Por consiguiente, incluso observando las resultas periciales defendidas por los demandantes, mismos que hoy son recurrentes, se impone nuevamente en el particular la pauta de indivisibilidad, por cuanto el fraccionamiento material de los predios en litigio trae como resultado su segmentación en porciones de terreno por debajo de la UAF.

Sin desmedro de las conclusiones que preceden y con el ánimo de zanjar cualquier duda, vale la pena acotar a modo ilustrativo, tal como lo propusiera la *A quo*, que si en gracia de discusión se tomaran como hito del fraccionamiento material las dimensiones establecidas en el dictamen pericial allegado por la parte demandada, la inferencia cimentada líneas arriba permanecería en su totalidad inalterada, como quiera que de las 31 hectáreas del predio “*El Faisán*” resultarían tres porciones de aproximadamente 3,44 hectáreas y otras tres de 6,8 hectáreas; y para “*El Quindío*” con 100 hectáreas resultarían tres segmentos de aproximadamente 11,11 hectáreas y otros tres de 22,22 hectáreas (que aunque se enmarquen dentro de los límites legales, de todos modos comportan que con el restante predio no ocurre lo propio). Circunstancias que nuevamente tornan inoperante la pretensión divisoria de los fundos en mención, al posicionarse por debajo de la extensión mínima de la UAF del municipio de Bochalema.

Sería procedente la división material de los inmuebles aún por debajo de los límites previstos en la ley agraria, si el presente evento se enmarcara dentro de las excepciones previstas en el artículo 45 de la Ley 160 de 1994; empero ese no es el caso, pues a diferencia de lo esgrimido por los apelantes al invocar la aplicación del numeral d) del referenciado canon, la sentencia que consolidó⁴⁷ (“*nació*” en términos de la ley que se examina) el dominio común de los herederos sobre los bienes que nos conciernen fue proferida el 30 de noviembre de 1965 y la excepción en comento alude a providencias judiciales anteriores al 29 de diciembre de 1961.

En suma aun cuando el art. 2334 del C.C. otorga el derecho a pedir la partición en aras de finiquitar la comunidad, para su procedencia no se puede desconocer la normatividad descrita que impide autorizar la división de la cosa rural por debajo de los límites de la UAF; evento que como se dejó suficientemente ilustrado es el que

⁴⁷ Insístase en que “(...) el heredero, por ser signatario a título universal, calidad que le otorga desde la muerte del causante el derecho real de herencia, pero no el real de dominio, mientras en la partición no se le adjudiquen especies, no puede demandar para sí la división o la reivindicación de las mismas, precisamente por carecer de dominio sobre los distintos cuerpos ciertos que componen el haber herencial. En síntesis, solo desde el momento de la adjudicación en la partición el heredero adquiere derecho concreto sobre los bienes hereditarios (...)”. Martínez Yaya Carlos y Murillo Yaya Carlos, Proceso Divisorio-Código General del Proceso, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2019, página 29.

aquí acontece, habida cuenta que el fraccionamiento de los fundos “*Faisán*” y “*Quindío*” resultaría en ambos casos en porciones de tierra inferiores al límite legal.

Así las cosas, los argumentos dados por los recurrentes no enrostran yerro alguno en la decisión adoptada por la *A quo*, motivo por el cual habrá de confirmarse.

4.2. División material de los semovientes.

Se dijo en la decisión impugnada que el ganado objeto de la litis era inexistente y ello impedía proceder con su división; por lo tanto, es menester dilucidar si tal como lo afirman los censores se demostró lo contrario (la existencia de los semovientes).

Para el análisis es necesario recordar que el pedimento divisorio involucra “*37 cabezas de ganado, las cuales corresponden a veinte (20) vacas criollas cebuda pringad, diez (10) novillos criollos cabudas pringadas y siete (7) novillos criollos pringadas (...)*”, alegadas como adjudicadas a OSCAR JULIO, JOSÉ, ÁLVARO, PEDRO JULIO, ROSA EVA, ROSA ELENA, CELINA, ALEXIS y LUIS ÁNGEL GELVES CARRILO, mediante sentencia de aprobación del trabajo de partición adiada del 30 de noviembre de 1965, en los siguientes términos “*(...) para completarles el valor de esta hijuela se les adjudica parte del ganado en producción (37 vacas) por un valor de 25.628,95 (...)*”⁴⁸.

En defensa de la existencia del ganado en cuestión el apoderado de la convocada CELINA GELVES CARRILLO señala que: “*(...) no es cierto de la inexistencia de los semovientes, habida cuenta que, según el proveído, fueron objeto de asignación hace mas de 50 años, y tampoco es cierto que las partes procesales no conocen el paradero de los mismos, estas apreciaciones no podrán tener asidero jurídico por cuanto dentro de la demanda, en la adjudicación realizada en su tiempo se estableció la individualización y lugar donde se encontraban los semovientes, y se está diciendo que estos se han reproducido, en consecuencia no existe fundamento probatorio que determine la inexistencia de los semovientes (...)* es decir que al juzgador no le es dable presumir la inexistencia de los semovientes cuando las partes procesales aceptan la existencia de los semovientes, cuando las partes procesales aceptan la existencia e individualización de los mismos y el lugar donde se encuentran actualmente (...) sostiene la juzgadora que no es dable discutir derechos sobre cosas que ya se extinguieron, esta apreciación no es veraz, se

⁴⁸ Páginas 117-118 y 123-124 del documento orden No. 03 del expediente de primera instancia.

*podieron extinguir el ganado adjudicado en el momento de la adjudicación en el proceso sucesorio, pero estos se reprodujeron y son los que actualmente existen y son objeto del proceso (...)*⁴⁹.

Por su parte los recurrentes por activa reprocharon sobre el tópico de marras que “(...) se dice que JOSÉ GELVES CARRILLO, oportunamente y por intermedio de mandatario judicial dio contestación a la demanda, indicando que en cuanto a las 37 vacas fueron transferidas a título de venta por la señora ROSALBINA CARRILLO viuda de GELVES, al señor DARIO ANTONIO HERNÁNDEZ ZUÑIGA, es de recalcar aquí que no aportó prueba alguna al respecto, no sé por qué la juez de primera instancia da veracidad a esto, no sé por que se da como un hecho cierto, además se aduce que porque en la época algunos de los herederos eran menores, la juez debió ahondar en este aspecto y nombrar un perito evaluador de oficio para verificar esto (...) se debió (...) nombrar un perito sobre la existencia o no del ganado en numero de 37 vacas, quien haría una proyección de la existencia de las mismas (...) ahora lo del ganado, no es como se dice que no existe, nótese que en adjudicación de la sucesión del señor JULIO GELVES SANDOVAL (q.e.p.d.) liquidada en el Juzgado Promiscuo de Bochalema y protocolizada mediante Escritura 24 del 29 de febrero del año 1966 de la Notaria Primera de Pamplona, aparece adjudicándose a los comuneros tanto demandantes como demandados 37 cabezas de ganado, que a la fecha han producido nuevos semovientes y ganancias, ya que el ganado es de levante y lechero (...)⁵⁰.

Se colige de lo previo que a voces de la censura la existencia de los semovientes puede extractarse de los documentos que en el año 1965 legalizaron la adjudicación de 37 de esos animales en un proceso de sucesión, sin embargo ello no es de recibo para este Despacho por cuanto dichas documentales de ninguna manera sirven para acreditar la realidad material de esa propiedad plural, en tanto el paso del tiempo indiscutiblemente torna razonable que el ganado reconocido en favor de los herederos hace más de 50 años haya perecido.

Si bien se aduce que las reses nativas dieron lugar a descendencia que es la que actualmente se encuentra en las fincas “El Quindío” y “El faisán”, lo cierto es que la certeza de ello no encuentra sustento en el material suatorio acopiado al plenario, máxime que ante las reglas de la lógica como componente de la sana crítica⁵¹, una

⁴⁹ Documento orden Nos.59 y 60 expediente primera instancia.

⁵⁰ Documento orden No. 61 ibidem.

⁵¹ Artículo 176, C.G.P., que la adopta como método de valoración probatoria.

posibilidad como la aludida tiene poca probabilidad, nuevamente ante la inminencia de tan largo lapso de tiempo.

Al punto, resáltese que la impugnación advierte que en efecto no hay prueba de la existencia del ganado, razón por la cual exigió del fallador judicial de instancia el decreto oficioso de prueba pericial que permitiera auscultar la materialidad o no de los semovientes, sin embargo, como se anticipó en el apartado inaugural de la presente providencia, dicha facultad no está prevista para suplir la negligencia o incuria de las partes en la obtención de las mismas.

Y es que en el dossier se hace evidente la pasividad probatoria de los interesados en la partición del ganado, cuanto habiendo presentado el dictamen pericial que la norma les exige, este nada advierte de cara a la existencia de los animales en la forma que se reclama sin que tampoco hubieren intentado incorporar algún otro elemento de juicio⁵² (si quiera sumario) para ese propósito.

Es así que no pueden pretender los apelantes que luego de conocidas las consecuencias de su inactividad, las mismas sean convalidadas a través de la posibilidad del decreto oficioso reconocido a los jueces de la república. Al respecto la Corte Suprema de Justicia pontifica que:

“A la luz de lo consagrado en los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso, se ha entendido que la ley le ha conferido a los jueces el poder-deber para decretar pruebas de oficio, «cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia». Sin embargo, se precisa que tal mandato no implica una orden irrestricta a los funcionarios judiciales dirigida a suplir la actividad probatoria de las partes. Desde una concepción mixta del proceso⁵³ -que corresponde a aquella bajo la cual está construida el Código General del Proceso-, si bien se confirieron poderes al fallador en procura de la búsqueda de la verdad, lo cierto es que ello no significa la supresión de la carga probatoria de las partes (propio de los sistemas dispositivos). Por el contrario, salvo ciertas excepciones, aún corresponde a los litigantes obrar diligentemente en torno a demostrar el «supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»⁵⁴.

En tal sentido, esta Sala ha indicado que «aunque al juez se le exige acuciosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real sobre la cual ha de definir la controversia, esa labor no se extiende hasta el punto de tener que suplir en cualquier supuesto la carga probatoria que le incumbe a las partes»⁵⁵. En otras palabras, este deber no puede convertirse en una excusa para que los contendientes se entiendan relevados de cumplir con la carga de la prueba impuesta por las normas adjetivas⁵⁶.

⁵² Ilustra la doctrina que “Por ejemplo, si se pretende terminar una comunidad sobre unas cabezas de ganado, se podrá aportar un documento privado que dé cuenta de su existencia, o dos declaraciones extra proceso de personas a quienes les conste su existencia, o la confesión extra proceso proveniente de otros comuneros (...)”. López Blanco Hernán Fabio, “Código General del proceso- Parte Especial”, 2017 Bogotá D.C., Dupre Editores, páginas 405-406.

⁵³ Cfr. Hernando Devís Echandía, *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Ed. Temis, 1961. Página 107.

⁵⁴ Artículo 167 del Código General del Proceso.

⁵⁵ CSJ SC5676-2018.

⁵⁶ CSJ, SC3918-2021.

(...)

De manera que, para esta Corporación, no incurre en yerro el juzgador que se negó a decretar oficiosamente las pruebas que, a juicio del censor, eran trascendentales en la resolución de la controversia. Ello debido a que, se insiste, la actual jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil ha sostenido que «la incuria del actor no puede convertirse en un ataque contra el juzgador. Luego, “en este evento no se incurrió por el Tribunal en el yerro de iure denunciado, puesto que fue la propia conducta descuidada de la [impugnante] la que produjo como secuela que tales medios de convicción, los que en su opinión eran trascendentes (...), no se decretaran como probanzas» (...)⁵⁷.

Por lo anterior y ante la orfandad probatoria que acredite la existencia efectiva de los semovientes reclamados (no materialmente, pues como ya se indicó, eso deviene imposible, sino, de llegar a ser ello viable, aspecto en su prueba a cargo del petente, en cuanto a que los animales existentes en el año 1965 se reprodujeron en el número y clase en los que fueron incluidos como bienes muebles a dividir), no puede sino confirmarse la providencia impugnada en cuanto al ítem concernido en ese apartado; lo que implica de suyo la incolumidad de la pauta jurídica de extinción de la cosa común introducida en primera instancia y que según allí se extractó se antepone a la prosperidad de la división deprecada.

4.3. Cuestión final.

Vale aclarar que la decisión aquí adoptada no implica estudio de fondo de las controversias relacionadas con las mejoras, el uso o administración de los predios por uno de los condueños, la división *ad valorem*, ni tampoco sobre el dominio de los bienes que sigue estando en cabeza de la comunidad en las proporciones anotadas, siendo que en las condiciones apuntaladas esta litis dejó de ser el escenario procesal idóneo para así hacerlo.

En mérito de lo expuesto, este Magistrado Sustanciador del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA,**

R E S U E L V E :

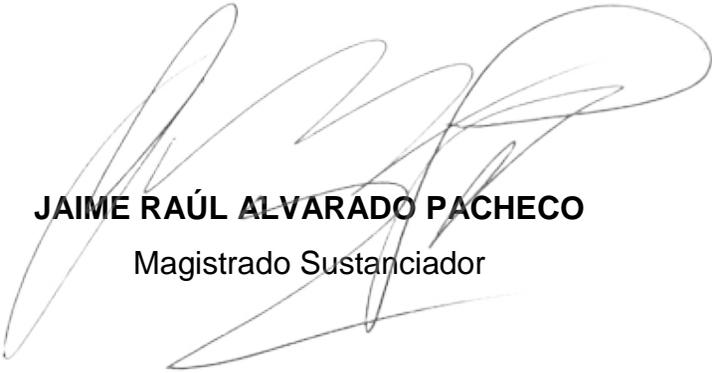
PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 9 de diciembre de 2022 por el Juzgado Primero Civil del Circuito con Conocimiento en asuntos Laborales de esta ciudad.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia SC119-2023 (11001-31-03-020-2015-01182-01), junio 7. M.P. FRANCISCO TERNERA BARRIOS

TERCERO: DEVOLVER las diligencias en su oportunidad legal al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Magistrado Sustanciador

Firmado Por:
Jaime Raul Alvarado Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
003
Tribunal Superior De Pamplona - 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: **83e9c81623f86e570b8c4c8bb42a82c9f03f27074de5b723af565858d3b2f93c**

Documento generado en 31/07/2023 04:42:45 PM

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