

Magistrado Ponente: Omar Alberto García Santamaría
Número de Radicación: 13001-31-03-003-2018-00145-02
Tipo de Decisión: Auto
Fecha de la Decisión: 14 de diciembre de 2018
Clase y/o subclase de proceso: Divisorio

MEJORAS/ La oportunidad para solicitar las mejoras, es en la demanda o en su contestación, dentro del trámite del proceso, lo único que se debe determinar es su existencia o no, y si son reconocidas, se ordenara por separado su avalúo y el del bien.

FRUTOS CIVILES/ Para efectos de su reconocimiento, deben estar estos plenamente demostrados en cuanto a su causación.

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR:
OMAR ALBERTO GARCÍA SANTAMARÍA

APELACION DE AUTO
PROCESO ESPECIAL DIVISORIO
RAD ÚNICO: 13001-31-03-003-2018-00145-02
RADICACIÓN TRIBUNAL: 2018-302-49
DEMANDANTE: DAGOBERTO ANILLO ATENCIO.
DEMANDADO: EMILSE DEL CARMEN GONGORA GUARDIOLA

CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C., CATORCE (14) DE DICIEMBRE DEL AÑO
DOS MIL DIECIOCHO (2.018).-

ASUNTO

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de fecha veintidós (22) de agosto del años dos mil dieciocho (2018), proferido por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cartagena, en el trámite del proceso de división material o venta de la cosa común instaurada por DAGOBERTO ANILLO ATENCIO contra EMILSE DEL CARMEN GONGORA ATENCIO, a través del cual, se decretó la venta en pública subasta del inmueble objeto de litigio.

1

ANTECEDENTES

1. En el auto impugnado el *a-quo*, decretó la venta en pública subasta del bien inmueble con folio de matrícula No. 060-61, sin que haya lugar al reconocimiento de frutos civiles y mejoras.

2. La parte activa interpuso oportunamente, recurso de reposición y subsidiario de apelación, por encontrarse inconforme específicamente con el numeral 4º de la parte resolutive de la providencia recurrida, en la que se dispuso que *“no hay lugar al reconocimiento de frutos civiles y mejoras por la consideración que sobre el particular se expuso”*.

Alega el recurrente que, erró la juzgadora de primer grado al negar el reconocimiento de los frutos dejados de percibir por concepto de arriendo, sin motivar en la providencia las razones fácticas y jurídicas que impidieran la concesión de dichos frutos; precisando que la existencia de éstos se encuentra plenamente probada con el arriendo del bien inmueble que goza la parte demandada y con la sentencia de fecha 13 de octubre de 2011 proferida dentro de un proceso de exoneración de cuota alimentaria por el Juzgado Quinto de Familia de Cartagena, mediante la cual, se extinguió un usufructo acordado por el demandante con la demandada sobre el bien inmueble objeto de litigio.

Adicionalmente a lo anterior, se reprocha que en el proveído apelado no se condenara en costas y gastos al sujeto pasivo de la acción.

3. En la oportunidad de ley, se pronunció la primera instancia manteniendo vigente el no reconocimiento de los frutos civiles que fueron solicitados, sin embargo, adiciona el auto recurrido, en el sentido de condenar en costas a la parte demandada y se fijan agencias en derecho.

Sobre la negativa respecto al reconocimiento de frutos utilizó, la a quo, como hermenéutica decisoria, las bases legales (arts. 174 y 175 del C.P.C., D. 28/2008, y demás) y jurisprudenciales (sentencia Corte Suprema de Justicia, Rad. -41001-3103-004-2005-00054-01) que preceptúan lo relativo a la condena in genere o en abstracto.

Argumenta la Juez de instancia que, en el sub judice la parte demandante no logró probar la existencia de un contrato de arrendamiento sobre una parte del bien objeto de la litis, ni los cánones que se dicen fueron recibidos solamente por la parte demandada. En suma de ello, expone que, si bien se aportó una copia de la sentencia proferida dentro de un proceso de exoneración de cuota alimentaria por el Juzgado Quinto de Familia de Cartagena el 13 de octubre de 2017, la misma, fue aportada en copia simple y no en forma auténtica conforme lo establece el estatuto procesal civil.

A su vez, aclara la operadora judicial de primera instancia que, respecto a que los frutos se podían tasar por medio de incidente después de la sentencia, con la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989 al Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), es obligación para el juzgador proferir condena en concreto y solo es permitida la condena in genere o en abstracto para el caso de la prosperidad de las excepciones en el proceso ejecutivo y el levantamiento de las medidas cautelares.

Finalmente concluye que en el presente caso no se está en presencia de una de las excepciones establecidas por el ordenamiento procesal para que el Juez pueda condenar en abstracto y para que el valor de los frutos se liquide por incidente, más aún, cuando no demostró ni siquiera los frutos dejados de percibir ni mucho menos su cuantía.

2

Por lo que en definitiva, no se repuso la decisión de data 22 de agosto de 2017, concediéndose la alzada subsidiaria.

PROBLEMA JURIDICO

En esta oportunidad le corresponde al suscrito Magistrado de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, determinar si el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cartagena incurrió en yerro al no reconocer, a través del proveído impugnado, los frutos civiles solicitado por la activa bajo el argumento que los mismos no estaban acreditados, o si por el contrario, dicha determinación se encuentra ajustada a derecho.

CONSIDERACIONES

1. - Cabe recordar que en relación con la comunidad ninguno de los que la conforman está obligado a permanecer en indivisión. Por tal motivo, se consagró el proceso divisorio en los artículos 467 y s.s. del C.P.C., vigente para la fecha de la demanda, el cual tiene como objeto la división material del bien, o, de no ser esto posible, la venta ad valorem para así definir, en ambos casos, la forma como se deben distribuir los derechos de cada comunero.

Al respecto de la venta, el numeral 1º del artículo 471 del C.P.C., señala que en *"el auto que la decreta ordenará el avalúo del bien común y designará peritos que apreciarán por separado el valor de las mejoras alegadas por terceros y de las zonas donde ellas se encuentren. Las objeciones al dictamen se decidirán por auto apelable."*

A su vez, en los incisos 1º y 2º del artículo 472 del C.P.C. se consagra que: *"El comunero que tenga mejoras en la cosa común deberá reclamar su derecho en la demanda o en la contestación especificándolas debidamente y pidiendo las pruebas correspondientes. Si se hubiera formulado oposición, el juez decidirá sobre las mejoras en el auto que la resuelva, de lo contrario el reclamo relativo a éstas se tramitará como incidente."*

En el auto que reconozca las mejoras, el juez dispondrá que los peritos las avalúen por separado."

De lo anteriormente citado, infiere esta Magistratura, que en el caso de reclamarse mejoras, la oportunidad para solicitarla es en la demanda o en su contestación, de lo contrario, sería extemporánea la solicitud de las mismas, asimismo, que dentro del trámite del proceso, lo único que se debe determinar es su existencia o no, y si estas son reconocidas, se ordenará por separado su avalúo y el del bien.

De las normas citadas, también se desprende, en principio, que en los juicios de esta naturaleza pudiera considerarse que no se puede entrar a contender lo relativo al reconocimiento y liquidación de frutos, sino simplemente lo relativo a las mejoras, sin embargo, no lo es menos que sobre el contenido del derecho del comunero en la cosa o haber común, indica el artículo 2328 del código civil que: *"los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas"*, esto es, que los derechos de los condómines sobre la cosa común no solo incluye la división material o ad valorem del bien, sino que, además, incluyen la división de los frutos que se hubieran podido causar durante la existencia de la comunidad.

Situación que ha tenido oportunidad de considerar la Corte Suprema de Justicia, cuando frente al alcance de este puntual derecho explicó que: *"El art. 2323 del C.C. significa que del dominio de cada uno de los condueños de las cosas comprendidas en la comunidad le resultan derechos al uso de la cosa común y a sus frutos como también obligaciones en cuanto a deudas y reparaciones de la comunidad. (...)"* (Sentencia de Casación del 03 de agosto de 1943, LVI, 27).

1.1 Aplicadas las nociones anteriores al presente asunto se tiene que el primer motivo de censura por parte del recurrente es el relacionado con las mejoras y los frutos civiles que no le fueron otorgadas en la decisión impugnada, sin que el a-quo hubiere expuesto las razones por las cuales le fueron negados.

Respecto de lo anterior en efecto se advierte que la juzgadora de instancia, no expuso los fundamentos fácticos y jurídicos que la llevaron a negar el reconocimiento de los frutos civiles y de las mejoras. No obstante, en principio, se podría decir que tal reparo se torna inane, como quiera que dicha falencia fue subsanada al resolverse el recurso de reposición. Sin embargo como nada se avanzó sobre el sustento para negar las mejoras, se persistió con ello en la falta de motivación sobre dicho específico aspecto, por lo que considera esta Sala Unitaria, que hay lugar a hacer un pronunciamiento puntual acerca del no reconocimiento de las mejoras.

Revisado el libelo demandatorio¹, se puede corroborar sin hesitación alguna que el demandante no pidió entre sus pretensiones la del reconocimiento de mejoras, por lo que, la determinación del a-quo de abstenerse de pronunciarse sobre dicho aspecto fue acertada, puesto que el juez, por regla general, únicamente puede proveer sobre las pretensiones y excepciones propuestas en el juicio, sin que pueda ir más allá, excepto cuando la ley lo faculte para ello; situación excepcional que no se establece para el presente caso, en donde el ocasional reconocimiento de mejoras es elemento que queda circunscrito al reclamo por cualquiera de los comuneros, lo cual aquí en efecto no sucedió en la demandada formulada por el señor ANILLO ATENCIO.

Así las cosas, la determinación que adoptó el a-quo de negar el reconocimiento al demandante de unas mejoras que nunca solicitó, sin que exista norma que obligue al juez a pronunciarse, de oficio, sobre ese tópico dentro de este tipo de procesos, es acertada so pena de trasgredir el principio de congruencia, al no ceñirse a lo establecido en el artículo 305 del C.P.C.

1.2 Por otro lado, en tratándose de la inconformidad respecto de los frutos civiles, por concepto de arriendo, que no le fueron reconocidos al recurrente, debe señalarse que para efecto del reconocimiento, deben estar éstos plenamente demostrados en cuanto a su causación.

En el caso sub examine, no existen medios probatorios suficientes que permitan concluir la existencia de dichos frutos civiles. Ello, por cuanto de la revisión de la actuación se extrae que, contrario a lo estimado por el apelante, y acorde a lo expuesto por la juez de instancia, no se logró demostrar la existencia de un contrato de arrendamiento que haya podido celebrar la demandada, que permita inferir que la misma estuviere gozando de los frutos que genera dicho contrato.

4

Si bien, se vislumbra prueba testimonial practicada al señor GILBERTO BALLESTAS BALLESTEROS², que hace referencia a que el inmueble está arrendado y los arriendos los recibe la parte demandada, no es menos cierto, que esa mera aseveración no demuestra la existencia del contrato de arrendamiento, de quiénes lo celebran, de cuál es el valor pactado por el canon de arrendamiento y de cuánto tiempo estuvo o ha estado arrendado el bien inmueble, circunstancias tales que permitan al Juzgador determinar que efectivamente existió el negocio jurídico que el recurrente dice estar demostrado fehacientemente.

Adicionalmente, se avizora que la sentencia de fecha 13 de octubre de 2011 proferida por el Juzgado Quinto de Familia de esta ciudad, da cuenta de la extinción del compromiso asumido por el actor en torno a dar en usufructo a la parte demandada una porción del bien inmueble objeto de división, pero ello tampoco es prueba que demuestre que el sujeto pasivo a través de un específico y puntual vínculo de arriendo suplantó los beneficios que le generó tener la calidad de usufructuaria.

En consecuencia dentro del trámite procesal el condómine demandante no pudo acreditar la causación de frutos civiles que indicó que percibía la parte demandada, siendo acertada la decisión adoptada por la juez de no reconocerlos, lo que conlleva que esta determinación se vea ahora confirmada en segunda instancia.

¹ Cfr. Fls. 1-5 cdno de primera instancia.

Además, en segunda instancia, oficiosamente se buscó obtener la probanza correspondiente a fin de lograr certeza del derecho y cuantía de los frutos sin que ello hubiere sido posible, incluso por la no colaboración del interesado en allegar el respectivo dictamen.

1.3. Sin perjuicio de lo anterior y amenera de paréntesis dígase, contrario a lo expuesto por la juez de primer grado, que en cuanto a la cuantificación de los frutos civiles, estos deben ser tasadas posteriormente al auto que decrete su reconocimiento, conforme lo establece el artículo 472 del C.P.C., dispositivo normativo que no fue modificado por el decreto 2283 de 1989, por lo que no quedó bajo la orientación que en materia de decisiones judiciales para condenas en concreto se plasmó en el artículo 307 ibídem., de ahí que, dentro de este trámite lo único que debe interesar es demostrar que se tiene derecho a los frutos civiles y a la naturaleza de ella.³

1.4 Finalmente, en cuanto al punto residual de reparo, referente a la opinada omisión de condena en costas a la parte demandada por haber presentado oposición, tal desatino quedó subsanado al adicionar la juez de instancia el auto apelado, en el sentido de condenar en costas a la parte demandada, lo cual hace inocuo, que este Tribunal Ad-quem entre abordar dicha temática.

2. Corolario de lo antes expuesto, procederá esta Sala Unitaria a confirmar la providencia apelada. Asimismo, no se impondrá condena en costas al recurrente vencido, por no encontrarse evidenciada de la causación de las mismas [art. 365, num. 1°, C. G. del P.].

Con fundamento en lo consignado en párrafos precedentes, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, SALA CIVIL-FAMILIA**, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

5

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del veintidós (22) de agosto del año dos mil dieciocho (2018), dictado por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de esta ciudad, de conformidad con las razones anotadas en la motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS esta instancia por no encontrarse evidenciada de la causación de las mismas.

TERCERO: Ejecutoriado el presente proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, en su correspondiente oportunidad. Háganse las anotaciones pertinentes en sistemas virtuales de registro y libros radicadores.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


OMAR ALBERTO GARCÍA SANTAMARÍA
Magistrado Sustanciador

³ Procedimiento Civil Tomo II Partes Especial, Hernán Fabio López Blanco, Editorial Dupré pag 385.