



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**

SALA DE DECISIÓN SINGULAR

*

Magistrado Sustanciador: DR. HERNANDO RODRÍGUEZ MESA

Radicación: 760013103009-2020-00104-01
Proceso: Verbal División Material o Venta del Bien Común
Demandante: Banco Comercial Av Villas.
Demandado: Sandra Corral Navia
Asunto: Apelación Auto

Santiago de Cali, doce de octubre de dos mil veintidós (2022).

ASUNTO

Desatar el recurso de apelación propuesto oportunamente por la apoderada judicial de la parte demandante contra el auto del 11 de mayo de 2022 proferido por el Juzgado Noveno del Civil del Circuito de Cali mediante el cual denegó la petición del comunero de sacar el bien inmueble a venta en pública subasta, al pesar medida de embargo decretada en proceso concordatario.

ANTECEDENTES

Fundamentalmente con la acción civil se busca terminar la indivisión que compromete al Banco y a la señora Corral Navia y para ello, es pretensión la venta en pública subasta del bien inmueble identificado con la M.I. # 370 – 8675, situado en la Calle 5 # 61 – 82, Apto. 128,

Edificio Pampalinda de la ciudad; en línea de principio, la causa se tramitó en la forma que legalmente le corresponde y al no presentarse contención y no alegarse pacto de indivisión, el Juez accedió a la solicitud contenida en la demanda y ordenó la almoneda, previo secuestro del bien.

Dentro de la oportunidad, el apoderado judicial de la copropietaria demandada, se opuso a esa determinación, en esencia porque al existir embargo por cuenta de proceso concordatario el inmueble está fuera del comercio y la venta es inviable; el Despacho de conocimiento, acogió tal proposición, más allá de la posibilidad legal de permitírsele a los condueños terminar ese cuasicontrato, porque una de las exigencias para vender es **“...que el bien sea susceptible de ser vendido...”** y por consiguiente, **“...esta última situación hace inviable el remate de los aludidos derechos, por cuanto estos últimos se encuentran por fuera del comercio...”**; revocó la decisión de acceder al remate de la heredad, negó las pretensiones y dispuso el archivo del expediente.

La parte afectada – el activo – se opuso y destacó que, si bien existe esa situación problemática, su derecho como comunero no tiene por qué verse afectado ya que, el artículo 1374 del C.C., establece que ningún coasignatario es obligado a la indivisión, menos si la medida que lo afecta se tomó en un proceso que data desde hace más de 20 años, sin ninguna posibilidad de solución a la vista; plantea como salida, el que el Juez autorice la venta acorde a lo previsto en el numeral 3º del artículo 1521 del C.C.

Puesta de ese modo las cosas, pasa a resolverse lo que en derecho corresponda, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Ciertamente el objetivo del proceso divisorio o venta del bien común de que trata el capítulo III del título III del Libro III del Código General del Proceso, es hacer realidad el mandato sustantivo del artículo 1374 del C.C., socorrido tanto por el Juez de primera instancia, como la recurrente, a saber, “...*Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión...*”, por una simple y sencilla razón, por variadas razones y circunstancias, los condóminos no han “...*contratado sociedad, o celebrado otra convención relativa a la misma cosa...*” – art. 2322 *ibídem* – y por lo mismo, como no existe convención o acuerdo de voluntades vinculante, no hay exigencia que hacer o imponer – art. 1602 –.

Entonces, si la fuente de la acción civil es el cuasicontrato en mientes y uno de los condueños optó por no seguir en ella, salvo el caso de pacto de indivisión - que supone un contrato que respetar – o alguna situación especial, la posibilidad de cesar en sede judicial la comunidad es perfectamente viable y el procedimiento contemplado en la Ley, debe ser el puente que facilite esa aspiración, por ello, con meridiana claridad el artículo 11 del C.G.P., marca el derrotero de interpretar, aplicar o asirse de la norma adjetiva en función de “...*la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial...*”, aspecto ratificado en los artículos 12 y 14 y que, mirados en contexto, materializan en el devenir judicial el artículo 229 Constitucional.

Sobre lo anotado la H. Corte Constitucional hizo la siguiente reflexión¹:

¹ Sentencia C – 193 – 2016.

“...En efecto, como lo indicó la sentencia C-183 de 2007, la relevancia del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo que consagra el canon 228 Superior, resulta notable en la medida en que la interpretación que se haga de las normas procesales que consolidan el acceso a la justicia, en virtud de este principio, debe entenderse “en el sentido que resulte más favorable al logro y realización del derecho sustancial, consultando en todo caso el verdadero espíritu y finalidad de la ley”.

37. Justamente la sentencia C-499 de 2015 puso de presente que el derecho adjetivo tiene una función instrumental, y pese a que de él depende la garantía del principio de igualdad ante la ley y en su aplicación y el freno a la arbitrariedad, no es un fin en sí mismo. De esta forma señaló que al tener una función instrumental, el derecho formal o adjetivo es un medio al servicio del derecho sustancial, de tal suerte que su fin es la realización de los derechos reconocidos por el derecho sustancial. Adujo que entre uno y otro existe una evidente relación de medio a fin. De ahí que, sea inadmisibles la conducta de sacrificar el derecho sustancial, por el mero culto a la forma por la forma.

38. Del anterior recuento la Corte concluye que el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas refiere a que (i) la norma adjetiva debe buscar la garantía del derecho sustancial y, por ende, no se puede convertir en una barrera de efectividad de éste; (ii) la regulación procesal debe propender por la realización de los derechos sustanciales al suministrar una vía para la solución de controversias sobre los mismos; y, (iii) el derecho adjetivo al cumplir una función instrumental que no es un fin en sí mismo, debe ceñirse y estar al servicio del derecho

sustancial el cual se debe privilegiar para proteger las garantías fundamentales...”.

El anterior apartado viene al caso, porque aun cuando es inocultable la dificultad que supone tener embargados los derechos de uno de los comuneros – 50% que le corresponden a Sandra Corral Navia, según anotación 12 del certificado de tradición y libertad del inmueble adjunto a la demanda – en el bien objeto de la acción civil y estructurarse en alguna medida la restricción del numeral 3º del artículo 1521 del C.C., debe considerarse igualmente el hecho que, el otro copropietario – Banco Av Villas S.A., dueño del otro 50% de los derechos –, está prevalido de una prerrogativa contemplada en la Ley sustantiva de no hacer parte perennemente de esa comunidad a menos que haya pacto al respecto – no obrante en el expediente – (art. 1374 C.C.).

Realmente la problemática está cifrada en la aparente tensión de dos normas sustantivas, por un lado, el querer de un condueño de no hacer más parte de la comunidad – art. 1374 – y por otro, el obstáculo que presuntamente hay con ocasión del embargo de los derechos de la condueña y que eventualmente, podría frustrar la venta – art. 1521-3 –; el fallador de primera instancia advirtió en el proveído apelado que con la normatividad que dispone no es posible superar esa antinomia, primero porque la participación de la demandada en el inmueble está por fuera del comercio y segundo, porque es inviable procesalmente, rematar solo lo correspondiente al extremo activo si se considera que la finalidad de este juico es terminar la indivisión.

Ciertamente hay una complejidad en el asunto que debe superarse, sin sacrificar derechos de mayor calado – el extremo activo, como se dijo, acude a la administración de justicia, art. 229 Constitucional, en uso de la posibilidad sustantiva que ofrece el tantas veces referido artículo 1374

–, máxime que la norma adjetiva como se anotó, tiene por propósito hacer realidad “...*los derechos reconocidos por la ley sustancial...*”; en esa misma línea el Constituyente, hace la admonición de sujetarse a lo previsto en la Ley, pero ante circunstancias especiales, da la alternativa de valerse de herramientas auxiliares en el ideal de solucionar la problemática traída a la administración de justicia por el asociado, de ahí que señale a “...*La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial....*” – art. 230 Constitucional – como elementos orientadores en la búsqueda de salidas ante una inextricable situación como la atañedera; se suma la previsión del artículo 12 del C.G.P., de tramitar “...*cualquier vacío...con las normas que regulen casos análogos...*” y más llamativo el apartado que le sigue de ese precepto, de dar respuesta y solución “...*con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial...*”.

La temática de la vicisitud que supone vender un bien embargado por tener objeto ilícito y que es el escollo que en sentir del *a quo* es insalvable, en cierta forma es una discusión superada, porque recientemente la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia², encontró que en tanto se convenga como condición el levantamiento del embargo o tramitación de aquel aspecto conflictivo, aquel negocio jurídico tiene plena validez y vigor:

“...*Con todo, la doctrina vigente, edificada a partir de los hechos examinados en cada caso concreto, y conforme a la interpretación finalista del numeral 3º del artículo 1521 del C.C., precisó que los contratantes pueden negociar la venta del bien embargado, sin implicar*

² Sentencia SC 041 – 2022 del 9 de febrero de 2022, M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

ello la nulidad del contrato, siempre y cuando la obligación de transferirlo se acuerde como modalidad, plazo o condición (C.C., arts. 1530 y 1551), en el sentido de condicionar su cumplimiento conviniendo la forma en que la cautela pueda y debe ser removida.

Es decir, que, al momento de su cumplimiento, esto es, cuando lleve a cabo la tradición (el registro), se cancele la medida o se obtenga la autorización del juez o el consentimiento del acreedor.

En otras palabras, "...si los contratantes estipulan como pura la obligación de enajenarlo, si no lo sujetan a plazo, ni condición, contrato y tradición son nulos, como quiera que aquél prevé el pago inmediato de la obligación de dar, esto es mientras el embargo subsiste; más si pactan el pago, o sea la tradición o enajenación, se haga cuando la cosa haya sido desembargada (obligación a plazo indeterminado), o en el evento de que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello (obligación condicional), tanto el contrato como la enajenación constitutiva del pago son actos válidos y eficaces...".

De modo tal que, es posible hallar alternativas para superar el imponderable advertido sobre todo cuando la misma norma sustantiva lo pone de presente, convalidación de la venta a partir de la autorización del Juez o consentimiento del acreedor que persigue el bien o pacto de los contratantes sobre el particular en lo que hace a la cancelación de la medida cautelar; esta situación en el plano de la compraventa de la cosa a partir de la decisión libre y espontánea del propietario o propietarios de transferir el dominio.

Pero, sí esa traslación nace de la necesidad y de cierta forma, imposición que supone la situación del comunero que quiere darle conclusión a la indivisión por autorización legal, en tal situación, la venta

que se pretende en sede de proceso judicial – arts. 406 y 411 del C.G.P – adquiere unos ribetes especiales, al punto de ser el Juez el representante legal de los tradentes – los condóminos – para una vez recaudado el dinero, hacer la distribución acorde al inciso 6º de artículo 411, lo que supone un escenario distinto al anteriormente planteado y por lo mismo, la tutela jurídica del administrador de justicia debería considerar la situación del condueño que insiste en la no comunidad.

En el caso *sub examine*, el *a quo* únicamente atendió la circunstancia comprometedora de la demandada y a partir de ahí, propugnó por la inviabilidad de este proceso, saliéndole al paso a la voluntad del demandante de no continuar en la indivisión, pedimento que, insístase tiene pleno respaldo sustantivo – arts. 1374 y 2322 del C.C. –, más si se considera el contenido del artículo 2325 en el sentido de que el comunero que adquiera deudas en vigencia de la comunidad es directamente obligado a responder por ellas; además, claro, es cierto, existe un embargo registrado en el folio de matrícula inmobiliaria, pero recayó específicamente sobre la alícuota del extremo pasivo, no así sobre la que le pertenece al activo y en esa línea, no compagina con el propósito de justicia material, sujetar a quien puede disponer de su derecho a la suerte incierta de su coasociado.

La H. Corte Constitucional³, explicó que la ley civil permite “...a los comuneros ... no estar obligado a permanecer en la indivisión, es decir, cada comunero conserva su libertad individual,...todo comunero puede pedir la división material de la cosa común, o su venta para que se distribuya el producto...” y tratándose de la venta del bien común, “...él o los demandantes comuneros deben tener presente que si bien tienen el derecho a no permanecer en la indivisión, y que la naturaleza de dicha

3 Sentencia C – 791/2006.

acción en el caso concreto consiste en vender o enajenar la cuota o cuotas partes proindiviso, en cabeza de los demandados también se encuentra el derecho a permanecer en la indivisión si no han expresado una voluntad contraria, teniendo en consecuencia también el derecho a conservar la propiedad de su cuota parte...” . (subrayas fuera de texto original).

Tal como despunta el asunto, la decisión de un copropietario de no seguir haciendo parte de la comunidad tiene asidero y respaldo de carácter sustantivo y el procedimiento en ese caso, lejos de convertirse en una cortapisa, debe estimar ese interés y salvo circunstancias muy puntuales – v.g., pacto de indivisión – avalar tal pretensión y permitir la venta del derecho de quien quiere salirse de esa situación, máxime si tal como está comprobado en el *sub lite*, su participación está libre de gravámenes o limitaciones que impidan hacer la venta en pública subasta.

Entonces, la solución a la problemática traída a esta instancia pasa por terminar el proceso en la forma prevista en el artículo 411 del C.G.P., obviamente, sólo respecto de los derechos que le corresponden al demandante, **Banco Av Villas**, ente interesado en terminar para él la comunidad que tiene con la demandada, Sandra Corral Navia, con pleno apoyo normativo desde la sustancialidad; es más, en el inciso 3º de ese precepto, se menciona la posibilidad de rematar derechos de los comuneros como en el caso presente y si se mira al detalle las disposiciones adjetivas que regentan el caso, podría interpretarse como la solución de la indivisión respecto del comunero que la pide, caso en el cual, puede darse o vendiendo en pública subasta únicamente el derecho que tiene o el otro condueño comprándole su derecho en la forma prevista en los artículos 2336 del C.C. y 414 del C.G.P.

De tal suerte que, distinto a lo planteado por el respetado Juez de primera instancia, el propósito *per se* de este tipo de asuntos no es “...*la venta de todo el bien común...*”, sino el finiquito de la *indivisión* del que la pide a juzgar por el contenido expreso del artículo 1374 del C.C. y para dicho cometido se vale de la acción prevista en los artículos 406 y s.s. del C.G.P., cuya consecuencia, es la venta del bien común, entendida desde la individualización del derecho que tiene en ella el comunero demandante; es más, bien puede suceder que por decisión del demandado, la indivisión prosiga porque a este no le interesa concluirla, caso en el cual, le compra el derecho a su copartícipe y mírese como en esa situación perfectamente posible, no hubo venta de todo del bien común y de alguna manera la indivisión pervivió, respecto de uno de los condóminos.

Así las cosas, se impone la revocatoria del auto adiado 11 de mayo de 2022 que prácticamente negó las pretensiones de la parte demandante y dispuso el archivo de las diligencias; en contraposición, proseguirá la causa para sacar a venta en pública subasta los derechos que le correspondan a la sociedad demandante, Banco Av Villas, en la forma y términos contemplados en el artículo 411 del C.G.P., cuya estimación o tasación bien puede hacer acorde a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 414 *ibídem*.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en decisión civil unitaria,

RESUELVE

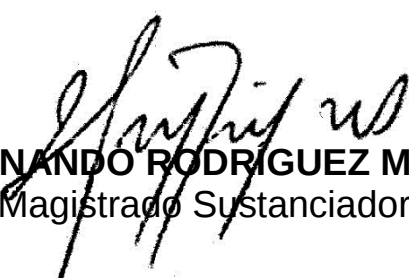
PRIMERO: REVOCAR en su integridad el auto interlocutorio proferido en el asunto el pasado 11 de mayo de 2022, por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Oralidad de Cali, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, cobra vigor la decisión contenida en el auto del 26 de febrero de 2021, a propósito de la venta en pública subasta del bien, sólo que recaerá sobre los derechos que tiene el Banco Av Villas, cuya estimación o tasación bien puede hacerse acorde a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 414 *ibídem*, según se anotó en las consideraciones de esta providencia; igual predicamento se hace respecto del secuestro de la cosa, que tendrá por objeto la alícuota que tiene el comunero demandante.

TERCERO: Sin costas ante la prosperidad del recurso de apelación.

CUARTO: Devolver al Juzgado de origen las presentes diligencias.

NOTIFÍQUESE


HERNANDO RODRIGUEZ MESA
Magistrado Sustanciador