



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado ponente

STC15912-2015

Radicación n.º 25000-22-13-000-2015-00476-01

(Aprobado en sesión de dieciocho de noviembre de dos mil quince)

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil quince (2015)

Decide la Corte la impugnación formulada contra el fallo proferido el veintidós de septiembre de dos mil quince por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en la acción de tutela promovida, mediante apoderado judicial, por Mariela Herrera, contra los Juzgados Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá y Promiscuo Municipal de Arbeláez, actuación a la que se ordenó vincular a las partes y terceros interesados del proceso objeto de queja constitucional.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

La promotora solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, vida y vivienda digna, que considera vulnerados por las autoridades judiciales accionadas con ocasión de la determinación mediante la cual se resolvió no aprobar la división material del predio y en su lugar, ordenar la venta en pública subasta del mismo, y la providencia que confirmó tal decisión.

En consecuencia, pretende que se revoquen las providencias en mención y en su lugar, se decrete la aprobación de la partición presentada por el perito designado.

B. Los hechos

1. La accionante promovió un proceso divisorio en contra de Álvaro Delgado Hernández, con el fin de que se decretara la división material del inmueble ubicado en la carrera 2e No. 5-69 de Arbeláez, pues el bien cuenta con dos apartamentos independientes.

2. El conocimiento del asunto le correspondió al Juzgado Promiscuo Municipal de la referida localidad, que en auto de 8 de marzo de 2012, admitió la demanda.

3. El demandado contestó la demanda en la que indicó que estaba de acuerdo que se hiciera el fraccionamiento en forma equitativa y además pidió que se permitiera a las partes hacer la distribución de común acuerdo y

presentarla al despacho.

4. Mediante auto de 13 de julio de 2012, el despacho como quiera que no se presentó oposición o excepciones, decretó la división material del inmueble y ordenó el avalúo del bien.

5. Realizado el estudio financiero del inmueble y toda vez que éste no fuera objetado, se designó perito para que realizara la división.

6. El 19 de noviembre de 2013, el auxiliar de justicia presentó el trabajo de partición, adjudicando a cada uno de los extremos del litigio una hijuela, en las que incluía que a cada uno le correspondiera un apartamento.

7. En desacuerdo el demandado lo objetó, con sustentó en que tal fraccionamiento no podía realizarse, por cuanto según el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio, cada lote ubicado en la zona debía tener un área de 200 metros cuadrados, lo que no se cumplía en este caso, sumado a que no era justo que a la demandante se le entregara el apartamento con terraza y local comercial, porque era ama de casa, por lo pedía se rehiciera la distribución.

8. En proveído de 7 de octubre de 2014, se resolvió no se aprobar el trabajo presentado por el partidor y en su lugar, se decretó la venta en pública subasta del inmueble con el fin de distribuir su producto entre los condueños; así como se indicó que la parte demandada podía hacer uso del

derecho de compra, y decretó el secuestro del bien común.

9. Como sustentó de la anterior determinación, el Juez expuso que según el esquema de ordenamiento territorial de Arbeláez, Acuerdo 003 de 2000, el inmueble objeto de partición se encuentra situado en un área de actividad residencial baja, en la que el reglamento del uso del suelo estableció como extensión mínima para la subdivisión 200 mt², por lo que como el predio contaba con 378 mt² no era posible su fraccionamiento, siendo entonces procedente la venta en pública subasta, para que los comuneros no permanecieran en indivisión.

10. En desacuerdo demandante acá tutelante, formuló recurso de reposición y en subsidio apelación frente a la aludida decisión.

11. En auto de 4 de febrero de 2015, el despacho mantuvo su determinación y concedió la alzada.

12. Con providencia de 15 de julio de 2015, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá confirmó la decisión de primer grado.

14. En criterio de la peticionaria las anteriores providencias vulneraron sus derechos invocados, como quiera que al negarse la división material del bien y por el contrario ordenar la ad-valorem, se desatendió el artículo 7 de la Ley 810 de 2003 que prevé que tratándose de división de predios los notarios y registradores no pueden elaborar escrituras de división de terrenos sin la previa expedición de

licencia urbanística, salvo los casos de cumplimiento de una sentencia judicial, pues con dicha determinación desconoció que las decisiones de los jueces están por encima de las disposiciones urbanísticas y desatendió el orden jerárquico de las normas.

Además que el despacho le dio validez a una prueba que fue ilegal y extemporáneamente allegada, respuesta de la secretaria de planeación de Arbeláez.

Finalmente, indica que además se le niega la posibilidad de tener una vivienda digna pese a que es un sujeto de especial protección ya que cuenta con más de 69 años, pues con lo que recibiría con el remate de acuerdo a lo establecido en el avalúo del bien, no podría adquirir una casa propia de condiciones similares y que quedaría en un inmueble con menor área, condiciones de habitabilidad y salubridad, y despojada del local del que percibe ingresos.

C. El trámite de la primera instancia

1. Por auto de 11 de septiembre de 2015, se admitió la acción de tutela, se ordenó enterar a los involucrados para que ejercieran su derecho de defensa. [Folio 60, c.1]

2. Dentro de la oportunidad concedida, el Juzgado Promiscuo Municipal de Arbeláez indicó que resolvió la objeción presentada respecto del trabajo de partición valorando los elementos de juicio, los que le permitieron concluir que conforme a las normas que regulan la división

y el uso del suelo en el municipio debía negar su aprobación, pues la sola conformidad de las partes con la división de un bien no es suficiente para obviar la planificación territorial de una localidad.

3. En sentencia de 22 de septiembre de 2015, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca concedió el amparo al considerar que la decisión acusada desconoce el principio de congruencia que deben tener las decisiones judiciales, pues pese a que la demandante pidió la división material del bien, una vez tramitada la objeción presentada, se termina decretando la venta en pública subasta del inmueble, resolviendo fuera de lo pedido y siendo una determinación extra-petita.

Agregó que si bien la división material obedece a disposiciones que contempla el ordenamiento territorial de Arbeláez, gozando de respaldo normativo y siendo razonable, ello no conlleva al decreto de la división *ad-valorem* «*así las partes hayan evidenciado su interés de terminar la indivisión, como al parecer lo entiende el juez accionado*» [Folio 77, c.1]

4. Inconforme con esta determinación, la peticionaria la impugnó, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en su escrito inicial e indicó que el Tribunal Constitucional le da prioridad a un acuerdo municipal que desatiende el artículo 7 de la Ley 810 de 2003, y que dejó de lado el análisis de los derechos a la vida digna y vivienda digna, obligando a las partes a convivir bajo un mismo techo con

los riesgos que ello implica. Solicitó complementar el fallo impugnado y aprobar la partición [Folios 84 y 85, c.1]

5. Con providencia de 7 de octubre la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca indicó que negaba la complementación del fallo proferido pues en la decisión emitida se abordó de manera general la situación, además que la finalidad de la tutela era establecer si en el juicio se presentó alguna irregularidad.

II. CONSIDERACIONES

1. La jurisprudencia de manera invariable ha señalado que, por regla general la acción de tutela no procede contra providencias judiciales y, por tanto, sólo en forma excepcional resulta viable la prosperidad del amparo para atacar tales decisiones.

Los criterios que se han establecido para identificar las causales de procedibilidad en estos eventos se basan en el reproche que merece toda actividad judicial infundada o rebelada contra las preceptivas legales que rigen el respectivo juicio, con detrimento de los derechos fundamentales de las personas que han sometido la ventilación de sus conflictos a la jurisdicción.

2. En el asunto bajo estudio, aunque el reclamo constitucional se dirige en contra de las determinaciones proferidas por el a-quo y su superior funcional, la Corte únicamente se ocupará de la que dictó el juzgador de la

segunda instancia, toda vez que aquélla es la que resuelve de manera definitiva la temática objeto del debate en esta sede.

Ahora bien, atendidos los argumentos que fundan la solicitud de protección y aquellos expuestos por el *ad-quem* al resolver el recurso de apelación promovido contra el auto que resolvió no aprobar el trabajo de partición material del inmueble y en su lugar, decretó la venta en pública subasta del mismo, se advierte que se incurrió en una vía de hecho se advierte su incursión en una de las causales de procedibilidad de la acción de tutela, que hace necesario el amparo, porque se transgreden los derechos fundamentales de la actora, siendo imperiosa la intervención del juez constitucional.

En efecto el artículo 1374 del Código Civil, indica que *«ninguno de los cosignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión; la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse»* y en tal sentido el artículo 2334 *ejusdem* y el artículo 467 del estatuto procesal, establece el derecho de todo comunero a pedir *«que la cosa común se divida o se venda para repartir su producto»*.

En tal sentido, es claro que existen dos modalidades en cuanto a la forma de verificar o realizar la división, que dependen del tipo de bien y de que no se desmerezcan los derechos de los condueños (i) la ad-valorem o venta de la cosa común, que consiste en rematar el bien para luego repartir el dinero en proporción a la cuota de cada

comunero, Debe realizarse cuando el predio no admite partición material, como ocurre con una vivienda o cuando pudiéndose hacer con la misma se perjudica a los intereses de los condóminos. (ii) La división material, que se presenta cuando el objeto es susceptible de partirse o fraccionarse en zonas o elementos en proporción a la cuota de propiedad de cada uno.

Ahora bien, el juez de acuerdo a las pruebas está autorizado para decretar el fraccionamiento de la copropiedad en forma distinta a la que se haya solicitado en la demanda, según se puede extraer del artículo 468 de la norma adjetiva civil.

3. Pero en el caso bajo estudio, en virtud de las especiales condiciones del asunto y a que los intervinientes son personas de la tercera edad sujetos de especial protección, tal facultad no podía obedecer a un criterio objetivo o automático de aplicación de la norma en cita, pues es claro, que al juzgador en esta precisa oportunidad le correspondía revisar las circunstancias concretas para evitar que se desconocieran los derechos de rango constitucional de alguna de las partes o que se les pusiera en una situación gravosa, lo que no hizo.

En efecto, se advierte que el juzgador, pese a que ya en auto anterior decretó la división material y a que dicha providencia se encontraba debidamente ejecutoriada, determinó, que «según lo establecido por el E.O.T, del Municipio de Arbeláez, dicho inmueble no tiene el metraje suficiente para ser dividido

conforme las normas legales» por lo que no se podía fraccionar de la forma pedida, pues lo cierto es que «en algunos casos la ley prohíbe dividir ciertas cosas o prohíbe dividirlos en partes que no alcance una determinada magnitud (Algunas legislaciones existen prohibiciones de esta naturaleza para combatir el minifundio)», por ello es que «existen casos cuando la cosa físicamente es divisible, pero la ley objeto de una obligación, prohíbe realizar tal división, cosa indivisible, la obligación es también indivisible», y si bien la voluntad inicial de las partes, se encaminó a que el predio fuera dividido materialmente tal pretensión no es posible, sin que por ello se busque «contradecir la voluntad de las partes, pues lo que se busca es lograr la división, por alguno de los dos caminos, que para el caso es la venta ad valorem, para así dar la estricta aplicación de la norma»

Bajo ese entendido, sin llevar a cabo una reflexión sobre que ambos extremos del litigio estuvieron de acuerdo en la división material y que no habían solicitado o insinuado su deseo de vender el predio para que les fuera repartido el producto, determinó que se debía realizar el remate del lote a fin de que se saliera de la indivisión, pues ese era el fin de este tipo de procesos.

Con lo que vulneró los derechos de las partes integrantes de la controversia, porque ninguna especificó su intención de enajenar el bien, por el contrario, según las pruebas, ambas insistieron en la partición material, pues deseaban continuar en el predio o en la parte que ocupan, como quiera que es allí donde tienen su vivienda.

Máxime, cuando se advierte que tanto la demandante como el demandado son personas de la tercera edad y por ende, son sujetos de especial protección, quienes se verían seriamente afectados con la venta en pública subasta del predio, como quiera que en dicho terreno tienen sus respectivas viviendas y se serían obligados a enajenarlas en virtud de la determinación del juzgador y además, forzados a que a su edad, 69 y más años, se den a la tarea de conseguir una residencia nueva, con la incertidumbre de si es posible conseguirla en el mismo municipio o con similares características, lo que afecta también su calidad de vida.

Es así que en la demanda se especificó que *«en atención a que el inmueble en la actualidad tiene dos apartamentos independientes, uno terminado que es ocupado por la demandante, y el otro en obra negra ocupado por el demandado, y teniendo en cuenta que además goza de un solar que sirve de taller de mecánica, es perfectamente divisible materialmente, por ello la presente demanda»*.

Y de igual forma el demandado indicó al contestar la demanda, *«estoy de acuerdo que se haga la división en una forma justa porcentualmente equitativa como debe ser»* y además pidió, *«se nos deje en libertad para de común acuerdo se haga la partición y se presente ante su Despacho»*.

Asimismo al hacer la objeción al trabajo de partición no manifestó que su intención fuera que se vendiera el bien, sino que por el contrario solicitó que se rehiciera tal distribución.

En ese orden, el juez debió tener en cuenta tales circunstancias y no decretar de manera automática la subasta del inmueble, pues en realidad se ésta imponiendo a las partes, que se recuerdan se encuentran en estado de debilidad debido a su avanzada edad, que vendan el predio donde residen, lo que conlleva a la vulneración de derechos de rango constitucional tales como la vida y vivienda digna de personas que por su condición cuentan con una especial protección.

5. En ese orden, se encuentra que el juzgador incurrió en vía de hecho, por lo que se confirmará el fallo proferido en la primera instancia, únicamente por lo considerado anteriormente.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia impugnada, por las razones expuestas en esta providencia.

Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes; y, en oportunidad, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN
CIVIL**

STC15912-2015

Radicación número 25000-22-13-000-2015-00476-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Me veo en la obligación de aclarar el voto en la sentencia de la referencia, mediante la cual se confirma la decisión del Tribunal de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, porque considero que esa corporación partió de un presupuesto errado para conceder el amparo invocado por la accionante Mariela Herrera de Garzón en el proceso divisorio que adelanta contra Álvaro Delgado Hernández.

Para el Tribunal, pedida la partición material de un bien solamente puede concederse esa pretensión, y en caso de resultar imposible dicha partición, la decisión debería ser desestimatoria, cuando en la ley aparece autorizada la forma subsidiaria aunque no hubiera sido solicitada, o sea la venta del bien para la partición ad valorem. Y con base en esa presunta imposibilidad, dio por establecido que hubo una vulneración al principio de congruencia, lo cual no resulta cierto, pues el juez puede acudir a dicha venta en

caso de encontrar indivisibilidad material del bien común, sin que sea esa la pretensión de las partes.

No obstante, como afirma la actora en tutela, puede que ese no sea su interés y posiblemente tampoco el de su demandado y copropietario, los cuales, como se afirma en la demanda y en ambas sentencias constitucionales, son personas de la tercera edad y gozaban de su bien en la forma en que se aprobó su construcción, la cual se conforma, según su dicho, por dos unidades habitacionales y un local o taller. Ese edificio es perfectamente partible en forma material, aunque no lo sea jurídicamente por la prohibición del plan de ordenamiento territorial local sobre superficies mínimas de los edificios, afirmaciones que hace el fallador de instancia y la actora y se advierte, se entienden hechas bajo juramento y se les cree por el principio constitucional de la buena fe.

En razón de lo dicho, aunque considero que debe mantenerse el amparo concedido por el Tribunal de Cundinamarca, se debe fundamentar en razones diferentes y no en la incongruencia de la decisión judicial atacada, la cual parte de una facultad legal, que es, ordenar la venta del bien común cuando no puede partirse materialmente.

Y es que para el caso, teniendo en cuenta la protección especial que debe darse a los copropietarios en razón de su edad, a que los bienes ya están construidos y que no existe al parecer una intervención administrativa que considere que hay violación de las normas de construcción, lo

procedente hubiera sido excepcionar o inaplicar en razón de la superioridad de los derechos constitucionales de las partes, el cumplimiento de dicho plan de ordenamiento, para en su lugar ordenar al juez aprobar la partición material dejando en forma independiente, como se dijo que existen, las unidades habitacionales de los copropietarios, sin las limitaciones del plan de ordenamiento en cuanto al mínimo de metros cuadrados de construcción por unidad, advirtiendo al Registrador de Instrumentos Públicos, a quien no se vinculó en la tutela, que debe; proceder a su registro con fundamento en lo normado en el artículo T de la ley 810 de 2003, advirtiendo que esta prevención realmente no sería parte de la orden de tutela por no haber sido vinculada esa entidad al proceso, sino una mera orientación para evitar que posteriormente se hiciera necesario acudir al mismo procedimiento en su contra.

En resumen, comparto la protección dada a la actora, pero creo, con todo respeto por los demás integrantes de la sala que aprobaron el proyecto de sentencia, que debió irse más allá en las órdenes de amparo y fundar la decisión en razones diferentes. En ese sentido aclaro mi voto, pero manteniendo mi decisión de apoyar lo decidido.

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado

