**PRUEBAS DE OFICIO / PROCEDENCIA EN APELACIÓN DE AUTOS**

 Preliminarmente se dirá que tiene claro esta Sala que, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 328 del CGP, en la apelación de autos el superior solo adquiere competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias. Y que, cuando el artículo 327 prevé la posibilidad de que se pidan pruebas en segunda instancia, limita ese trámite a la apelación de sentencias. De ahí que, pudiera pensarse, sin otro análisis, que en la apelación de autos no hay posibilidad de decretar pruebas. Pero ello no es tan sencillo. Por una parte, el artículo 169 del mismo estatuto prevé que las pruebas de oficio pueden decretarse cuando sean útiles para la verificación de hechos que interesen al proceso; por la otra, el artículo 170 siguiente, indica que el juez debe decretarlas, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes, o antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.

**PRUEBAS DE OFICIO / PROCESO DIVISORIO / ETAPAS**

3. El proceso divisorio, que tiene dos etapas definidas: (i) la que concluye con la orden de división material o la venta en pública subasta; y (ii) la que culmina con la sentencia de distribución, sea material o por venta, representa uno de esos eventos en los que el juez debe ser sigiloso con las pruebas aportadas, y lo debe hacer también el superior, en cada fase.

**PRUEBAS DE OFICIO / PROCESO DIVISORIO / CARGA PROBATORIA DEMANDANTE**

En ese estadio preliminar, el estatuto procesal, procurando la celeridad de este tipo de actuaciones, introdujo una exigencia clara al demandante en el artículo 406, consistente en presentar, junto con la demanda, un dictamen pericial que determine cuatro cosas: (i) el valor del bien; (ii) el tipo de división que fuere procedente; (iii) la partición, si fuere el caso; y (v) el valor de las mejoras que él reclame.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**PEREIRA**

**SALA CIVIL-FAMILIA**

**AC-0084-2023**

Magistrado Ponente: Jaime Alberto Saraza Naranjo

 Pereira, Agosto ocho de dos mil veintitrés

Expediente 66001310300320190044401

 Proceso: Divisorio

 Tema: Prueba de oficio – apelación de auto

 Demandante: Esico SA

 Demandado: Henry Rincón Alzate y otra

1. Una vez se pudo asumir la revisión de este asunto, antes de resolver estima la Sala pertinente ordenar la práctica de una prueba de oficio.
2. Preliminarmente se dirá que tiene claro esta Sala que, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 328 del CGP, en la apelación de autos el superior solo adquiere competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias. Y que, cuando el artículo 327 prevé la posibilidad de que se pidan pruebas en segunda instancia, limita ese trámite a la apelación de sentencias. De ahí que, pudiera pensarse, sin otro análisis, que en la apelación de autos no hay posibilidad de decretar pruebas.

Pero ello no es tan sencillo. Por una parte, el artículo 169 del mismo estatuto prevé que las pruebas de oficio pueden decretarse cuando sean útiles para la verificación de hechos que interesen al proceso; por la otra, el artículo 170 siguiente, indica que el juez debe decretarlas, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes, o antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.

Bajo estas premisas, esta Sala ha sido del parecer de que, aun en el trámite de la apelación de autos, el juez conserva intacta su facultad, hoy convertida en un deber, de recurrir a las pruebas de oficio cuando sea necesario dilucidar la cuestión que requiere su intervención, que en muchos casos es altamente relevante, tanto o más que en el caso de la sentencia.

Así lo reconoció la Sala de Casación Civil, en sede constitucional, en la sentencia STC11766-2020, que sirve como criterio auxiliar, providencia en la que destacó que:

Si el informe acopiado por …, de manera frontal, carecía de elementos que impidiesen un cotejo con las probanzas, dada la complejidad del caso, ha debido el tribunal recriminado hacer uso de sus poderes oficios en materia demostrativa, **pues, contrario a lo sostenido por esa corporación, no es cierto que tal obligación se encuentre reservada, exclusivamente, para el momento de dictar sentencias de segundo grado**.

Ha dicho esta Corte, que cuando los litigios ofrecen deficiencia probatoria, es obligación del juzgador emplear tales herramientas para decretar todos los elementos de convicción que, a su juicio, considere convenientes para verificar los hechos alegados por las partes[[1]](#footnote-1), ante todo, cuando se afectan los derechos fundamentales o el orden público.

A esa filosofía responde el canon 170 del C.G.P. cuando reza:

*“(…) El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia (…)”.*

Sin embargo, la obligación de decretar pruebas oficiosamente no es dictatorial o arbitraria, obedece a hipótesis precisas. En las demás, la ley concede al juzgador la potestad o facultad de hacerlo según su razonable y prudente arbitrio, y la instrucción compela.

Y más adelante recalcó que:

… Bajo ese panorama, si los elementos de acreditación no eran suficientes para zanjar el decurso criticado, el colegiado confutado debió hacer uso de sus facultades oficiosas en materia probatoria con el fin de dilucidar el asunto puesto a su conocimiento, decretando, por ejemplo, un peritaje y brindando a las partes un tiempo suficiente y determinable, que permita su análisis…

1. El proceso divisorio, que tiene dos etapas definidas: (i) la que concluye con la orden de división material o la venta en pública subasta; y (ii) la que culmina con la sentencia de distribución, sea material o por venta, representa uno de esos eventos en los que el juez debe ser sigiloso con las pruebas aportadas, y lo debe hacer también el superior, en cada fase.

Y esto, porque la primera parte, que es el pilar de la segunda, finaliza apenas con un auto, pero, para llegar a él se requiere todo el andamiaje probatorio del proceso. Ese auto, claro está, es susceptible de apelación. Y la segunda, concluye con la sentencia, también susceptible de apelación. Así se desprende de los artículos 409, 410 y 411 del CGP.

En ese estadio preliminar, el estatuto procesal, procurando la celeridad de este tipo de actuaciones, introdujo una exigencia clara al demandante en el artículo 406, consistente en presentar, junto con la demanda, un dictamen pericial que determine cuatro cosas: (i) el valor del bien; (ii) **el tipo de división que fuere procedente**; (iii) la partición, si fuere el caso; y (v) el valor de las mejoras que él reclame.

Y al demandado, le brinda la opción, en el artículo 409, de objetar ese dictamen, presentando uno nuevo o solicitando la convocatoria del perito a la audiencia.

Justamente, explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-284-2021, que se refirió a la exequibilidad del artículo 406 del CGP, 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.

Como dictámenes que son, y ya que la norma no hace exclusión, deben someterse a las reglas propias de ese medio de prueba. En particular, deben cumplirse las específicas exigencias del artículo 226 del CGP, que en su inciso sexto impone al perito brindar una serie de declaraciones e informaciones, que ninguno de los dictámenes aportados en este asunto satisfizo.

Por ejemplo, el que aportó la parte demandante, apenas sí identifica al perito, pero nada más de los otros requerimientos trae. Eso, por un lado. Y por el otro, en un punto que es crucial para definir esta litis, tampoco se allana a las previsiones del inciso quinto de esta norma, en cuanto *“****sobre el tipo de división que fuere procedente”*** no explicó por qué, en este caso, siendo que el inmueble tiene un sector urbano y otro rural, la división material es procedente, simplemente se limitó a decir que a cada comunero se le adjudicaría en proporción a la dimensión del predio, una parte urbana y otra rural, sin un fundamento técnico para ello.

Y el que trajo la parte demandada, a la postre desechado por el juzgado, cuestión que se debate en la alzada, más que un dictamen, es una réplica o una opinión sobre el trabajo allegado por la demandante. Además, tampoco se cumplen todas las exigencias del señalado artículo 226, ni se aducen, como en el caso anterior, razones técnicas por las cuales es viable la división material del predio. Esto sin contar con que la independencia que reclama el inciso tercero de la norma, parece venirse a menos, cuando el trabajo del perito viene presentado en conjunto con el apoderado judicial del demandado. Por más que hoy el dictamen sea de parte, eso no se traduce en que el perito traiga a colación palabras que más parecen provenir del profesional del derecho, como que el trabajo inicialmente presentado *“raya con un fraude procesal, y debe ser objeto de sanción por parte del despacho”* oque remate señalando que tanto él como el abogado estarán dispuestos para atender los llamados del despacho, pues es el auxiliar quien debe sustentar su trabajo, no los apoderados de las partes; seguido de lo cual, ambos firman el trabajo.

1. En vista de ello, en parecer de la Sala debe acudirse al recaudo de una prueba de oficio que contribuya a esclarecer aquellos aspectos que incumbe conocer al juez para ordenar la división o la venta.

Por tanto, se dispondrá la práctica de un dictamen pericial con el fin de que un experto, cumpliendo los mandatos del artículo 226 del CGP, determine: (i) el valor del bien objeto de división; (ii) el tipo de división que es procedente, principalmente, si respecto del inmueble aquí comprometido es viable la división material; y (iii) en tal caso, cómo sería la división.

Para ese fin se oficiará al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), con el fin de que designe un perito que realice visita técnica al predio y, en el término de un (1) mes, contado a partir de la notificación de la presente providencia, rinda el dictamen.

**DECISIÓN**

En armonía con lo dicho, se ordena la práctica de un dictamen pericial con el fin de determinar (i) el valor del bien objeto de división; (ii) el tipo de división que es procedente, principalmente, si respecto del inmueble aquí comprometido es viable la división material; y (iii) en tal caso, cómo sería la división.

Para ello, se acudirá al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, como autoriza el artículo 229 del CGP, con el fin de que designe el perito que, previa visita técnica, rinda la experticia, teniendo especial precaución de acatar los requisitos señalados en al artículo 226 del CGP.

El perito podrá acceder al expediente para realizar su trabajo por medio de la secretaría de la Sala. En el oficio respectivo se informará sobre el enlace.

Las partes deberán prestar todo el apoyo, con el fin de que la prueba se evacúe en debida forma y en el término señalado. Si ella genera algún costo, deberá ser asumido por partes iguales.

Notifíquese

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

Magistrado

1. CSJ. SC. Sentencia de 7 de septiembre de 1978. En sentido similar: CSJ. SC. Sentencia de 29 de noviembre de 2004 [↑](#footnote-ref-1)