



RAMA JUDICIAL
REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO CIVIL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO

Medellín, veintiséis (26) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO	Verbal – nulidad
DEMANDANTE	Amparo Del Socorro Cruz Muñoz y Otros
DEMANDADOS	María Soraida Bedoya Bolívar y Otros
RADICADO	050013103 009 2017 00042 00
ASUNTO	Resuelve recurso. No repone decisión. No concede apelación. Da traslado prueba por informe.

Se procede a decidir el recurso de REPOSICIÓN, y en subsidio el de APELACIÓN formulado por los codemandados JOSÉ FERNEY ZAPATA MONSALVE y MARÍA SORAIDA BEDOYA BOLÍVAR, en contra de la providencia proferida por este Despacho el 28 de agosto de 2020, en la cual se nombró remplazo del perito contador dispuesto como prueba de oficio y se fijaron los gastos provisionales de la profesional, a cargo de la parte demandada.

ANTECEDENTES

1. HECHOS RELEVANTES AL RECURSO

1.1 Mediante auto del 10 de marzo de 2020, esta instancia judicial profirió auto que decretó pruebas, entre las cuales, **de oficio**, nombró perito contador para revisar los estados financieros de la sociedad TORTAS y TORTAS desde el año 2007 a la fecha.

1.2 Posteriormente, por auto del 28 de agosto de 2020, se determinó designar nuevo perito ante la manifestación del ya nombrado de su imposibilidad de aceptar el encargo, como fijar gastos provisionales para el auxiliar de la justicia, a cargo de la parte demandada, advirtiendo que el extremo demandante se encuentra amparado por pobre¹.

¹ Ver numeral cuarto, del auto del 23 de febrero de 2017.



RAMA JUDICIAL
REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO CIVIL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO

2. LA DECISIÓN RECURRIDA

2.1. La providencia del 28 de agosto de 2020 fue impugnada en el término oportuno, a través del recurso de reposición y en subsidio el de apelación, por ambos apoderados de los codemandados JOSÉ FERNEY ZAPATA MONSALVE y MARÍA SORAIDA BEDOYA BOLÍVAR, quienes manifiestan hallar equivocada la decisión de esta judicatura, señalando que:

"...la prueba que se le impone costear no hace parte de las pruebas que ha solicitado, y no se ha dejado como un ejercicio de carga sino como una imposición de una obligación (...). La decisión del despacho de imponer a los demandados hacer las erogaciones para el pago del dictamen pericial constituye una verdadera obligación y no una carga en tanto la carga podríamos ejercerla o no ejercerla y simplemente asumiríamos las consecuencias de ese no ejercicio y no los efectos de ese no ejercicio. Cuando un sujeto procesal no asume una carga probatoria, simplemente puede esperar las consecuencias de no haber probado lo que esperaba probar, pero si nosotros permitimos que este auto quede ejecutoriado, ya no será una carga para nuestra parte sino una obligación que puede llevar a la posterior imposición de sanciones que no están directamente vinculadas a la prosperidad de las acciones o de las excepciones."

CONSIDERACIONES

Para resolver sobre el recurso formulado, se realizarán ciertas precisiones de naturaleza jurídica.

1. De los recursos.

Los recursos de reposición y apelación, son mecanismos de defensa de los extremos procesales: Son los medios de impugnación que las partes utilizan para hacer posible la revisión de una decisión judicial por considera que la misma es equivocada, ya por el mismo funcionario que la profirió, ora por



RAMA JUDICIAL
REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO CIVIL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO

aquel que es su superior funcional, para buscar cambiar aquella acorde con su interés.

Ahora bien, resulta necesario antes de abordar el objeto de la inconformidad con la fijación de los gastos de la pericia, realizar ciertas precisiones jurídicas.

2. De la facultad del juez para decretar pruebas de oficio

El juez cuenta con la facultad-deber de decretar pruebas de forma oficiosa cuando considere que es necesaria para un mejor proveer. Debe recordarse que, la prueba de oficio busca construir el camino a la verdad procesal que se plantea por las partes

Sobre el particular, la Corte Suprema de justicia ha explicado que:

“uno de los avances más importantes que ha tenido el derecho procesal ha sido el de darle al juez o magistrado que tiene a su cargo el trámite de determinada controversia judicial, la potestad de decretar pruebas de oficio. El proceso en estas circunstancias, si bien conserva su naturaleza dispositiva, morigerada su estructura a través de la prerrogativa que se le concede al funcionario con el fin de acudir en la búsqueda de la llamada verdad real, con la cual pasa de simple espectador del debate entre los litigantes a convertirse en el director del mismo con plenos poderes, aunque respetando, como es obvio, las reglas aplicables fijadas por el legislador (...) El tema de la prueba de oficio hay que estudiarlo desde dos frentes que son disímiles, aunque se complementan (...) El primero hace referencia a los casos en los cuales por expreso mandato del legislador es obligatorio e ineludible el “decreto de pruebas de oficio”, so pena de que una omisión de tal envergadura afecte la sentencia, pudiendo ser aniquilada a través de la vía del recurso extraordinario de casación apoyado en la causal primera, por la transgresión de normas de disciplina probatoria que conducen entre otras, fatalmente a la violación de preceptos sustanciales, obviamente en el entendido de que se reúnan los demás requisitos de procedibilidad, y la preterición de tales medios de convicción tenga trascendencia para modificar la decisión adoptada (...)’no solo es una facultad que tiene el juez sino que también es un deber,



RAMA JUDICIAL
REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO CIVIL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO

mucho más si se tiene en cuenta que hay algunos casos en que es obligatorio ordenarlas y practicarlas, como por ejemplo ...; las indispensables para condenar en concreto por frutos, intereses, mejoras o perjuicios, etc. (...)El segundo alude a las situaciones procesales en las cuales el juez, en aras de resolver el asunto sometido a su composición, puede usar la facultad discrecional de acudir a dicho mecanismo con el fin de **aclarar los puntos oscuros o confusos que interesan al proceso (...)**"²

En este sentido los artículos 169 y 170 del régimen procesal vigente, exponen que el juez debe decretar pruebas de oficio en las oportunidades probatorias del proceso y hasta antes de proferirse el fallo, cuando las considere necesarias para esclarecer los hechos objeto de controversia. Norma que señala que, todas las pruebas decretadas oficiosamente estarán sujetas a la contradicción de las partes.

Por su parte, el artículo 230 del C.G.P., dispone la posibilidad de decretar dictámenes periciales de oficio, lo que sea dicho de paso, difiere de la prueba rogada, pues es al arbitrio del juez que se decreta la prueba, que como se dijo, requiere el operador judicial para un mejor proveer, o cuando por disposición legal se debe disponer. La norma en referencia señala:

“Cuando el juez lo decrete de oficio, determinará el cuestionario que el perito debe absolver, fijará término para que rinda el dictamen y le señalará provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes. Si no se hiciera la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable. Si el perito no rinde el dictamen en tiempo se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales y se le informará a la entidad de la cual dependa o a cuya vigilancia esté sometido.

² CSJ SC, 21 oct. 2013, rad. 2009-00392-01. En igual sentido la Sentencia C-086 de 2016



RAMA JUDICIAL
REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO CIVIL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO

*Con el dictamen pericial **el perito deberá acompañar los soportes de los gastos en que incurrió para la elaboración del dictamen. Las sumas no acreditadas deberá reembolsarlas a órdenes del juzgado.*** (Negritas fuera de texto).

Así mismo, el artículo 4º del C.G.P. establece que: “El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para **lograr la igualdad real de las partes.**”

Incluso, el ordenamiento jurídico faculta al Juez para, de forma oficiosa, **distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar**, exigiendo probar un determinado hecho **a la parte que se encuentre en una situación más favorable para ello**. Incluso la norma trae ejemplos de esa mejor posición, dentro de los cuales alude a “otras circunstancias similares”, donde perfectamente encuadra la capacidad económica de aquella para lograr el objetivo que se persigue con la prueba.

3. De la diferencia entre honorarios y gastos de la pericia

Confunde la recurrente en su escrito de impugnación, los conceptos de gastos de la prueba con lo que constituye los honorarios del auxiliar que realiza la prueba.

Debe recordarse que **los gastos** están constituidos por las expensas que requiere el perito para realizar y entregar la pericia, por ello, deben pagarse previo a la rendición del dictamen, como también soportarse probatoriamente por el perito, es decir, demostrar que gastos ocasionó esa pericia. Ejemplo, gastos de transporte o desplazamiento, recurrir a otras personas para ayudar en la pericia cuando así lo requiere por su especificidad,...etc. Adicional, regula la norma, que de no acreditarse en su totalidad aquellos gastos, debe **reembolsar la diferencia**.



RAMA JUDICIAL
REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO CIVIL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO

En tanto **los honorarios** constituyen una equitativa retribución del servicio público encomendado y ya desempeñado, estos deben ser cancelados **posteriormente**, es decir, luego de presentarse el trabajo o pericia al proceso.

Basta dar lectura al art. 230 del C. General del Proceso, ya citado en numeral anterior, para así entenderlo.

4. La diferencia entre deberes, obligaciones y cargas procesales

Estos otros conceptos que hacen parte de la argumentación de los recurrentes, debe acotarse que, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido la diferencia entre deberes, obligaciones y cargas procesales, como lo explica la censura, indispensable en esta oportunidad precisar esos conceptos, en los siguientes términos:

*“Son **deberes procesales** aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez (Art. 37 C. de P. C.), otras a las partes y aun a los terceros (Art. 71 ib.), y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido (arts. 39, 72 y 73 ibídem y Decreto 250 de 1970 y 196 de 1971). Se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento en términos del artículo 6° del Código.*

*Las **obligaciones procesales** son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas que, según lo explica Couture, obedecen al concepto de responsabilidad procesal derivada del abuso del derecho de acción o del derecho de defensa. “El daño que se cause con ese abuso, dice, genera una obligación de reparación, que se hace*



RAMA JUDICIAL
REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO CIVIL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO

efectiva mediante la condenación en costas”. (“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, número 130).

Finalmente, las **cargas procesales** son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización **facultativa**, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso. (...)

Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley **conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello**, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa”.³

No obstante, jurisprudencialmente se ha dispuesto que aunque por regla general la carga corresponde al demandante, “si por razones de orden económico o técnico dicha carga no pudiese ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para **suplir la deficiencia** y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella”.⁴

5-. Del recurso de apelación

Como se anunció, la apelación es un recurso ordinario, a través del cual, las partes controvierten las decisiones del Juez de primera instancia, para

³ Sala de Casación Civil, M.P. Dr. Horacio Montoya Gil, auto del 17 de septiembre de 1985, que resolvió una reposición, Gaceta Judicial TOMO CLXXX – No. 2419, Bogotá, Colombia, Año de 1985, pág. 427. Ver también, CSJ, AC-607-2017 de la diada febrero 17 M. sustanciadora Dra. Ruth Marina Díaz Rueda

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-215 de 1999. Citado nuevamente en Sentencia C-086 de 2016.



RAMA JUDICIAL
REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO CIVIL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO

que sea el superior funcional de aquel quien defina a quien le asiste la razón jurídica del caso concreto.

No obstante, el legislador de manera taxativa, detalló en el artículo 321 del C.G.P., las providencias que pueden ser objeto de análisis en segunda instancia, así:

*“Son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia: 1. El que rechace la demanda, su reforma o la contestación a cualquiera de ellas. 2. El que niegue la intervención de sucesores procesales o de terceros. **3. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.** 4. El que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago y el que rechace de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo. 5. El que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva. 6. El que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva. 7. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso. 8. El que resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla. 9. El que resuelva sobre la oposición a la entrega de bienes, y el que la rechace de plano. **10. Los demás expresamente señalados en este código.**”* (Negritas fuera de texto).

A su vez, el artículo 167 del estatuto procesal vigente, prevé que la distribución de la carga de la prueba es susceptible de recurso, sin especificar que este sea de apelación, lo que lleva a inferir que se trata del recurso de reposición, que, por regla general, de conformidad con el artículo 318 ibídem, es procedente ante cualquier providencia judicial.

CASO CONCRETO

1-. Viene de explicarse que, la prueba de oficio obedece en este caso a la necesidad de ella para un mejor proveer, necesidad que surge de la naturaleza de la prueba decretada y del conocimiento limitado del juez en asuntos contables requeridos para el caso bajo estudio.



RAMA JUDICIAL
REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO CIVIL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO

También se expuso, que existe diferencia entre los conceptos Honorarios de pericia y gastos. Últimos que fueron los fijados en el auto recurrido.

Para finalmente enseñar que se fijaron a cargo de la parte que se encuentra en mejor posición de asumirlos por cuanto el extremo demandante se halla amparado por pobre.

2-. En el presente caso, se duelen los recurrentes de haberse ordenado a su cargo como demandados sin haber solicitado la prueba, mediante auto del 28 de agosto de 2020, sufragar el pago de los gastos provisionales de la pericia allí dispuestos, asignados a la perito contador, con el fin de llevar a cabo el dictamen pericial decretado de oficio mediante providencia del 10 de marzo de 2020.

Bien, bajo la explicación de conceptos que en precedencia se realizó, debe advertirse que el principio de la carga de la prueba, es un postulado general que admite excepciones, bien por tratarse de una necesidad lógica, o *“por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona”*⁵. De tal suerte, en ocasiones se debe reasignar la responsabilidad de la carga de la prueba, *“no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo”*⁶.

En el caso concreto, la decisión obedece a garantizar el principio de lealtad procesal, así como a criterios de colaboración, justicia y equidad⁷, con el fin de lograr la evacuación y recaudación de los elementos

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1993.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 2016.

⁷ Corte Suprema de Justicia, sala civil, Sentencia del 30 de enero de 2001, Expediente 5507.



RAMA JUDICIAL
REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO CIVIL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO

probatorios que son requeridos por la funcionaria para proferir una decisión de fondo considerada como la más acertada.

De otro lado, los gastos de la pericia, solo permiten que la misma se pueda llevar a cabo, pero de forma alguna retribuye la labor encomendada al auxiliar como lo plantea la parte recurrente en su escrito, la decisión atiende entonces, a razones de orden económico que impiden que la **carga de la prueba** pueda ser cumplida por ambas partes al ser dispuesta de forma oficiosa, por lo que, siendo deber del juez impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, esta instancia encuentra que fue necesario ordenar su observancia a la parte demandada quien debe realizar el pago de los gastos de la perito contadora, quien a su vez debe soportar los mismos, pues de no hacerlo, debe reponer el dinero, como lo dispone el art. 230 del C. G. del P.

3- En conclusión, acorde con lo expuesto, no se logra probar dónde radica el yerro en que incurrió el Despacho en el auto proferido el 28 de agosto de 2020, respecto a asignar los gastos de la pericia a cargo de los demandados quienes se encuentran en mejor posición económica de asumirlos, como se acaba de exponer. En ese orden de ideas, no hay lugar a reponer la decisión.

4- En lo que atañe al recurso de alzada promovido contra aquella decisión, debe rememorarse que solo está dispuesto para aquellas providencias que expresamente el legislador establece.

En el caso concreto, no existe normativa que disponga la apelación para el auto que fija gastos provisionales de pericia dispuesta de forma oficiosa. Basta con dar lectura al art. 321 del C. Adjetivo vigente, norma que consagra la apelación en general, y del art. 230 ibídem, norma especial, para concluir que ninguna consagra la posibilidad de recurrir por esa vía. Razón para que se deniegue por improcedente.



RAMA JUDICIAL
REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO NOVENO CIVIL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO

Sin necesidad de ahondar en más consideraciones, el **JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN**,

RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER el auto del 28 de agosto de 2020 que fijó gastos de la pericia a cargo de los demandados y designa nuevo auxiliar, por las razones expuestas.

SEGUNDO: NO CONCEDER el recurso de apelación por improcedente, según lo explicado en apartes anteriores.

TERCERO: Se insta a las partes y por secretaria del juzgado, para realizar la comunicación del nombramiento a la auxiliar.

CUARTO: Se incorpora y se da traslado por el término de tres (03) días a las partes del informe rendido por la DIAN, que fue ordenado en auto del del 10 de marzo de 2020.

NOTIFÍQUESE

YOLANDA ECHEVERRI BOHÓRQUEZ

JUEZ

LZ

Firmado Por:

YOLANDA ECHEVERRI BOHORQUEZ

**JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 009 CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**

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: **66e4800363bf126ffe181d28dc31e05cdf929287a56f1307f1ea51ffe6818368**

Documento generado en 26/10/2020 04:54:37 p.m.