

ASUNTO DECIDE RECURSO DE APELACION
PROCESO DECLARATIVO ESPECIAL DIVISORIO
DEMANDANTE ANDRES IDROBO FERNANDEZ
DEMANDADO CATALINA IDROBO SALAZAR
RADICACION 19001-4189003-2020-00147-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO POPAYAN CAUCA

CATORCE DE FEBRERO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023)

Pasa a despacho el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandada dentro del proceso declarativo especial DIVISORIO radicado al número 190014189003 2020 00147 01, de FABIAN ANDRES IDROBO FERNANDEZ contra CATALINA IDROBO SALAZAR Y VALERIA MUÑOZ IDROBO.

EL AUTO RECURRIDO

Mediante providencia de 29 de agosto de 2022, el Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Popayán decreto conforme las previsiones del artículo 411 del C.G.P. la venta en pública subasta del bien inmueble ubicado en la carrera 23 Nro 7-27 Barrio Jose Maria Obando, con ficha catastral Nro. 01 050 140 00 37 000, identificado con matrícula inmobiliaria 120-4497 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán y de propiedad de FABIAN ANDRES IDROBO FERNANDEZ, CATALINA IDROBO SALAZAR Y VALERIA.

APELACION

Nos señala el recurrente como motivos de inconformidad que la demanda presentada por el señor Fabián Idrobo, allego una experticia suscrita por el señor ABEL VEGA, persona que no se encuentra inscrito o registrado en el Registro Abierto de Valuadores (RAA), lo que indica que el escrito presentado por el señor VEGA ENCARNACION, no es un avalúo, por cuanto el citado señor VEGA no es una persona autorizada para esta clase de peritajes o avalúos de conformidad con la ley 1673 de 2013, así las cosas la parte demandante no cumplió con la obligación de presentar el avalúo tal como lo dispone el parágrafo del artículo 406 que consagra: En todo caso el demandante deberá acompañar un dictamen pericial que determine el valor del bien, el tipo de división que fuere procedente, la partición, si fuere el caso, y el valor de las mejoras si las reclama.

Reitera que por tal circunstancia se solicitó al despacho rechazar la demanda, por no cumplir con los presupuestos del artículo 82 y 90 del Código General del Proceso.

Que celebrada la diligencia para contradicción del dictamen el 29 de Julio de 2022, el señor Juez decreto de oficio prueba pericial designado a la perito VILMA DUYMOVIC, con el objeto de determinar ante las posiciones extremas de las partes en conflicto si el bien era divisible o no, considera el apoderado recurrente que al haberse decretado el dictamen pericial como prueba de oficio el juez de conocimiento rompió la

ASUNTO DECIDE RECURSO DE APELACION
PROCESO DECLARATIVO ESPECIAL DIVISORIO
DEMANDANTE ANDRES IDROBO FERNANDEZ
DEMANDADO CATALINA IDROBO SALAZAR
RADICACION 19001-4189003-2020-00147-01

imparcialidad con el argumento de que había dudas en si el bien es divisible o no.

Considera también que la sola afirmación no lo faculta para decretar prueba de oficio en este tipo de procesos, por cuanto la carga probatoria es exclusivamente de la parte (demandante), por cuanto el dictamen pericial se exige como un requisito especial de la demanda. Considera también, que los Jueces tienen la obligación de garantizar el equilibrio entre las partes, el uso de las facultades oficiosas de las pruebas no puede corregir la inactividad probatoria de la parte, más aún cuando el dictamen es requisito indispensable para la presentación de la demanda, en este caso.

Trae a colación la sentencia T-615-19 la Corte Constitucional expresa *“En suma, los jueces civiles no deben suplir la carga de las partes de probar los hechos que fundamentan el efecto jurídico que persiguen. Si una parte estaba en mejores condiciones para probar y no lo hizo dentro de sus oportunidades procesales, el juez no puede suplir la carga probatoria de esa parte decretando pruebas de oficio. Para la Corte, en esas circunstancias puede configurarse un defecto procedimental absoluto.”*

Consideró también el recurrente, que la prueba así decretada es nula en cuanto es obtenida con violación al debido proceso pues de acuerdo con el art. 164 C.G.P, toda decisión judicial se debe fundar en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y que de otra parte y sin que con ello signifique que se está aceptando el dictamen presentado como prueba de oficio, se tiene que la perito evaluadora no sustento dicho peritaje del bien inmueble, y se dedicó a manifestar que todos los soportes estaban en el expediente, sin identificar el predio plenamente, y solamente describió unas construcciones y manifestó que supuestamente unas estaban en mal estado, que el experticio carece de sustento, además no se aportó prueba alguna del estudio de mercado, y no se anexo escritura que demuestre ventas recientes en la zona, lo que indica que el dictamen no cumple los parámetros legales para ser tenido en cuenta; trae a colación el artículo 164 del C.G.P. para señalar que una prueba es regular y oportunamente allegada a la actuación cuando cumple con las exigencias establecidas en la Ley, además señala que el art. 226 CGP inc. 4, dispone: “El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y experiencia del perito”.

La parte demandante surtido el traslado del recurso de apelación se manifestó conforme con la decisión que decreto la venta

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

PRESUPUESTOS PROCESALES

Por factor de competencia este despacho es competente para conocer del recurso de apelación formulado contra la providencia de fecha 29 de agosto de 2022

PROBLEMA JURIDICO

ASUNTO DECIDE RECURSO DE APELACION
PROCESO DECLARATIVO ESPECIAL DIVISORIO
DEMANDANTE ANDRES IDROBO FERNANDEZ
DEMANDADO CATALINA IDROBO SALAZAR
RADICACION 19001-4189003-2020-00147-01

Le era permitido al juez de conocimiento decretar prueba pericial de oficio cuando en el trámite de contradicción del dictamen se demostró que el perito ABEL VEGA ENCARNACION no probó su idoneidad y registro en LA RAA, para sustentar su experticia a la luz de los preceptos normativos contenidos en los artículos 226 y 406 del C.G.P. y si con el decreto y práctica de la prueba DECRETADA DE OFICIO se vulneraron los principios constitucionales de imparcialidad y debido proceso. Y si ello afectó la validez de la providencia que ordena la providencia que ordena la venta en pública subasta del bien inmueble objeto del proceso, o si por el contrario la actuación del señor Juez de conocimiento se ajusta a las preceptivas normativas que rigen el proceso divisorio, como a los requisitos de admisibilidad de la demanda y viabilidad de decretar prueba pericial idónea que no fue aportada en la oportunidad procesal.

Para resolver el recurso interpuesto, debemos partir de la afirmación de que no se cumple con el requisito señalado en el inciso tercero del artículo 406 del CGP., dado que la demandante solicitó tener como prueba el avalúo comercial del inmueble realizado por el señor ABREL VEGA ENCARNACION el cual no constituye prueba documental ni pericial, toda vez que, no obra en debida forma la acreditación de la idoneidad del perito en los términos del artículo 226 del CGP y no puede pedir se designe perito por que se toma improcedente el decreto del medio de prueba invocado, argumento que apoya en el artículo 227 del CGP, en el sentido de que la parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas, dictamen que deberá ser emitido por institución o profesional especializado. Razona que no podrá solicitarlo en el curso del proceso al ser imperativo el requisito de la demanda de acompañar un dictamen pericial (art. 406 C.G.P. inciso final) y que no es suficiente para que constituya dictamen,

CONSIDERACIONES ESPECIALES

El Código Civil regula LA COMUNIDAD como la forma de propiedad sobre un objeto singular o universal, en el que un número plural de personas tiene derecho común y *pro indiviso* sobre el bien correspondiente. Esta comunidad se clasifica como un cuasi contrato, debido a que sus miembros no celebraron un contrato de sociedad u otra convención relativa al objeto sobre el que recae la copropiedad. Aunque los comuneros pueden obrar individualmente, por ejemplo, a través de la facultad de adquirir deudas, lo cierto es que la existencia misma de la comunidad, al involucrar derechos concurrentes, tiene un impacto en el goce de la propiedad y del ejercicio de la autonomía individual con respecto al objeto, y puede generar limitaciones económicas, en tanto se somete la destinación del objeto a una voluntad colectiva.

en atención a estas implicaciones, el ordenamiento jurídico prevé el **derecho de división**. El artículo 2334 *ibídem* autoriza a cualquiera de los comuneros a pedir la división material de la cosa común o, si esta no es posible, su división mediante la venta y la consecuente repartición del producto. Igualmente, se precisa que, además de la imposibilidad material -por destrucción de la cosa o porque todos los derechos se reúnen en una sola persona- la comunidad

ASUNTO DECIDE RECURSO DE APELACION
PROCESO DECLARATIVO ESPECIAL DIVISORIO
DEMANDANTE ANDRES IDROBO FERNANDEZ
DEMANDADO CATALINA IDROBO SALAZAR
RADICACION 19001-4189003-2020-00147-01

termina por la división del haber común, Por último, el artículo 1374 *ejusdem* establece, en lo que respecta a la herencia, que ninguno de los coa signatarios de una cosa universal o singular será obligado a mantener la comunidad, salvo que pactaran indivisión.

Los estatutos procesales en materia civil han consagrado, de manera específica, el procedimiento que permite materializar el derecho de división. El Código General del Proceso en su artículo 406 reitera que *"Todo comunero puede pedir la división material de la cosa común o su venta para que se distribuya el producto"* y prevé un trámite declarativo especial cuyo objeto se circunscribe a la división material o la venta del bien para distribuir el producto entre los condueños, y el reconocimiento de las mejoras plantadas en vigencia de la comunidad. En atención a estas pretensiones específicas, los presupuestos materiales para el desarrollo del proceso corresponden a:

- la existencia de un número plural de personas; y
- la titularidad del derecho de dominio común sobre un objeto.

Por esta razón, es un presupuesto del procedimiento la prueba de la calidad de condueños.

Tanto el derecho de división, como los mecanismos judiciales para hacerlo efectivo, responden a importantes valores constitucionales relacionados con la autonomía de la voluntad, la libertad de asociación y el derecho a la propiedad.

Como es suficientemente conocido, para hacer efectivo el derecho de los comuneros a no permanecer en la indivisión de la cosa común, el Código General del Proceso regula de manera específica lo atinente a los procesos divisorios en el Título III De los Procesos Declarativos Especiales, Capítulo II (artículo 406 a 418) preceptivas destinadas a fijar las reglas atinentes a la división material y venta del bien.

Conforme a lo anterior, están legitimados para impetrar la petición de partición material, o, de no ser esto posible, su división ad valorem, como expresamente se consagra en el artículo 411 del Código General del Proceso, cualquiera de los comuneros que acredite ser titular del derecho de dominio de una cuota parte, la reciente legislación le impone al demandante «acompañar un dictamen pericial que determine el valor del bien, el tipo de división que fuere procedente, la partición, si fuere el caso, y el valor de las mejoras si las reclama» (Artículo 406 C.G.P.).

Al admitirse la demanda, el juez debe ordenar correr traslado al accionado por diez (10) días, y si se trata de bienes sujetos a registro dispondrá su inscripción.

El demandado por su parte podrá controvertir el dictamen cuando no estuviere de acuerdo con él.

Si el demandado no está de acuerdo con el dictamen allegado por su contraparte, podrá aportar otro o solicitar que el perito sea convocado a audiencia para interrogarlo. y si el caso es de oponerse a la pretensión de división, deberá alegar pacto de indivisión al contestar la demanda, de lo contrario el Juez decretará la división material o por venta, según la que proceda, mediante auto.

ASUNTO DECIDE RECURSO DE APELACION
PROCESO DECLARATIVO ESPECIAL DIVISORIO
DEMANDANTE ANDRES IDROBO FERNANDEZ
DEMANDADO CATALINA IDROBO SALAZAR
RADICACION 19001-4189003-2020-00147-01

Como ha quedado visto, el trámite probatorio que inspira el art. 406 numeral 3, se mutó, para exigirle al accionante, que desde un comienzo, con su escrito propulsor, acompañe el correspondiente dictamen, contentivo de los datos señalados en el inciso 3° del artículo 406, experticia que puede ser rebatida por el demandado, mediante la presentación de otra o pidiendo que se cite al perito para interrogarlo sobre aspectos concernientes al predio, su división y avalúo, en este sentido es acertada la argumentación de la parte demandada en cuanto que ésta va dirigida a demostrar que el dictamen pericial es un anexo que se exige al demandante del proceso divisorio, y con respecto al cual no proceden medidas que exoneren o distribuyan esa carga.

Sustento que se deriva de la literalidad de la disposición prevista en el art 406 del c.g.p. en cuyos términos se prevé la obligación “deberá” no permiten derivar excepciones a esa carga procesal, propia podríamos decirlo de la parte demandante.

De otra parte, tenemos que la facultad de distribuir la carga de la prueba en cabeza del juez, prevista en el artículo 167 del CGP, no es aplicable en tratándose de los procesos divisorios, por cuanto el dictamen pericial se exige como un requisito especial de la demanda, en este sentido al presentarse una demanda sin el anexo ordenado por la ley según el artículo 90 # 2 *ibídem* genera su inadmisión.

De otra parte, en el trámite de división se imponen los criterios de respeto por los derechos previstos en los artículos 29 y 229 superiores, tanto en la definición del proceso como en el desarrollo de los trámites judiciales. Ya que las actuaciones relacionadas con la división material o la venta de la cosa común deben estar orientadas por una lectura de las reglas procesales acorde con los principios constitucionales, sin olvidar que a partir del año 2016, inició a operar en el país el Registro Abierto de Avaluadores (RAA), sin embargo, todavía muchos abogados desconocen la Ley 1673 de 2013, por la cual se reglamentó la actividad del avaluador en Colombia, razón por la que siguen contratando a profesionales no inscritos en el RAA, con lo cual asumen el alto riesgo de que alguien, en medio de un proceso o litigio, sí esté muy bien enterado y constate que dicho “perito” no está inscrito o que, aunque pueda que sí, no lo esté en la categoría necesaria, pueda solicitar la invalidación de la actuación, en cuanto que el informe pericial debe reunir al menos los 10 requisitos establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso.

Así, entonces conforme la norma 406 del C.G.P. que establece que el demandante del proceso divisorio debe aportar, como anexo de la demanda, un dictamen pericial, exigencia que corresponde a la parte demandante 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.

ASUNTO DECIDE RECURSO DE APELACION
PROCESO DECLARATIVO ESPECIAL DIVISORIO
DEMANDANTE ANDRES IDROBO FERNANDEZ
DEMANDADO CATALINA IDROBO SALAZAR
RADICACION 19001-4189003-2020-00147-01

No correspondiendo entonces al juez de la causa decretar la prueba que era carga exclusiva de la parte demandante, para lo cual se tare a colación la manifestación de la Sala Civil, al reiterar su posición sobre la actitud del funcionario judicial frente a su deber oficioso en materia probatoria, recordando las implicaciones del comportamiento de las partes dentro del proceso. En este sentido, recordó que la facultad-deber del juez del decreto oficioso de pruebas no surge como una obligación de juzgador, sino como director de la controversia, que no puede contravenir el equilibrio procesal, pues debe mantenerse la carga probatoria de cada uno de los sujetos que intervienen en el litigio (M.P. Margarita Cabello Blanco)

Evidentemente la prosperidad del primero de los ataques a la decisión de primera instancia, derrumba las decisiones adoptadas por el juzgador en el auto apelado, siendo necesario que se rehaga la actuación, lo cual releva a este despacho judicial de ocuparse del estudio de los demás reparos formulados por la parte apelante, como que de lo decidido por el Juzgador de primer grado respecto de la admisión de la demanda dependerán las decisiones o actuaciones consecuenciales que se deban adoptar en el proceso, de ahí que deba declararse la nulidad de lo actuado inclusive del auto que admitió la demanda debiendo el juzgador de primera instancia entrar conforme el control de legalidad disponer nuevamente de su admisibilidad, en aras de garantizar a las partes el debido proceso.

Por lo brevemente expuesto EL JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYAN

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR, la nulidad del proveído calendado 29 de agosto de 2022, dictado dentro del proceso divisorio incoado por el señor FABIAN ANDRES IDROBO FERNANDEZ contra CATALINA IDROBO y VALERIA MUÑOZ IDROBO, como consecuencia de esta determinación se ordena al juez de instancia que en ejercicio del principio de control de legalidad revise la legalidad del auto que admitió la demanda y las actuaciones posteriores que de esta se derivaron con el fin de que adopte las decisiones a que haya lugar previo estudio de los requisitos de admisibilidad de la demanda presentada

SEGUNDO: SIN COSTAS

NOTIFÍQUESE

La Juez,



ASTRID MARIA DIAGO URRUTIA

ASUNTO DECIDE RECURSO DE APELACION
PROCESO DECLARATIVO ESPECIAL DIVISORIO
DEMANDANTE ANDRES IDROBO FERNANDEZ
DEMANDADO CATALINA IDROBO SALAZAR
RADICACION 19001-4189003-2020-00147-01

NOTIFICACION

La presente providencia se notifica
por anotación en estado electrónico
No. 023, hoy 15 de febrero de 2023 a
las 08.00 a.m.

ANA RAQUEL MARTINEZ DORADO
Secretaria