<u>INFORME Y A DESPACHO:</u> 3 de agosto de 2022.-

En la fecha paso el presente Proceso Divisorio- Venta de bien común, a la mesa de la señora Juez informándole, que dentro del mismo la apoderada judicial de la parte demandante solicita aclaración del auto 194 del 7 de junio de 2022, mediante el cual se designó perito para que realizara dictamen pericial ordenado de oficio y la parte demandada solicita al Despacho mantener la decisión de la prueba así ordenada. **SIRVASE PROVEER.**

La Secretaria,

Claudia Perafán Martínez

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL DE TIMBIO –CAUCA
Código 198074089002

Auto Interlocutorio: 254
Proceso: DIVISORIO- VENTA DE BIEN COMÚN
Radicación: 2020-00120-00
Demandante: GLORIA INÉS GONZÁLEZ DE ASTAIZA Y OTROS
Demandados: GLORIA XIMENA GONZÁLEZ BARREDA Y VICTOR HUGO GONZÁLEZ BARREDA

Timbío, Cauca, tres (3) de agosto de dos mil veintidós (2022)

OBJETO DE ESTUDIO:

Pasa a Despacho el proceso de la referencia, informando que la Dra. SILVIA FERNÁNDEZ FERNANDEZ, apoderada judicial de la parte demandante, solicita se aclare el auto 194 del 7 de junio del año en curso, mediante el cual se nombró perito para que realizara el dictamen pericial ordenado de oficio en auto No 37 del 14 de febrero de 2022, por lo que considera vulnerado el debido proceso, ya que se le concede la facultad de valoración a un perito sobre unas mejoras referidas por los demandados, cuando al tenor de la contestación de la demanda, esta no cumple con la carga exigida y consagrada en el Artículo 412 del Código General del Proceso, ni estimadas bajo juramento conforme al Artículo 206 del C.G.P., ni tampoco acompañó el dictamen pericial exigido por la norma.

Por su parte, el Dr. ENRIQUE GARCIA CARVAJAL, apoderado judicial de los demandados, se pronunció al respecto, manifestando que no se está quebrantando el ordenamiento procesal, por el hecho de que el juez haya decretado una prueba de oficio que de pronto era de la incumbencia de las partes, pues se sabe, que éste cuenta con esa facultad a fin de lograr el esclarecimiento de los hechos objeto de la controversia conforme al Artículo 170 del C.G.P. Con respecto a que era deber de sus representados relacionar todos y cada uno de las mejoras al igual que fijar el avalúo, si es que pretende su reconocimiento, afirma que tal pretensión no hizo parte de la contestación de la demanda, solo se enunciaron en orden a poner en conocimiento del Despacho que no todas las mejoras hechas al inmueble provienen de los demandantes, tal como se lo atribuyeron con el único propósito de disminuir la participación que sobre el bien inmueble tienen los demandados, por lo que no considera irregular que el Juzgado quiera conocer la verdad sobre las mejoras hechas por los demandantes y su valor y cuales les corresponden a los demandados, por lo que solicita, no acoger la solicitud de la parte demandante y abstenerse de modificar el auto que ordenó la prueba de oficio.

ANTECEDENTES PROCESALES

1º. Mediante auto 37 del 14 de febrero de 2022, una vez descorrido el término de traslado de la demanda inicial y de la contestación, se decretaron las pruebas allegadas y solicitadas por las partes y se decretó de oficio la práctica de un dictamen pericial al inmueble identificado con M.I No. 120-61846 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán, ubicado en el Municipio de Timbío, para que determine el valor de las mejoras realizadas al predio objeto de litigio, tanto de la parte demandante como las referidas por los demandados.

2º. La apoderada judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación contra el auto que decretó el dictamen de oficio, solicitando se modificara el numeral sexto del proveído excluyendo del ejercicio pericial, las mejoras referidas respecto de la parte demandada.

3º. En auto 055 del 22 de febrero de 2022, el Despacho resolvió no conceder el recurso de apelación por improcedente.

4º. Mediante auto 194 del 7 de junio de 2022, se aceptó la justificación presentada por el ingeniero Hugo Ordóñez, quien había manifestado al Juzgado, no adelantar la elaboración del dictamen, al no contar con Registro Abierto de Avaluadores, designándose al ingeniero civil Virgilio Alonso Galvis Paz. Auto notificado en estado No. 048 del 8 de junio de 2022.

5º. En escrito del 17 de junio del año en curso, la apoderada judicial de la parte demandante solicitó se aclarara el auto antes mencionado, en relación con el nombramiento del perito que realizaría el dictamen pericial de oficio, por cuanto considera se continúa vulnerando el debido proceso.

CONSIDERACIONES:

El Artículo 285 del C.G.P., sobre la aclaración de sentencias y autos, establece:

"*La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella.*

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración".

Conforme a la normatividad antes transcrita, no es procedente acceder a la solicitud de aclaración del auto 194 del 7 de junio de 2022, notificado en estado 048 del 8 de junio del año en curso, por cuanto la petición elevada por la parte, se realizó fuera del término de ejecutoria del auto que feneció el 13 de junio de 2022 y la solicitud fue presentada el 17 de junio de los corrientes.

Sin embargo, estudiado y revisado cuidadosamente el proceso, bajo la normatividad aplicable al proceso, encuentra este Despacho Judicial que no era procedente el decreto de la prueba de oficio consistente en la elaboración de un dictamen pericial al inmueble identificado con M.I No. 120-61846 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán, ubicado en el Municipio de Timbío, para que determinara el valor de las mejoras realizadas al predio objeto de litigio, tanto de la parte demandante como las referidas por los demandados.

Al respecto, el Código General del Proceso, establece en el Artículo 406:

"*Todo comunero puede pedir la división material de la cosa común o su venta para que se distribuya el producto.*

La demanda deberá dirigirse contra los demás comuneros y a ella se acompañará la prueba de que demandante y demandado son condueños. Si se trata de bienes sujetos a registro se presentará también certificado del respectivo registrador sobre la situación jurídica del bien y su tradición, que comprenda un período de diez (10) años si fuere posible.

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".

A su vez, en el Artículo 412 contempla:

"*El comunero que tenga mejoras en la cosa común deberá reclamar su derecho en la demanda o en la contestación, especificándolas debidamente y estimándolas bajo juramento de conformidad con el artículo 206, y acompañará dictamen pericial sobre su valor. De la reclamación se correrá traslado a los demás comuneros por diez (10) días. En el auto que decrete la división o la venta el juez resolverá sobre dicha reclamación y si reconoce el derecho fijará el valor de las mejoras.*

Cuando se trate de partición material el titular de mejoras reconocidas que no estén situadas en la parte adjudicada a él, podrá ejercitar el derecho de retención en el acto de la entrega y conservar el inmueble hasta cuando le sea pagado su valor".

Entonces, de conformidad con la Ley 1564 de 2012, el comunero que tenga mejoras en el bien inmueble del litigio, debía reclamar su derecho en la demanda o en la contestación de la misma, especificándolas, estimándolas bajo juramento de conformidad con el Artículo 206 y acompañando dictamen pericial en caso de oponerse al juramento estimatorio realizado por la parte demandante respecto del valor dado a las mejoras; radicando el error, en el hecho de que, la parte demandada en la contestación de la demanda; si bien es cierto, hizo referencia a mejoras realizadas por sus representados, de manera alguna las especificó, ni realizó el juramento estimatorio acerca de su valor; tampoco se opuso al juramento estimatorio realizado por la parte demandante respecto del valor de las mejoras y que ello implicara la presentación del dictamen pericial, por lo que no le era dable al Juzgado decretar un dictamen pericial en aras de determinar mejoras y su valor, cuando los medios de prueba, su trámite y contradicción están descritos en la normatividad procesal civil, la cual es de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares.

La parte demandada tenía su oportunidad procesal para solicitarlas conforme al artículo 412 mencionado, por lo que se extinguió el derecho a solicitarlas, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de mayo de 1979: *"Si las mejoras no se alegan en dicha ocasión se perderán en beneficio de la comunidad y no podrá el comunero que las hizo reclamarlas en proceso posterior".*

Al respecto, el tratadista Hernán Fabio López Blanco, afirma que:

"*El Artículo 412 del C.G.P., en este aspecto contiene un grave error, al indicar que el comunero "deberá reclamar su derecho en la demanda o en la contestación especificándolas debidamente u estimándolas bajo juramento de conformidad con el art. 206 y acompañará el dictamen pericial sobre su valor" de ahí que si no se solicitan dentro de los plazos que la norma señala queda extinguido el derecho de las mismas.*

En efecto, es un contrasentido exigir el juramento estimatorio y además que se acompañe "un dictamen pericial sobre su valor", pues para establecer el valor está el medio de prueba denominado juramento estimatorio y es del abc del campo probatorio el viejo aforismo atinente a que la prueba no se prueba, tal como en este caso acontece.

No se puede perder de vista que el juramento estimatorio tiene la virtud de permitir que se tenga como probada la cuantía estimada, si la otra parte no la objeta, de modo que si esto ocurre será lo estimado la base para la cuantía de la condena de haber lugar a ella y está de sobra toda prueba con relación al punto.

Empero, debemos cuidarnos de admitir que se ha establecido inversión de la carga de la prueba, porque señala el art. 206 que "Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo", de ahí lo injurídico de exigir que se allegue dictamen pericial el cual está por entero de sobra, al menos en este momento procesal, porque si se presenta la cifra estimada y el demandado no la objeta se tendrá como establecida la misma, caso de que llegue a darse una sentencia condenatoria, pero el hecho de que no exista la censura por la parte demandada al monto, no conlleva que ese solo hecho implique allanamiento a la demanda, ni que se haya invertido la carga de la prueba.

Diferente es la hipótesis si se objeta el juramento estimatorio debido a que en este caso será dentro del traslado de dicha objeción que se debe adjuntar el dictamen pericial…" (Código General del Proceso Parte Especial. Dupre Editores. Bogotá. D.C- Colombia. 2017)

Por lo anterior, el Despacho considera que se trata de un asunto que puede y debe ser corregido en esta instancia, pues en caso contrario, es decir, tramitarse el proceso en esas condiciones, podría constituirse en una vulneración al debido proceso, al acceso a la administración de justicia e igualdad de las partes.

No se trata de hacer culto a los ritualismos en desmedro del derecho sustancial, por el contrario, lo que se procura es que el proceso avance sin contratiempos y con el fin de evitar nulidades y providencias inhibitorias.

Por lo tanto considera este Despacho oportuno enmendar la actuación y dar aplicación al control de legalidad (artículo 132 del Código General del Proceso) y teniendo como fundamento, además, pronunciamientos de la Corte Suprema de justicia, Corporación que frente al tema ha manifestado que: "*No es concebible que frente a un error judicial ostensible dentro de un proceso, no constitutivo de causal de nulidad procesal ni alegado por las partes, el juez del mismo proceso, a quo o su superior no pueda enmendarlo de oficio"*

"La actuación irregular de un juez en un proceso no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores, porque lo interlocutorio no puede prevalecer sobre lo definitivo" (Sentencia 23 Marzo de 1981, Sala de Casación Civil).

"El error inicial en un proceso no puede ser fuente de errores" (Auto 04 de Febrero de 1981, Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia)

Atendiendo la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que señala que la actuación irregular de un juez en un proceso no puede atarlo en forma tal que le permita o lo constriña a seguir cometiendo errores, y teniendo en cuenta que se ordenó en el auto interlocutorio 37 del 14 de febrero de 2022, una prueba de oficio, consistente en la práctica de un dictamen pericial al inmueble identificado con M.I No. 120-61846 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán, ubicado en el Municipio de Timbío, para que se determinara el valor de las mejoras realizadas al predio objeto de litigio, tanto de la parte demandante como las referidas por los demandados, se hace necesario dejar sin efecto el numeral sexto del referido auto.

Por otra parte, y en aras de continuar con el trámite del proceso, de conformidad con el Artículo 409 del C.G.P., dado que la parte demandada propuso como excepción "Pacto de Indivisión" y solicitó que se citara al perito que realizó el dictamen pericial presentado por la parte demandante para interrogarlo, se hace necesario convocar a audiencia, señalando el día TREINTA Y UNO (31) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIDOS (2022) A LAS 9:30 AM; la que se realizara por el medio virtual, con la aplicación utilizada https://call.lifesizecloud.com/, por la Rama Judicial; para tal efecto, previamente se enviará a las partes el link respectivo, mediante el cual ingresarán a la audiencia en la fecha programada, a través del correo electrónico del Despacho j02prmtimbio@cendoj.ramajudicial.gov.co, donde se agotarán las etapas de:

a.- Practica de pruebas ordenadas en auto 37 del 14 de febrero de 2022
b.- Rendición y contradicción del dictamen
c.- Resolverá sobre la venta del bien inmueble
d.- Resolverá sobre la excepción de "Pacto de Indivisión"
e.- Resolverá sobre el reconocimiento de mejoras

Por lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE EL TAMBO, CAUCA,

R E S U E L V E:

PRIMERO: Dejar sin efecto jurídico, el numeral sexto del auto 37 del 14 de febrero de 2022, en el que se ordenó prueba de oficio, consistente en la práctica de un dictamen pericial al inmueble identificado con M.I No. 120-61846 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán, ubicado en el Municipio de Timbío, para que se determinara el valor de las mejoras realizadas al predio objeto de litigio, tanto de la parte demandante como las referidas por los demandados, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: SEÑALAR el día **TREINTA Y UNO (31) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIDOS (2022) A LAS 9:30 AM** para llevar a cabo la AUDIENCIA establecida en el Artículo 409 del C.G.P., donde se evacuarán las siguientes etapas:

a.- Practica de pruebas ordenadas en auto 37 del 14 de febrero de 2022
b.- Rendición y contradicción del dictamen
c.- Resolverá sobre la venta del bien inmueble
d.- Resolverá sobre la excepción de "Pacto de Indivisión"
e.- Resolverá sobre el reconocimiento de mejoras

TERCERO: Las partes, sus apoderados judiciales, perito, testigos, serán informados oportunamente, vía correo electrónico o whatsapp, del link o Id, con el cual pueden unirse a la audiencia, con las prevenciones de las consecuencias por su inasistencia.

NOTIFIQUESE

La Juez,

MARIA ELENA MUÑOZ PAZ
JUEZ

JUZGADO SEGUNDO PROMISCUO MUNICIPAL DE TIMBIO– CAUCA
Notificación por estado electrónico

El auto anterior se notifica por anotación en el estado N° 069 del 4 de agosto de 2022

Claudia Perafán Martínez
SECRETARIA