

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA – SALA CIVIL/FAMILIA

M.P. Dra. Mery Esmeralda Agón Amado

E. S. D.

REFERENCIA: Proceso verbal de mayor cuantía de C.R. PARK 200 P.H. contra GRUPO DOMUS S.A.S.

Radicación: 2017 – 00369 – 02

MARIO NOVA BARBOSA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.518.242 expedida en la ciudad de Bucaramanga, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 239.130 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de representante legal de la sociedad **MONSALVE ABOGADOS S.A.S.**, Nit. 900.018.581-1, actuando en mi calidad de apoderado de la parte demandante dentro del proceso de la referencia, con fundamento en los artículos 318, 320 y 331 del C. G. del P., respetuosamente me permito interponer **RECURSO DE REPOSICIÓN y, en subsidio, SÚPLICA, contra el auto de fecha 04 de marzo de 2021**, con fundamento en las siguientes consideraciones:

TÉRMINO PARA INTERPONER EL RECURSO

El auto que es objeto de presente recurso de reposición y en subsidio súplica, en el evento que el mismo sea confirmado por el despacho a su digno cargo, fue emitido el pasado 04 de marzo de 2021 y notificado en lista de estados electrónicos el día 05 de marzo hogaño, por lo cual el término para presentar firmeza del mismo es el día de hoy, 10 de marzo de 2021, conforme lo establece el artículo 318 del Código General del Proceso, encontrándonos entonces dentro del tiempo procesal pertinente para su interposición.

DE LAS DECISIONES DEL AUTO QUE SE REPONE

Si bien en el “RESUELVE” del auto del 04 de marzo de 2021 se hace referencia a una sola decisión con sus pormenores y detalles - decretar, de oficio, un dictamen pericial -, en realidad se están adoptando dos (2) decisiones y así se hace saber en la parte motiva del auto; **i) primero**, la magistrada sustanciadora se pronuncia sobre el “IMPEDIMENTO DE LA PERITO”, realizando un análisis de los artículos 235 y 141 del C. G. del P. y de la decisión del juez de primera instancia, para concluir que *“como la perito es hermana del apoderado judicial de la parte demandante y el dictamen fue presentado en interés de esta parte y para demostrar los hechos en que fundamenta la(sic) pretensiones de la demanda, es claro el impedimento y por tanto no puede aceptarse el dictamen,”* (subrayado y negrilla fuera de texto), es decir, **la magistrada sustanciadora, aunque no hace referencia a ello en la parte resolutive, está RECHAZANDO una prueba presentada, valorada y debidamente practicada, que fue apreciada en la primera instancia, en su integridad y QUE SE INSTITUYÓ COMO BASAMENTO**



Monsalve
Abogados

FUNDAMENTAL DEL FALLO, NO OSBTANTE LA ESTÁ EXCLUYENDO DEL PROCESO; ii) segundo, la magistrada sustanciadora, ahora sí expresamente, ordena, de oficio, la práctica de un dictamen pericial por los arquitectos y/o ingenieros de la Lonja de Propiedad Raíz de Santander.

Esta decisión la toma sin más y menos, bajo dos grandes argumentos, a saber:

El Despacho considera que esta tesis no es correcta, por las siguientes razones:

El perito le aporta al juez sus conocimientos científicos, técnicos y/o artísticos sobre hechos relevantes en el proceso, que en este caso se reducen a verificar la obra; determinar si existen (o no) vicios en la construcción; si existen, determinar su naturaleza [ruinógenos, estructurales, no estructurales, de los sistemas vitales.], el costo de su reparación, etc.

Se suele decir que el perito le presta sus ojos al juez para estudiar los temas que requieren especiales conocimientos que éste -se supone- no tiene. De ahí que el maestro DEVIS ECHANDÍA afirmara que "es mejor un perito único designado por el juez, que dos escogidos por las partes, y cuando el negocio sea de poco valor es preferible un solo perito para que el costo de la prueba no resulte desproporcionado."

Si ese es el aporte del perito al proceso, no debe existir en él sospecha de imparcialidad y, para que no quede duda alguna, el perito debe ser independiente y ajeno a las partes del proceso y, desde luego, a sus voceros judiciales.

El perito será imparcial si carece de todo interés en el proceso, si no tiene relación estrecha con alguna de las partes o sus apoderados, y será independiente, si sus estudios y conclusiones sobre el hecho tema de prueba no están subordinados a ningún interés diferente que al de la verdad de los hechos.

El perito será imparcial si carece de todo interés en el proceso, si no tiene relación estrecha con alguna de las partes o sus apoderados, y será independiente, si sus estudios y conclusiones sobre el hecho tema de prueba no están subordinados a ningún interés diferente que al de la verdad de los hechos.

Dicho lo anterior, como la perito es hermana del apoderado judicial de la parte demandante y el dictamen fue presentado en interés de esta parte y para demostrar los hechos en que fundamenta la pretensiones de la demanda, es claro el impedimento y por tanto no puede aceptarse el dictamen.

Claro lo anterior, tenemos entonces que las decisiones de la señora MAGISTRADA que son objeto del presente reproche, son dos:

1. DEJAR SIN VALOR PROBATORIO ALGUNO y por ende rechazar y/o excluir del proceso el dictamen pericial presentado por la ingeniera Soljimena Monsalve Caballero.
2. DECRETAR DE OFICIO un nuevo peritaje con fundamento en el artículo 170 que contenga los requisitos exigidos en la misma providencia y para lo cual designó a la LONJA DE PROPIEDAD RAIZ DE SANTANDER.

ARGUMENTOS EN DERECHO DEL RECURSO

Los argumentos en los que se funda la presente oposición al auto proferido por la Honorable Magistrada, se enmarcan en cinco (5) grandes argumentos en el siguiente orden:

- 1) **VIOLACION AL DEBIDO PROCESO POR HABERSE DECRETADO “UNA PRUEBA DE OFICIO” FUERA DE LA ETAPA PROCESAL PERTINENTE.**
- 2) **INEXISTENCIA DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO Y POR ENDE VIOLACION A LOS PRINCIPIOS DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA Y DE IGUALDAD DE ARMAS.**
- 3) **VIOLACION AL DEBIDO PROCESO POR DEJARSE SIN EFECTO UNA SENTENCIA DE INSTANCIA CON UN AUTO INTERLOCUTORIO.**
- 4) **INEXISTENCIA DEL IMPEDIMIENTO AL PERITO Y/O SUPERACION DEL MISMO POR NO HABERSE ALEGADO EN EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO.**
- 5) **VIOLACION AL DEBIDO PROCESO POR LA NO VALORACION EN CONJUNTO DE LAS PRUEBAS, DE ACUERDO CON LAS REGLAS DE LA LÓGICA Y SANA CRÍTICA.**

De manera subsidiaria:

- 6) **INDEBIDO NOMBRAMIENTO DE LA ENTIDAD QUE AHORA SE DESIGNA COMO PERITO E INTERÉS DIRECTO DEL APRODERO DE LA PARTE DEMANDADA EN LA MISMA ENTIDAD QUE GENERA RECUSACIÓN.**

Claro lo anterior procederemos a desarrollar cada uno de ellos.

- 1) **VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR HABERSE DECRETADO “UNA PRUEBA DE OFICIO” FUERA DE LA ETAPA PROCESAL PERTINENTE**

Al respecto tenemos claro que conforme al artículo 170 del Código General del Proceso¹, el juez tiene la facultad de decretar pruebas de oficio, no obstante el decreto de dicha prueba debe realizarse dentro de la etapa procesal pertinente, pues así lo prescribe expresamente la misma norma, cuando estableció “en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar”, claro lo anterior significa que el director del proceso (juez) debe respetar su propio orden del proceso y no puede después de haberse precluido cierta etapa del proceso, decretar una prueba de oficio.

Así las cosas, tenemos en el presente proceso que su señoría mediante auto del **25 de febrero de 2020**, **ADMITIÓ el RECURSO DE APELACION**, el cual quedo en firme hace más de un año.

¹ 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.

Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes

Ahora conforme lo consagra el artículo 327 del Código General del Proceso, se tiene que la facultad de decretar pruebas de oficio del señor magistrado, se da hasta la ejecutoria del auto que admite la apelación, y en caso de haberse decretado estas DEBEN SER PRACTICADAS en la audiencia de sustentación y fallo, pues así lo prevé expresamente el inciso segundo ibídem.

En consonancia con lo expresado en precedencia, se evidencia que dicha prueba de oficio fue decretada por su señoría un año después de haberse admitido el recurso de apelación, y encontrándonos ante la firmeza de dicha providencia, entendiéndose entonces que lo que procedía era haberse fijado fecha y hora para celebrarse audiencia de sustentación y fallo, no como ahora se hace un año después de la ejecutoria del auto que admite la apelación, decretar la prueba de oficio, lo cual resulta ser procesalmente improcedente.

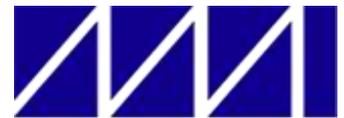
2) INEXISTENCIA DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO Y POR ENDE VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA Y DE IGUALDAD DE ARMAS.

Nuestra jurisprudencia constitucional ha desarrollado ampliamente la facultad que tiene el juez de decretar pruebas oficio de la siguiente manera:

“...En relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un presupuesto para la obtención de decisiones justas. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial”. El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes...” Sentencia SU768/14

No obstante, ha sido la misma Honorable Corte Constitucional, la que ha limitado dicha facultad en el sentido que la misma debe fundarse en los **principios de igualdad de las partes, la lealtad procesal, y sin afectar la imparcialidad e independencia del juez**, pues así lo dejo sentado en la sentencia T-615 de 2019, cuando expreso:

“...Estas facultades oficiosas del juez deben ejercerse de manera armónica con los principios que gobiernan la actividad judicial, es decir, como herramienta para garantizar la igualdad de las partes, la lealtad procesal, y sin afectar la imparcialidad e independencia del juez. A juicio de esta Sala, el decreto de pruebas de oficio en segunda instancia debe realizarse con el objetivo de buscar la verdad de los hechos objeto de debate, pero sin incurrir en la ruptura de las cargas procesales de las partes y sin corregir la actividad probatoria de quien ejerce o resiste la acción.



Monsalve
Abogados

Además, debe respetarse el equilibrio entre las partes y garantizar que la prueba sea adecuadamente controvertida. Ello es especialmente relevante cuando se trata de un medio de conocimiento practicado de oficio en segunda instancia, toda vez, que, prima facie, no existen medios procesales para atacar ampliamente dicha sentencia...”

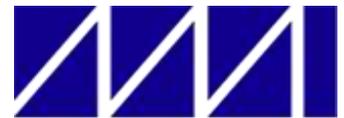
(..)

*No se trata de que el juez en sede de segunda instancia no pueda decretar pruebas de oficio, pues una tesis de ese tipo atenta contra la literalidad del artículo 170 del CGP. En sentido es que cuando acuda a esta institución procesal, tenga la precaución de (i) hacerlo con el adecuado cuidado a los principios de igualdad de las partes, y a los principios de neutralidad e independencia; y (ii) al verificar los hechos a través de la prueba de oficio, **debe abstenerse de vulnerar la carga dinámica de la prueba, y en esa medida, suplir inactividad procesal de las partes que estaban en mejor condiciones de aportar los documentos necesarios para descubrir la verdad de lo que se discute...”***

Así las cosas, nuestra alta Corte Constitucional limitó y estableció en el mismo fallo que para efectos jurisprudenciales, la actividad oficiosa del juez de instancia, debe reunir los siguientes requisitos:

*Tras reiterar el precedente constitucional, la Sala fija las siguientes reglas: (i) **como desarrollo del principio de igualdad material previsto en el artículo 13 Superior, los jueces tienen la obligación de garantizar el equilibrio de armas entre las partes enfrentadas ante un proceso; el uso de las facultades oficiosas de la prueba, no pueden implicar corregir la inactividad probatoria de apoderados negligentes, ni agudizar la asimetría entre las partes;** (ii) **en el mismo sentido, deben garantizar el respeto de los principios de independencia y autonomía y actuar de manera imparcial frente a las partes, impidiendo que se afecten la ecuanimidad del juez, siempre teniendo como faro, que su función es resolver la disputa;** (iii) **la parte que alega hechos que fundamentan su pretensión o excepción debe aportar los medios de prueba que permita llevar al juez el conocimiento sobre el mismo;** (iv) **no obstante, el juez tiene la facultad de alterar dicha carga, y exigir que una parte allegue el medio de prueba, a pesar que no alegó un hecho, solo en los casos en que busque determinar la verdad de los hechos, y realizar la igualdad material entre las partes***

***Finalmente; (v) cuando el juez de segunda instancia decreta de oficio una prueba, debe tener certeza de que no se afecta la igualdad de armas entre las partes, conforme a lo previsto en el Artículo 13 Superior. Es decir, que no incurra en la profundización de una asimetría real, o en una situación en la que pierda independencia y autonomía por corregir o subsanar el incumplimiento de una carga procesal de una de las partes;** y, finalmente, el juez permite que la contraparte ejerza el derecho de contradicción. Corresponde precisar que al momento de correr el traslado de una prueba decretada de oficio en segunda instancia, el juez debe ser especialmente cuidadoso al momento de hacerlo, pues no basta con que dé el espacio para que la contraparte controvierta la prueba, sino que, debe ser propositivo y buscar que de manera explícita todas las partes se pronuncien sobre el decreto y práctica de la prueba*



Monsalve
Abogados

Claro lo anterior procedamos entonces a enmarcar en el caso en marras si el auto de fecha del 04 de marzo de 2021, proferido por su Despacho, **cumple a cabalidad las reglas** dispuestas por nuestra Honorable Corte Constitucional:

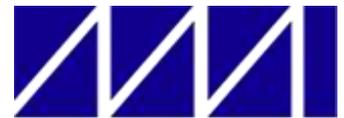
1) como desarrollo del principio de igualdad material previsto en el artículo 13 Superior, los jueces tienen la obligación de garantizar el equilibrio de armas entre las partes enfrentadas ante un proceso; el uso de las facultades oficiosas de la prueba, no pueden implicar corregir la inactividad probatoria de apoderados negligentes, ni agudizar la asimetría entre las partes

En el presente caso tenemos que el actual demandante es una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro denominada como CONJUNTO RESIDENCIAL PAK 200 sometida al régimen de la propiedad horizontal, regulado por la Ley 675 de 2001 y cuyo objeto es el de administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, manejar los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y cumplir y hacer cumplir la ley y el reglamento de propiedad horizontal conforme lo consagra el artículo 32 de la Ley 675 de 2001.

Y del otro lado, **COMO DEMANDADO** es la sociedad GRUPO DOMUS S.A.S., persona jurídica del sector privado, tienen como objeto social, conforme a sus estatutos sociales que constan en el documentos privado del 06 de Mayo de 2011 “...DESARROLLO DE TODAS LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA INGENIERÍA, LA ARQUITECTURA, LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDA, LOCALES COMERCIALES, OFICINAS, BODEGAS Y AFINES, DISEÑO, INTERVENTORÍAS, DIRECCIÓN, ESTUDIOS DE FACTIBILIDAD, PROGRAMACIÓN CONTROL, PROMOCIÓN, AVALÚO Y COMPRAVENTA DE TODO TIPO DE INMUEBLES...”, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bucaramanga.

Claro lo anterior, tenemos que en el presente proceso se presentó una demanda de responsabilidad civil contractual contra la sociedad GRUPO DOMUS S.A.S, cuyo basamento fue lo consagrado en un peritaje técnico realizado por la Ingeniera Sol Jimena Monsalve Caballero, donde esta profesional de la ingeniería debidamente acreditada, encontró ***serias irregularidades*** en cuanto a la calidad, idoneidad, seguridad y características inherentes a LAS ÁREAS COMUNES del Conjunto Park 2000 que data de **fecha del 19 de mayo de 2017, fecha en la cual no se HABIA PRESENTADO NI PROYECTADO NINGUNA DEMANDA JUDICIAL EN CONTRA DEL AQUÍ DEMANDADO.**

Posterior a ello, para el mes de noviembre de 2017, se presenta la demanda que da inicio a este proceso la cual fue notificada en debida forma al demandado quien, mediante apoderado judicial, contestó la demanda y propuso excepción de mérito, **SIENDO AQUÍ EL PRIMER MOMENTO en el que pudo el DEMANDADO HABER EJERCIDO el derecho de defensa y contradicción, procediendo a objetar el peritaje**, lo cual no ocurrió, pronunciándose simplemente la contraparte en el sentido que dicho informe profesional y técnico no resultaba idóneo, por el huérfano argumento que la perito que lo realizó (PREVIO A LA DEMANDA) resultó ser la hermana del apoderado que inicialmente representaba los intereses de la parte demandante, siendo lo correcto y en la oportunidad procesal pertinente haber **APORTADO OTRO DICTÁMEN y/o SOLICITAR LA COMPARECENCIA DEL PERITO A LA AUDIENCIA DEL**



Monsalve
Abogados

ARTICULO 372 O AMBAS, tal como lo consagra el artículo 228 del CPG², no obstante el demandado en dicha etapa guardo silencio y no se limitó mas que “DESVIRTUAL EL PERITAJE” con la tesis del impedimento que existía entre la perito y abogado, y que el MISMO NO HABIA SIDO ANEXADO puesto que el CD que contenía el mismo no se encontraba el archivo y tampoco de manera física, lo cual se pudo verificar que el CD por errores técnicos no grabo la respectiva información.

No obstante, el DEMANDADO ya conocía los hechos de la demanda y era su deber haber intentado mediante los medios de prueba haber ejercido el derecho de contradicción sobre el mismo (se reitera). Por otra parte nunca puso este **en duda LA PROFESIONALIDAD DEL PERITO O LA IMPROCEDENCIA** del mismo por ERROR o cualquier otro argumento técnico, para lo cual pudo haber hecho uso de la herramienta procesal probatoria como lo que prevé el artículo 227 del CGP como lo es la presentación de un peritaje TECNICO ya fuere de otro profesional idóneo o de una institución que conociera sobre los temas ingenieriles objeto del informe técnico que, se reitera, brillaron por su ausencia en el trámite del proceso.

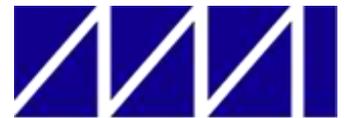
Seguidamente el ABOGADO MONSALVE **SUSTITUYE EL PROCESO** y una nueva apoderada, la DRA. TANIA ELVIRA GÓMEZ CHAMORRO, presenta la **REFORMA DE LA DEMANDA**, el 02 de mayo de 2019, momento procesal **en donde se incorpora legalmente y en debida forma el peritaje realizado por la Ingeniera Sol Monsalve como prueba (circunstancia que será desarrollada más adelante sobre la no existencia de la recusación)**, del cual como así lo estatuye le ley procesal civil, NUEVAMENTE SE CORRE TRASLADO DEL MISMO EN FÍSICO AL DEMANDADO, quien **DE MANERA REITERATIVA GUARDA SILENCIO AL RESPECTO**, y se limita a copiar prácticamente la contestación de la demanda inicial **INSISTIENDO EN EL IMPEDIMIENTO con el abogado LUIS CARLOS MONSALVE como su único argumento, cuando este YA NO FUNGÍA COMO ABOGADO en el proceso.**

Una vez el DEMANDADO pierde nuevamente la oportunidad procesal para haber APORTADO OTRO PERITAJE y/o SOLICITAR LA COMPARECENCIA DEL PERITO A LA AUDIENCIA DEL ARTICULO 372 O AMBAS, si fuere el caso, tal como lo consagra el artículo 228 del CPG, pues así se ve reflejado en auto de pruebas en el que la parte DEMANDANTE solicito la comparecencia del PERITO, pero el juez de instancia la negó **por ser improcedente toda vez que era el DEMANADO quien podía haber solicitado la comparecencia del mismo**, a la luz del artículo 228.

Posterior a ello y durante todo el trámite del proceso, el DEMANDADO jamás allegó prueba alguna que controvirtiera dicho peritaje, más que sus propios dichos y manifestaciones indefinidas, pretendiendo constituir y edificar su propia verdad.

² La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones. Estas deberán realizarse dentro del término de traslado del escrito con el cual haya sido aportado o, en su defecto, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. En virtud de la anterior solicitud, o si el juez lo considera necesario, citará al perito a la respectiva audiencia, en la cual el juez y las partes podrán interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.

La contraparte de quien haya aportado el dictamen podrá formular preguntas asertivas e insinuantes. Las partes tendrán derecho, si lo consideran necesario, a interrogar nuevamente al perito, en el orden establecido para el testimonio. Si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor.



Monsalve
Abogados

Sentado como ha quedado lo anterior, tenemos entonces su señoría que independiente del impedimento o recusación que pueda llegar o no existir sobre la Ing. SOL MONSALVE, (que se desarrollara en el punto siguiente de la no existencia del mismo), resulta claro que EL DEMANDADO, quien adicionalmente tiene la CARGA DE LA PRUEBA en el presente proceso **JAMÁS EJERCIÓ SU DERECHO DE CONTRADICCIÓN AL PERITAJE** que fue presentado al interior del proceso y que su ÚNICA DEFENSA fue la EXISTENCIA de una recusación y la NO EXISTENCIA DEL DAÑO pero con sus propios dichos como verdades, **pero nunca realizó ni ejerció la defensa técnica con expertos profesionales o entidades que pudieran dar por probados sus propios dichos, como en derecho correspondería.**

Así las cosas encontramos Honorable Magistrada, que precisamente con el auto repuesto se está violando ***el principio de equilibrio de armas entre las partes enfrentadas en este proceso*** que exige nuestra Corte Constitucional como ya se relacionó en precedencia, puesto que con la providencia se está corrigiendo, precisamente, ***la inactividad probatoria del apoderado del demandado que fue NEGLIGENTE durante todo el proceso*** y que usted ahora corrige mediante el decreto de una prueba de oficio, lo que conlleva precisamente que se rompa esa simetría entre las partes, violando el derecho superior del artículo 13 así como el DEBER consagrado a los jueces en el artículo 4 del CGP que se refiere a la igualdad de las partes y que dispone que “el juez ‘debe’ hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”; así mismo, el señalado en el numeral 2 del artículo 42 que establece: “Son deberes del juez: ... 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga”; y, en ese sentido, se evidencia la existencia de un deber y no de una facultad a su cargo.”

En este entendido, resulta claro que el auto aquí repuesto, **VIOLA LA PRIMERA REGLA ESTABLECIDA** por la Corte Constitucional en sentencia T-615/2019, puesto que finalmente con dicha providencia se está **ROMPIENDO EL EQUILIBRIO DE ARMAS ENTRE LAS PARTES ENFRENTADAS EN ESTE PROCESO** y llevando a que, con el uso de las facultades oficiosas de la prueba, **se corrija la inactividad probatoria del apoderado DEMANDADO NEGLIGENTE y AGUDIZANDO la asimetría en perjuicio de la parte DEMANDANTE,** quien en debida forma y por los medios probatorios idóneos, probó el daño **que era a lo único que está obligado a hacer**, para que ahora se pretenda, que en esta parte en litis, soporte la carga de la prueba cuando en su estado de indefensión como persona jurídica no experta en construcción le asistía al DEMANDADO ESPECIALISTA Y PROFESIONAL dicha carga.

(ii) en el mismo sentido, deben garantizar el respeto de los principios de independencia y autonomía y actuar de manera imparcial frente a las partes, impidiendo que se afecten la ecuanimidad del juez, siempre teniendo como faro, que su función es resolver la disputa;

En este sentido, el suscrito apoderado no se pronunciará, pues es del pensar que esta decisión que fue tomada no involucra la imparcialidad de la Honorable Magistrada, sino que obedece más a un error en derecho por falta de interpretación de la norma en cita y la no valoración completa de la situación fáctica probatoria que milita en la foliatura.

(iii) la parte que alega hechos que fundamentan su pretensión o excepción debe aportar los medios de prueba que permita llevar al juez el conocimiento sobre el mismo



Monsalve
Abogados

En este presupuesto vale la pena tener en cuenta que, tal y como se probó en el proceso desde el hecho primero de la demanda y que fue admitido en la contestación de la misma, el aquí demandado tiene una connotación adicional de ser un **DEMANDADO PROFESIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN**, y por ende LA CARGA DE LA PRUEBA se invirtió desde el primer momento en su contra, y por ende este se encontraba en la obligación de controvertir y desvirtuar la probanza del daño, posición que es consagrada en los términos establecidos por el mismo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga con ponencia del Honorable Magistrado, Dr. Ramón Figueroa, quien mediante sentencia del 20 de Octubre de 2017 proferida dentro del proceso de responsabilidad civil promovida contra la sociedad DISEÑARQ S.A., dispuso que en los casos de responsabilidad civil del constructor por aplicación del artículo 7° de la Ley 1480 de 2011 se tenía: *“1. Que la obligación del constructor es de resultado. Su responsabilidad es objetiva, a limitarse sus posibilidades de defensa en el artículo 16 del Estatuto del Consumidor. **Se invirtió la carga de la prueba, como que al consumidor sólo le basta probar el defecto del producto...**”.*

Es decir, conforme a dicha apreciación jurídica, en este proceso ES EL DEMANDADO COMO CONSTRUCTOR RESPONSABLE Y PROFESIONAL, quien tenía la carga de la prueba en aras demostrar a toda costa que la construcción del Conjunto Park 200 fue hecho conforme a las normas técnicas válidas en Colombia, y no, como se pretende con el auto que se repone, ser el demandante quien no tiene LA PROFESIÓN DE CONSTRUCTOR, llevar toda la probanza del presente proceso y que ahora de tajo se FULMINA Y DEJA SIN EFECTO CON UN AUTO de su señoría.

Claro lo anterior, estos es que la **CARGA DE LA PRUEBA LA TIENE ES EL DEMANDADO**, y que conforme a lo consagrado en el artículo 167 del CPG, se debe enfatizar **que son las partes las que deberán probar los supuestos de hecho que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, en otras, palabras tiene el deber de demostrar los elementos que constituyen su pretensión y su resistencia**, tal como lo dejó sentado de igual manera la Honorable la Corte Constitucional en las sentencias T-615/19 y SU-768 de 2014 donde estableció *“... que el artículo 167 CGP introduce la potestad en beneficio de las partes. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentra la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.”*

Así las cosas, concluimos entonces que en el presente caso JAMÁS EL DEMANDADO, vía *excepción*, *aporto los medios de prueba que le permitieran llevar al juez el conocimiento y la certeza para declarar como probadas y prosperas sus excepciones, pues simplemente se limitó a NEGAR BAJO PALABRAS Y MERA NEGACIONES INDEFINIDAS LOS HECHOS DE LA DEMADNA y con el fin de que sus propios dichos CONSTITUYERAN VERDAD y, por ende, CONFIGURÁNDOSE el no CUMPLIMIENTO DE LA TERCERA REGLA establecida por la Corte Constitucional.*

CONCLUSIÓN:

Corolario de lo anteriormente plasmado y en atención a los argumentos esgrimidos, encontramos que no existía ninguna NECESIDAD de parte de la Honorable Magistrada, ordenar un peritaje de oficio en aras de aclarar algún hecho que el demandado ***no haya podido desvirtuar por sus propios medios (aun teniendo la carga de la prueba en el proceso) y que contrario sensu con dicha providencia se están VIOLANDO LOS PRINCIPIOS DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA Y DE IGUALDAD DE ARMAS*** por lo cual se deberá **REPONER** en su integridad dicha providencia.

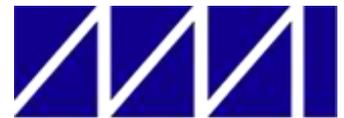
3) VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR DEJARSE SIN EFECTO UNA SENTENCIA DE INSTANCIA CON UN AUTO INTERLOCUTORIO.

Como ya fue puesto de presente en líneas precedentes, la demanda tiene como génesis la elaboración de un peritaje que fue realizado, previo a la presentación de la demanda, por la ingeniera SOLJIMENA MONSALVE CABALLERO en su condición de ingeniera civil, magister en gerencia de proyectos de ingeniería y con otros aspectos de hoja de vida que acreditan su sobrada idoneidad, circunstancias que JAMÁS FUERON CONTROVERTIDAS en el proceso.

Así las cosas, las pretensiones de la demanda basan su apego al presupuesto realizado por dicha ingeniera y CINCO PERITOS adicionales, ingeniero *Ángel Ariel Gévez Santos*, responsable del informe hidráulico para el manejo de aguas lluvias de las escaleras y puntos fijos de C.R. Park 200, ingeniero *Vladimir E. Merchán Jaimés*, responsable del estudio de humedad en muros, técnico *Eduardo Rueda Ángel*, responsable de la revisión de los equipos de la red hidrosanitaria de la copropiedad, ingeniero *Lenar Yesid Sepúlveda Delgado*, responsable del estudio de necesidades en seguridad industrial y la ingeniera *Julieth Alexandra Pérez Téllez*, responsable del estudio de instalaciones eléctricas, que no tienen ninguna relación de consanguinidad con alguno de los apoderados que ha representado el demandante en este proceso, y en el cual todos juntos aportado su experticia, presentan un peritaje serio, idóneo y profesional y que jamás fue tachado ni objetado, ni controvertido con otro igual, en el que luego de utilizar los métodos técnicos y profesionales, arroja que las reparaciones que requería el EDIFICIO PARK 200 por razón de las inconsistencias encontradas debidamente justificadas, ascendía a la suma de OCHOCIENTOS OCHENA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS TRECE PESOS (\$886.457.713) por concepto del valor de las obras de reparación y CIENTO CINCUENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$156.260.800) por concepto de parqueaderos para visitantes pendientes de entregar, siendo el mismo valor de la condena que impone el juez de primera instancia, es decir su señoría que para el juez de primera instancia el contenido y las cifras expresada en dicho peritaje, FUERON EL BASAMENTO para la sentencia condenatoria en primera instancia.

Ahora, en el caso en marras, su señoría mediante un AUTO INTERLOCUTORIO³ decide en su parte motiva sin más y menos teniendo como **ÚNICO ARGUMENTO:**

³ **Autos interlocutorios:** Son las providencias con las cuales el juez resuelve cuestiones procesales que no son materia de la sentencia, pero que sin embargo pueden afectar a los derechos de las partes o a la validez del proceso



Monsalve
Abogados

*“como la perito es hermana del apoderado judicial de la parte demandante {lo cual no es cierto actualmente} y el dictamen fue presentado en interés de esta parte y para demostrar los hechos en que fundamenta la(sic) pretensiones de la demanda, **es claro el impedimento y por tanto no puede aceptarse el dictamen.**” (negrilla y subrayo fuera de texto).*

Es decir que adicionalmente de haberse decretado una prueba de oficio, (sin el lleno de los requisitos exigidos por la Corte Constitucional en sentencia T-615/19, como fue demostrado anteriormente), deja **SIN VALOR PROBATORIO ALGUNO EL DICTAMEN** base de la sentencia y por ende la REVOCATORIA de la misma con un efecto *Ipso iure*.

EN CONCLUSIÓN, su señoría **REVOCÓ UNA SENTENCIA mediante un AUTO INTERLOCUTORIO**, lo cual, a todas luces, es violatorio al derecho supremo del DEBIDO PROCESO y por ende la existencia de un reparo constitucional por DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO.

4) INEXISTENCIA DEL IMPEDIMIENTO AL PERITO Y/O SUPERACION DEL MISMO POR NO HABERSE ALEGADO EN EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO.

Para cimientar este punto, procederemos en un primer momento a realizar un análisis detallado del **concepto de los impedimentos y de las recusaciones** que estatuyen nuestras normas procesales sobre los jueces y sobre dicho concepto diferencial sobre los peritos.

Para ello, debemos partir que tanto los impedimentos y las recusaciones son aquellas causas que ha establecido el legislador para que un JUEZ de la República de manera autónoma (impedimento) o cuando algunos de los sujetos procesales (recusación), ponen en duda la imparcialidad del juzgador para resolver un proceso. Sobre su definición y diferenciación nuestra Corte Constitucional en sentencia T- 305/2017, consagró:

“...La jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en señalar que la independencia e imparcialidad son atributos de los funcionarios judiciales, que están orientados a salvaguardar los principios esenciales de la administración pública. La imparcialidad judicial es un principio constitucional fundamental determinante en el ejercicio de la administración de justicia.[18] Es parte de la órbita de protección del derecho al debido proceso y el derecho a la defensa. Encuentra su fundamento en tres disposiciones constitucionales a saber: (i) art. 29, CP, que plantea la necesidad de que los ciudadanos sean juzgados con base en las leyes preexistentes al acto que se le imputa, por un juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio; (ii) art. 228, CP, que establece la independencia de las decisiones de la administración de justicia, y ordena la publicidad de las actuaciones de quienes las ejercen; y (iii) art. 230, CP, que en aras de erradicar las actuaciones judiciales arbitrarias, somete las decisiones de los jueces al imperio de ley, e identifica en la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, los únicos criterios auxiliares de la actividad judicial. A la luz de estas normas, la Corte Constitucional ha destacado el régimen de impedimentos y recusaciones como un mecanismo jurídico idóneo para garantizar el principio de imparcialidad del funcionario judicial y para hacer efectivo el principio de igualdad de trato



Monsalve
Abogados

jurídico consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política a favor de todos los ciudadanos...”

“... Las figuras de impedimentos y de recusaciones se diferencian una de la otra en función de si es el juez o uno de los intervinientes el que pone en duda la imparcialidad del juzgador para resolver el proceso. Así, el impedimento tiene lugar cuando es el propio juez quien formula dicho cuestionamiento y lo pone a consideración del competente. En cambio, la recusación se da cuando alguno de los sujetos procesales alega la falta de idoneidad del funcionario para dirigir el proceso.”

Ahora sobre la existencia o no de un impedimento, ha señalado la misma Corte que se deberá tener un carácter **TAXATIVO y RESTRICTIVO**, pues así lo señala en su sentencia C-881 de 2011 donde establecido “... el carácter excepcional de los impedimentos, y sobre cómo, para evitar que se conviertan en un vía para limitar de forma excesiva el acceso a la administración de justicia, “la jurisprudencia coincidente y consolidada de los órganos de cierre de cada jurisdicción ha determinado que los impedimentos tienen un carácter taxativo y que su interpretación debe efectuarse de forma restringida”. Lo anterior, supone que al verificar si está incurso en una causal de impedimento, el juez deberá atenerse a lo previsto sobre el particular en las normas procesales aplicables para el caso sometido a su consideración...”

Claro lo anterior tenemos entonces que entrar a resolver los siguientes planteamientos: **1.** Si el hecho de la existencia de consanguinidad de hermandad de un profesional que rinde un peritaje previo a la presentación de una demanda con uno de los abogados que fungió en algún aparte del proceso, constituye de manera TAXATIVA Y RESTRICTIVA dicho impedimento. **2.** En caso afirmativo si la **RECUSACIÓN** se tramitó conforme a las normas procesales correspondientes.

El dictamen pericial como medio de prueba sufrió una profunda transformación al entrar en vigencia el Código General del Proceso, presentándose un cambio radical en su tratamiento entre aquel contenido en el Código de Procedimiento Civil, artículos 233 a 243, y el consagrado en el Código General del Proceso, artículos 226 al 235.

El artículo 235 del C. de P. C. contemplaba un estricto régimen de impedimentos y recusaciones para los peritos, señalando expresamente que “Los peritos están impedidos y son recusables por las mismas causales que los jueces. El perito en quien concurra alguna causal de impedimento deberá manifestarla antes de su posesión y el juez procederá a reemplazarlo. (...)”, además precisaba el procedimiento para decidir la causal de impedimento o recusación y las consecuencias para el perito y las partes en el evento de prosperar o no la recusación.

Sin embargo, **en vigencia del Código General del Proceso, las causales de impedimentos y recusaciones se reservaron, en los términos de los artículos 140 y 146 del C. G. del P., para los magistrados, jueces, conjuces y secretarios.**



Monsalve
Abogados

El Código General del Proceso eliminó el régimen de impedimentos y recusaciones para los peritos, y quiso el legislador que los peritos no estuvieran sometidos a dicha figura jurídica, no obstante en su artículo 235 inciso segundo consagro:

“...Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito.”

conforme a lo anterior, tenemos entonces que en el caso en que una de las PARTES no se ABSTENGA de presentar un peritaje rendido por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces, cual deberá ser su proceder, ¿Dejar sin efecto por si solo el peritaje? ¿Interrogar y verificar la imparcialidad del mismo o cualquier otra circunstancia?

Al respecto tenemos que el Código General del Proceso estableció para los peritos el deber de objetividad e imparcialidad, estableciendo, como garantía, reglas precisas sobre el contenido del dictamen pericial, artículo 226, oportunidades y herramientas para su contradicción por las partes, artículos 228 y 235, y deberes del juez para su apreciación y valoración, artículos 232 y 225, además del cumplimiento de la regla general del artículo 176.

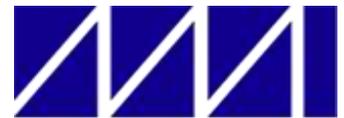
Luego, **a la luz del Código General del Proceso, es claro que ya no hay lugar a la declaración de impedimento alguno para los peritos de tajo como lo sería el dejar sin efecto el peritaje por el solo hecho de la existencia del aparente impedimento**, sino que corresponde al juez estimar su valor probatorio, habiendo realizado un análisis completo del dictamen pericial, tomando en cuenta las reglas de la sana crítica y la *“solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en el proceso, y las demás pruebas que obren en el proceso.”*

Pues así expresamente lo consagra el inciso tercero del mismo artículo 235 cuando a renglón seguido de la norma que hoy acoge su señoría como argumento para dejar sin validez el mismo de tajo, establece:

“...El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito.

El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad.



Monsalve
Abogados

En la audiencia las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad”.

Así las cosas, podemos entonces concluir de entrada, tal y como se ha venido desarrollando, que bajo ninguna circunstancia la ley equipara el régimen de impedimento y recusaciones de los jueces se aplicaran las normas de oportunidad, formulación, procedencia y trámite los peritos como pretende su señora aplicar de tajo dejando sin efecto el peritaje BAJO EL SIMPLE ARGUMENTO DE CONSGINIDAD del perito CON UNO DE LOS APODERADOS DEL DEMANDANTE.

Pues como se observa a la simple lectura de la norma que fundamenta su decisión, el juez de instancia ***apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad,*** apreciación esta de sana crítica que también es trasladada a la partes cuando establece ***“las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad..”***

*Es decir su señoría, que bajo ninguna circunstancia la norma establece que por el hecho de haberse presentado un peritaje por una de las partes en las que pudiera llegar a existir una aparente causal de recusación **la prueba deja EXISTIR EN EL PROCESO POR SI SOLA (o en los términos de su auto no puede aceptarse el dictamen), SINO ES EL JUEZ DE INSTANCIA** bajo las reglas de la sana crítica, deberá determinar en su sentencia la negación o no de sus efectos, por las circunstancia que afectaron la credibilidad del mismo y con la ayuda de las partes puesto estas también tienen la carga probar la **razones que puedan comprometer su imparcialidad.***

Ahora bien, en el presente caso tal y como lo resalta su señoría en el mismo auto que se repone, el juez de instancia y en la etapa procesal pertinente (sentencia) concluyó en su sana crítica que no existía impedimento alguno:

En consideración del señor juez de primera instancia, esta causal no se configura [minuto 17:07] en razón a que “el hecho [de que la perito] sea hermana del apoderado de la parte actora, no le impedía para que presentara el peritazgo [sic], porque cuando las normas hablan que los peritos deben atender las causales de los jueces, de recusación, se refieren a que no tengan ningún tipo de parentesco o de vínculo, pero para con el juez, no para con las partes o sus apoderados, eso es una relación [...] totalmente independiente. Para mí, no le restaba idoneidad e imparcialidad al peritazgo [sic]”.

Por otra parte debemos resaltar que la parte DEMANDADA tampoco ejerció el derecho consagrado en el artículo 235 ibidem, del interrogar en audiencia al PERITO, pues en nuestro caso el apoderado de la parte **DEMANDADA NI SI QUIERA SOLICITÓ el interrogatorio del mismo** pues como se ha dicho hasta sociedad, GUARDÓ SILENCIO y se limitó a argumentar el “impedimento de consanguinidad con alguien que fungió como apoderado en el proceso “ pero sin entrar a desvirtuar ni el peritaje ni la



Monsalve
Abogados

profesionalidad de la perito, pues para este el hecho de sangre era más que suficiente para que no tuviera el valor probatorio en el proceso, TESIS esta precisamente que es la que asume ahora su señoría de manera errada.

En conclusión primaria, se entiende que a contrario sensu a lo manifestado por el apoderado de la demandada y que ahora es de recibo de su señoría, los IMPEDIMIENTOS PARA LOS PERITOS no existen de tajo como para los jueces de la República, pues la norma prevé que en caso de existencia de una recusación de alguno de ellos, el juez: **“apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad”**, apreciación esta de sana crítica que también es trasladada a la partes cuando establece **“las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad..” Y NO DE TAJO COMO LA ES DEJAR SIN EFECTO EL PERITAJE por la supuesta existencia de la causal.**

Por otra parte, llama la atención que de tener por cierto los argumentos de la Honorable Magistrada y del colega que defiende los derechos de la parte demandada, **es decir equiparar los impedimentos y recusaciones del perito al del juez**, encontraríamos que en el presente caso tampoco se configuraría el mismo, por los siguientes elementos de prueba:

En el presente proceso hemos actuado CUATRO (4) ABOGADOS a lo largo del trámite del proceso y en el siguiente orden cronológico:

ACTUACIONES PROCESO PARK 200		
Actuación	Apoderado	Fecha
Presentación demanda	LUIS CARLOS MONSALVE CABALLERO	24/11/2017
Subsanación demanda	LUIS CARLOS MONSALVE CABALLERO	15/01/2018
REFORMA DE LA DEMANDA DONDE SE INCORPORA EL PERITAJE A LA DEMANDA	TANIA ELVIRA GOMEZ CHAMORRO	2/05/2019
Pronunciamiento frente a objeción del juramento estimatorio de la cuantía	TANIA ELVIRA GOMEZ CHAMORRO	27/06/2019
Solicitud medidas cautelares	TANIA ELVIRA GOMEZ CHAMORRO	12/07/2019
Audiencia artículo 372	RAFAEL EDUARDO MALDONADO BAUTISTA Y TANIA ELVIRA GOMEZ CHAMORRO	10/10/2019



Monsalve
Abogados

Audiencia artículo 373	LUIS CARLOS MONSALVE CABALLERO	12/02/2020
Sustitución a Monsalve Abogados S.A.S.	R.L. MARIO NOVA BARBOSA (sin estar inscrito en cámara de comercio el abogado LUIS CARLOS MONSALVE CABALLERO)	10/08/2020
Recurso contar auto de ordena prueba de oficio	Monsalve Abogados S.A.S	9/03/2021

Claro lo anterior, tenemos **que, tal y como consta en el expediente**, el peritaje cuestionado y elaborado **en el mes de mayo de 2017** por la Ingeniera Sol Monsalve, fue incorporado al proceso mediante **la reforma de la demanda**, que consta en **escrito presentado el 02 de mayo de 2019**, por la abogada **TANIA ELVIRA GÓMEZ CHAMORRO**, *la cual no tiene ningún grado de consanguinidad ni de afinidad ni impedimento alguno contemplado en el artículo 141 del C. G. del P.*, frente a la perito, por lo que entonces le asiste a esta defensa el interrogante:

¿Dónde ESTÁ O SE CONFIGURA EL IMPEDIMIENTO CON EL ABOGADO que incorporó en el proceso el cuestionando peritaje y que representó los intereses de la parte incluyendo la audiencia de contemplada en el artículo 372 del C. G. del P., en el cual se encuentra el auto que decreta prueba y que tiene como tal el peritaje como prueba plena en el proceso?

Ahora, si bien es cierto para la audiencia contemplada en el artículo 373 del Código General del Proceso se deslumbra que, nuevamente, el abogado **LUIS CARLOS MONSALVE CABALLERO** asume la defensa del proceso el 12 de febrero de 2020 para alegar de conclusión y estar presente en la audiencia de fallo, era en ese momento donde **“nacería aparentemente el impedimento”**, porque tendría que, LA CONTRAPARTE, haber presentado la recusación en los términos contemplados en el artículo 143 del C. G. del P., que reza:

Artículo 142. Oportunidad y procedencia de la recusación. *Podrá formularse la recusación en cualquier momento del proceso, de la ejecución de la sentencia, de la complementación de la condena en concreto o de la actuación para practicar pruebas o medidas cautelares extraprocesales.*

No podrá recusar quien sin formular la recusación haya hecho cualquier gestión en el proceso después de que el juez haya asumido su conocimiento, si la causal invocada fuere anterior a dicha gestión, ni quien haya actuado con posterioridad al hecho que motiva la recusación. En estos casos la recusación debe ser rechazada de plano.

No habrá lugar a recusación cuando la causal se origine por cambio de apoderado de una de las partes, a menos que la formule la parte contraria. *En este caso, si la recusación prospera,*



Monsalve
Abogados

en la misma providencia se impondrá a quien hizo la designación y al designado, solidariamente, multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales”.

Claro lo anterior tenemos entonces que la etapa procesal para haberse presentado la **“RECUSACION DEL PERITO”** y en los términos del artículo 143 del C. G. del P., y bajo dicha tesis, era en la audiencia comprendida en el artículo 373 del CGP cuando **actúa por primera vez el abogado LUIS CARLOS MONSALVE CABALLERO después de haberse incorporado en debida forma el peritaje**, pues como se dejó sentado anteriormente el mismo NO HABÍA ACTUADO EN EL PROCESO DESDE LA INCORPORACIÓN DEL MISMO.

Así las cosas, tenemos que tal y como se observa en la audiencia de fallo de fallo (art. 373) el apoderado de la parte demandada NADA MANIFESTÓ AL RESPECTO y trajo nuevamente una actitud PASIVA Y DE SILENCIO en su actuar procesal, en donde este representó los intereses del demandado, así como presentó sus alegatos de conclusión y presentó recurso de APELACIÓN, lo cual nos lleva entonces aplicar de manera exegética lo contemplado en el artículo 142 inciso segundo y tercero, esto es, que en el evento de que se hubiera presentado la RECUSACIÓN el juez tendría que haber RECHAZADO DE PLANO la misma.

No obstante llama la atención que en el presente caso **JAMÁS PERO JAMÁS** fue presentada dicha **RECUSACIÓN EN EL PROCESO** pues vemos que la misma fue presentada **como excepción en el proceso** por lo que fue resuelta por el juez de instancia en su fallo de primera instancia, el cual la despachó desfavorablemente, como corresponde a una excepción, **lo cual no puede ser acogida en el presente proceso** pues es claro su señoría que la **RECUSACIONES NO SE PRESENTAN COMO MEDIO EXCEPTIVO DE DEFENSA** en el proceso, puesto que su esencia es precisamente evitar en todo momento al interior del proceso la llamada imparcialidad que ha establecido la Corte Constitucional, **pero esto no significa que esta sea para ALEGAR LA MISMA COMO MEDIO EXCEPTIVO y tendiente a solidificar los medios exceptivos en búsqueda de exoneración de responsabilidad como se presenta en la litis.**

Ahora y para completar la presente tesis, cuando la honorable magistrada motiva la decisión, (esto es el 04 de marzo de 2021 y de OFICIO), **YA NO EXISTÍA TAMPOCO DICHO “IMPEDIMENTO”** (que no fue alegado por la parte en los momentos establecidos en el artículo 141 del C. G. del P.), pues denótese que el abogado LUIS CARLOS MONSALVE **solo actuó como apoderado durante 6 meses (febrero 12/02/2020 al 10/08/2020) desde cuando se incorporó al proceso el peritaje**, pues en el mes de agosto de 2020 nuevamente sustituye el poder a esta FIRMA DE ABOGADOS que represento y de la cual dicho colega ya no tenía ningún interés en esta desde mediados del años 2020, pues el mismo fue designado como **NOTARIO PÚBLICO**, entonces surge nuevamente los siguientes interrogantes:

¿Dónde esta el impedimento para la honorable MAGISTRADA del 04 de marzo de 2021 cuando al revisar el expediente el apoderado del demandado **NO ERA el abogado LUIS CARLOS MONSALVE CABALLERO**? ¿Le era viable de “OFICIO” a la señora MAGISTRADA **decretar una RECUSACION** que exegéticamente y a la luz del artículo 141 solo puede ser alegada por la parte? ¿El impedimento que se implora en el auto, **permanece eterno en el tiempo** por haber ejercido un abogado al defensa del proceso por 6 meses después de incorporada la prueba? ¿Dónde

está el principio que **LA RECUSACIÓN** debe ser **TAXATIVA y RESTRITIVA**, en los términos establecido en la sentencia C-881 de 2011?

CONCLUSION:

Nuevamente se tiene entonces, que aún bajo a la tesis planteada y que se aprecia en el auto que se repone **NO ES CIERTA**, bajo el argumento que el abogado que presento el peritaje (que incorpora en debida y legamente la misma) **no tenía ningún impedimento con el perito**. Que por otro lado la parte que debía haber alegado dicho impedimento cuando aparentemente nació (audiencia del artículo 373), **TAMPOCO LA ALEGÓ**, en los términos del artículo 143, y por ende se SANEÓ conforme a lo estatuido por la misma norma (“...No podrá recusar quien sin formular la **recusación haya hecho cualquier gestión en el proceso después de que el juez haya asumido su conocimiento, si la causal invocada fuere anterior a dicha gestión, ni quien haya actuado con posterioridad al hecho que motiva la recusación. En estos casos la recusación debe ser rechazada de plano. No habrá lugar a recusación cuando la causal se origine por cambio de apoderado de una de las partes, a menos que la formule la parte contraria...**”) que, por otra parte, y conforme a nuestro ordenamiento civil, LA RECUSACION “no puede ser declara de OFICIO” como así ocurrió en el presente caso, y, siendo más gravoso aun que cuando esta fue declarada, YA NO EXISTÍA EL SUPUESTO IMPEDIMENTO.

5) VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR LA NO VALORACIÓN EN CONJUNTO DE LAS PRUEBAS, DE ACUERDO CON LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA.

Declara la magistrada sustanciadora que “**es claro el impedimento y por tanto no puede aceptarse el dictamen.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Es decir, para su señoría, si el juez advierte que en el perito que rindió el dictamen pericial concurre **una causal de recusación establecida para los jueces, LA CONSECUENCIA ES DE TAJO LA EXCLUSIÓN DEL PROCESO DEL DICTAMEN PERICIAL PRESENTADO.**

En atención al anterior argumento, debemos nuevamente revisar detenidamente lo signado en el artículo 235 del C. G. del P, que en su tenor literal dispone:

“Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurra alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito.

El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad.

(...).” (Negrilla fuera de texto).



Monsalve
Abogados

Es decir, en primer lugar, el artículo 235 del C. G. del P. **consagra un deber para las partes y los jueces, sin alcanzar a ser una obligación de imperioso cumplimiento;** luego, determina cuál es la consecuencia, o más que la consecuencia, **define cuál es la afectación que sufre el dictamen pericial si se incumple dicho deber,** debiendo el juez analizar si la presencia de una causal de recusación en el **perito restó valor probatorio al dictamen pericial porque afectó su objetividad e imparcialidad** y dejando como *ultima ratio* dejar sin efecto “incluso” el mismo.

Así las cosas, **la herramienta a la que debe acudir el juez para determinar el valor probatorio del dictamen pericial,** aun en presencia de una causal de recusación en el perito, **ES LA APRECIACIÓN INDIVIDUAL Y CONJUNTA DE LAS PRUEBAS, SEGÚN LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA.**

Si bien es cierto que el artículo 235 del C. G. del P., determina que el juzgador podría “negarle efectos al dictamen”, ello solo tendría lugar cuando “existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad”, se reitera.

Ahora bien, de la interpretación exegética de la norma se debe inferir, que, para llegar a la consecuencia de negar efectos al dictamen, no basta con que el perito incurra en una causal de recusación para jueces, *sino que el juzgador debe advertir la presencia de circunstancias que afecten gravemente su credibilidad, habiendo realizado una valoración conjunta de las pruebas, en los términos de los artículos 176, 232 y 235 del C. G. del P.*

Para la magistrada sustanciadora, **el parentesco** entre la ingeniera Soljimena Monsalve Caballero y el abogado que actuó 6 meses en el proceso después de haberse incorporado la prueba (Luis Carlos Monsalve Caballero), **fue suficiente por sí sola esta circunstancia para declarar *inaceptable* el dictamen pericial presentado,** sin hacer ningún juicio de valor adicional, sin precisar cuáles son las circunstancias que afectaron gravemente su credibilidad, sin decir cuáles fueron los elementos probatorios que le restaron valor, si acaso su contenido no era sólido, claro, preciso, o si el perito carecía de idoneidad o credibilidad, o si otras pruebas contradecían su contenido o hacían ver al perito dudoso o con un interés particular ajeno a la administración de justicia, mostrándolo injustificadamente parcializado a favor del demandante, es decir, **omitiendo aplicar las reglas de valoración de las pruebas contenidas en los artículos 176, 232 y 235 del C. G. del P. y atribuyéndole una consecuencia no prevista en nuestro ordenamiento jurídico.**

1. Oportunidad y forma de valoración de las pruebas.

A lo largo del proceso, la valoración de las pruebas se da en dos momentos: *“i) al hacer el juez el juicio de admisibilidad de los medios de prueba mediante la verificación de los requisitos extrínsecos de licitud y legalidad (decreto, incorporación y práctica), y el juicio de relevancia a través de la comprobación de los requisitos intrínsecos (conducencia, pertinencia notoria y utilidad manifiesta); en cuyo caso las pautas de valoración formal están dadas de antemano por la ley y el sentenciador se limita a su aplicación, pues si llegare a separarse del mandato legal incurriría en violación del debido proceso.*



Monsalve
Abogados

ii) al apreciar la prueba en su materialidad, mediante la asignación del valor que cada una de ellas posee según su contenido de verdad, y al estimarlas en conjunto y contexto según las reglas de la 'sana crítica'. En este caso la valoración no está dada de manera a priori por la ley, sino que se determina a partir de la justificación (externa e interna) o motivación razonada que el juez hace de las decisiones que toma sobre los hechos con base en su recto raciocinio, experiencia, habilidades perceptivas e interpretativas, y preconcepciones hermenéuticas que le permiten contar con un trasfondo de referencia o contexto que imprime sentido a los datos arrojados por los medios de prueba.”⁴ (Negrilla fuera de texto).

En el presente caso, el primer momento tuvo lugar en la audiencia del artículo 372 del C. G. del P. y el segundo en la sentencia de primera instancia, para luego, finalmente, tener una valoración definitiva en el curso de la segunda instancia.

Es en el segundo momento procesal cuando el juez debe acudir al parámetro de valoración racional de todas las pruebas consagrado en el artículo 176 del C. G. del P., esto es, la sana crítica y que corresponde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, las leyes, teorías y conceptos científicos afianzados, los procedimientos, protocolos guías y reglas admitidos por los distintos ámbitos profesionales o técnicos, a las que está sujeta la actividad probatoria de los jueces y sus respectivas conclusiones sobre los hechos que interesan al proceso.

Primero, debe el juez realizar una valoración individual de las pruebas, estableciendo su consistencia y coherencia, de modo que una prueba es valiosa *“si la información que suministra explica la realidad a la que se refiere y no contiene contradicciones.”*⁵

Luego, teniendo en cuenta que la plenitud de la prueba siempre es relativa, se debe realizar un análisis conjunto de los demás elementos probatorios mediante el contraste de la información suministrada por cada uno de ellos.

El juez de primera instancia realizó la valoración del dictamen presentado por la parte demandante siguiendo las reglas antes expuestas, pues no solo reconoció su valor por el contenido mismo del dictamen, sino también por el resultado de las demás pruebas practicadas en el proceso, particularmente las pruebas testimoniales solicitadas por la parte demandada y el interrogatorio de la parte demandada que dieron razón al dictamen pericial en el sentido que desde la entrega inicial de las unidades privadas, y luego de las áreas comunes, se presentaron innumerables reclamaciones sobre los puntos que luego fueron objeto del dictamen pericial.

No obstante, a pesar de la trascendencia de la prueba que se excluyó del proceso, la Honorable Magistrado sustanciadora en su decisión, no realizó con el mismo rigor la valoración del dictamen pericial y, de forma injustificada, omitió cumplir con su obligación de acudir a las reglas de la sana crítica

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil, sentencia del 28 de junio de 2017, Radicación No. 11001-31-03-039-2011-00108-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil, sentencia del 28 de junio de 2017, Radicación No. 11001-31-03-039-2011-00108-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.



Monsalve
Abogados

para estimar el valor probatorio del dictamen pericial, ante lo cual surgen los siguientes cuestionamientos, ¿cuáles son los elementos probatorios que ponen de relieve la falta de credibilidad del perito y de sus dichos?, ¿cuáles son las pruebas para tener al dictamen pericial como sospechoso?, ¿cuáles son las pruebas que exponen su inconsistencia o falta de coherencia?, ¿cuáles son las que evidencian contradicción?, ¿cuáles son las pruebas que demuestran el interés particular del perito en el resultado del proceso?

Pues la respuesta a toda ellos según el auto es una sola, **EL VINCULO DE SANGRE ENTRE LA PERITO Y EL ABOGADO QUE ACTUÓ EN EL PROCESO POR 6 MESES DESPUÉS DE INCORPORADA LA MISMA** (aun habiéndose elaborado el mismo 2 años atrás).

De otro lado, como quiera que ya se habían agotado las oportunidades para decretar las pruebas pedidas por las partes, no tiene fundamento legal alguno que la magistrada sustanciadora, mediante un **auto dictado en el curso de la segunda instancia y de oficio decida una RECUSACION del perito y en el que concluya la NO admisibilidad del peritaje presentado con la REFORMA DE LA DEMANDA y determine que es inacceptable y lo excluya del proceso.**

CONCLUSIÓN:

Para finiquitar las aserciones en cuanto a este punto en particular y en atención a esta tesis, nuevamente incurrió en yerro la magistrada sustanciadora al declarar un impedimento en el perito Soljimena Monsalve Caballero y, en consecuencia, excluir del proceso su dictamen pericial, por las siguientes razones: **1)** el parentesco del perito con el apoderado de la parte demandante no es causal para rechazar o excluir una prueba de tajo, máxime cuando dicho impedimento ya había desaparecido por la no concurrencia del togado como representante judicial de la parte demandante, en donde es dable aclarar que los impedimentos no son eternos; **2)** la oportunidad para rechazar o excluir pruebas fue en la audiencia del artículo 372 del C. G. del P., donde aparentemente nació el IMPEDIMIENTO el cual tendría que haber sido alegado por la contraparte y NO DE OFICIO; **3)** para la valoración del dictamen pericial se debe tener en cuenta no solo lo dispuesto en el artículo 235 del C. G. del P., sino también lo dispuesto en los artículos 176 y 232 del C. G. del P., y **4)** es en la sentencia de segunda instancia cuando se debe estimar el valor probatorio del dictamen pericial presentado por la parte demandante y no en un auto interlocutorio.

SUBSIDIARIA

- 6) INDEBIDO NOMBRAMIENTO DE LA ENTIDAD QUE AHORA SE DESIGNA COMO PERITO E INTERES DIRECTO DEL APODERADO DE LA PARTE DEMANDADA EN LA MISMA ENTIDAD QUE GENERA RECUSACIÓN.**

Con relación a la segunda decisión, **ordenar, de oficio, la práctica de un dictamen pericial por los arquitectos y/o ingenieros de la Lonja de Propiedad Raíz de Santander**, si bien es cierto el decreto de pruebas de oficio no admite recurso alguno, la facultad/deber del decreto oficioso de pruebas no es arbitraria, sino que está limitada por disposiciones del C. G. del P. relativas a los principios de la

actividad probatoria, además de los derechos al debido proceso, de defensa y de contradicción consagrados en la Constitución Política.

Los artículos 42-4 169 y 170 del Código General del Proceso, otorgan poderes a los jueces para decretar pruebas de oficio, en aras de obtener elementos de juicio idóneos y suficientes dirigidos a escrutar la realidad y veracidad de los hechos sometidos a su consideración.

La facultad, a su vez, deber legal, de decretar pruebas de oficio es una de herramienta de instrucción probatoria *“para vencer las sombras, las penumbras y las incertidumbres frente a la verdad real, en pos de la protección y reconocimiento de los derechos subjetivos de los justiciables.”*⁶, **no es una potestad para cubrir la carga probatoria de las partes, sino un medio para destruir la incertidumbre y procurar mayor grado de convicción o aumentar el estándar probatorio.**

La jurisprudencia constitucional, reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que es un verdadero deber legal por parte del juez, decretar pruebas de oficio que contribuyan al esclarecimiento de los hechos que conduzcan a la verdad:

*“El decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad potestativa del Juez: es un verdadero deber legal. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, i) a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material.”*⁷

Son principios de la actividad probatoria consagrados en el C. G. del P., el artículo 4 que afirma “el juez deberá hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes, el artículo 42 que establece como obligación del juez: “hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga”, el artículo 78 señala que es deber de los litigantes proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, “realizar las gestiones y diligencias necesarias para lograr oportunamente la integración del contradictorio”, “abstenerse de solicitarle al juez de la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiera podido conseguir”, además “las partes tienen la carga procesal de acompañar el escrito de demanda o de contestación de las peticiones de decreto y práctica de los elementos de prueba que desean hacer valer para fundamentar los derechos sustantivos que reclaman.”.

Así, *“Estas facultades oficiosas del juez deben ejercerse de manera armónica con los principios que gobiernan la actividad judicial, es decir, como herramienta para garantizar la igualdad de las partes, la lealtad procesal, y sin afectar la imparcialidad e independencia del juez. **A juicio de esta Sala, el decreto de pruebas de oficio en segunda instancia debe realizarse con el objetivo de buscar la verdad de los***

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil, sentencia del 18 de mayo de 2018, Radicación No. 68001-31-10-006-2012-00274-01, M.P. Luis Armando Toloza Villabona.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-768 de 16 de octubre de 2014.

hechos objeto de debate, pero sin incurrir en la ruptura de las cargas procesales de las partes y sin corregir la actividad probatoria de quien ejerce o resiste la acción. Además, debe respetarse el equilibrio entre las partes y garantizar que la prueba sea adecuadamente controvertida. Ello es especialmente relevante cuando se trata de un medio de conocimiento practicado de oficio en segunda instancia, toda vez, que, prima facie, no existen medios procesales para atacar ampliamente dicha sentencia.”⁸ (subrayado y negrilla fuera de texto).

En la sentencia SU-768 de 2014 de la Corte Constitucional:

“(…) sostiene que sin importar la codificación o las particularidades de cada sistema de enjuiciamiento civil, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que: (i) como desarrollo del principio de igualdad material previsto en el artículo 13 superior, los jueces tienen la obligación de garantizar el equilibrio de armas entre las partes enfrentadas ante un proceso; el uso de las facultades oficiosas de la prueba no puede implicar corregir la inactividad probatoria de apoderados negligentes, ni agudizar la asimetría entre las partes; (ii) en el mismo sentido, deben garantizar el respeto de los principios de independencia y autonomía y actuar de manera imparcial frente a las partes, impidiendo que se afecten la ecuanimidad del juez, siempre teniendo como faro, que su función es resolver la disputa; (iii) la parte que alega hechos que fundamentan su pretensión o excepción debe aportar los medios de prueba que permita llevar al juez el conocimiento sobre el mismo; (iv) no obstante, el juez tiene la facultad de alterar dicha carga, y exigir que una parte allegue el medio de prueba, a pesar de que no alegó un hecho, solo en los casos en que busque determinar la verdad de los hechos, y realizar la igualdad material entre las partes. Finalmente, (v) cuando el juez de segunda instancia decreta de oficio una prueba, debe tener certeza de que no se afecta la igualdad de armas entre las partes, conforme a lo previsto en el artículo 13 superior. Es decir, no incurre en la profundización de una asimetría real, ni a una situación en la que pierda independencia y autonomía por corregir o subsanar el incumplimiento de una carga procesal de una de las partes; y, finalmente, el juez permite que la contraparte ejerza el derecho de contradicción.”

Luego, *“No se trata de que el juez en sede de segunda instancia no pueda decretar pruebas de oficio, pues una tesis de ese tipo atenta contra la literalidad del artículo 170 del CGP. En sentido es que cuando acuda a esta institución procesal, tenga la precaución de (i) hacerlo con el adecuado cuidado a los principios de igualdad de las partes, y a los principios de neutralidad e independencia; y (ii) al verificar los hechos a través de la prueba de oficio, debe abstenerse de vulnerar la carga dinámica de la prueba, y en esa medida, suplir inactividad procesal de las partes que estaban en mejor condiciones de aportar los documentos necesarios para descubrir la verdad de lo que se discute.”*

En el presente caso, **la decisión de la Honorable Magistrada sustanciadora de decretar de oficio un dictamen pericial contradujo manifiestamente los postulados señalados en párrafos anteriores, teniendo en cuenta la actuación, o más bien las omisiones, de la parte demandada en el curso del proceso.**

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-615 del 16 de diciembre de 2019.



Monsalve
Abogados

Siendo el demandado UNA CONSTRUCTORA CON MUCHOS AÑOS DE EXPERIENCIA EN EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE VIVIENDA, AMPLIAMENTE RECONOCIDA EN EL MEDIO, próspera, con acceso a un sin número de recursos personales, materiales, logísticos y económicos para demostrar los supuestos de hecho y las excepciones de la demanda, contaba con todas las herramientas necesarias para ejercer su derecho de defensa, sin la intervención del juez; no obstante, los elementos de prueba que pretendió hacer valer en el curso del proceso fueron insuficientes o estaban viciados de parcialidad, como, acertadamente, señaló el juez de primera instancia al poner en entredicho las afirmaciones de los testigos que, justamente, fueron quienes ejecutaron las labores de construcción con las fallas que dieron lugar al presente proceso.

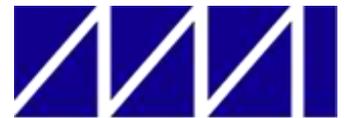
Es la propiedad horizontal demandante la que se encuentra en condiciones de inferioridad frente al demandado, teniendo en cuenta los recursos limitados de las edificaciones sometidas al régimen de propiedad horizontal que, apenas, cuentan con los medios económicos para satisfacer las necesidades básicas y que para acceder a la administración de justicia en la procura de sus derechos, debieron los propietarios de las unidades privadas agotar los presupuestos de Ley 675 de 2001 que les permitirían hacerlo, celebrando varias asambleas de copropietarios, las cuales incluso fueron impugnadas, en dos procesos separados, por la parte demandada, y acudir a la imposición de cuotas extraordinarias de administración para sufragar los costos del proceso; así, ante la decisión de excluir el dictamen pericial aportado con la reforma de la demanda y practicar un nuevo peritaje, la magistrada sustanciadora, en lugar de garantizar la igualdad entre las partes y el equilibrio de armas, está provocando que el demandante quede en una posición más vulnerable al perder el elemento de prueba fundamental de sus pretensiones y que, con esfuerzo, pudieron constituir, además de no poder cumplir con la carga impuesta con el nuevo dictamen pericial, debido a la ausencia de recursos para pagar su valor, o tener que celebrar una nueva asamblea de copropietarios que aprobara fijar una nueva cuota extraordinaria para hacerlo, debiendo cumplir con las ritualidades de la Ley 675 de 2001, que obviamente, no se conseguiría dentro del plazo otorgado por su señoría para rendir el dictamen.

De otro lado, la parte demandada, a pesar de sus múltiples recursos y experiencia, de contar con un apoderado con sobrada experiencia, no hizo uso de las herramientas consagradas en el C. G. del P. para probar los hechos de la contestación y las excepciones propuestas y para controvertir las pruebas presentadas por la parte demandante y, particularmente, el dictamen pericial que fue el soporte fundamental de la acción.

El artículo 228 del C. G. del P. otorga a la parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial dos herramientas para su contradicción, que puede usar alternativamente o al mismo tiempo:

1. Solicitar la comparecencia del perito a la audiencia.
2. Aportar otro dictamen pericial.
- 3.

Además, si provocaba la comparecencia del perito a la audiencia, habría tenido la facultad de interrogarlo para cumplir el propósito de determinar las circunstancias que pudieran afectar gravemente su credibilidad, como lo dispone el artículo 235 del C. G. del P.



Monsalve
Abogados

Finalmente, siendo ya un despropósito jurídico excluir el dictamen pericial aportado por la parte demandante, colocar a la parte vulnerable del proceso en peores condiciones y suplir la inactividad procesal de la parte demandante, **el remate de la decisión es designar como perito a la Lonja de Propiedad Raíz de Santander.**

Sea lo primero señalar que, tratándose de un dictamen pericial que puede ser rendido por uno de los peritos de **las listas de auxiliares de la justicia, debió el magistrado sustanciador acudir a dicha lista, como expresamente impone el numeral 5 del artículo 48 del C. G. del P.**

Si bien el numeral 2 del artículo 229 del C. G. del P. señala que para la prueba pericial el juez *“deberá acudir, preferiblemente, a instituciones especializadas, públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad.”*, la norma se refiere a aquellas incluidas en la lista de auxiliares de la justicia del distrito o, de lo contrario, qué sentido tendría tener peritos en dichas listas, imponer la obligación del numeral 5 del artículo 48 del C. G. del P., para, luego, permitir que el juez designe a cualquiera que cumpla con el requisito de *“reconocida trayectoria e idoneidad”*.

Omitiendo la obligación del numeral 5 del artículo 48 del C. G. del P., pensando que cualquier entidad, pública o privada, de reconocida trayectoria e idoneidad puede acudir al proceso para rendir un dictamen pericial, habría que analizar ***si la Lonja de Propiedad Raíz de Santander cumple con los requisitos mencionados***; ningún reparo frente a su reconocida trayectoria, sin embargo, la idoneidad, entendida como que reúne las condiciones necesarias u óptimas para una función o fin determinados, está en entredicho.

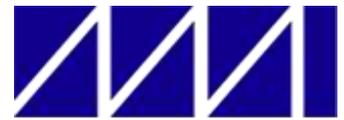
Según su página web la Lonja de Propiedad Raíz de Santander es:

*“La Corporación **Lonja de Propiedad Raíz de Santander**, fue fundada el 13 de septiembre de 1978, en reunión de las inmobiliarias Alejandro Domínguez Parra y Cía. Ltda., Burgos Mantilla y Cía. Ltda., Arrendamientos Díaz, Colservicios Ltda., Central de Arrendamientos Ramírez y Lagos Ltda., Arrendamientos Esteban Ríos Salazar e Hijos Ltda. y Fincar Ltda., según convocatoria del doctor Gabriel Burgos Mantilla para organizar en Bucaramanga el gremio inmobiliario. Existiendo de tiempo atrás las Lonjas de Propiedad Raíz de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Manizales.*

Hoy cuenta con 84 Empresas afiliadas, 80 en el área Metropolitana, 2 en Barrancabermeja y 2 en San Gil. Contamos con 24 evaluadores de los cuales 22 se encuentran en el área metropolitana, 1 en San Gil y 1 en Barrancabermeja, así como 24 administradores de propiedad horizontal en el área Metropolitana.”

Es decir, **una organización gremial a la que pertenecen inmobiliarias, evaluadores y administradores de propiedad horizontal.**

Son sus servicios:



Monsalve
Abogados

“Actualización Jurídica

Con la participación de abogados expertos del sector inmobiliario se han diseñado modelos de contratos de arrendamiento, mandato y corretaje, así como folletos y formatos especializados para el desarrollo de la actividad, los cuales son revisados periódicamente, permitiendo acumular e intercambiar la experiencia de los miembros de la Corporación y disponer de la normatividad vigente.

Igualmente, analizar proyectos de ley, formular propuestas y gestionar a nivel local y nacional normas y leyes en beneficio del sector.

Servicios Jurídicos

La agremiación cuenta con un grupo de abogados especializados en Derecho Inmobiliario y el apoyo del Consultorio Jurídico de La Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, para ofrecer a afiliados y a la comunidad en general el servicio de consultas jurídicas, con el propósito de orientar y buscar soluciones rápidas a los conflictos que puedan llegar a surgir en el desarrollo de la actividad inmobiliaria.

Asesorías Regionales

La LONJA como asesor y consultor de las instituciones gubernamentales regionales sobre temas valuatorios, valorización y plusvalía, ha desarrollado importantes metodologías en este campo con un grupo de profesionales especializados, lo cual, le ha permitido convertirse en garante del equilibrio entre lo público y privado.

Estudios e Investigaciones

Constantemente se efectúan publicaciones de Estudios e Investigaciones de interés gremial que permiten a nuestros agremiados una mayor información sobre temas regionales y nacionales. Así mismo, en nuestras instalaciones pueden adquirir material bibliográfico sobre temas de urbanismo, avalúos, arrendamientos, propiedad horizontal, ventas, entre otros.

Avalúos Corporativos

El servicio de Avalúo Corporativo es cada vez más utilizado por los usuarios tanto privados como del sector público en Santander, por su calidad y equilibrio en la valoración de los diferentes bienes de la actividad económica, en razón de la idoneidad, ética y profesionalismo de los Avaluadores que intervienen en este trabajo y por lo técnico del proceso corporativo del avalúo.

Bases de Datos

Almacenan información especializada en materia de avalúos y arrendamientos, brindando a nuestros vinculados la oportunidad de contar con datos confiables para el desarrollo de su actividad.

Capacitación

La LONJA realiza seminarios, cursos, talleres y conferencias periódicas sobre temas de avalúos, arrendamientos, propiedad horizontal, ventas, etc., y diplomados en convenio con reconocidas universidades, con el ánimo de promover el desarrollo y profesionalización de las personas vinculadas a las actividades de finca raíz.

Publicaciones y Comunicaciones

Con el propósito que la comunidad conozca la oferta de bienes y servicios del sector constructor, inmobiliario y afines, se publica desde 1989 el periódico «SE VENDE & SE ARRIENDA», del cual se imprimen veintitrés mil ejemplares, con circulación cada dos semanas y más de 1.400 puntos

CONCLUSION:

En resumen, tenemos entonces que: **1) tratándose de un dictamen pericial que puede ser rendido por uno de los peritos de las listas de auxiliares de la justicia, debió el magistrado sustanciador acudir a dicha lista, como expresamente impone el numeral 5 del artículo 48 del C. G. del P. ----- 2) LA LONJA DE PROPIEDAD RAÍZ DE SANTANDER concentra sus servicios y experiencia en asesoría al sector inmobiliario, en actividades inmobiliarias y temas valuatorios, de valorización, plusvalía, de urbanismo, arrendamientos, propiedad horizontal y ventas y que por ende , el dictamen pericial que se ordena no hace referencia a ninguno de los temas aquí descritos, sino que se refiere, puntualmente, al hallazgo de daños en una edificación sometida al régimen de propiedad horizontal, determinando su clase, su causa y el valor de su reparación, para los cuales se requieren precisos conocimientos en arquitectura, ingeniería, materiales, redes de servicios públicos, entre otros, de los que carece un agente inmobiliario o un evaluador o un administrador de propiedad horizontal. ----- 3) Que al apoderado de la parte demandada es miembro del Consejo Directivo de la institución que fue nombrada como perito, entendiéndose entonces el afán del colega **que si que este en firme el presente auto**, apresure el oficio de dicha designación al interior del proceso, como se vio reflejado el día de ayer, y el cual muy oficiosamente y casi de inmediato la secretaria de su despacho acató.**

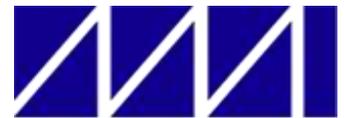
PETICIÓN PRINCIPAL:

Por las razones anteriormente expuestas, respetuosamente solicito REVOCAR en todas sus partes el auto del 04 de marzo de 2021 y ordenar seguir adelante con el trámite previsto para la segunda instancia, esto es, fijar fecha y hora para audiencia de sustentación de la alzada y fallo de segunda instancia, conforme lo establece el artículo 327 del Código General del Proceso.

PETICIÓN CONCEDER SÚPLICA:

Como se dejó sentado en líneas anteriores si bien en el “RESUELVE” del auto del 04 de marzo de 2021 se hace referencia a una sola decisión con sus pormenores y detalles - decretar, de oficio, un dictamen pericial, en realidad se están adoptando **dos decisiones y así se hace saber en la parte motiva del auto; i) primero**, la magistrada sustanciadora se pronuncia sobre el “IMPEDIMENTO DE LA PERITO”, realizando un análisis de los artículos 235 y 141 del C. G. del P. y de la decisión del juez de primera instancia, para concluir que *“como la perito es hermana del apoderado judicial de la parte demandante y el dictamen fue presentado en interés de esta parte y para demostrar los hechos en que fundamenta la(sic) pretensiones de la demanda, es claro el impedimento y por tanto no puede aceptarse el dictamen,”* (subrayado y negrilla fuera de texto), es decir, **el magistrado sustanciador, aunque no hace referencia a ello en la parte resolutive, está RECHAZANDO una prueba presentada y solicitada por la parte demandante Y LA ESTÁ EXCLUYENDO DEL PROCESO**

Así las cosas y a luz del artículo 321 numeral 3 (El que niegue el decreto o la práctica de pruebas) al dejarse sin efecto el peritaje que fue la base del fallo de primera instancia ruego sea decretado el recurso de súplica, en caso de no ser repuesto el presente auto.



Monsalve
Abogados

Atentamente,

MARIO NOVA BARBOSA

C.C. No. 91.518.242 de Bucaramanga

T.P. No. 239.130 del C. S. de la J.

Representante legal Monsalve Abogados S.A.S.