

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CIVIL**

Magistrado Ponente: CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ

Santiago de Cali, veinticuatro de junio de dos mil veinte.

Proceso: Divisorio
Demandante: Janeth Vera Rico
Demandado: Sonia María Vera Rico
Radicación: 76001-31-03-019-2018-00129-01
Asunto: Apelación de Auto

Procede la Sala a resolver la apelación interpuesta por la parte demandada, contra el auto que decretó la venta del bien común.

ANTECEDENTES

1.- Dentro del proceso en el cual Janeth Vera Rico persigue ya sea la división material o la venta del inmueble que mantiene en propiedad común, la demandada Sonia María Vera, a través de mandatario judicial, se opuso a que se declare la división material del bien y formuló objeción frente al dictamen pericial aportado por la demandante, en relación al “[...] avalúo comercial del inmueble, referente a esta demanda, ya que aparece incompleto” e indicó que además “no cuenta con un concepto certificado y técnico sobre la divisibilidad o indivisibilidad del inmueble”, por consiguiente, solicitó la designación de un auxiliar de la justicia para llevar a cabo “un avalúo real y técnico de dicho inmueble y legalizar ante curaduría”¹.

¹ Folio 80.

2.- Teniendo en cuenta lo anterior, el juzgado de primera instancia, en atención a lo previsto en el artículo 409 de la norma adjetiva convocó a audiencia donde la perito fue interrogada por el procurador judicial de la demandada como por la juzgadora, aunque en principio, solo en relación a la procedencia de la división material, también absolvió los demás cuestionamientos dirigidos frente a la pericia, cumplido lo anterior y en ese mismo acto se decretó la venta del inmueble cuya división se promueve, previo su secuestro, con el fin de llevar a cabo el remate según lo previsto para el proceso ejecutivo teniendo como base el valor total del avalúo, argumentando, en lo que concierne a la censura, que “[...] el inciso 1º del artículo 409 preceptúa que si el demandado no está de acuerdo con el dictamen podrá aportar otro o solicitar la convocatoria del perito a audiencia para interrogarlo, que fue lo que efectivamente hizo la señora Sonia María Vera, ella no aportó dictamen alguno pero solicitó la presencia de la perito que había realizado el dictamen dentro de este proceso; antes de hacer las consideraciones del caso, vale la pena memorar que la demandante en los hechos de la demanda propuso el trámite de un proceso divisorio o venta del bien común, en las pretensiones solicitó la división, no obstante, el Despacho, de acuerdo a la facultad de interpretación que tiene que darle a las demandas, adecuó el trámite y lo admitió como venta de bien común teniendo en cuenta que el avalúo que se presentó decía claramente que el predio no era objeto de división material. Siendo citada la perito a la audiencia que se viene desarrollando hoy, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 409, la perito en su declaración llegó a la conclusión de que el inmueble no es objeto de división, así se realizara el trámite del reglamento de propiedad horizontal, pues dice la perito que de acuerdo al Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Santiago de Cali, determinado mediante Acuerdo 0373 de 2014, dicho predio no cumple con los frentes mínimos del lote según su área para la subdivisión, adicionalmente, el porcentaje que tiene la demandada, esto es el 16,66%, no sería viable una división de acuerdo al área construida en cada uno de los pisos. Teniendo en cuenta lo anterior, advierte el Despacho que el dictamen pericial presentado junto con las aclaraciones dadas en esta audiencia el bien inmueble no es susceptible de división, ahora, dicho dictamen cuenta con una solidez, claridad, una precisión y es muy claro en los fundamentos de derecho, los fundamentos legales en que la perito se fundamentó para decir o determinar que efectivamente el predio no era objeto de división, la perito que trajo o que realizó el dictamen es una persona idónea, cuya calidad fue acreditada con los documentos

que acreditó con el dictamen pericial al momento de presentar la demanda, por eso, dicha prueba es una prueba idónea para tomar la decisión de no ordenar la división del inmueble, máxime si se tiene en cuenta que existe una orfandad probatoria por parte de la demandada quien no cumplió con la carga de la prueba que el impone el artículo 167 del Código General del Proceso, que dice [...], en virtud de lo anterior y como quiera que la parte actora no está obligada a permanecer en la comunidad y así lo establece el artículo 1174 del Código Civil, que dice [...], entonces, nuevamente reitera el Despacho que en el presente asunto no se pactó la indivisión y la perito designada o que trajo el dictamen pericial, como ya se dijo, dictamen que cumple con todos los requisitos de que trata el Código General del Proceso, ante su claridad y precisión, pues entonces no es factible ordenar la división del inmueble”².

3.- Inconforme con la decisión, el mandatario la demandada interpuso recurso de reposición y subsidiariamente la apelación “[...] por considerar que va en contravía de los intereses de mi representada conllevándola a un detrimento patrimonial, dado de [sic] que el inmueble a la fecha ha cambiado el valor y dentro de la contestación que se dio en su momento hay un título que habla de objeciones y se objetó el avalúo comercial”³.

4.- La juez a quo confirmó su decisión, lo que explica la presencia de las diligencias en esta sede, tras precisar que “[...] respecto al recurso de reposición debe advertir el juzgado que el abogado debe, dentro de la audiencia, presentar los alegatos en que se fundamenta su recurso o que no están de acuerdo frente a la decisión aquí tomada, los reparos que él hace a la decisión aquí tomada en la providencia 698 dice que el inmueble cambió el valor y que ello había sido objeto de cuestionamiento en la contestación de la demanda, sin embargo, el Despacho de entrada y una vez iniciamos la presente audiencia se dejó muy claro, o en la contestación que obra a folio 68, en ninguno de sus apartes quien contestó la demanda en ese momento en nombre de Sonia María Vera Rico no objetó el valor comercial del inmueble que le había dado la perito en la suma de \$416.000.000, por consiguiente, muy claro se dijo, cuando se inició la audiencia, que la perito sería aquí citada solamente porque habían objetado lo que tenía que ver con la división e indivisibilidad del inmueble, de esta manera entonces y teniendo en cuenta esos argumentos, además que existe una orfandad probatoria como ya se mencionó en

² Minuto 19:20 a 29:09.

³ Minuto 29:22 a 30:20.

el auto que es objeto de recurso por parte de Sonia María Vera, ella no cumplió con la carga procesal, no trajo otro dictamen que dijera que sí efectivamente existiera un mayor valor sobre el dictamen que inicialmente aportara, entonces existe una orfandad probatoria y por consiguiente el Despacho la única prueba idónea que tenemos dentro de este proceso divisorio es la prueba pericial que trajo el apoderado judicial de la parte demandante, además, debe tenerse en cuenta que si miramos claramente, vemos como en las objeciones que obran a folio 88 en ningún momento se habla sobre el cambio del valor comercial, por consiguiente, el Despacho no observa que exista una decisión errada en esa providencia de la número 698, que se ha proferido aquí y que ordenó la venta del bien que es objeto de este proceso divisorio; de esta manera, no recurre el auto y se concede el recurso de apelación de conformidad con el artículo 409 [...]”⁴.

5.- Al recurso le fue impartido el trámite de rigor, siendo concedido por el juzgado en el efecto devolutivo.

CONSIDERACIONES

1.- Teniendo en cuenta que en conformidad con el artículo 167 de la norma adjetiva, en las partes recae la carga de la prueba del “supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, así, para mantener el equilibrio de las partes y el ejercicio efectivo del derecho de defensa, estrictamente relacionados con el derecho al debido proceso, la ley procesal en materia probatoria ha señalado con precisión los principios que las estructuran y las oportunidades para su solicitud, aportación y práctica.

Pero no sólo a las exigencias anteriores se limita la actividad probatoria, pues la ley consagra otros requisitos en virtud de los cuales, la solicitud de pruebas debe ser clara y precisa, y guardar relación con el objeto del litigio, además, debe guardar consonancia con las exigencias propias que cada proceso impone a alguna de las partes en particular

⁴ Minuto 31:44 a 33:57.

en quien recae el cumplimiento de esa carga procesal para llevar con éxito el fin que persigue dentro del mismo.

2.- En ese contexto, para resolver la impugnación planteada, es menester precisar que dentro del proceso divisorio, en conformidad con lo reglado en el artículo 406 del C.G. del P., ya sea que en la demanda se persiga la división material o la venta del bien común, “[...] 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.”

Ello delimita el camino que seguirá el proceso y la suerte que correrá el bien, por consiguiente, el artículo 409 *idem* impone correlativamente a la parte demandada dirigir su oposición frente al dictamen ya sea aportando otro o interrogando al perito en audiencia, instando su convocatoria para ello.

3.- Bajo estas premisas se tiene que Janeth Vera Rico presentó demanda en contra de Sonia María Vera Rico, persiguiendo la división material o la venta, según sea el caso, del inmueble cuya propiedad ostentan en comunidad, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 370-94982⁵, para lo cual aportó el dictamen pericial rendido por una profesional en arquitectura quien asegura conformar el Registro Nacional de Valuadores⁶ y para el efecto perseguido en el proceso señaló tanto el avalúo comercial del bien⁷ y estableció que “El predio objeto de valoración, no es susceptible de ‘División Material’, especialmente por pertenecer a múltiples propietarios”⁸, indicando los fundamentos técnicos y normativos que la llevaron a arribar a tales conceptos.

⁵ Folio 66

⁶ Folio 24.

⁷ Folio 44.

⁸ Folio 28.

Por su parte, la demandada, a través de mandataria, al contestar la demanda expuso claramente “Nos oponemos rotundamente a que se declare la división material del inmueble objeto de esta demanda [...] No se han realizado los pasos legales requeridos por la ley, tales como: reconocimiento del primer piso, hay vivienda local y comercial, ampliación de segundo y tercer piso, definición como Propiedad Horizontal de acuerdo a la ley 675 de 2001, adicionalmente realizar la minuta de propiedad horizontal, cálculo estructural y estudio de suelos”⁹. (Resalta el Tribunal)

Igualmente, cuestionó el avalúo efectuado por considerar que no corresponde a la realidad como quiera que no se efectuó para cada piso de la edificación y apuntó a la ausencia de linderos para el segundo y tercer piso.

Así, aunque objeta la pericia por considerar incompleto el avalúo comercial y la ausencia de un concepto certificado y técnico sobre la “divisibilidad o indivisibilidad” del predio, alejada de la ritualidad procesal para este juicio, exige la designación de un auxiliar de la justicia persiguiendo un dictamen en relación con “[...] un nuevo avalúo real y técnico de dicho inmueble y legalizar ante curaduría para que se tenga un valor real de la edificación”¹⁰, olvidando que su inconformidad solo puede resolverse bajo dos escenarios, bien, aportando otro dictamen amparado en criterios científicos para controvertir los puntos en desacuerdo con el que trae la parte demandante, o, solicitando la comparecencia de la perito que lo rindió para interrogarla.

No obstante su omisión, la juez de primera instancia citó a las partes y a la perito para que comparecieran a audiencia con el fin de ser interrogada por la parte demandada, sin embargo, de manera errónea la juzgadora delimita la objeción solo en cuanto la indivisibilidad del bien,

⁹ Folio 80.

¹⁰ Idem.

cuando en realidad comprende también el avalúo comercial del mismo que se estima incompleto, como se observa a folio 80.

A pesar de lo anterior, en el desarrollo de la audiencia el apoderado de la demandada formuló el interrogatorio del caso, en primer lugar, en cuanto a la procedencia de la división material del bien frente a lo cual la experta concluyó que en conformidad con la normativa que reglamenta el POT, en el municipio aquella no es permitida y aún constituido el régimen de propiedad horizontal el porcentaje que ostenta la demandada es muy pequeño para obtener una porción del inmueble en las condiciones en las que se encuentra actualmente; pero también y en segundo lugar, también enfiló su cuestionario en punto al avalúo del inmueble frente a lo cual la interrogada hizo las aclaraciones y complementaciones del caso estableciendo la metodología adoptada para arribar al valor mencionado, precisando que aquél se realizó como si se tratara de una propiedad horizontal para que sea más favorable¹¹.

Entonces, partiendo de que la censura de Sonia María Vera Rico al auto que decreta la venta del bien común se orienta al supuesto detrimento patrimonial que con ella pregona en su contra, alegando que el valor del inmueble ha cambiado en el tiempo, del interrogatorio formulado por su mandatario a la experta no puede extraerse tal conclusión, si en cuenta se tiene que con sus respuestas y precisiones no fueron desvirtuados los argumentos y conceptos técnicos rendidos en la experticia, siendo desestimada la tesis de la defensa para declarar acertadamente infundada la objeción.

El escenario sería diferente, si aquella, para demostrar la supuesta imprecisión que predica de la valoración del predio o para determinar la posible procedencia de su división material, hubiera acudido al proceso aportando su propia experticia valiéndose igualmente de un experto

¹¹ Minuto 6:42 a 14:53.

idóneo y con criterio especializado en la materia, brindando de tal manera herramientas que permitan al operador judicial determinar específicamente la diferencia del valor comercial del inmueble que se alega, así como el supuesto detrimento patrimonial del que se duele, en caso de decretarse la venta, igualmente, de insistir en la división material la demandada debía establecer que en conformidad con el artículo 407 el bien es susceptible de partirse materialmente “sin que los derechos de los condueños desmerezcan por el fraccionamiento.”, lo que la demandante logró desvirtuar y por ello fue decretada la venta.

Nótese, que el artículo 167 *idem* claramente determina que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”, correspondiendo en este caso a la demandada soportar probatoriamente lo alegado, por lo contrario, ese abandono probatorio sobre los tópicos enunciados no puede suplirse, como lo pretende la demandada, para que sea el juez quien designe un auxiliar de la justicia para que lleve a cabo la labor probatoria, siendo esta una carga que el artículo 409 del estatuto procesal impone exclusivamente al demandado, es decir, traer al proceso el dictamen que reclama, normativa procesal de orden público que el juzgador no puede pasar por alto so pena de sacrificar la igualdad de las partes en el litigio y su derecho al debido proceso; tampoco podía tenerse como una prueba anunciada a la espera del término que la juez fije para ser aportada, en tanto evidencia la Sala que al convocarse a la perito a audiencia, brindando la oportunidad al ahora recurrente de interrogarla y desatar su controversia, no se suscitó inconformidad alguna.

En punto a la división material, la Corte Suprema de Justicia en auto donde resolvió la procedencia de la casación en los procesos divisorios, también precisó:

“4.3. Cuando de la división material se trata, salvo lo dispuesto en leyes especiales, la misma será procedente cuando corresponda a bienes que puedan partirse físicamente sin que los derechos de los condueños desmerezcan por el fraccionamiento. (Artículo 407 C.G.P.).

En este evento, el procedimiento que preveía el C. de P.C., varió en el nuevo estatuto procesal, pues como ha quedado visto, el trámite probatorio allí previsto, se mutó, para exigirle al accionante, que desde un comienzo, con su escrito propulsor, acompañe el correspondiente dictamen, contentivo de los datos señalados en el inciso 3º del artículo 406, experticia que puede ser rebatida por el demandado, mediante la presentación de otra o pidiendo que se cite al perito para interrogarlo sobre aspectos concernientes al predio, su división y avalúo.”¹²

Aflora de lo anterior, que si bien la parte demandada podía valerse de dos medios de prueba para comprobar los fundamentos en los que cimienta su defensa, sin embargo escogió solo uno sobre el que recae la suerte del litigio, del que muy a su pesar, no se desprenden los efectos por ella perseguidos, por lo contrario, quedaron soportados los argumentos de la demanda definiendo la procedencia exclusiva de la venta decretada.

Al margen de lo anterior, llama la atención que al contestar la demanda, la demandada se opuso rotundamente a la división material del inmueble en litigio¹³ y ahora, cuando se decreta la venta dándole aparentemente la razón, también se opone a ella alegando un detrimento que en manera alguna demuestra, revelando su intención de entorpecer el trámite en perjuicio de la actora.

Por lo dicho, esta Sala Civil de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali,

¹² Auto AC6998-2017 del 24 de octubre de 2017, proceso rad. 13001-31-03-002-2009-00109-01.

¹³ Folio 80.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el auto recurrido conforme a las razones previamente expuestas.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE,


CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ
Magistrado