

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
DE CUNDINAMARCA**
SALA CIVIL – FAMILIA

Bogotá D.C., febrero diez de dos mil veintitrés.

Proceso	: Mejoras
Radicación	: 25899-31-03-001-2019-00328-02.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por los dos extremos del proceso, contra el auto proferido en la audiencia inicial celebrada el 19 de julio de 2022, por el juzgado primero civil del circuito de Zipaquirá.

ANTECEDENTES

1. En el asunto, la Fundación Nacional Zipaquirá - Funzipa, actuando a través de apoderada judicial, formuló demanda en contra de las compañías Construtierrez S.A.S. y Optimvs S.A.S., para que se declare que la demandante “plantó construcciones y mejoras sobre los inmuebles ubicados en Zipaquirá, identificados con folios de matrícula inmobiliarias Nos. 176-23109 y 176-36042 de la Oficina de Registro de instrumentos Públicos de Zipaquirá”, que “estaba autorizada para realizar las anteriores construcciones y mejoras (...) en virtud de la celebración de un contrato de arrendamiento” y que, en consecuencia, las demandadas “está obligadas a pagar a la parte demandante (...) el valor de las construcciones y mejoras”, que estima en cuantía de \$536.120.000.

Una vez admitida la demanda procedió la demandante a enterar al extremo pasivo, convocatoria que fue atendida en oportunidad por las dos demandadas compañías Construtierrez S.A.S. y Optimvs S.A.S., quienes se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y plantearon excepciones de mérito, solicitando el decretó de pruebas.

2. El auto apelado.

El 19 de julio de 2022 se surtió la audiencia inicial conforme a lo previsto en el artículo 372 del C.G.P. y en desarrollo de sus etapas en el decreto de pruebas, luego de accederse a las pruebas documentales allegadas por la demandante y recordar que ya había recaudado las declaraciones de parte, negó el juez a la actora la exhibición de documentos porque recaía sobre unas licencias de construcción que pudo la interesada obtener a través de derecho de petición ante la autoridad respectiva, conforme con los artículo 178 numeral 10 y 173 del C.G.P., que además era superflua pues se podía acreditar la existencia de las mejoras con otros medios ya decretados y decretó entre sus documentales el dictamen pericial allegado en sustento del juramento estimatorio formulado y también negó a éste extremo la prueba por informe pedida al descorrer las excepciones de mérito, conforme lo dispuesto en el artículo 275 del C.G.P., pues el despacho no podría elaborar la prueba que le corresponderá valorar y además por considerarla superflua e inútil.

A la demandada Optimvs S.A.S., le decretó las documentales allegadas con la contestación a la demanda, el interrogatorio ya surtido en la audiencia dispuso oír al testigo Tiberio Mora, pero negó el testimonio de Germán Torres Gómez al tener por objeto que informara si adquirió las mejoras con central de inversiones o si fue requerido para su pago, por inconducente, al considerar que el acto de adquisición del dominio era prueba formal donde debía estar consignado si aquellas se adquirían allí, y que era fútil en cuanto a saber si había sido requerido para ello. Asimismo negó el dictamen pericial de valoración de mejoras porque adujo que fue su decreto objeto de medida de saneamiento y la decisión de ser su reclamo improcedente, al no haberse formulado objeción contra el juramento estimatorio en oportunidad, estaba surtiendo un recurso de apelación.

Mientras que de la demandada Construtierras SAS le decretó la documental aportada al contestar la demanda, el interrogatorio de parte ya recolectado le negó el testimonio de Germán Torres Gómez por idénticas razones a las de su negativa a Optimus y le negó el dictamen pericial aportado al contestar la demanda por no observarse las exigencias del artículo 206 que aluden a la presentación del juramento estimatorio y la forma como puede aquel controvertirse.

3. Los recursos de apelación.

3.1. La parte actora apeló, inconforme por la negativa de la exhibición de documentos, relativa a las licencias de construcción de los inmuebles que adujo resultaba útil para probar la existencia de las mejoras objeto central del debate, expuesto en varios hechos de la demanda, así como que frente a la posibilidad de obtener la prueba por derecho de petición, que el artículo 265 del código general del proceso no impide que se solicite la prueba a través de la exhibición de documentos, ni impone la sanción que el juez aplicó que las licencias reposaban en poder de la demandada.

Que la prueba por informe que se solicitaba del juzgado primero civil del circuito de Zipaquirá, dirigida a obtener copias del proceso ejecutivo con radicado 2019-00131-00, era útil para controvertir la excepción de compensación propuesta por ambas accionadas, “toda vez que cuando se descorrió el traslado de las excepciones aún no se había proferido la revocatoria del mandamiento de pago en el proceso 2019 131”, con ellos se demostraba que nada debía la actora a las demandadas y por eso la pertinencia para desvirtuar la excepción de compensación que se había propuesto. Que los medios pedidos cumplían los requisitos intrínsecos y extrínsecos de las pruebas que eran conducente y pertinentes.

3.2. La demandada Optimus S.A.S., recurre en reposición y subsidiaria apelación, dijo oponerse al decreto del testimonio de Alberto Corradine Angulo por ser quien elaboró el “*dictamen pericial*” aportado con la demanda, considera contradictorio que pueda ser aquel perito y testigo, señala que ese dictamen pericial no cumple los requisitos legales, que es un documento histórico que se elaboró en el año 2012 para el proceso de regulación de canon de arrendamiento, y solicita revocar la negativa del dictamen pericial aportado por la demandada Construtierras S.A.S. que adujo sí cumple con las exigencias del artículo 226 del C.G.P.

Considera bien denegada la prueba de exhibición de documentos que además no están en su poder las licencias, que no podría exhibirlos porque si las mejoras se hicieron en el año 1970, cuando ella adquirió el predio en el año 2018 ya aquellas existían y que la obligación de obtener licencias para el constructor sólo se implementó en el año 1984. Dijo formular reposición y apelación contra la decisión de negar el decreto del dictamen pericial que aportó Construtierras SAS.

3.3. La demandada Construtierras S.A.S., recurre en reposición y subsidiaria apelación la negativa del decreto de su dictamen pericial aportado con la contestación de la demanda, sostuvo que era el medio idóneo para demostrar el valor de las mejoras en discusión, era conducente, pertinente y útil y pidió en subsidio, que de mantenerse la negativa se decretase uno de oficio por el juzgador, asimismo abogó por el decreto del testimonio de Germán Torres Gómez pedido para que declarara sobre las mejoras en disputa, pues conoció de aquellas al ser quien antecedió a Construtierras S.A.S. como propietario del inmueble arrendado.

Descorriendo el traslado de los recursos la actora precisa que el dictamen que se acompañó a la demanda en respaldo del juramento estimatorio se decretó como prueba documental, y que la negativa a la pericia de las demandadas estaba ligada a la aplicación del artículo 206 del C.G.P. y no por el artículo 226 ídem como aquellos lo reclamaban, pues al no haber objetado el juramento estimatorio no podían pedir un nuevo dictamen y que la negativa de pruebas testimoniales a las demandadas debía mantenerse.

El a quo mantuvo su decisión, reiteró que decretó la pericia agregada por la actora como prueba documental y que por ello no había obstáculo para que Alberto Corradine rindiera su testimonio,

que frente a la pericia de Optimus la negativa de su decreto estaba apelada, no repone su decisión y concede los recursos de apelación, que acá se resuelven, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

No obstante encontrarse el proceso en esta instancia también para decidir la apelación de la sentencia, en razón al propósito que tienen los autos apelados, el recaudo negado de unas pruebas, se considera pertinente resolver sobre las mismas antes de resolver la apelación de la sentencia emitida.

1. El análisis se inicia con observancia de las restricciones que la ley procesal le impone al juez ad quem, derivadas del contenido del artículo 320 del C.G.P. que señala que el recurso de apelación “tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”, y que, conforme lo dispone el artículo 328 del C.G.P., el juez de segunda instancia tiene una competencia limitada a la definición de la alzada, dado que éste “deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio”.

2. Ambos extremos procesales disienten del auto proferido en audiencia del 19 de julio de 2022, por medio del cual el juez en uso de las facultades que como director del proceso ejerce, restringió el decreto de pruebas al negar algunas de las pedidas y decretar otras que se considera debió negar, ello en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 168 del C.G.P., según el cual “El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”.

2.1. La demandante apela porque no accedió a ordenar a la demandada la exhibición de las licencias de construcción sobre los predios donde se edificaron las mejoras en disputa, pero esa decisión se considera conforme a la regulación legal y será confirmada.

En efecto, como lo adujo el juez, se trata de documentos públicos que pudo obtener la parte peticionaria de la prueba a través de derecho de petición elevado ante las autoridades de planeación municipal o la autoridad respectiva de ese orden, y esa exigencia se muestra acorde con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 78 del C.G.P., es deber de las partes *“Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir”*; y lo reitera el artículo 173 ídem al señalar que *“El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente”*.

Ahora ante esa carga procesal de exigencia de un comportamiento de las partes que contribuya al ágil desarrollo del proceso, con la obtención de la prueba a través del derecho de petición ejercido antes de iniciarse la actuación, no tiene como excepción el acudir a la exhibición de documentos, cuando el que se pida exhibir sea uno que se pueda obtener a través del derecho de petición, pues ello permite alcanzar el propósito de economía procesal que también tiene la citada disposición.

Y no puede concluirse que como el texto de la exhibición de documentos no señala que debe ella someterse a las restricciones del artículo 78 numeral 10 y 173 del C.G.P., sea una excepción a esa regla general, pues sabida es la regla de interpretación que donde la ley no distingue no le es válido al interprete diferenciar.

Esto es, la regla según la cual, si la prueba que se quiere aducir se puede obtener por vía del derecho de petición debe acudirse a su ejercicio para así obtenerla antes de demandar, no tiene una excepción en el sólo hecho de que se pida la exhibición de documentos prevista en los artículos 265 y siguientes del C.G.P., cuando como en este caso acontece, los documentos que se piden a la parte exhibir se habían podido obtener a través del ejercicio del derecho de petición; y ese argumento es suficiente para confirmar la negativa del decreto de esa prueba, pues no se hace necesaria la consideración de la alegación de la destinataria de la prueba Optimvs S.A.S.

quien desde su primera actuación en el proceso manifestó que los pedidos eran documentos que no obran en su poder.

En cuanto a la prueba por informe para obtener copias del proceso ejecutivo con radicado 2019-00131-00, para desvirtuar “la excepción de compensación de obligaciones”, la misma, por el contrario, sí debía ser decretada. En efecto, se trata de una prueba encaminada a debatir la excepción de compensación esgrimida por ambas demandadas y cuyo sustento principal es el mandamiento de pago proferido dentro de dicho trámite, por lo que la “revocatoria del mandamiento de pago” que refiere la demandante, ciertamente estaría llamada, eventualmente, a incidir en el asunto sí efectivamente hace parte de las piezas procesales de aquel proceso.

Se considera entonces pertinente y útil para un aspecto concreto de la litis, de forma que ninguno de los motivos contemplados en el artículo 168 del C.G.P. opera en este caso para negar su decreto y tampoco es motivo para hacerlo el hecho de que, según el juez, “este despacho no puede elaborar la prueba que al mismo tiempo le corresponderá valorar”, pues lo que se solicita no es la elaboración de algún documento, sino simplemente la remisión de copias del expediente en cuestión.

2.2. La apelación de la demandada Optimvs S.A.S., en lo que corresponde a su inconformidad con el decreto a petición de la actora del testimonio de Alberto Corradine Angulo y del documento dictamen por aquel elaborado, que se aclaró se incorporó como prueba documental, no puede ser de recibo, pues la providencia apelable en materia de pruebas es aquella que niega su recaudo o la práctica de pruebas y no la que accede a su decreto, numeral 3° del artículo 321 del C.G.P. y en lo que refiere al testimonio de Germán Torres Gómez se resolverá conjuntamente con similar reclamo de la otra demandada.

2.3. El recurso de Construtierras S.A.S., por el no decreto del dictamen pericial allegado y del testimonio de German Torres Gómez, acontece que la negativa de la primera prueba está ligada al no ejercicio de la objeción al dictamen pericial, pues teniendo aquella por objeto la valoración de las mejoras atendiendo las restricciones del artículo 206 del C.G.P., como se resuelve respecto de la otra empresa demandada en auto de la fecha, el escenario para discutir la valoración que de las mejoras estimó la demandante era la objeción al juramento efectuado, trayendo la pericia en respaldo de la discrepancia que como objeción debía formularse y que como no se hizo así, impide que se decrete la prueba.

Mientras que la declaración del Germán Torres Gómez cuyo recaudo se negó porque era formal la prueba de adquisición del inmueble y en ella podía además determinarse si se adquirieron allí la mejoras, en lo que refiere al pedimento del medio por la demandada Optimvs SAS y que Construtierras S.A.S., pide declarar “sobre las construcciones y mejoras existentes en los lotes y si estas fueron adquiridas por este mediante contrato suscrito con CENTRAL DE INVERSIONES Y/O sobre el hecho de haber sido requerido por el precio de las mejoras por la sociedad Funzipa en alguna época. Igualmente, el testigo estará en condición de dar testimonio sobre el estado que fueron restituidas a la sociedad OPTIMVS SAS las instalaciones o construcciones existentes en los lotes adquiridos por la sociedad Optimvs SAS y sobre las obras civiles de reparación, mantenimiento y reforzamiento que se ha visto obligada a realizar la sociedad OPTIMVS desde abril de 2018”, claro es que la conducencia del medio se pone en tela de juicio en lo que toca con lo que es objeto de su deposición para la primera de las solicitantes, mientras que para la segunda, ciertamente, de la descripción de su objeto no se evidencia de cara a la fijación del litigio y el resultado de la no objeción del juramento estimatorio, un aspecto fáctico que imponga indispensable su recaudo, cuando lo cierto es que, a consideración del a quo, destinatario inicial de la prueba recaudada no refiere la misma a un punto de discusión que no pueda ser dilucidado con los otros medios probatorios ya incorporados.

Luego en el ejercicio del poder discrecional del juez en el decreto de la prueba no se muestra arbitrario ni carente de sustento su decisión de prescindir del recaudo de ese testimonio, por lo que en el punto tampoco prospera el recurso de los extremos.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil-Familia,

RESUELVE

REVOCAR parcialmente el auto de fecha 19 de julio de 2022, proferido por el juzgado primero civil del circuito de Zipaquirá, en lo que respecta a la negativa de la orden de expedición de copias del proceso ejecutivo No. 2019-00131-00, que Construtierras SAS adelanta en contra de Funzipa, en el mismo juzgado primero civil del circuito de Zipaquirá, para en su lugar, ordenar que esa instancia judicial, expida a costa de la parte actora, las documentales enunciadas en el escrito con que la parte demandante describió el traslado de las excepciones, acápite de “*Pruebas por informe*”. Medios probatorios que deberán remitirse a esta Corporación donde se surtirá su trámite. -Art. 330 ibidem-.

Por secretaría ofíciase al juzgado mencionado a efectos de que remita, a costa de la parte actora, escaneadas o el link del proceso ejecutivo No. 2019-00131-00 donde obren las documentales referidas.

En lo demás el auto se mantiene incólume el auto apelado.

Sin condena en costas por no aparecer causadas.

Notifíquese,



JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Magistrado