

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA
Barranquilla, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO: APELACIÓN DE AUTO EN PROCESO ORDINARIO DE NULIDAD
DEMANDANTE: NEYLA ROSA PACHECO LICONA (AHORA SUCESTORES PROCESALES)
DEMANDADO: SIGILFREDO ZAMBRANO FERNÁNDEZ
RADICADO: 080013103003-2011-00397-01
INTERNO (ENLACE EXPEDIENTE DIGITAL): 43.103

Se procede a resolver en Sala Unitaria¹, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra del auto proferido el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla.

ACLARACIÓN PRELIMINAR

La Magistrada sustanciadora deja constancia de que una vez posesionada en el cargo el día 12 de mayo de 2021, **no** se reportó este asunto dentro del inventario de procesos a cargo del Despacho 04 de la Sala Civil Familia de este Tribunal. El día 28 de julio de 2021 se descubrió una grave irregularidad en el reporte de procesos asignados por reparto, por parte de quien fungía como Auxiliar Judicial del Despacho 4 de la Sala Civil Familia.

Realizadas las indagaciones del caso, se tiene que este asunto fue reportado como pendiente de decisión por parte de la Secretaría de la Sala Civil Familia el día **3 de agosto de 2021**, por lo que sólo hasta ese día se tuvo conocimiento de la presente apelación. La situación descrita generó el inicio de las acciones correctivas y disciplinarias que le competen como titular del Despacho. En atención a esta lamentable situación, no fue posible resolver el recurso con anterioridad.

ANTECEDENTES

La señora Neyla Rosa Pacheco Licona adelantó proceso ordinario de declaración de nulidad de escritura pública en contra del señor Sigilfredo Zambrano Fernández. Con la demanda, se solicitó el decreto de prueba pericial, mediante *“el nombramiento de peritos para que determinen el valor comercial del inmueble al momento de celebrarse el contrato”*². Más adelante, al pronunciarse sobre la contestación de la demanda, la actora insistió en el decreto de prueba pericial, ahora con el objeto de *“designar perito Avaluador de bienes inmuebles a fin de determinar mediante dictamen el precio real del inmueble ubicado en esta Ciudad en la carrera 10 N° 23-36.”*³

Las pruebas del proceso se decretaron mediante auto de 19 de mayo de 2014⁴, en el cual se ordenó *“la prueba pericial solicitada por la parte demandante en el inmueble objeto de este asunto, para que determine el valor comercial del inmueble al momento de celebrarse el contrato de compraventa.”* Para tal fin, se procedió con la respectiva designación de perito.

Más adelante, mediante proveído adiado a 09 de mayo de 2017⁵, se amplió el periodo probatorio y se insistió en el recaudo de le experticia. Ante la no

1 Conforme al art. 35 del C. G. del P., corresponde a las Salas de Decisión dictar las sentencias y los autos que decidan la apelación contra el que rechace el incidente de liquidación de perjuicios de condena impuesta en abstracto, o el que rechace la oposición a la diligencia de entrega, o resuelva sobre ella y, compete al Magistrado Sustanciador, dictar los demás autos que no correspondan a la Sala de Decisión.

2 Documento PDF “01CuadernoPrincipalFolio1-136”, pág. 20 – Expediente electrónico.

3 Documento PDF “01CuadernoPrincipalFolio1-136”, pág. 83 – Expediente electrónico.

4 Documento PDF “01CuadernoPrincipalFolio1-136”, pág. 100 – Expediente electrónico.

5 Documento PDF “01CuadernoPrincipalFolio1-136”, pág. 109 – Expediente electrónico.

comparecencia de los peritos en su momento designados, el juzgado de primer grado los reemplazó en autos de 23 de abril de 2019⁶ y de 24 de julio siguiente⁷ y, finalmente, el señor Javier Augusto Ahumada Ahumada tomó posesión como perito evaluador el día 30 de julio de 2019⁸, diligencia en la que a petición del perito, la jueza autorizó como gastos de la pericia la suma de \$400.000 a cargo de la parte interesada.

Para el 21 de agosto de 2019⁹, el perito solicitó que se amplíe el término para rendir el dictamen y que se requiera a la demandante para que cancele los gastos autorizados para lograr tal cometido, petición que fue atendida en providencia fechada el 23 de agosto siguiente¹⁰, donde haciendo referencia a los gastos, la jueza invocó el art. 242 del C.P.C¹¹. atinente al deber de las partes de colaborar con los peritos y, con apoyo en el art. 236 num. 6º de la misma norma, requirió *"a la parte interesada en la prueba, para que dentro del término de cinco (5) días hábiles a partir de la notificación de esta providencia cancele los gastos de la pericial al perito, **so pena de declararse desistida la prueba.**"*

Pese al requerimiento y a la clara anticipación de cuál sería la consecuencia de su desatención, la parte demandante no procedió a la cancelación de los gastos, razón por la cual mediante auto de 28 de octubre de 2020¹² y con apoyo en la norma antes citada, la Juez de conocimiento declaró desistida la prueba pericial solicitada por la demandante.

Frente a esta determinación, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación¹³, alegando que el perito finalmente designado no era idóneo para la presentación del dictamen, en tanto que la experticia tiene por objeto el avalúo comercial del bien inmueble objeto del litigio, mientras que el perito es un contador público especialista en daños y perjuicios, por tanto su área de trabajo es la contabilidad y no el avalúo comercial de inmuebles. Además, manifestó que el art. 236 num. 6º del C.P.C. que sirvió de apoyo al juzgado para tener por desistida la prueba pericial, en su parte final prevé que aun cuando no se consignare la suma requerida, el juez puede ordenar a los peritos que rindan el dictamen si lo estima indispensable, aplicando lo dispuesto en los arts. 388 y 389 del C.P.C. para el pago de los gastos. Siendo así, solicitó la actora que en lugar del perito designado, se nombrara una persona experta en materia de avalúos comerciales de inmuebles.

El día 4 de diciembre de 2020 se llevó a cabo la audiencia contemplada en el art. 373 del C.G.P. En este acto procesal, inicialmente se corrió traslado del recurso de reposición instaurado, momento en el cual la parte demandada manifestó que la demandante no cumplió con la carga procesal impuesta, que la idoneidad del perito que ataca la recurrente es materia ajena a lo decidido en el auto impugnado, que el perito está legalmente incluido en la lista de auxiliares de la justicia y, que es idóneo para rendir el dictamen, razón por la cual solicitó no acceder a la reposición planteada¹⁴.

A continuación, escuchada la contraparte, la jueza decidió no reponer la providencia cuestionada y concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación impetrado de manera subsidiaria¹⁵. Para ello, argumentó que la demandante incumplió la carga procesal de sufragar los gastos del perito, la cual está legalmente establecida y fue anunciada con anticipación, que no era procedente la práctica del dictamen ante la incuria de la demandante, quien se escuda en los cuestionamientos a las calidades del perito, mismos que en su

6 Documento PDF "01CuadernoPrincipalFolio1-136", pág. 132 – Expediente electrónico.

7 Documento PDF "01CuadernoPrincipalFolio1-136", pág. 157 – Expediente electrónico.

8 Documento PDF "01CuadernoPrincipalFolio1-136", pág. 158 – Expediente electrónico.

9 Documento PDF "01CuadernoPrincipalFolio1-136", pág. 159 – Expediente electrónico.

10 Documento PDF "01CuadernoPrincipalFolio1-136", pág. 160 – Expediente electrónico.

11 Es importante resaltar que dada la fecha del auto de pruebas y de entrada en vigencia del C.G.P en nuestro Distrito Judicial, conforme al art. 625 de la nueva codificación el proceso se seguiría tramitando conforme a la legislación anterior, hasta la finalización de la etapa probatoria; de ahí la referencia de la juzgadora y de la recurrente a las normas del C.P.C

12 Documento PDF "04PruebaDesistidaConvocaAudiencia" – Expediente electrónico.

13 Documento PDF "05RecursoReposicion" – Expediente electrónico.

14 Archivo MP4 "AUDIENCIA 373 CGP PARTE 1", minuto 0:03:54 en adelante – Expediente electrónico.

15 Archivo MP4 "AUDIENCIA 373 CGP PARTE 1", minuto 0:06:20 en adelante – Expediente electrónico.

momento no invocó y, que la prueba pericial rogada no es obligatoria en esta clase de procesos.

CONSIDERACIONES

Conforme con el artículo 320 del C.G.P, *"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"*, recurso que podrá ser interpuesto por la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia.

Asistiéndole competencia a esta Corporación para desatar la alzada propuesta, como superior funcional del juzgado que emitió la determinación impugnada (art. 31 num. 1° del C. G. del P.), sea lo primero destacar que en este asunto se han cumplido los presupuestos que permiten decidir la apelación, puesto que el recurso fue interpuesto por la parte afectada con la decisión, la providencia es apelable según lo preceptuado en el art. 321 num. 3° del C.G.P., la impugnación fue propuesta oportunamente y, la sustentación se efectuó ante la A-quo, enterándose de la misma a la contraparte, quien manifestó su posición.

En este orden de ideas, ciñéndonos al art. 326 inc. 2° del C.G.P, pasamos a resolver de plano y por escrito el recurso de apelación, centrándonos en los reparos concretos que contra el auto de primer grado formuló la parte apelante al sustentar la alzada, los cuales delimitan la competencia de esta segunda instancia de acuerdo a los arts. 320 inc. 1° y 328 incs. 1° y 3° del C.G.P.

Tenemos entonces que el problema jurídico que suscita la proposición del recurso en comento, gira en torno a dos cuestionamientos concretos: ¿resulta factible designar un nuevo perito para rendir la experticia alegando que el anterior no era idóneo, aun cuando la prueba pericial se tuvo por desistida al amparo del art. 236 num. 6° del C.P.C.? y, ¿debía la jueza ordenar la presentación del dictamen pericial por ser indispensable, según la misma norma y a pesar de que la parte que pidió la prueba no consignó los gastos de la misma?

Abordando el primer planteamiento, inmediatamente refulge la discordancia y falta de conexión entre la decisión atacada y el razonamiento vertido para controvertirla, pues mientras en el proveído de 28 de octubre de 2020¹⁶ se declaró desistido el peritaje por haber desatendido la demandante la conminación a cancelar los gastos de la pericia, en este primer reparo se limita a fustigar las calidades del perito, mas nada se dice en torno a la aplicación de la sanción procesal, defecto en la sustentación de la alzada que de manera suficiente lleva al fracaso este primer reparo.

Con todo, la idoneidad del señor Javier Augusto Ahumada Ahumada como perito evaluador no fue desacreditada por la recurrente, quien **jamás de pronunció contra la designación del experto ocurrida en auto de 24 de julio de 2019**¹⁷. Además, que el perito tenga como profesión la Contaduría Pública, no implica *per se* que carezca de la preparación necesaria y suficiente para conceptuar sobre el avalúo comercial de un inmueble, amén de que los conocimientos para dictaminar sobre dicha materia, no los suministra una profesión en particular.

Ocupándonos ahora del segundo reproche, encuentra esta Judicatura que una simple lectura del art. 236 num. 6° del C.P.C, permite colegir que el carácter indispensable del dictamen pericial al que se refiere la norma, necesariamente pasa por el tamiz del juez de conocimiento, a quien se encomendó la definición del litigio, no considerándose por tanto plausible que de una facultad que tiene el juez –pues el canon reza que el funcionario **"podrá"** ordenar que el dictamen se rinda–, pueda válidamente extraerse una **obligación** a su cargo, más aún si ni siquiera en tratándose de la facultad-deber de decretar pruebas de oficio se habla de un mandato absoluto, aceptándose que en ocasiones, el fracaso de las

16 Documento PDF "04PruebaDesistidaConvocaAudiencia" – Expediente electrónico.

17 Documento PDF "01CuadernoPrincipalFolio1-136", pág. 157 – Expediente electrónico.

pretensiones o excepciones por la ausencia de una prueba, obedece a la **actitud omisiva de las partes**, que no a la falta de ejercicio del decreto oficioso de pruebas. Sobre esta materia, ha dicho la Corte Suprema de Justicia¹⁸:

*“El tema de la prueba de oficio hay que estudiarlo desde dos frentes que son disímiles, aunque se complementan (...) El primero hace referencia a los casos en los cuales por expreso mandato del legislador es obligatorio e ineludible el ‘decreto de pruebas de oficio’, so pena de que una omisión de tal envergadura afecte la sentencia, pudiendo ser aniquilada a través de la vía del recurso extraordinario de casación apoyado en la causal primera, por la transgresión de normas de disciplina probatoria que conducen fatalmente a la violación de preceptos sustanciales, obviamente en el entendido de que se reúnan los demás requisitos de procedibilidad, y la preterición de tales medios de convicción tenga trascendencia para modificar la decisión adoptada (...) El punto fue recientemente analizado por la Corporación, en la sentencia N° 069 de 15 de julio de 2008, expediente 000689-01, en la que se precisó que ‘no sólo es una facultad que tiene el juez sino que también es un deber, mucho más si se tiene en cuenta que hay algunos casos en que es obligatorio ordenarlas y practicarlas, como por ejemplo la genética en los procesos de filiación o impugnación; la inspección judicial en los de declaración de pertenencia; el dictamen pericial en los divisorios; las indispensables para condenar en concreto por frutos, intereses, mejoras o perjuicios, etc. De análogo modo para impedir el proferimiento de fallos inhibitorios y para evitar nulidades’ (...) El segundo alude a las situaciones procesales en las cuales el juez, en aras de resolver el asunto sometido a su composición, puede usar la facultad discrecional de acudir a dicho mecanismo con el fin de aclarar los puntos oscuros o confusos que interesan al proceso (...) Es cierto que, en principio, el decreto de pruebas de oficio **no es un mandato absoluto** que se le imponga fatalmente al sentenciador, puesto que él goza de una discreta autonomía en la instrucción del proceso, circunstancia por la que no siempre que se abstenga de utilizar tal prerrogativa equivale a la comisión de su parte de un yerro de derecho. Además, no puede perderse de vista que hay casos en los cuales **la actitud pasiva u omisiva del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, por haber menospreciado su compromiso en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador** (...) (sentencia de 24 de noviembre de 2008, exp. 1998-00529-01. En iguales términos fallos de 15 de diciembre de 2009, expedientes 1999-01651-01 y 2006-00161-01)”*

Y en el presente asunto, la Jueza Tercera Civil del Circuito de Barranquilla al desatar el recurso de reposición¹⁹, juzgó que el peritaje no era una prueba indispensable, lo que sumado al hecho de que no se trata de uno de aquellos medios suasorios que imperativamente deban militar en el plenario y, de que la ausencia de la prueba se debió a una desatención de la parte interesada, sepultan la prosperidad de este segundo reparo.

Por último, es preciso destacar que si bien mediante auto de 25 de abril de 2012²⁰ se concedió amparo de pobreza a la demandante y, por tal razón no era dable exigirle el pago de los gastos derivados de la práctica de la experticia, es lo cierto que tal situación no puede ser considerada por el superior, primero, porque en su momento fue debatida vía control de legalidad solicitado por la parte actora²¹, el cual no prosperó por las razones ahí expuestas²² y, principalmente, porque tales circunstancias **no son objeto del recurso de alzada bajo estudio, por lo que escapan de la competencia del juez de segundo grado**, en términos del art. 328 del C.G.P.

Es en razón de las consideraciones que anteceden, que se confirmará la

18 CSJSC, 21 de octubre de 2013, Exp. 2009-00392-01

19 Archivo MP4 “AUDIENCIA 373 CGP PARTE 1”, minuto 0:10:30 en adelante – Expediente electrónico

20 Documento PDF “01CuadernoPrincipalFolio1-136”, pág. 157 – Expediente electrónico.

21 Archivo MP4 “AUDIENCIA 373 CGP PARTE 1”, minuto 0:12:57 en adelante – Expediente electrónico

22 Archivo MP4 “AUDIENCIA 373 CGP PARTE 2”, minuto 0:04:18 en adelante – Expediente electrónico

providencia apelada, sin que haya lugar a condenar en costas de segunda instancia por no verse causadas, tal como lo permite el art. 365 num. 8° del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el auto proferido el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Tercero Civil de Barranquilla al interior del presente proceso.

SEGUNDO. SIN LUGAR a condenar en costas de segunda instancia.

TERCERO. ORDENAR la remisión del expediente al juzgado de origen, dejando las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Magistrada,

CATALINA ROSERO DÍAZ DEL CASTILLO

Firmado Por:

**Catalina Rosero Díaz Del Castillo
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Barranquilla - Atlantico**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

6bc90217e1c11c902780e71e1e27a0ca721b6c1b67d530aa90d10d14ea1f5c42

Documento generado en 31/08/2021 08:51:30 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**