



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN SALA UNITARIA DE DECISIÓN

Medellín, veintitrés de marzo de dos mil veintitrés

Trámite: Divisorio
Radicados: 05001-31-03-014-2020-00020-01
05001-31-03-014-2020-00020-02
Decisión: Revoca auto- decreta nulidad
Reseña: Cuando en el procedimiento divisorio se dicta auto que decreta la venta omitiendo la oportunidad de contradicción de la prueba pericial que permite el artículo 409 del CGP, se incurre en la causal de nulidad contemplada en el numeral 5° del artículo 133 *ejusdem*.

ASUNTO

Procede la Sala Unitaria a pronunciarse respecto a los recursos de apelación interpuestos en contra de los autos del 17 de noviembre de 2022 y 19 de enero de 2023, en los que se decretó la división por venta y se resolvió desfavorablemente la nulidad propuesta por el demandado, respectivamente.

ANTECEDENTES

1. Oscar Darío Quiroz Parra y Consuelo del Socorro Parra Sierra¹ presentaron demanda de división por venta en contra de Jorge Iván Parra Sierra. Las partes son copropietarios del inmueble con folio de M.I. Nro. 001-1183998 de la Oficina de Registro de IIPP de Medellín Zona Sur.
2. La parte demandante presentó con la demanda un dictamen pericial contentivo del “avalúo comercial” del inmueble objeto de la división.

¹ Fallecida en el transcurso del proceso y frente a quien operó la sucesión procesal con sus herederos.

3. La demanda fue admitida mediante auto del 4 de febrero de 2020; el demandado interpuso el recurso de reposición frente a dicha providencia; la *a quo* repuso la decisión e inadmitió la demanda para que se presentara el juramento estimatorio respecto a los frutos civiles reclamados; y, subsanado lo requerido con un nuevo dictamen sobre los frutos civiles reclamados, se admitió nuevamente la demanda el 11 de noviembre de 2021.

3. Jorge Iván Parra Sierra contestó la demanda y presentó, entre otros, los siguientes argumentos de resistencia: “falta de claridad sobre el tipo de división procedente” y “carencia de valor probatorio del dictamen pericial aportado con la demanda”; manifestó su desacuerdo con el dictamen pericial, solicitó interrogar a la perito y solicitó al despacho un término legal para presentar un dictamen pericial para ejercer la contradicción anunciada, conforme al artículo 227 del CGP.

4. La *a quo*, luego de constatar el fallecimiento de Consuelo del Socorro Parra Sierra, aceptó como sus sucesores a Mónica María Velásquez Parra y a Juan Carlos Velásquez Parra.

5. El 17 de noviembre de 2022 el juzgado de primera instancia decretó la división por venta del inmueble considerando lo siguiente:

- Que los testimonios solicitados por la parte demandante son impertinentes.
- Que el demandado pudo aportar un dictamen pericial con la contestación y no lo hizo.
- Que no se alegó pacto de indivisión ni prescripción adquisitiva.
- Que se podía prescindir del periodo probatorio por considerarse innecesario y dictar “sentencia anticipada”.

Bajo estas premisas, decretó la división por venta, negó los frutos civiles pretendidos porque el demandado siempre ha habitado el inmueble y no ha

recibido ningún producto por este concepto, decretó el secuestro del inmueble y ordenó tener en cuenta el avalúo presentado por la parte demandante para el posterior remate.

6. La parte demandante presentó recurso de apelación en contra del auto del 17 de noviembre de 2022 por no haberse estimado la pretensión de reconocimiento de frutos civiles. El demandado adhirió a tal apelación, pero bajo argumentos relacionados con la nulidad que a continuación se reseña.

7. La parte demandada presentó un escrito de nulidad, alegando la configuración de las causales 5 y 6 del artículo 133 del CGP.

Expuso que el juzgado omitió por completo la etapa de decreto y práctica de pruebas, habida cuenta que solicitó en su contestación el interrogatorio de la perito y un término judicial para la presentación de un nuevo dictamen para controvertir el presentado por la demandante, pero el juzgado ignoró sus solicitudes y profirió un auto decretando la división por venta y teniendo en cuenta el avalúo del peritaje de la parte demandante. No se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 409 del CGP, por lo que no pudo interrogar a la perito, ni pudo presentar alegatos de conclusión.

8. Mediante auto del 19 de enero de 2023, la juez de primer grado negó la solicitud de nulidad porque era suficiente para no agotar la etapa probatoria argumentar porqué las pruebas eran impertinentes. Frente al dictamen pericial reiteró que era para la reclamación de frutos civiles y estos carecen de sustento probatorio; y de cara a los testimonios reiteró que eran impertinentes porque perseguían acreditar que el demandado no ha entregado materialmente el inmueble a los demandantes.

Resaltó que cuando la ley autoriza a proferir sentencia anticipada no es necesario agotar las etapas que son propias del proceso, ni practicar las pruebas que son obligatorias.

9. La parte demandada presentó recurso de apelación en contra del auto que negó la nulidad, reiterando los argumentos que sustentaron su solicitud desestimada.

CONSIDERACIONES

Precisión preliminar: En el presente expediente se concedieron dos recursos de apelación: *i)* el interpuesto por la parte demandada en contra del auto que negó la nulidad y; *ii)* el interpuesto por ambas partes en contra del auto que decretó la división por venta.

En primer lugar, se resolverá la apelación en contra del auto de que negó la solicitud de nulidad, en tanto, si esta prospera, se deberá declarar la nulidad del auto que decretó la división por venta y el análisis de la impugnación en contra de esta última decisión carecería de objeto. Si, como expuso la *a quo*, la nulidad no está llamada a prosperar, se analizará la apelación presentada por ambas partes en contra del auto que decreto la división por venta.

De la apelación en contra del auto que negó la nulidad.

La parte demandada arguye que en el *sub lite* se configuró la nulidad del numeral 5° del artículo 133 del CGP, en tanto se omitió la oportunidad para decretar y practicar pruebas. Es necesario analizar las normas que regulan el trámite divisorio para determinar si, en efecto, la *a quo* debía decretar y practicar las pruebas solicitadas por la pasiva previo a resolver sobre el decreto de la división por venta, o si, por el contrario, su actuación fue válida en tanto procedía una “sentencia anticipada” como lo expuso al resolver el recurso.

Lo primero que debe advertirse es que el dictamen pericial en el proceso divisorio es una prueba obligatoria según la ley. El inciso final del artículo

406 del CGP preceptúa: “En todo caso el demandante **deberá acompañar un dictamen pericial que determine el valor del bien, el tipo de división que fuere procedente, la partición, si fuere el caso,** y el valor de las mejoras si las reclama”.

El dictamen pericial que debe aportar obligatoriamente el demandante no solo debe versar sobre el valor del bien objeto de la división, sino que, con igual importancia, el juez debe asegurarse de que verse también sobre el tipo de división que fuere procedente, en tanto ésta puede ser material o jurídica; no debe darse por sentado que siempre procede la división por venta, en tanto es posible, y para esto la pericia, que la división pueda llevarse a cabo materialmente a través de su partición.

Ahora, parte fundamental del ejercicio del derecho de defensa en este tipo de trámites es la oportunidad de contradicción que tiene el demandado frente al dictamen pericial que se aporte con la demanda. El artículo 409 *ejusdem* señala que “...**Si el demandado no está de acuerdo con el dictamen, podrá aportar otro o solicitar la convocatoria del perito a la audiencia para interrogarlo**”.

En efecto, en el caso concreto, la juez de primera instancia pretermitió el decreto y práctica de la prueba solicitada oportunamente por la parte demandada, **quien no solo pidió el interrogatorio de la experta que realizó el peritaje** presentado por la parte demandante en la audiencia de que trata el artículo 409 citado, sino que además, de conformidad con el artículo 227 del CGP, precepto aplicable de forma armónica a las disposiciones que regulan el trámite divisorio, solicitó a la juez que le otorgara un término judicial, no inferior a 10 días, para presentar otro dictamen para los mismos efectos de contradicción.

Frente al dictamen presentado sobre el avalúo del inmueble -no el de los frutos-, alegó la pasiva una deficiencia sustancial por cuanto ni siquiera alude

al tipo de división procedente para el caso como lo exige la ley y solo se limita a indicar el precio comercial del inmueble, aspecto que también puede ser controvertido por el resistente, según el artículo 409 del CGP; no obstante, la juez pretermitió esta posibilidad.

Este aspecto debió ser de relevancia fundamental para la juez de primera instancia, previo a dictar el auto del 17 de noviembre de 2022, por dos motivos:

a) el primero, la garantía del debido proceso contemplada en el artículo 409 del CGP en favor del demandado a quien se le cercenó la posibilidad de controvertir la experticia inicial frente al tipo de división procedente y el avalúo del inmueble que será determinante en el posterior remate si se llega a decretar la división por venta;

b) el segundo, la necesidad de una prueba pericial sólida, contundente y sometida a contradicción que permitiera establecer con certeza si lo procedente era la partición material o la venta; de ello depende el trámite posterior. Si es posible la partición, el juez deberá, ahí sí, dictar una sentencia, luego de decretar la división, en la que indique cómo será partido el bien (art. 410 del CGP); o, si es posible solo la venta, ordenar el remate con el avalúo como base para hacer postura, siempre que ya se hubiese otorgado la oportunidad a las partes de presentar sus experticias y ejercer la contradicción en los términos ya expuestos, lo cual no ocurrió en el caso concreto.

Es cierto que en el artículo 409 del CGP dispone que si no se alega pacto de indivisión el juez decretará la partición o la venta solicitada, pero en la primera instancia se hizo una lectura de este aparte normativo de forma soslayada al inicio del precepto en cita que primero dispone, como ya se indicó, la posibilidad de que el demandado pida el interrogatorio del perito en audiencia y aporte un nuevo dictamen pericial, tal y como sucedió en el presente caso.

No se comparten los argumentos de la *a quo* respecto a que la sentencia anticipada es una autorización legal para pretermir las oportunidades probatorias porque se consideran innecesarias; el asunto debe ser abordado con mayor rigurosidad y atendiendo a los pormenores de cada caso. En primer lugar, la providencia que decreta la venta no es una sentencia, por disposición legal es un auto y, en segundo lugar, el juez debe ser cuidadoso para no incurrir en una lectura como la expuesta que termine por vulnerar el debido proceso, con mayor razón en un procedimiento como el que nos convoca, en donde la prueba pericial es una prueba obligatoria que debe contener unos puntos muy específicos inexorables para resolver de fondo y en el que se puede ejercer la contradicción en los términos ya expuestos. Así, resultaba inviable proferir una “decisión” anticipada por cuanto cercenaba injustificadamente una etapa probatoria que era imprescindible en el caso concreto.

En este contexto, se configura la causal de nulidad contemplada en el numeral 5º del artículo 133 del CGP y así deberá declararse, por cuanto se profirió el auto que decreta la división **omitiendo las oportunidades para decretar y practicar las pruebas solicitadas por la parte demandada como contradicción a una prueba que es obligatoria en el presente trámite**. Previo a proceder con la aludida decisión divisoria, la juez debió:

a) otorgar el término de que trata el artículo 227 del CGP para que el demandado pudiese presentar su dictamen pericial conforme lo preceptúa el artículo 409 *ejusdem*;

b) citar a la audiencia de que trata el mismo precepto normativo para otorgar a la pasiva la posibilidad de interrogar a la perito que realizó la experticia aportada por el demandante y;

c) previo a resolver sobre la división, ejercer su poder jurisdiccional de conocimiento o *gnotio*, para garantizar que los dictámenes periciales versen sobre los puntos que la ley ordena en el artículo 407 del CGP requiriendo a las partes para el efecto o haciendo uso de sus facultades-deberes oficiosos, en aras de que pueda tomarse la decisión correspondiente frente al tipo de división procedente.

Por otro lado, frente a la causal 6 de nulidad del artículo 133 del CGP alegada por el demandado, debe advertirse que no se configura por cuanto la estructura del procedimiento divisorio no contempla el traslado de excepciones de mérito diferentes al pacto de indivisión y la prescripción, ni tampoco alegatos de conclusión; la ausencia de estas actuaciones procesales no configura vicio alguno por cuanto la ley no las contempla.

De la apelación contra el auto que decretó la división por venta.

En cuanto se configuró la causal consagrada en el numeral 5° del artículo 133 del CGP, la decisión del 17 de noviembre de 2022, recurrida por ambas partes, será declarada nula, por lo que no procede el análisis de fondo de dichas impugnaciones, en tanto se deberá rehacer la actuación en los términos que pasarán a indicarse.

CONCLUSIÓN

El auto del 19 de enero de 2023 que negó la solicitud de nulidad del demandado será **revocado**, y en su lugar se declarará la **nulidad** de todo lo actuado a partir del auto del 17 de noviembre de 2022 que decretó la división por venta, en tanto se configuró la causal consagrada en el artículo 133 numeral 5° del C.G.P. En consecuencia, se **ordenará** dar trámite a la solicitud probatoria del demandado, en los términos expuestos en la presente providencia, de conformidad con el artículo 409 en concordancia con el 227

del CGP, previo a resolver sobre el tipo de división procedente en el caso concreto y agotar las demás etapas correspondientes.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín en Sala Unitaria de Decisión;

RESUELVE:

Primero: Revocar el auto del 19 de enero de 2023 que negó la solicitud de nulidad del demandado, conforme se expuso en la parte motiva.

Segundo: Declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 17 de noviembre de 2022 mediante el cual se decretó la división por venta, inclusive, en tanto se configuró la causal consagrada en el artículo 133 numeral 5° del CGP.

Tercero: En consecuencia, se **ordena** dar trámite a la solicitud probatoria del demandado, en los términos expuestos en la presente providencia, de conformidad con el artículo 409 en concordancia con el 227 del CGP, previo a resolver sobre el tipo de división procedente en el caso concreto y agotar las demás etapas correspondientes.

.

Notifíquese y cúmplase



Martín Agudelo Ramírez

Magistrado