

8/

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrada Sustanciadora
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Asunto.- Proceso divisorio promovido por el señor Carlos Arturo Díaz Thibault contra las señoras María Trinidad Díaz Camacho y María del Carmen Díaz Camacho.
Rad. 024201700379 01

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso el demandante contra el auto que profirió el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá el 18 de diciembre de 2017.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante la citada providencia, la Jueza de conocimiento dejó sin valor y efecto todo lo actuado en el asunto y, en consecuencia, rechazó la demanda, tras considerar que el actor no aportó un dictamen pericial que cuantifique el valor del bien a dividir, conforme lo exigen los artículos 406 del C.G.P., 82 y 84 *ibidem*; que la imposibilidad de aportar la experticia de forma previa es falsa, toda vez que el demandante había podido pedirla en los términos del artículo 189 *ejúsdem*; y que la ausencia de esa prueba configura la causal de nulidad de pretermisión de la instancia, la cual es insaneable por cuanto impide un adecuado desarrollo del trámite y vulnera el derecho de defensa de las demandadas.

2. Inconforme, el demandante promovió recurso de reposición y apelación en subsidio, por estimar que la *a quo* se excedió en su decisión toda vez que la prueba exigida es imposible de conseguir porque las accionadas no permiten el ingreso de un perito al predio objeto de litigio; que esa determinación es errada, por cuanto la nulidad por pretermisión de la instancia no se configura en este caso, que después de estar legalmente notificado el libelo no era procedente terminar el proceso ya que en la etapa probatoria la juez podía hacer uso de las facultades previstas en el artículo 167 *ibídem*.

II. CONSIDERACIONES

1. Para resolver, se recuerda que el régimen de las nulidades procesales se encuentra gobernado por una serie de principios, dentro de los cuales se encuentran los de "**especificidad**, según el cual no hay defecto capaz de estructurarla sin ley que expresamente la establezca, el de la **protección** que consiste en el establecimiento de la nulidad en favor de la parte cuyo derecho fue cercenado o ignorado con ocasión de la irregularidad, y el de la **convalidación o saneamiento** por el cual, salvo contadas excepciones, desaparece la nulidad del proceso en virtud del consentimiento expreso o tácito del afectado con el vicio"¹.

Y en cuanto al citado motivo de invalidación procesal en vigencia del C. de P.C., pero que aún resulta aplicable por ser la misma eventualidad que ahora consagra el C.G. del P., esa misma Corporación señaló que:

«[...] El desconocimiento que da lugar a la causal de nulidad consagrada en el ya citado numeral 3° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil se presenta, entonces, cuando es omitida la totalidad de los actos procesales comprendidos entre los señalados hitos que marcan el inicio y la terminación de cada una de las instancias.

De ese modo, no es cualquier anormalidad en la actuación la que estructura el motivo de anulación, pues el legislador estableció

¹ C.S.J. Sent. 040 de 7 de junio 1996. M.P. Dr. Pedro Lafont Pianetta. Exp. 4791.

ay

aquel para el evento de que se pretermitiera 'íntegramente' una de las instancias del proceso, lo que excluye la omisión de términos u oportunidades, o aun la irregularidad de prescindir de una parte de la instancia, porque es de tal entidad el exabrupto que previó el ordenamiento positivo, que es necesario que la presencia de ese vicio altere en gran medida el orden del proceso fijado en la ley.

La pretermisión de una actuación específica o de varias, en tanto no correspondan a toda la instancia, no es cuestión que dé lugar a la nulidad que se comenta, sin desconocer, claro está, que tal situación constituye un defecto procesal y que, por lo mismo, es preciso evitarla, y en caso de haberse presentado, procede su corrección a través de los mecanismos procesales adecuados» (CSJ SC4960-2015, rad. n° 2009-00236-01) subrayado fuera del texto.

2. En el presente asunto la jueza de instancia con sustento en la causal de nulidad de pretermisión de la instancia, declaró sin valor ni efecto todo lo actuado en el presente asunto y rechazó la demanda por ausencia del avalúo a que se refiere el artículo 406 del C.G.P. que reza: "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".

De cara a lo anterior, es menester precisar que el Código General del Proceso en su artículo 90 determinó de manera taxativa las causales de rechazo de la demanda, el cual prevé que ésta procederá cuando el juez "carezca de jurisdicción o de competencia o cuando este vencido el término de caducidad para instaurarla" o, cuando no se subsane en debida forma, sin embargo, esos formalismos no fueron acatados por la *a quo* al culminar la actuación, por el contrario, desconoció que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial, como así lo manda el artículo 11 del C.G.P.

Por ello, el proveído impugnado se deberá revocar porque si bien es cierto que no se aportó la experticia a que alude el artículo 406 *ibídem*, cual es presupuesto para admitir el libelo introductor, también lo es, que el actor al subsanar la demanda manifestó la imposibilidad de allegar el dictamen requerido "porque las demandas

OJO

OJO

que son las poseedoras y usufructuarias del inmueble, no permiten el ingreso del perito para realizar su labor y además la mayor parte del año se encuentran residiendo en los Estados Unidos”, razón por la cual solicitó su práctica una vez trabada la litis (fl. 53).

Entonces, luce desproporcionado rechazar el libelo bajo el argumento de que no se aportó el dictamen pericial que refiere el canon 406 *ejúsdem*, y menos aún ajustarlo a una nulidad por pretermisión de la instancia, pues aunque la documental echada de menos es un requisito formal, su ausencia no configura la causal 2ª del artículo 133 *ibidem*, máxime cuando desde los albores del proceso el demandante expresó la causa que le impedía aportarlo, y para su recaudo bien puede el juzgador ahora hacer uso de otros mecanismos procesales que el legislador le ha otorgado.

3. Por las anteriores razones se revocará la providencia impugnada, en su lugar se dispondrá que la *a quo* continúe con el trámite de la demanda divisoria en el estado que se encontraba hasta antes que la rechazara, pues en criterio de este Despacho, la decisión apelada califica en un formulismo exagerado que da al traste con la garantía fundamental de *acceso a la administración de justicia*, y desconoce que *“por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas”* (C.C.T - 2483488/ 19 de abril).

En consecuencia se,

RESUELVE:

PRIMERO. **REVOCAR** el auto que profirió el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá el 18 de diciembre de 2017, para que, en su lugar, continúe con el trámite de la demanda divisoria

10

adoptando los mecanismos que considere pertinentes para la recolección del dictamen pericial que consigna el artículo 406 del C.G.P.

SEGUNDO. ABSTENERSE de imponer condena en costas.

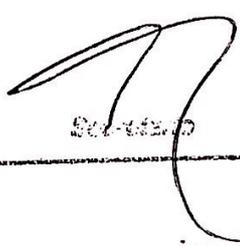
TERCERO. DEVOLVER las diligencias al Juzgado de origen.

NOTIFIQUESE,


MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada
00379 01

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
C.G.P.
SECRETARÍA

La presente es copia de los
ESTADOS que se le doy: **25 ABR 2018**


SECRETARÍA