

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA
Sala Civil - Familia

Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Ref: Exp. 25754-31-03-002-2014-00121-04.

Pasa a decidirse el recurso de súplica formulado por la demandante contra el auto de 29 de septiembre pasado, mediante el cual el Magistrado Ponente denegó la solicitud de pruebas elevada por dicho extremo procesal en el trámite del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida dentro del proceso de pertenencia promovido por Martha Catalina Uribe Tarquino contra Alicia Rico, en calidad de heredera determinada de Arcenia Garzón Vda. de Cantor, herederos indeterminados de la citada causante, y de Araceli Garzón de Mojica y Ana Cecilia Bogotá de Torres y demás personas indeterminadas.

I. – Antecedentes

La sentencia de primer grado, que desestimó las súplicas de la demanda de pertenencia por prescripción extraordinaria promovida por la demandante respecto del inmueble ubicado en la carrera 8 #13-43/45/47 del municipio de Soacha, fue apelada por dicha parte en recurso que fue admitido a trámite por auto de 31 de agosto pasado; dentro del término de ejecutoria de dicho proveído, la recurrente solicitó, con fundamento en el numeral 1º del artículo 327 del código general del proceso, recibir el testimonio de Luis Francisco Reyes Garibello, con el fin de esclarecer lo tocante con la suma de posesiones invocada en la demanda, pues el juzgado no exigió la concurrencia del testigo que había sido solicitado por la parte demandada, pese a que insistió en su práctica, cual se advierte del recurso de apelación y queja que

formuló, sin desconocer además la oficiosidad que existe en la materia.

Mediante el auto suplicado, el Magistrado Ponente negó esa solicitud, tras considerar que no se subsume en el supuesto invocado, desde que la petición probatoria no proviene de ambas partes de manera simultánea, sino de forma separada y en diferentes etapas del proceso, lo anterior sin perjuicio de la facultad oficiosa que le asiste al Tribunal en caso de considerar esa prueba fundamental para clarificar los hechos objeto de debate.

Inconforme con esa decisión, interpuso la apelante recurso de súplica, aduciendo que la decisión incurre en un exceso ritual manifiesto al exigir que la prueba sea solicitada de manera simultánea por las partes, pues no es lógico que en sede de apelación ambos contendientes soliciten una prueba que podría perjudicarle a quien tiene una decisión a favor, lo que haría inoqua esa posibilidad prevista por el legislador; además, la parte demandada insistió en el testimonio y así lo hizo explícito incluso al recurrir en queja el proveído que lo negó, es decir, que la petición sí proviene de los dos extremos procesales.

Consideraciones

A propósito de la discusión que se plantea en la súplica, bueno es memorar que la *“actividad probatoria, como todo el quehacer procesal, está sometida al gobierno de las condiciones formales y temporales previstas en el Código de Procedimiento Civil, las cuales confluyen no solamente para determinar su eficacia, sino, también, para orientar el proceso hacia sus fines últimos, sustrayéndolo de ese modo del arbitrio antojadizo del juez o de las partes. Subsecuentemente, dado el carácter eminentemente preclusivo del procedimiento civil, es patente que las diversas fases que estructuran la labor demostrativa deben desarrollarse en los plazos previstos específicamente en el ordenamiento, siendo la regla general en el punto, que el diálogo probatorio se desenvuelva en la primera instancia,*

dentro de las oportunidades establecidas para tal efecto, al paso que a petición de parte solamente es viable decretar pruebas en la segunda instancia, en los eventos expresamente prescritos por el artículo 361 del referido estatuto [entiéndase ahora 327 del código general del proceso], cuyo temple particularmente restrictivo impone con nitidez una excepción en la materia, supeditada en todo caso, a que la solicitud pertinente sea presentada tempestivamente y que se trate de apelación de sentencias. Así las cosas, parece conveniente destacar que el mencionado precepto no consagra una oportunidad probatoria ilimitada, o a la que las partes puedan acudir ad-libitum, pues, por el contrario, su procedencia se encuentra minuciosamente regulada por la ley y explícitamente condicionada a la concurrencia de los supuestos taxativamente previstos en ella, de ahí que deba colegirse que no incurre en errores de actividad el juzgador ad quem que no atiende el pedido de pruebas elevado por alguna de las partes en la segunda instancia, cuando éste no se presenta oportunamente, o cuando no se ajusta a los supuestos prescritos por el predicho artículo 361” (Cas. Civ. Sent. de 24 de septiembre de 2003, exp. 6896).

Pues bien. Ciertamente, como lo anota la suplicante, el citado artículo 327 dispone que en el “*término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente*”, entre otros eventos, “[c]uando las partes las pidan de común acuerdo”; hipótesis que según la inconforme, tiene lugar en el evento, dado que el decreto del testimonio de Luis Francisco Reyes Garibello también fue pedido por la parte demandada, no en el trámite de la apelación, pero sí en el curso del proceso, de donde, lo considera obvio, no hay lugar a más abundamientos para concluir que la prueba está pedida por ambas partes.

No opina esta Sala Dual, sin embargo, que ello sea así, pues aun cuando eso que acentúa la suplicante sea verdad, en cuanto que en el trámite de la primera instancia el testimonio fue pedido por la demandada Isabel Mojica

Garzón y decretado por el juzgado en proveído de 25 de agosto de 2022 al abrir a pruebas el proceso, es lo cierto que al no haber comparecido el testigo a declarar en las citaciones que se le hicieron, se terminó prescindiendo de la prueba; pero, y en esto debe hacerse hincapié, ante lo expresado por la parte solicitante de la prueba, quien dijo que no insistía en la conducción del testigo, con el fin de no dilatar el proceso, de suerte que si en estricto sentido, hoy por hoy no existe ninguna petición de parte del extremo pasivo que reclame el recaudo de la prueba, no hay forma de sostener que se configura esa específica hipótesis que excepcionalmente autoriza el decreto de pruebas en el trámite de la segunda instancia, incluso sin miramientos a eso de la simultaneidad, pues en el fondo, si esto fuera lo que demarca la respuesta a la petición de la recurrente, tendríase que en el evento no hay solicitud de la parte contraria.

Así lo ha comprendido la doctrina autorizada, haciendo ver que ese caso a que alude el numeral 1º del precepto en cita para que las pruebas en esta sede tenga cabida, sólo opera “[c]uando ambas partes lo soliciten”, esto es, cuando *“las dos partes están de acuerdo en solicitar determinadas pruebas y así lo piden al juez de segunda instancia, no importa que esas pruebas no se hayan solicitado en la primera instancia, el ad quem debe decretarlas, naturalmente si están cumplidos los requisitos que establece el art. 168 del CGP, es decir que sean lícitas, pertinentes, conducentes y útiles”* (López Blanco, Hernán Fabio; Código General del Proceso; Parte General; Dupre editores; 2016, Bogotá, pág. 820), de donde se sigue que si en el trámite de la apelación de la sentencia esa aspiración a que se practique el testimonio aludido no proviene de la parte demandada, debe convenirse en que no se cumplen los requisitos para su procedencia.

Y no se diga que esa forma de ver las cosas resulta excesiva de cara a la importancia de esa probanza y la prevalencia del derecho sustancial, pues, como tuvo oportunidad de indicarlo la jurisprudencia constitucional, refiriéndose al entonces artículo 361 del código de

procedimiento civil, que terminó reproducido en el artículo 327 del estatuto procesal vigente en lo que toca con los eventos en que se pueden solicitar pruebas en segunda instancia, una *“interpretación razonable del artículo 361 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a que señala de manera taxativa los casos en que se decreta la práctica de pruebas en segunda instancia, conduce a concluir que uno de los propósitos de la restricción es el de evitar que en esa sede se abra paso a todo un profuso y dilatado debate probatorio que indudablemente debió surtirse durante el trámite de primera instancia, pues de no ser así, el recurso de apelación como tal perdería su esencia en tanto la sentencia objeto del mismo tendría soporte probatorio diferente”* (Sentencia T-819 de 2002), algo demostrativo de que por más garantista que sea el juzgador de segundo grado, si no están dadas las condiciones para que esa labor probatoria sea procedente en sede de alzada, no le es dable acceder a ella.

Y aunque no se discute que el juez, como director que es del proceso, obligado está al decreto oficioso de pruebas cuando éstas han de ser determinantes en las resultas del litigio que tiene a su cargo, no debe olvidarse que tal análisis le compete con exclusividad al juez de conocimiento y no a las partes, pues es aquél el que debe *“determinar previamente a la decisión del decreto de oficio de pruebas, cuáles son las alegaciones de las partes y los hechos relacionados con éstas, así como cuáles de estos hechos requieren de su verificación o prueba y cuáles estima o considera útiles para tal efecto”* (Cas. Civ. Sent. de 15 de julio de 2008, exp. SC069-2008).

Secuela de lo dicho, el auto suplicado debe confirmarse. Las costas, ya para terminar, se impondrán con sujeción a la regla 1ª del precepto 365 del citado ordenamiento.

II.- Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, confirma el auto de 29 de septiembre pasado dictado por el Magistrado Ponente dentro del proceso de la referencia.

Costas de la súplica a cargo de la recurrente; tásense por la secretaría del a-quo, incluyendo la suma de \$250.000 por concepto de agencias en derecho.

Esta decisión fue discutida y aprobada en sesión de la Sala Civil-Familia de 19 de octubre pasado, mediante acta número 31A.

Notifíquese y cúmplase,



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ