

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA SALA CIVIL-FAMILIA.**



Asunto:

Reivindicatorio de Avícola Santa Ana & Cía. Ltda. contra Martha Virginia Pérez.

Exp. 2018-00251-02

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO A TRATAR

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, contra auto proferido en audiencia de 20 de abril de 2022 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá.

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá, cursa proceso reivindicatorio iniciado por Avícola Santa Ana & Cía. Ltda. contra Martha Virginia Pérez, admitido con auto de 10 de julio de 2018¹; la demandada contestó en oportunidad², resistiendo las pretensiones con las excepciones de mérito que denominó *“EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA MATERIAL RESPECTO DEL DERECHO DE DOMINIO O ACCIÓN*

¹ Fl. 146 Archivo 01 Expediente híbrido

² Fls. 189- 199

REIVINDICATORIA QUE SE ENCUENTRA EN CABEZA DE LA DEMANDANTE”, “EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA POR PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE DOMINIO” y “EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO”.

Con auto de 5 de octubre de 2018³, se convocó a audiencia inicial; según proveído de 5 de diciembre siguiente⁴, se advirtió que *“la excepcionante pretende que se declare la pertenencia del bien, aunque nada dijo en el escrito de excepciones. Para tal fin se debe dar cumplimiento a lo previsto en los numerales 5, 6 y 7 del código general del proceso”*, ordenando el emplazamiento de las personas indeterminadas, inscripción de la demanda o excepción aludida, entre otros; una vez efectuadas las publicaciones edictales, se continuó con el trámite convocándose a la audiencia inicial de que trata el artículo 372 del C.G.P., según auto de 2 de marzo de 2020⁵.

El 4 de agosto de 2020 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 372 del C.G.P.⁶, declarándose fracasada la conciliación, se interrogó a las partes, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas.

Luego, el 20 de abril de 2022⁷ se adelantó la audiencia de instrucción y juzgamiento reglada en el artículo 373 del C.G.P., en la cual, la apoderada de la parte demandada sostuvo:

“... en la audiencia inicial yo solicité la sustitución de un testimonio precisamente por el señor Octaviano Franco y el señor juez muy comedidamente me dijo que yo no lo podía solicitar, pero que en la fecha

³ Fl. 206
⁴ Fl. 216
⁵ Fl. 257
⁶ Archivo 06
⁷ Fls. 585-587

de la audiencia de la diligencia de inspección al inmueble si podía hacer comparecer a una persona por eso pues en el entendido de que posiblemente hoy se haga esa diligencia o cuando el señor juez señale fecha yo que pues por eso tengo para presentar al señor Franco en razón a que el otro señor Franco John no pudo comparecer y el código sí faculta para que en esa diligencia se pueda llevar testigos según lo manifestado por el señor juez”

Ante ello, el juzgado de instancia dispuso:

“no se decretó en el auto que decretaron pruebas no se decretó inspección judicial al inmueble y en esa oportunidad si usted tenía alguna inconformidad frente a las pruebas decretadas o interponer los recursos de ley. Producto de lo anterior pues se negarán las solicitudes de por extemporánea Dra. notificado en estrados”

La apoderada de la pasiva, replicó:

“con todo respeto al doctor del decreto es verdad, pero en ningún momento no la decretó en virtud a que haya habido la prueba trasladada, él dijo que todas las pruebas que había se tenían como trasladadas pero en ningún momento ni el juez ni nosotras como abogadas hicimos referencia a porque no había decretado esa diligencia de visita al inmueble es sin embargo pues el artículo 376, perdón un momento doctor miró acá habla cuando estamos hablando de la declaración de pertenencia habla de dirigirse en al inmueble si hacerla acá porque también hay que ir a verificar la valla, hay que hacer verificaciones y cuando se hizo esa diligencia de inspección había una valla totalmente diferente a la que se colocó después, porque este ya es otro proceso entonces han cambiado algunas condiciones por lo tanto considero muy respetuosamente que y que a pesar de que no se decretó la práctica de la prueba y por ser, que por ser en el numeral 9º del artículo 375 dice el juez deberá practicar personalmente inspección judicial sobre el inmueble para verificar los hechos relacionados en la demanda y constitutivos de la posesión alegada y la instalación adecuada de la valla en la diligencia, el juez podrá practicar pruebas que considere pertinentes al acta de inspección se anexarán fotografías actuales del inmueble en la que se observa el contenido de la valla instalada, si entonces con en virtud a esto pues yo solicitaría muy respetuosamente el tiempo si no se dijo doctor pero el Código si no se exige ese trámite yo, sin embargo respeto la decisión del doctor en este sentido de si decreta o no la práctica pero pues el numeral 9º como se puede apreciar lo exige en razón a que este es otro proceso totalmente diferente con de al que

fuimos a hacer la visita se trata sobre el mismo bien pero aquí pues tenemos que verificar que la valla y que todo a como dice ahí que sea actual entonces yo sin embargo respeto la decisión del doctor”

Al respecto, el despacho consideró:

“procede a resolver la solicitud de práctica de inspección judicial representada por la apoderada de la parte demandada y tiene en cuenta lo siguiente: primero estamos ante un proceso reivindicatorio, dentro del proceso reivindicatorio se propusieron unas excepciones de fondo, dentro de las cuales se encuentra la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio. No obstante lo anterior, la parte demandante quería que se declarará la pertenencia en su favor debió haber formulado una demanda de reconvencción, trámite que está ausente en el presente proceso en virtud de lo anterior no es obligatoria la práctica de la inspección judicial, no obstante lo anterior, el artículo 236 del C.G.P. señala también que cuando exista en el proceso de inspección judicial práctica dentro de él o como prueba que extraprocesal con la audiencia de todas las partes no podrá decretarse otra nueva sobre los mismos puntos, a menos que el juez considere necesario para aclarar en este caso como lo mencionó la doctora Melgarejo también se encuentra una inspección judicial que fue practicada dentro de un proceso y fue adelantado por las mismas partes y también pues en ese proceso se pedía la reivindicación del inmueble, y por su parte la demanda en este proceso pedía la pertenencia en virtud de lo anterior despacho considera que no es necesaria la práctica de la inspección judicial además porque en el presente proceso ya se decretaron pruebas y como se dijo con anterioridad y se omitió alguna que la parte demandada hubiera considerado que era indispensable debió impugnar la providencia en ese momento en esta ocasión estamos en la etapa de práctica de pruebas ya no es posible solicitar acceder a lo solicitado iría en contra de los principios de la oportunidad para solicitar pruebas y la preclusión de las oportunidades procesales por lo expuesto en no se accederá a la solicitud d la apoderada de la parte demandada Dra. Andrea alguna manifestación”

Frente a esa determinación, la apoderada interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación, así:

“...cuando la ley, el C.G.P. dice que nosotros podemos interponer la prescripción como acción o como excepción, yo lo propuse como excepción, entonces así la propuse como excepción igualmente el trámite

de esta pertenencia es el mismo que con que el C.G.P. en el artículo 375 y los entre las exigencias de este artículo como lo decía en el numeral 9º, bueno está la de hacer la diligencia de inspección judicial porque es que así uno como abogado no la solicite el artículo dice que debe hacer yo entiendo y respeto la posición del juez. pero también quisiera que se tuviera en cuenta el control de legalidad dentro de estas actuaciones por cuanto si hubo una omisión puedo todas las partes incluyendo con respeto. lo digo el señor juez en la fecha por cuanto en todos los procesos de pertenencia se decreta siempre la diligencia de inspección judicial y en este proceso esa la decretar de oficio así no la soliciten las partes porque resulta que el artículo 375 en su numeral 9º lo dice doctor y el hecho de que yo no haya presentado la pertenencia como acción llamémoslo con se me olvidó el término escúcheme que llamamos feamente contrademanda, se propuso como excepción y el trámite debe de ser el cuándo se propone como excepción no se puede omitir el trámite que tiene la pertenencia que va excepcional entonces yo interpongo recursos con el fin de que se revoque la decisión Dr. que se haga control de legalidad y se ordene la diligencia de inspección judicial al inmueble objeto de pertenencia basada en lo que dispone el artículo 375 numeral 9º del CGP para que se revoque y se decrete la práctica de la prueba en razón a que consideró muy respetuosamente que si bien es cierto yo no la solicite es un trámite obligatorio y por ello debió ser decretada y por eso solicitó que se decrete doctor sentiría que se está vulnerando el derecho a mi cliente de poder permitir que la visita se haga el inmueble máxime si en este proceso hay un dictamen pericial que yo aporte en el que el señor perito describe el inmueble por sus características antigüedad y demás y es necesario y lo consideró que es necesario que el señor juez es asista al sitio con las partes para que se pueda verificar todo y se pueda hacer la diligencia como lo dispone la norma gracias”.

Para resolver los recursos, se consideró:

“La excepción de prescripción se puede invocar como acción de prescripción adquisitiva del dominio se puede invocar como acción y también como excepción, no obstante los efectos de la forma que se invoca son diferentes por qué, por qué las excepciones son el mecanismo de defensa contra las pretensiones de la demanda, en ese orden de ideas en caso de fallarse favorablemente la excepción de prescripción adquisitiva tendrá la virtualidad de negar las pretensiones de la demanda; no obstante si se quiere hacer uso de la acción de pertenencia es indispensable que se haga a través de una demanda de reconvención, como lo establece el artículo 371 del CGP y, es que de esa forma es que se puede garantizar el debido proceso y derecho a la defensa de la parte a quien se deba demandar en reconvención porque en la demanda de reconvención se deben cumplir los mismos requisitos que la demanda

principal, es decir, se presentan los hechos de manera determinada las pretensiones las pruebas los fundamentos de derecho y de esa manera la demanda en reconvención podrá hacer uso de su derecho de defensa y proponer las respectivas excepciones no se está desconociendo en este caso que se pueda alegar la excepción de prescripción adquisitiva del dominio a través de medios exceptivos, solamente y los efectos entre una y otra forma serán diferentes por un lado cómo se dice cuando es por medio de excepción en caso de triunfar se negarían las pretensiones de la demanda. Por otro lado si es a través de la demanda de declaración de pertenencia se declararía la pertenencia respectiva, por lo anterior, el despacho mantendrá incólume el auto impugnado y concederá en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto remítase copia del expediente de la presente audiencia de la demanda y de la contestación de la demanda al honorable Tribunal Superior de distrito judicial sala civil familia de Cundinamarca notificado en estrados doctora Andrea como manifestación"

CONSIDERACIONES

En el escenario probatorio, la carga de la prueba recae en cabeza del interesado en los términos del artículo 167 del C.G.P., de esta manera debe estar relacionada con el asunto objeto del debate –**conductencia**–, de no ser así, el Juez de instancia esta investido de la facultad para rechazarla, como también las pruebas **ilegales** –que atenten contra el debido proceso–, **ineficaces** –prueba que carece según la ley, de poder de convicción, así el hecho a probar sea del caso–, **impertinentes** –que versen sobre hechos notoriamente ajenos al debate, que aunque sean demostrados nada infieren en el asunto, y las **innecesarias** –buscan acreditar un enunciado descriptivo previamente demostrado –, conforme lo prevé el artículo 168 del mismo estatuto ritual.

En suma, las pruebas deben ser solicitadas oportunamente –*oportunidades probatorias*–, dado que las disposiciones adjetivas establecen de manera clara y precisa el momento para pedir las, aportarlas, decretarlas y practicarlas, que ni el Juez o las partes pueden desconocer, principio que fue destacado por la Corte Suprema de Justicia, al afirmar que, “las pruebas

producidas, con el objeto de que cumplan con su función de llevar al juez el grado de convicción suficiente para que pueda decidir sobre el asunto materia de la controversia, además de ser conducentes y eficaces, deben allegarse o practicarse en los términos y condiciones establecidos de antemano en el ordenamiento positivo, ya que de lo contrario no es posible que cumplan la función señalada, y así lo estipula el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil al tenor del cual “toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”⁸.

Volviendo la mirada al caso de estudio, se tiene que la demandada en reivindicación, al contestarla excepcionó la “PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO”, con fundamento en que “... mi representada es poseedora desde el año 2000 del predio materia de esta acción, posesión en forma quieta, pública, pacífica e ininterrumpida, declare que adquirió el lote de terreno que a través de esta demanda se pretende reivindicar, por PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO, tal y como a usted lo demuestran los testigos y las pruebas que me permitiré presentar a su digno despacho, las cuales, valga decir, fue imposible presentar en su oportunidad en el proceso radicado 2014-0395, que se adelantó en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá”.

La prescripción adquisitiva de dominio puede alegarse vía acción ora excepción, tal y como, lo dispone el inciso segundo del artículo 2513 del C.C.:

<NECESIDAD DE ALEGAR LA PRESCRIPCION>. El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio.

<Inciso adicionado por el artículo 2 de la Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> **La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción**, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera

⁸ C.S.J., Casación Civil, sentencia del 27 de marzo de 1998

otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella.”

Asimismo, el parágrafo 1º del artículo 375 del C.G.P., reza:

“PARÁGRAFO 1o. Cuando la prescripción adquisitiva se alegue por vía de excepción, el demandado deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en los numerales 5, 6 y 7. Si el demandado no aporta con la contestación de la demanda el certificado del registrador o si pasados treinta (30) días desde el vencimiento del término de traslado de la demanda no ha cumplido con lo dispuesto en los numerales 6 y 7, el proceso seguirá su curso, pero en la sentencia no podrá declararse la pertenencia.”

De manera que, si bien la demandada no incoó mutua demanda de pertenencia, si formuló en oportunidad la excepción de prescripción adquisitiva de dominio, siendo palpable que su intención es obtener la declaratoria de pertenencia sobre la franja de terreno reclamada en reivindicación, conllevando como efecto en el marco del litigio, superar entre otros, los presupuestos enlistados en los numerales 5, 6 y 7 del artículo 375 *ídem*.

En cuestión, la doctrina ha conceptuado que:

9“Una vez el demandado en un proceso declarativo formula prescripción adquisitiva como excepción de mérito, el Juez debe imprimir algunos trámites propios del proceso de declaración de pertenencia, lo cual implica que tenga que adoptar, al menos, las consideraciones y determinaciones que enseguida se precisan.

...

En efecto, además de que la formulación de la excepción de prescripción adquisitiva suscita una situación procesal análoga a cuando se hace valer como acción a través de una demanda de reconvención, es preciso advertir que un principio constitucional que ha de advertirse es el debido proceso y el derecho de defensa, que en caso de la pertenencia suponen

⁹ BEJARANO GUZMÁN Ramiro, PROCESO DECLARATIVOS, EJECUTIVOS Y ARBITRALES, Editorial Temis, págs. 116 y ss., año 2011.

que se atienda la normatividad que obliga a que de ese litigio conozca el juez civil del circuito del lugar donde se encuentra el inmueble.

...

Cuando la ley 791 de 2002 autorizó la formulación como excepción de la prescripción adquisitiva, lo hizo para dejar sin piso la tesis de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia según la cual no se podía alegar sino por vía de acción, de manera que a partir de la vigencia de esta ley podrá también invocarse a través de la excepción de mérito, pero eso no significa que se haya modificado el procedimiento previsto en el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, el cual obliga a citar a todas las personas que se crean con derecho a intervenir en el debate, para que la sentencia tenga efectos erga omnes.

...

En materia de pruebas ha de darse cumplimiento a lo previsto en el numeral 10 del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, es decir, deberá practicarse forzosamente una inspección judicial sobre el bien, objeto de usucapión.

...

Al momento de proferir sentencia, el juez debe resolver en primer lugar la pretensión de la declaración de pertenencia planteada por vía de excepción, y solo cuando no prospere se ocupará de las pretensiones que le fueron planteadas en la demanda inicial". (Negrilla y subrayas intencionales).

Frente al presente marco, la ordenación y práctica de la inspección judicial se torna obligatoria a voces de lo dispuesto en el numeral 9º del artículo 375 del C.G.P., que reza: "El juez **deberá** practicar personalmente inspección judicial sobre el inmueble para verificar los hechos relacionados en la demanda y constitutivos de la posesión alegada y la instalación adecuada de la valla o del aviso. En la diligencia el juez podrá practicar las pruebas que considere pertinentes", ello en aras de verificar los hechos anotados en la demanda, su contestación –excepción– y constitutivos de posesión, como también, la realidad material de la heredad frente a sus mejoras y linderos.

Sobre el tema en comento, nuestra superioridad ha considerado:

¹⁰*“Con todo, advierte la Corte que la percepción que directamente la autoridad judicial puede hacer en el predio va orientada a reconocer su existencia y particularidades, así como a “verificar los hechos relacionados en la demanda y constitutivos de la posesión alegada por el demandante” (numeral 10º del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil). De forma directa y más en conjunto con otras probanzas, puede llegar a facilitarle la deducción acerca de la posesión alegada, no solo de los hechos positivos actuales sino de otros ejecutados en el pasado y que han dejado su huella en el predio inspeccionado. Pero, en líneas generales, más que actos posesorios idóneos ejecutados por el antecesor lo que puede patentizarse con ella son los que el demandante ha realizado y realiza. Allí percibirá directamente las mejoras y adecuaciones, podrá recoger testimonios de vecinos que den luz acerca de los hechos investigados –línderos, actos posesorios pasados, percepción de la comunidad acerca de la posesión aducida, etc. **No está de más recordar que la inspección judicial, como prueba obligatoria en procesos de pertenencia, vino a ser adoptada desde la Ley 15 de 1943, en la que se conminaba al juez a no fallar si no había practicado la inspección ocular, diligencia dentro de la cual eran citados los colindantes y en la que el juez recibía sus declaraciones así como la de las demás personas que estimare necesario, todo con la finalidad de buscar que quedasen acreditados la continuidad, efectividad, publicidad y tranquilidad de la posesión invocada por el demandante, así como la explotación económica del predio por parte del poseedor. Asuntos todos que aún hoy puede una inspección dilucidar.”** (Negrilla intencional)*

Luego, contrario a lo considerado por la judicatura de primer nivel, la inspección judicial no solo es imperativa en el marco de la acción de pertenencia, sino que la misma también debe adelantarse cuando se reclame vía excepción, en tanto que ese ha sido el propósito del legislador con la adición del inciso segundo del artículo 2513 del C.C., y lo normado en el párrafo 1º del artículo 375 del C.G.P., tanto así, que de colmarse los presupuestos axiológicos de la usucapión, es plausible declararse la pertenencia, tal y como se desprende del párrafo en comento.

¹⁰ C.S.J., Sala de Casación Civil, sentencia de 28 de mayo de 2015, SC6652-2015, radicación n.º 11001-31-03-037-2006-00335-01

Ahora, si bien entre las mismas partes se tramitó proceso de pertenencia con demanda de reconvención -acción dominical- y, allí se llevó a cabo la inspección judicial el 9 de marzo de 2017 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá -radicado No. 2014-00395-00¹¹-, ello no conlleva a tener por superada la inspección en el asunto que nos ocupa, en tanto que se trata de diferentes litigios; asimismo, no es óbice para soslayar el decretó y materialización de ese medio de prueba que no se haya solicitado por la excepcionante en prescripción adquisitiva como medio de prueba, se itera, se trata de un medio de convicción imperativo cuya omisión, inclusive puede generar la nulidad del proceso –num. 5 art. 133 del C.G.P.-.

Entonces, el caso imponía la práctica de la prueba de inspección judicial, por lo cual, cobran acogida los argumentos en que se enfiló la pretensión impugnatoria y hay lugar a **revocar** el auto que lo negó.

Para terminar, no hay lugar a condena en costas ante la prosperidad de la alzada.

En consecuencia, el magistrado sustanciador de la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar el auto el auto proferido en audiencia el 20 de abril de 2022 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá, que negó la inspección judicial deprecada por la apoderada de la parte demandada en reivindicación, en el sentido de ordenar su práctica conforme a los términos indicados en esta providencia, debiéndose fijar fecha y hora para tal efecto.

¹¹ Archivo 01 Fls. 107-109

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Devuélvase el expediente al juzgado de origen, para lo que corresponda. Ofíciase.

NOTIFICAR Y CUMPLIR

(Firma electrónica)
ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ
Magistrado

Firmado Por:
Orlando Tello Hernandez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Civil Familia
Tribunal Superior De Cundinamarca - Cundinamarca

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: **5f5cd8db59d5bec37e856c7a0b98c746d4d5cb7956f2c786f35b7adab7b89a13**
Documento generado en 16/05/2023 12:21:52 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>