

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SALA DE FAMILIA**

Bogotá, D.C., ocho de marzo de dos mil veintiuno

Doctora: LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

**PROCESO: PETICIÓN DE HERENCIA ACUMULADO CON ACCIÓN
REIVINDICATORIA**

DEMANDANTE: JESÚS EDUARDO GUTIÉRREZ TELLO

DEMANDADOS: HEREDEROS DE ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ

RADICACIÓN No.: 11001-31-10-015-2016-00384-03

Aprobado en Sala según Acta No. **011** del 11 de febrero de 2021.

Decide el Tribunal Superior de Bogotá D. C., en Sala de Familia, los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de los demandados **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ, JOSÉ FERNANDO BUITRAGO**, y por el curador ad litem de los herederos indeterminados de quien en vida fue **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, frente a la sentencia proferida en el **JUZGADO QUINCE DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.**, el 11 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES:

1. Invocando ser hijo del causante **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY**, acude el señor **JESÚS EDUARDO GUTIÉRREZ TELLO** a instaurar acción de petición de herencia, acumulada con reivindicatorio en contra de los señores **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ**, hermana y heredera universal

de **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, cónyuge del de cujus, y **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, comprador actual del bien adjudicado en la sucesión del primero mencionado, a fin de obtener pronunciamiento favorable a las siguientes pretensiones:

- i) Reconocer al demandante vocación hereditaria en el primer orden sucesoral, asociada a su condición de hijo del causante **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY**, con derecho a recoger la cuota legal correspondiente.
- ii) Declarar ineficaces los actos de partición y adjudicación de bienes del causante **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY**, realizados en favor de quien fue su cónyuge, **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, y aprobados en sentencia del 2 de agosto de 1994 proferida en el Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bogotá, y ordenar, en consecuencia, rehacer el trabajo partitivo.
- iii) Declarar ineficaces, en lo pertinente, los actos de partición y adjudicación correspondientes a la sucesión intestada de **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, protocolizada mediante Escritura Pública N° 882 del 20 de marzo de 2015 de la Notaría Diecisiete del Círculo de Bogotá.
- iv) Ordenar cancelar los registros de la sentencia del Juzgado 24 Civil Municipal de Bogotá y de la Escritura Pública No. 882 de fecha del 20 de marzo de 2015 de la Notaría Diecisiete del Círculo de Bogotá, efectuados en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-560652, disponiendo la inscripción de los correspondientes al derecho hereditario reconocido a **JESÚS EDUARDO GUTIÉRREZ TELLO**.
- v) Condenar al demandado **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** a restituir al demandante, la posesión real y material de la cuota parte de los bienes y derechos adjudicados, con todos sus aumentos, acciones y productos.

vi) Ordenar cancelar los registros de transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones de dominio de los bienes y derechos que integran la universalidad de la herencia del causante **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY**, efectuados en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-560652, con posterioridad a la inscripción de la demanda.

vii) Condenar en costas a los demandados.

2. Para fundamentar sus pretensiones, expone el demandante los siguientes hechos:

2.1 **JESÚS EDUARDO GUTIÉRREZ TELLO** nacido el 14 de febrero de 1938, es hijo de **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY** y **BLANCA TELLO**, casados entre sí por los ritos católicos, el 29 de diciembre de 1926.

2.2 **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY** contrajo nuevas nupcias el 15 de abril de 1967 con **ARCELIA PERILLA CAMACHO**, unión de la que no hubo descendencia; en vigencia de la sociedad conyugal formada por virtud de este vínculo, los esposos adquirieron la casa de habitación ubicada en la calle 63F No. 27-34 de esta ciudad, identificada con registro inmobiliario N° 50C-560652.

2.3 La sociedad conyugal se disolvió con la muerte de **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY** el 25 de mayo de 1993, y en la sucesión adelantada por la señora **ARCELIA PERILLA CAMACHO DE GUTIÉRREZ**, como cónyuge y heredera, en el Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bogotá, aquella se hizo adjudicar la totalidad del mencionado predio, omitiendo el derecho del hijo del causante (hoy demandante), pese a conocer de su existencia.

2.4 Al fallecimiento de la señora **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ** ocurrido en esta ciudad el 26 de julio de 2013, su hermana **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ** adelantó, como heredera única y universal, el

trámite sucesoral en la Notaría Diecisiete del Círculo de Bogotá, protocolizado en Escritura Pública N° 882 del 20 de marzo de 2015, con adjudicación del derecho real de dominio y posesión del citado predio (50C-560652), el que a su vez enajenó la adjudicataria al señor **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, mediante Escritura Pública N° 6468 del 19 de octubre de 2016.

2.5 **JESÚS EDUARDO GUTIÉRREZ TELLO**, está legitimado para solicitar el reconocimiento de su derecho sucesoral, consecuentemente, la adjudicación de la herencia a la que legalmente tiene derecho y la restitución de la posesión real y material de la cuota parte correspondiente sobre el inmueble objeto de la sucesión de su padre.

TRÁMITE Y CONTRADICCIÓN

Asignado el asunto por reparto a conocimiento del Juzgado Quince de Familia de Bogotá, admitió a trámite la demanda el 8 de septiembre de 2016, ordenó notificar a la demandada **MARÍA ESTHER PERILLA RODRÍGUEZ** y emplazar a los herederos indeterminados de **ARCELIA PERILLA GUTIÉRREZ**.

MARÍA ESTHER PERILLA RODRÍGUEZ se notificó personalmente el 21 de noviembre de 2016, argumentando en oposición a las pretensiones y a la mala fe alegada en la demanda, que su difunta hermana informó en el trámite sucesoral de **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY** la existencia de dos herederos del causante, cuyo paradero desconocía. El inmueble adjudicado en el indicado trámite, dijo, fue vendido al señor **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, y de esa negociación estuvo enterado el demandante. Planteó excepciones perentorias denominadas “*PRESCRIPCIÓN*” e “*INEPTA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA*”, aseveró con respecto a la primera que, cuando el demandante acudió a reclamar el derecho herencial la acción había caducado, porque entre el deceso del causante y el momento de presentación de la demanda, transcurrieron más de los veinte años bajo los cuales se consolidó la prescripción extintiva a la sazón vigente; y frente a la segunda, tanto ella como

su hermana adquirieron el predio con justo título y de buena fe (Art. 765 del C.C.), en proceso judicial adelantado por **ARCELIA** quien, informó sobre la existencia de “2 hijos” del causante.

Mediante reforma a la demanda admitida el 9 de febrero de 2017, el demandante solicitó integrar al contradictorio al señor **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, reclamando frente a él la restitución real y material del predio con registro inmobiliario N° 50C-560652, pretensión a la cual se opuso la demandada **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ**, a vuelta de señalar al señor **BUITRAGO RODRÍGUEZ** como “un comprador y poseedor de buena fe, [a quien] para la fecha de la venta y entrega del inmueble por parte de la señora MARIA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ, no se le había notificado de esta demanda”; propuso, la excepción de mérito denominada “REFORMA DE DEMANDA NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DEL NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 93 DEL CGP”, a su parecer, la demanda y la reforma no se integraron debidamente en un solo escrito.

Notificado personalmente **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** el 29 de marzo de 2017, se opuso a las pretensiones de la demanda y a su reforma, dijo en orden a sustentar su réplica, que “*compró el bien inmueble descrito en el hecho tercero de la demanda, el que adquirió la vendedora así: el 50% al momento de la adquisición del bien y el otro 50% por adjudicación que le hiciere un Juez de la República*”, según el opositor, las acciones de petición de herencia y reivindicatoria no pueden acumularse, su trámite compete a diferentes jurisdicciones, y por lo mismo, su ejercicio para reclamar derechos pasados más de 23 años del fallecimiento del causante **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY**, puede llegar a constituir fraude procesal, “*desconociendo la existencia de su otro hermano que vive en los Estados Unidos de Norte América, Además el Señor JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ es un comprador de buena fe*”.

A la par propuso las excepciones de mérito de “PRESCRIPCIÓN” e “INEPTA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA”, bajo la misma

argumentación esgrimida por la demandada **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ**.

El curador ad litem de los herederos indeterminados de **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, también opuso a las pretensiones la excepción de mérito de “**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA**”, de manera coincidente considera extemporáneo el ejercicio de la acción.

El demandante replicó en oportunidad las excepciones de mérito propuestas por los demandados, a su juicio, es equivocado tomar como punto de partida para el conteo de la prescripción extintiva el día siguiente al deceso del causante, pues el término solo puede iniciar cuando quien demande “*tenga la plena certeza de la calidad de heredero que ostenta respecto del causante, y, por tanto, le sea jurídicamente posible ejercer el derecho real de herencia frente al heredero aparente que ocupa los bienes herenciales. Esa certeza jurídica surge en la fecha en que quede en firme o ejecutoriada la sentencia que declare que es heredero y en tal condición con vocación para heredarlo*”, afirmación que, dice, respaldan las consideraciones efectuadas por la H. Corte Suprema en sentencia del 7 de noviembre de 1977. Según eso, el término de prescripción de la acción de petición de herencia en este caso, ni siquiera ha empezado a correr.

Interesa igualmente señalar como aspecto relevante, que en auto del 18 de septiembre de 2017, se reconoció a la doctora **MÓNICA GUTIÉRREZ CEPEDA**, como cesionaria de los derechos litigiosos y herenciales del demandante **JESÚS EDUARDO GUTIÉRREZ TELLO**; destacar en el curso de la actuación, la nulidad decretada sobre las sentencias anticipadas del Juzgado, emitidas el 16 de febrero y 13 de julio de 2018, desestimatorias ambas de las pretensiones, la primera, con estribo en la causal contemplada en el numeral 6 del artículo 133 del Código General del Proceso, al omitirse la etapa de alegatos de conclusión, y la segunda por prematura porque, “*la sentencia anticipada no resulta ser el mecanismo jurídico adecuado para resolver la presente controversia y establecer exclusivamente a partir de los documentos aportados si*

*efectivamente se configuró el fenómeno de la prescripción del derecho de herencia reclamado por el demandante señor **JESÚS EDUARDO GUTIÉRREZ TELLO**, o su cesionaria; por tanto, es imperioso agotar la etapa probatoria, para determinar a partir de los medios de prueba idóneos conjuntamente valorados si el demandante conserva o ha perdido los derechos herenciales reclamados en este proceso”.*

Renovada la actuación, el Juzgado Quince de Familia de Bogotá, en sentencia del 11 de septiembre de 2020, declaró infundadas las excepciones de mérito propuestas por los demandados; reconoció vocación hereditaria al demandante para suceder a su progenitor y recoger la herencia en el primer orden hereditario; ordenó rehacer la partición sucesoral aprobada en sentencia del Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de esta ciudad, garantizando la participación del demandante *“representado por la cesionaria de derechos litigiosos y herenciales”*; declaró ineficaz la partición aprobada en la sucesión notarial de la causante **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ** *“en lo que respecta a la cuota parte que le corresponde a JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY por concepto de gananciales sobre el inmueble [con] matrícula inmobiliaria No 50C-560652”*, adjudicada a la demandada **MARÍA ESTHER PERILLA DE GUTIÉRREZ**, quien a su vez la transfirió al demandado **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**; ordenó restituir dicha cuota parte a la masa sucesoral del citado causante [JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY]; cancelar las anotaciones 3, 4 y 6 del folio de matrícula inmobiliaria correspondiente; integrar a la masa sucesoral *“...los aumentos, accesiones y productos pretendidos por la parte actora”*, una vez se rehiciera la partición, quedando pendiente su tasación en el trámite liquidatorio; inscribir la sentencia en el folio de matrícula inmobiliaria No 50C-560652; condenó en costas y agencias en derecho a la parte demandada, y finalmente autorizó la expedición de copia auténtica del acta y del audio contentivo de la audiencia.

En su labor argumentativa, y una vez verificados los presupuestos procesales necesarios para emitir sentencia de mérito, el Juzgado consideró necesario

variar la postura asumida en las sentencias anticipadas del 16 de febrero y 13 de julio de 2018 desestimatorias de las pretensiones, por *“respeto del precedente jurisprudencial y especialmente de los últimos pronunciamientos de nuestra Corte Suprema de Justicia”*, además, *“dando cumplimiento”* a lo *“ordenado”* por este Tribunal en sentencia del 5 de junio de 2019, en el sentido de que *“esta decisión debe estar soportada en jurisprudencias que emergen de dicho fallo”*; tras esa inicial acotación, anunció que acogería las súplicas de la demanda.

Seguidamente, y previa reseña de las pruebas recaudadas, se adentró la Juzgadora en el análisis de las excepciones de mérito propuestas por los demandados, anticipando la improsperidad de la *“REFORMA DE DEMANDA NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DEL NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 93 DEL CGP”*, por cuanto a folios 141 a 148 del plenario *“se observa el escrito de reforma de demanda debidamente integrado como lo exige la ley”*, y por lo mismo *“se procedió a su admisión”* en auto que no fue cuestionado.

Halló igualmente infundada la excepción de **“INEPTA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA”**, pues no es jurídicamente viable dirigir la demanda frente a la persona fallecida **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, porque en tal caso, los llamados a resistir las pretensiones son **MARÍA ESTHER PERILLA DE GUTIÉRREZ** y **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, cuya legitimación surgió, para ella, *“desde el momento en que... recoge la herencia de su hermana dentro de la cual se encuentra incluido el inmueble... que correspondía a la herencia de JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY”*, y para él *“cuando compra el inmueble”*.

Desestimó la excepción de **“PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA”**, tomando como criterio orientador lo considerado por el Tribunal de Casación en sentencias del 23 de noviembre de 2004, Exp.: 7512, M.P. **CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE**; 27 de marzo de 2001, Exp.: 6365, M.P. **JORGE SANTOS BALLESTEROS**, y No. 118, Exp.: 7187 *“no publicada oficialmente”*, y STC15733 del 4 de diciembre de 2018, M.P. **AROLD**

WILSON QUIROZ MONSALVO, señaló la juzgadora que *“...en el presente caso, no se discute que la proposición de la acción extintiva no sea la indicada, pero hay que tenerse en cuenta que dicho fenómeno no se configuraba por el mero paso temporal como lo pretendió la parte demandada, sino que para que resulte avante, debe reunir dos presupuestos: vale decir, el transcurso del tiempo y los hechos o actos posesorios y por supuesto debe probarlos, dentro de este asunto se advierte que como está planteada la excepción, carece de este último presupuesto, razón suficiente para declararla infundada...”*.

RECURSOS DE APELACIÓN

Contra la sentencia cuyos apartes centrales acaban de exponerse, recurren en apelación los demandados **MARÍA ESTHER PERILLA DE GUTIÉRREZ, JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, y el curador ad litem de los herederos indeterminados de quien fue **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**. Los dos primeros, a través de su apoderado judicial, plantearon cuatro reparos cuyo orden lógico es el que a continuación se cita:

- (i) La excepción de inepta demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva está demostrada, porque el bien objeto de la controversia no se encuentra en poder de un “heredero” tal cual lo prevé el artículo 1321 del C.C., sino de un tercero, quien lo adquirió mediante negocio jurídico de compraventa.
- (ii) La reforma a la demanda no se ajusta a derecho, en adición a lo alegado en la excepción de mérito propuesta al respecto, la apoderada del demandante obró sin poder para esos precisos efectos.
- (iii) Al contrario de lo señalado en el fallo, la prescripción extintiva de la acción sí operó en este caso, por varios motivos:

3.1 No se interrumpió con la presentación de la demanda, porque el término de veinte años entonces vigente, se encontraba cumplido para cuando fue instaurada; en tal sentido, reprocha la inactividad del demandante al haber esperado más de veinte años desde el fallecimiento de su padre y la adjudicación del bien a la señora **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, para promover la presente acción, pese a ser conocedor del deceso, agregando que *“el tiempo prescriptivo de un derecho, es correlativo al tiempo adquisitivo del mismo”* y *“no se puede pretender ahora que todo asignatario de una herencia deba adelantar un proceso de pertenencia”*.

3.2. *“No era, ni fue parte del debate probatorio demostrar los actos de señora y dueña de la Señora (sic) Arcelia Perilla, ni de su heredera María Esther perilla (sic)”*, aun así, consideran *“fácil inferirlos porque para hacer la segunda sucesión, por lo menos se debió haber entregado los paz y salvos del IDU, [y] los pagos de los impuestos”*, también *“se ordenó por el juzgado un peritazgo sobre el bien y en ningún momento se dice que éste presentaba amenaza de ruina, la razón de ello es que allí vivió la señora Arcelia perilla (sic) hasta su muerte y que al bien se le hizo el mantenimiento correspondiente”*, en esa medida descartan que el inmueble se encontrara *“abandonado”* para cuando el señor **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** lo compró, y la documental aportada por la demandante da cuenta de la fecha *“donde se inicia la posesión del bien”*, concluyeron entonces que *“hubo los actos de señor y dueño que no se trajeron para demostrarlos, pero como se dijo en los alegatos de conclusión, con demostrar la prescripción adquisitiva (sic) del dominio, no era tan necesario demostrar la prescripción adquisitiva del mismo porque son correlativos”*.

3.3. El asunto analizado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia STC15733 de 2018 del M.P. **AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**, fundamento de la Juez *a quo* para variar la postura adoptada en fallos anulados por este Tribunal, es *“totalmente diferente”* al que nos ocupa, en aquella ocasión la Corte amparó el debido proceso del accionante, pero esa garantía no ha sido desconocida al demandante, cuando en la sucesión de su

padre se informó sobre la existencia de “*uno o dos hijos herederos del señor José Manuel Gutiérrez*”, y se hicieron “*todas las publicaciones*” necesarias “*al desconocerse el paradero de los posibles herederos*”, quienes por demás “*no estuvieron presentes en la enfermedad ni cuando se le dio cristiana sepultura a su señor padre*”, consideran, por tanto, inaplicable al caso tal jurisprudencia, además, por tratarse de “*una sentencia posterior a la iniciación de este proceso, lo que contraría la seguridad jurídica*”, no obstante, citando a propósito un fragmento de la misma, concluyen los recurrentes que la señora **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ** no entró en “*posesión de los (sic) bienes (sic) relictos (sic) por usucapión, sino le fueron (sic) asignados (sic) en un proceso de sucesión, con todas las ritualidades legales del momento*”.

(iv) Finalmente, se refieren los recurrentes al demandado en reivindicación como “*tercero comprador de buena fe*”, a la vez de remarcar que “*la escritura de compraventa del bien fue corrida el 19-10-2016 y registrada el 27-10-2016, la anotación de la inscripción de la demanda tiene fecha 13-10-2016, pero al hacer un estudio cuidadoso de la documentación aportada por la parte activa, (con honestidad manifiesto no lo había hecho por estar convencido de la prescripción de la acción) de forma maliciosa para decir lo menos, a la escritura de compraventa aquí mencionada se le sustrajo dos documentos: uno el poder otorgado para la venta que le hiciera la Señora (sic) MARIA (sic) ESTHER PERILLA DE RODRIGUEZ (sic) al Señor (sic) JOSE (sic) ISRAEL RODRIGUEZ (sic) PERILLA, y dos y más importante el certificado de tradición y libertad, expedido por la oficina de registro e Instrumentos Públicos de Bogotá el 30-09-2016*”.

Por su parte, el curador ad litem de los herederos indeterminados de **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, solicita revocar el fallo y en su lugar negar las súplicas de la demanda, bajo tres puntuales reparos, con el siguiente orden lógico:

(i) La aplicación del artículo 1321 del C.C., equivocada a su modo de ver, porque la norma exige dirigir la acción en contra de un heredero, y en este

caso *“No quedó probado que quienes ocupaban la herencia al momento de la demanda tuvieran la calidad de herederos del causante y por tanto no procedía contra los demandados iniciar la acción de petición de herencia”*.

(ii) Considera **“INCONSONANTE”**, la sentencia por haber acogido las pretensiones, pese a estar demostrada la prescripción de la acción de petición de herencia, al haber transcurrido más de veinticinco años desde cuando se adelantó el proceso de sucesión de **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY**, al cual debió concurrir el demandante **JESÚS EDUARDO GUTIÉRREZ TELLO** una vez concluido el término del emplazamiento efectuado a *“quienes tuvieran derechos”*, a partir del cual, *empezó a correr el término de prescripción de la acción de petición de herencia”*.

(iii) Refiere desconocimiento del mandato constitucional, por virtud del cual *“no habrá penas, ni obligaciones irredimibles”*, y de las normas del Código Civil en torno a la prescripción adquisitiva, citadas al contestar la demanda, pues la posesión ejercida por los demandados sobre el inmueble, dice, está demostrada con los actos de disposición contenidos en las escrituras públicas obrantes en el proceso, donde constan *“transferencias de la propiedad”*, una por sucesión y otra por venta; el bien está *“inscrito a su nombre”*, y existen recibos de pago del impuesto predial, hechos indicativos de la posesión ejercida, además de una *“suma de posesiones”*, por lo cual ve con *“admiración”* el cambio de criterio del Juzgado, en comparación con lo decidido en las sentencias anuladas.

CONSIDERACIONES

1. El recurso de apelación previsto como un mecanismo de control de legalidad para las sentencias de primera instancia en el artículo 320 del C. G del P., configura inicialmente el presupuesto de competencia del Tribunal para revisar la sentencia proferida en el Juzgado Quince de Familia de Bogotá D. C., en concordancia con el numeral 1° del artículo 32 ejúsdem, dentro de las

limitaciones del artículo 328 ibídem, según el cual, el pronunciamiento en segunda instancia se contrae al estudio de *“los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*. En consecuencia, se ocupará la Sala de analizar en detalle los reclamos esgrimidos por los recurrentes en el orden lógico requerido para responderlos, a saber: 1) la legitimación en la causa por pasiva en el proceso de petición de herencia, acumulado con reivindicatorio, 2) La reforma a la demanda, 3) Prescripción del derecho de herencia, y 4) Pertinencia del precedente citado en la sentencia. Por último, se abordará un aspecto necesario en torno a la restitución de frutos.

2. Sobre la legitimación en la causa por pasiva en el proceso de petición de herencia, acumulado con reivindicatorio:

El desacuerdo de los recurrentes con el análisis de este puntual aspecto en la sentencia, parte de considerar no acreditada la legitimación en la causa por pasiva, porque al tenor literal del artículo 1321 del C.C., la acción de petición de herencia, solo puede dirigirse en contra de quien ocupe la herencia como heredero, calidad que para el caso no ostentan los convocados **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ** y **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** frente al causante **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY**, amén de que la primera no está en posesión material del bien, porque lo vendió al segundo en mención.

Se trata, entonces, de establecer si los demandados están o no legitimados para resistir las pretensiones propuestas en la demanda, o lo que es igual, si tienen legitimación en la causa por pasiva, presupuesto de obligatoria verificación para precisar la *“relación sustancial que se pretende que existe entre las partes del proceso y el interés sustancial en litigio o que es el objeto de la decisión reclamada”*¹; según esto, la legitimación en causa constituye un

¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Editorial Universidad. Tercera Edición revisada y corregida. Página 260.

aspecto derivado directamente de la pretensión, “en los procesos contenciosos (...) consiste, respecto del demandante en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado, en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante”.

En un aspecto más específico de la controversia, la legitimación en la causa por pasiva en la acción de petición de herencia, radica en la persona que en calidad de heredero de un determinado causante, ya sea real o aparente, ocupe o haya ocupado la herencia, entendiendo por tal ocupación no solo la material, sino la jurídica derivada de la aceptación de la herencia, conforme con el criterio amplio de la H. Corte Suprema de Justicia, vigente desde 1954, y memorado en sentencia STC16967 del 24 de noviembre de 2016, M.P. **LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**².

Ello por cuanto, como lo explica la misma jurisprudencia, aceptar una herencia es ocuparla en un sentido jurídico, “porque es refrendar irrevocablemente la posesión que le fue dada al heredero por ministerio de la ley, desde la delación. La aceptación no se rescinde sino excepcionalmente (art. 1291 C.C.). Si se consagra una ficción de posesión (arts. 757 y 783 C.C.) es para que produzca los efectos propios de la posesión. Jamás se han consagrado ficciones con mero propósito literario o retorico (sic). Y si posesión es el poder de hecho sobre las cosas o la tenencia de éstas con ánimo de señor o dueño, hay que admitir, aplicando la ficción, que quien acepta la herencia la tiene como titular de ella, en la única forma en que una universalidad es susceptible de ser ocupada: **ideal, pero legalmente** (...) de modo, que la posesión legal de la herencia, confirmada por la aceptación, sea suficiente para constituir el sujeto

² “Si bien es cierto, en la jurisprudencia nacional, por algún tiempo, imperó el criterio de que la ocupación de la herencia referida en el artículo 1321 del Código Civil era la material y, por lo mismo, los herederos del causante debían ser convocados en condición de demandados al proceso de petición de herencia solamente cuando detentaban de esa manera los bienes relictos, esa tesis fue revaluada, de modo que a partir de la sentencia de 8 de junio de 1954 se optó por la idea de la “ocupación jurídica” derivada de la aceptación”

pasivo de la referida acción. Tal es el sentido del vocablo ‘ocupada’ que emplea el artículo 1321, en una legislación que, como se expuso antes, sigue la enseñanza romana de la ‘universitas iuris’. Este precepto reza que ‘el que probare su derecho en una **herencia** ocupada por otra persona’; no dice que ‘el que probare su derecho a una herencia cuyos bienes estén ocupados (...)’” (Solo negrilla textual).

De esa forma, la recta exégesis del artículo 1321 del C.C. exige como presupuestos inherentes a la legitimación por pasiva, tres condiciones a saber: **(i)** la calidad de heredero del sujeto demandado, lo cual excluye el ejercicio de la acción de petición de herencia en contra de terceros, frente a quienes, como se verá más adelante, caben otro tipo de acciones; **(ii)** que el demandado obre en esa calidad (heredero), sea que realmente la tenga o no, y **(iii)** que el heredero aparente o real haya entrado en posesión legal o material de la herencia según lo explicado, equivalente en palabras del profesor Pedro Lafont Pianetta, la primera, a “la ocupación misma del derecho de herencia, que llamaremos jurídica”, y la segunda, a “la ocupación material de la herencia. Aquella es indispensable para la legitimidad del demandado, **mientras que la ocupación material no lo es. Esta última se tiene en cuenta para determinar el alcance de la obligación de restitución del demandado.**”³

No es entonces exigencia determinante del destinatario pasivo de la petición de herencia, detentar materialmente la posesión de la misma, pues, si así fuera, bastaría con transferir lo irregularmente apropiado para desentenderse de la obligación y consecuencias de no obrar con absoluta buena fe y rectitud en las relaciones negociales sucesorales, lo que no se agota tampoco con la mención de la existencia de otros herederos, sino con el respeto de esos derechos.

Quien es heredero putativo no adquiere por la sucesión derechos no consagrados en la ley, o quien tiene menor derecho no agrega legalmente a la

³ LAFONT PIANETTA, Pedro. Derecho de Sucesiones. Tomo II. Ediciones Librería del Profesional. Páginas 737 y 738.

suya, la parte de otros derechos, por el sólo hecho de que los verdaderos titulares o herederos no comparecieron al proceso, salvo cuando el motivo de la ausencia fuere el repudio de la herencia.

Por el modo de la sucesión, se transmiten los derechos asignados en la ley para el heredero **y sólo esos, no los ajenos**; de igual manera el adjudicatario sólo puede transferir regularmente los derechos de que es titular, pues por principio general nadie transmite más derechos de los que tiene; de donde se infiere su responsabilidad frente al heredero verdadero por los derechos adjudicados irregularmente y eventualmente frente a terceros, si dispuso de ellos. Luego es equivocado pensar en la inocuidad de la petición de herencia, cuando el adjudicatario, a sabiendas de no ser titular pleno de un derecho, lo transfiere a un tercero.

Consecuente con lo anterior, cuando la detención material de los bienes herenciales ya no están en cabeza del heredero putativo o de menor derecho, por haber pasado a manos de terceros, *vg.*, por haber sido enajenados, el heredero cuyo derecho se desconoció en la sucesión, puede enderezar frente a estos últimos la acción reivindicatoria y tramitarla bajo la misma cuerda procesal de la petitoria, tal como precisa el Tribunal de Casación, al definir que *“la legitimación en la causa por pasiva en la petición de herencia, le corresponde al heredero aparente o putativo, y en cambio, en la reivindicación, el pasivamente legitimado es el tercero en su condición de poseedor.*

“Sobre este particular dijo esta Corporación: ‘Con todo, la de petición de herencia no es la única acción que la ley confiere al heredero para defender sus derechos como tal. Al lado de ella, ‘también’ lo autoriza para ejercer, de manera específica, ‘la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos’ (art. 1325 del C.C.). Como se ve, en este caso, el sujeto activo sigue siendo el heredero, pero cambia el sujeto pasivo, que ya no es quién ocupa, tiene o pretende los bienes hereditarios aduciendo ser heredero o excediéndose en su derecho como tal,

*sino que se dirige contra ‘terceros’ a quienes ‘hayan pasado’ los bienes, tiene por fundamento el atributo de persecución que sobre ellos está autorizado a ejercer el heredero como señor y dueño de la herencia sobre bienes singulares que pertenecen a ella, aunque se hayan transmitido a terceros” (Sentencia del 27 de marzo de 2001, Exp.: 6365, M.P. **JORGE SANTOS BALLESTEROS**)*

Así ocurre en este caso, se tramitan por el demandante de manera acumulada las acciones reales de petición de herencia y reivindicatoria, la primera, frente a la señora **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ**, en calidad de hermana y heredera universal de quien fue **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, a su vez adjudicataria como heredera en el tercer orden sucesoral, del único bien relicto dejado por el causante **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY**, representado en el 50% del inmueble inscrito en el folio de matrícula No. 50C-560652, y la segunda, enderezada a obtener la restitución a la masa herencial de dicho activo, dirigida en contra del señor **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, actual propietario inscrito del bien, adquirido mediante el negocio jurídico de compraventa celebrado con la señora **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ**, adjudicataria del inmueble en la sucesión de su hermana.

A la pregunta de por qué la señora **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ** tiene legitimación pasiva para responder en petición de herencia por la adjudicación efectuada a su hermana **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, en la sucesión de su difunto esposo y frente al eventual desconocimiento del derecho de otros herederos de éste?, se responde, porque heredó a su hermana, no sólo en sus acciones y derechos, sino también en sus responsabilidades o mejor las responsabilidades imputables a la herencia, ocupando en ese sentido, el lugar de su causante frente a unos y otros.

Bajo ese contexto, ningún reparo merece la legitimación en la causa por pasiva de la señora **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ**, pues no cabe duda que como heredera y por tanto, continuadora de la personalidad

jurídica de su extinta hermana **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, es la llamada a resistir las pretensiones propias de la acción de petición de herencia al ocupar jurídicamente, el lugar de su pariente fallecida quien, *ab initio*, era la directa contradictora de dicha acción y principal legitimada por pasiva para haber confrontado las súplicas de la demanda de hallarse con vida, en su condición de heredera putativa y adjudicataria del único activo sucesoral trabado en la litis.

La conclusión de la Sala, se afianza en la lógica de los hechos relevantes demostrados en el proceso con las pruebas recaudadas, valga señalar, **(i)** el vínculo matrimonial contraído entre quienes fueron **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY** y **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, el 15 de abril de 1967, mediante el acta de registro correspondiente (fol. 17); **(ii)** la adquisición de los esposos en vigencia de la sociedad conyugal, del bien identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. N° 50C-560652, mediante Escritura Pública No. 1367 del 27 de junio de 1980 de la Notaría Veinte del Círculo de esta ciudad (fols. 5 a 10); **(iii)** el deceso del señor **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY**, acaecido el 25 de mayo de 1993 según consta en el registro civil de defunción (fol. 16); **(iv)** el adelantamiento de la sucesión *ab intestato* del citado causante, por parte de la señora **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, quien, invocando su calidad de cónyuge y heredera, se hizo adjudicar la totalidad del bien mencionado: el 50%, por concepto de gananciales, y el 50% restante, a título de herencia, conforme consta en el trabajo de partición y en la sentencia aprobatoria del mismo proferida el 2 de agosto de 1994 en el Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de esta ciudad (fols. 33, 34 y 41 a 43); **(v)** el fallecimiento de la señora **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, ocurrido el 26 de julio de 2013, documentado con el registro de defunción expedido por autoridad competente (fol. 66), y **(vi)** la sucesión *ab intestato* de la última causante mencionada, adelantada por la demandada **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ** ante la Notaría Diecisiete del Círculo de esta ciudad, invocando su calidad de hermana de la de cujus, nexo filial

idóneamente acreditado con las actas de bautismo de ambas⁴ no reprochado en el proceso (fols. 90 y 91), protocolizada mediante Escritura Pública No. 882 del 20 de marzo de 2015, en la cual se le adjudicó a título de heredera universal el cien por ciento del inmueble de marras.

De estos hechos emerge con claridad, la legitimación en la causa por pasiva de la señora **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ**, para responder en acción de acción de petición de herencia, por las pretensiones instauradas en su contra, y cuya participación en el presente asunto es pacífico no deriva de una relación parental directa con el causante **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY**, sino en su condición de heredera de su hermana **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, quien sí, a la sazón, invocando tal calidad (heredera) en la sucesión de su cónyuge, entró a ocupar jurídicamente la herencia que con mejor derecho le correspondía al demandante **JESÚS EDUARDO GUTIÉRREZ TELLO**, hijo del de cujus (Art. 1045 del C.C.)⁵, derecho desconocido en el trámite liquidatorio de su padre, tal como se ve en la Escritura Pública de protocolización No. 8782 del 16 de diciembre de 1994, y quien a través de la presente acción busca en primer lugar su reconocimiento enfrentando el título de única heredera asumido por la cónyuge, también fallecida; heredera putativa cuya posición jurídica, debe ocupar en el presente asunto la señora **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ**, por las razones ya expresadas, y además, porque como bien lo advirtió la Juez *a quo* en el fallo, dirigir la demanda en contra de persona fallecida es un imposible jurídico al tenor de la normatividad que rige la existencia y fin legal de las personas (Art. 90 y ss., del C.C.)

Y en cuanto concierne a la legitimación en la causa por pasiva del demandado en acción reivindicatoria, la Sala tampoco encuentra atendible el reclamo de los recurrentes, en estricta relación con la finalidad del mecanismo legal instituido,

⁴ ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ nació el 15 de marzo de 1926 y MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ el 20 de enero de 1935

⁵ **Artículo 1045. Primer orden hereditario...** Los descendientes de grado más próximo excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal

justamente, para que la persona cuyo derecho herencial ha sido desconocido en la sucesión, solicite la restitución de los bienes relictos que hayan pasado a manos de terceros por virtud de un modo distinto de la sucesión y título diferente al de heredero, tal cual ocurrió en este caso cuando por virtud del negocio jurídico de compraventa del inmueble, celebrado mediante Escritura Pública N° 6468 del 19 de octubre de 2016 (fols. 112 a 120), la señora **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ**, adjudicataria del bien en la sucesión de su hermana **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, transfirió el derecho real de dominio al señor **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, actual propietario según consta en la anotación No. 6 del Certificado de Libertad y Tradición (fol. 121), y de quien, el demandante **JESÚS EDUARDO GUTIÉRREZ TELLO** reclama puntualmente en la pretensión cuarta de la reforma a la demanda, *“se condene... dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, a restituir al demandante... la posesión real y material de la cuota de los bienes y derechos que le sean adjudicados, como poseedora real y material, con todos sus aumentos, accesiones, productos”*.

La pretensión restitutoria del actor es el camino procesal necesario para la satisfacción plena del derecho sustancial comprometido, y por eso con razón, doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que *“...si los bienes están en poder de un tercero que los adquirió del heredero putativo, quien bajo esa pretendida calidad liquidó a su favor la causa mortuoria y se constituyó en titular de los bienes herenciales, el verdadero heredero, el legítimo titular de la herencia debe por una parte, discutir con el putativo el título, y demandar de este la entrega de la herencia, dirigiendo a su favor dentro del mismo proceso la acción de reivindicación contra el poseedor de bienes determinados dentro de la mortuoria, para que este sea condenado a restituirlos”* (CSJ, sentencia SC1693 del 14 de mayo de 2019, M.P. **OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**)

Por consiguiente, el reclamo de los apelantes con respecto a la presunta falta de legitimación en la causa por pasiva de **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ** y **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, sustentada en el

hecho de no ser los mencionados demandados, herederos del causante **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY**, y estar el bien materia de la controversia en poder de un tercero, no tiene asidero, establecido como ha quedado, que la primera es llamada a resistir las pretensiones de la acción petitoria, en calidad de hermana y heredera determinada a título universal de la heredera putativa fallecida cuyo título discute el demandante, y el segundo, para confrontar las pretensiones de la acción reivindicatoria como tercero y actual poseedor material del bien.

Ahora, aunque la legitimación en la causa por activa no es motivo de disenso al interior del proceso, no sobra señalar el nexo filial entre el demandante y el causante **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY**, inscrito en la partida de bautizo del actor, nacido el 14 de febrero de 1938 y, la partida de matrimonio de sus padres celebrado el 29 de diciembre de 1926 (fols. 3 y 4), pruebas idóneas en este caso para acreditar el parentesco de hijo, presupuesto esencial para el estudiar el mérito de la acción de petición de herencia, y que lo habilita a reclamar por esta vía, el reconocimiento de su derecho a suceder a su progenitor (fols. 14 a 49).

3. La reforma a la demanda

El reparo de los demandados **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ** y **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, no cumple la mínima carga argumentativa para derruir la labor dialéctica aplicada en la sentencia, bajo la cual se desestimó la excepción de mérito al respecto propuesta, insisten en señalar como defecto legal, que la parte demandante no presentó unificadas la demanda y su reforma, inobservando a su parecer lo dispuesto en el artículo 93 del CGP, afirmación que no corresponde a la realidad procesal, porque, el actor sí procedió a ello según se aprecia a folios 141 a 148 del plenario, donde obran integrados ambos escritos; en tal sentido, huelga recordar conforme a reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, que la sustentación *“corresponde a la exposición de las tesis o argumentos encaminados a quebrar*

la decisión, conforme a los reparos que en su oportunidad se formularon contra la providencia cuestionada” (Se subraya) (CSJ, sentencia STC1010 del 6 de febrero de 2020, M.P. **LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**), lo cual excluye redundar sin razón sobre lo mismo, en este caso, esa carga procesal no se satisfizo por los interesados.

Señalar, además, que el auto del 9 de febrero de 2017 mediante el cual se admitió a trámite la reforma a la demanda, no fue cuestionado por los recurrentes, omisión a la par advertida por la falladora de primer grado en la sentencia al examinar la excepción de mérito, no confutada en el marco de esta la alzada, y que robustece el fracaso del reparo.

De otro lado, aluden los inconformes a la presunta carencia de poder de la apoderada judicial del demandante para reformar la demanda, el Tribunal sin embargo carece de competencia funcional para ocuparse de tal protesta, al tratarse de un argumento novedoso no debatido durante la primera instancia, sino traído por los demandados al interponer el recurso de apelación; nótese como una decisión en otro sentido, soslayaría el principio de congruencia (Art. 281 del CGP), por virtud del cual se impone al Juez en ambas instancias, la obligación de solventar la controversia sometida a su examen dentro de los precisos límites de lo pedido y lo controvertido, so pena de afectar caras garantías de raigambre constitucional, como lo son el derecho de defensa y de contradicción a la contraparte. En conclusión, el reparo no prospera.

3) Prescripción del derecho de herencia

El reparo en este punto, se orienta a reiterar los fundamentos de la excepción de prescripción de la acción de petición de herencia propuesta por vencimiento objetivo del término legal para su ejercicio, no interrumpido a juicio de los recurrentes, con la presentación de la demanda el 23 de agosto de 2016, porque para esa fecha, el plazo legal se había superado, sin que hubiera necesidad de acreditar actos de posesión porque la señora **ARCELIA**

PERILLA DE GUTIÉRREZ no entró en “posesión de los (sic) bienes (sic) relictos (sic) por usucapión, sino le fueron (sic) asignados (sic) en un proceso de sucesión, con todas las ritualidades legales del momento”.

Tal entendimiento empero, se aleja del reiterado criterio jurisprudencial según el cual, la prescripción del derecho de herencia no se consolida por el simple paso del tiempo, sino por el desconocimiento del derecho por un poseedor adquirente que a la par impone acreditarlo en su dimensión objetiva de tenencia del bien y subjetiva de señorío, con ánimo de desconocimiento de cualquier otro derecho. Y ello es así, porque el derecho no prescribe en abstracto, sino en favor de quien lo posee materialmente y mientras ello no ocurra el derecho a reclamar la herencia permanece enhiesto para el titular, quien no puede perderlo por prescripción, mientras alguien más no lo dispute mediante actos de “señor y dueño”.

Sobre la intemporalidad del derecho de herencia y consecuente obligación de acreditar los elementos de la prescripción adquisitiva para extinguirlo, la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, mantiene una consistente línea jurisprudencial, estructurada desde la sentencia del 5 de junio de 1996, Exp.: 4648, indicando desde entonces, lo siguiente: “Primeramente precisa la Sala la intemporalidad que caracteriza la reclamación del derecho de herencia, a que éste **no desaparece por mero transcurso del tiempo** sino cuando se presentan los hechos extintivos del mismo e impeditivos de las acciones que lo protegen. En efecto, según lo prescribe el inciso segundo del artículo 665 del Código Civil, el derecho de herencia es considerado como un derecho real (*ius in re*), el que recae sobre una universalidad jurídica o parte de ella, constituida por el conjunto de derechos patrimoniales de que era titular el causante. Por ello, en términos generales es preciso afirmar que si el derecho de herencia, de acuerdo con el criterio tradicional de los derechos reales y particularmente el de propiedad, existe y se perpetúa mientras subsista el objeto sobre el cual recae, es decir, que si el derecho de herencia o de dominio existe mientras haya herencia o cosa; resulta lógico también entender que **las**

acciones que protegen tales derechos también existen de manera indefinida y por todo el tiempo en que estos derechos subsistan. De allí que, por regla general un heredero puede reclamar un derecho hereditario momento(sic) y **cualquiera que sea el tiempo que haya transcurrido**, bajo la condición que al instante de su reclamación aún exista y se tenga el correspondiente derecho hereditario... Luego, en sí mismo **es indiferente el mero tiempo que haya transcurrido, si efectivamente aún se tiene el derecho de herencia**". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de junio de 1996. Exp. 4648. M.P. Pedro Lafont Pianetta)" (Negrilla extratextual).

Con idéntica orientación, la sentencia del 27 de marzo de 2001, Exp.: No. 6365, M.P. **JORGE SANTOS BALLESTEROS**, reprodujo su precedente, al señalar: "En relación con la prescripción de esta acción esta Corporación ha sostenido y ahora lo reitera que: **"...para que el derecho hereditario se extinga por prescripción no basta el mero transcurso del tiempo ni el no ejercicio de la llamada acción de petición de herencia (art.1326 C.C.), sino que es necesario que opere la prescripción extintiva, la cual solamente se consuma y perfecciona cuando simultáneamente un tercero adquiere el mismo derecho de herencia por usucapión.**

"1.3.- Luego, para analizar si un derecho hereditario se ha extinguido o no por prescripción, primero hay que averiguar si un tercero lo ha adquirido por prescripción o no, para luego establecer la secuela correspondiente a la prescripción extintiva, o supervivencia de dicho derecho. (...) Luego, solamente en el momento en que este tercero adquiere por prescripción extraordinaria u ordinaria el derecho hereditario, simultánea y correlativamente también se extingue por prescripción el derecho hereditario y la acción que correspondía al anterior y verdadero heredero" Contrario sensu, mientras esto no ocurra, el heredero podrá reclamar su derecho hereditario mediante la acción de petición de herencia.

De conformidad con lo anterior, quien en su calidad de demandado en esta acción esgrima en su defensa la prescripción adquisitiva del derecho de herencia, debe establecer plenamente en el proceso que ha estado ocupando la herencia durante el tiempo exigido por la ley para que opere la prescripción extintiva del derecho del demandante, y así lo ha sostenido la Corte de vieja data cuando dijo: "Por lo demás, quien como demandado en petición de herencia pretende que ha prescrito, debe establecer que con el susodicho carácter de heredero ha ocupado la herencia durante el tiempo previsto por la ley. Como es obvio, no le basta demostrar la fecha real o presunta del deceso del causante para que desde allí empezara a contarse el término extintivo, sino que le es indispensable probar en concreto el título de heredero con que entrara cierto día a poseer la herencia, a fin de que por este punto de partida el transcurso del tiempo haga indiscutible su situación de hecho" (Negrilla y subraya extratextuales).

Esta postura fue reiterada en sentencia del 23 de noviembre 2004, expediente No. 7512, ponencia del Magistrado **CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE**, y constituida doctrina probable^[1]: *"De allí que, por regla general un heredero puede reclamar un derecho hereditario... cualquiera que sea el tiempo que haya transcurrido, bajo la condición que al instante de su reclamación aún exista y se tenga el correspondiente derecho hereditario. Luego, en sí mismo es indiferente el mero tiempo que haya transcurrido, si efectivamente aún se tiene el derecho de herencia", aun cuando tal postulado encuentre como límite, entre otras particulares circunstancias, el evento en que 'el derecho hereditario que se tiene se extingue por prescripción (C.C., art. 2535), lo que acontece no por el mero transcurso del tiempo, sino por 'la prescripción adquisitiva del mismo derecho' (C.C., art. 2538), esto es, aquel derecho **se extingue solo cuando un tercero, siendo poseedor material hereditario lo ha prescrito extraordinaria u ordinariamente** (C.C., arts. 2533, num. 1º; L. 50/36, art. 1º y C.C., arts. 766, 2512 y 2529), pues en ese momento el derecho hereditario lo adquiere el tercero y simultánea y correlativamente se extingue para el anterior heredero. Luego, para que el derecho hereditario se extinga por prescripción no basta el mero*

transcurso del tiempo ni el no ejercicio de la llamada acción de petición de herencia (C.C., art. 1326), sino que es necesario que opere la prescripción extintiva, la cual solamente se consume y perfecciona cuando simultáneamente un tercero adquiere el mismo derecho de herencia por usucapión.

“De lo anterior se colige que para saber si un derecho de la señalada estirpe se extinguió por el modo dicho, o no, ante todo hay que indagar si un tercero lo adquirió por ese mismo sendero, puesto que solo de esta manera podría establecerse la secuela, como lo expresó la corporación en la jurisprudencia atrás referida: ‘mientras el derecho hereditario en una sucesión determinada no haya sido adquirido por prescripción adquisitiva o usucapión por una persona, no se produce entonces la extinción correlativa de ese derecho hereditario en su titular. Ello acontece con el mero transcurso del tiempo, el cual no es suficiente para estructurar la adquisición y extinción prescriptiva, pues se requieren otros elementos para su perfección. De allí que el mero transcurso del tiempo, por más prolongando que sea, no extinga el derecho hereditario en una sucesión adquirido por la muerte de su causante; y, por tanto, podrá reclamarse su protección mediante la acción de petición de herencia en cualquier tiempo, a menos que, como se dijo y ahora se repite, se haya extinguido por prescripción como consecuencia de que un tercero hubiese adquirido ese mismo derecho hereditario por prescripción adquisitiva o usucapión” (Negrilla y subraya extratextuales).

Lo dicho hasta el momento revela el desacierto de la censura planteada por los recurrentes, asociada a la extinción del derecho de herencia por el transcurso objetivo del plazo prescriptivo alegado y por la adjudicación, bajo el entendido de que la señora **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ** no entró en “posesión de los (sic) bienes (sic) relictos (sic) por usucapión, sino le fueron (sic) asignados (sic) en un proceso de sucesión, con todas las ritualidades legales del momento”, porque el trámite liquidatorio sucesoral no equivale a un proceso declarativo de reconocimiento de un derecho ajeno, el del heredero no concurrente y mucho menos su expropiación o consecuente pérdida, más

bien, un despojo sin haber agotado un debido proceso, si así fuera, la acción de petición de herencia carecería de objeto.

Por el contrario, como se dijo al estudiar la legitimación en la causa, el modo de la sucesión sólo transmite los derechos adjudicables por disposición legal a cada heredero, o interesado, para este caso, la cónyuge no tenía la calidad de heredera (compareció como heredera putativa), su derecho legal se agotó con la adjudicación de sus gananciales y no podía hacerse extensivo a **los derechos de los herederos del causante**, los que, a tono con la línea jurisprudencial, pueden ser judicialmente amparados **mientras otro no los haya adquirido por prescripción adquisitiva o usucapión**, se resalta.

Consecuente con lo dicho, quien pretende haber adquirido un derecho ajeno por prescripción y, en ese sentido, propone la excepción ya sea de forma ordinaria o extraordinaria, debe demostrar la detención objetiva y material del bien o bienes de la universalidad y el ejercicio de actos de señor y dueño en razón del carácter real del citado derecho, lo que no fue alegado ni acreditado por los recurrentes, es más, se concibe como innecesario desde el equivocado entendimiento según el cual, la liquidación extinguió “*con todas las ritualidades legales del momento*”, el derecho de herencia asignado por la ley a los herederos en beneficio de la heredera putativa, alcance declarativo excesivo atribuido al trámite liquidatorio.

Infundado es también el reclamo del curador ad litem, quien critica el análisis de la prescripción a vuelta de encontrarlo opuesto a la prohibición consagrada en el artículo 28 de la Carta Política, por virtud del cual no habrá penas, ni obligaciones irredimibles, pero contrario a como pareciera entenderlo el auxiliar de la justicia, la hermenéutica jurisprudencial no apunta a dejar la acción de petición de herencia fuera del alcance de la prescripción extintiva, sino que ésta se consolide simultáneamente con el lleno de las condiciones legales previstas para la prescripción adquisitiva, acorde, se reitera, con la naturaleza real del derecho herencial, al criterio tradicional en torno a los

derechos de esa estirpe y los alcances del trámite liquidatorio, de modo que ninguna duda quede frente a su adquisición, lo cual garantiza a la vez los derechos del titular y su protección jurídica en un debido proceso, a través de la acción correspondiente, siempre cuando el demandado no acredite haberla ganado por prescripción adquisitiva, por haber poseído el bien o bienes con actos de señor y dueño.

La posesión, según lo preceptuado en el artículo 760 del C.C. y analizado con criterio unánime en la doctrina, requiere la presencia de dos elementos ostensibles y demostrables: el animus, elemento intencional o subjetivo fincado en el convencimiento de ser propietario con desplazamiento de cualquier otro dueño, expresión de la voluntad posesoria y patente en manifestaciones de señorío y, el corpus, elemento material y objetivo, materializado en actos externos de aprehensión, explotación y disposición de la cosa, como verdadero dueño. Es la concurrencia de estos dos elementos, lo que conduce válidamente a adquirir el dominio de un bien de la masa sucesoral por prescripción, tal como lo sostiene la Sala de Casación Civil en sentencia del 24 de junio de 1997, expediente 4843, al señalar:

*“[L]a posesión que sirve para la adquisición del dominio de un bien herencial por parte de un heredero, es la posesión material común, esto es, la posesión de propietario, la cual debe aparecer en forma nítida o exacta, es decir, como posesión propia en forma inequívoca, pacífica y pública. Porque generalmente un heredero que, en virtud de la posesión legal, llega a obtener posteriormente la posesión material de un bien herencial, se presume que le posee como heredero, esto es, que lo detenta con ánimo de heredero, pues no es más que una manifestación y reafirmación de su derecho de herencia en uno o varios bienes herenciales. Luego, si el heredero, alega haber ganado la propiedad por prescripción de un bien que corresponde a la masa sucesoral, **debe probar que lo posee en forma inequívoca, pública y pacíficamente**, no como heredero y sucesor del difunto, sino que lo ha poseído para sí, como dueño único, sin reconocer dominio ajeno, ejerciendo como señor y dueño exclusivo actos de goce*

y transformación. Pero además del desconocimiento del derecho ajeno a poseer la cosa como dueño, vale decir, con exclusividad, es necesario que concurra otro elemento para usucapir, cual es el que se complete el tiempo mínimo de tiempo exigido”.

La posesión material, según lo explica la jurisprudencia, “**surge de actitudes personales frente a otros sujetos y de los hechos concretos en virtud de los cuales inició ese contacto y lo ha mantenido o transformado**, puede solo establecerse con la acreditación de tales factores en el conflicto entre las partes, en consonancia con la magnitud y univocidad de aquellos actos que sean realmente constitutivos del animus, apenas determinable por las huellas que haya dejado el actuar cotidiano, así en la cosa como en quienes han advertido lo que aconteció durante el tiempo prolongado que la ley fija para sancionar la alteración en la titularidad del derecho (casación mayo 14 de 1947, LXII, 366)” (Sentencia SC5123 del 19 de abril de 2014, M.P. **JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ**).

En suma, el reconocimiento de la prescripción del derecho de herencia y de las acciones para su defensa, supone: 1) la presencia de un conflicto de intereses entre el titular del derecho sustancial y el poseedor; 2) la alegación expresa de la prescripción por vía de acción o excepción^[2], pues, bien puede renunciarse a ella, 3) el transcurso del tiempo previsto en la ley^[3], y 4) el ejercicio de la posesión durante el mismo tiempo.

En este asunto, el conflicto de intereses a partir de la dinámica procesal, se establece con la reclamación del demandante para obtener el reconocimiento hereditario con mejor derecho a recibir la herencia dejada por su padre, en el primer orden sucesoral (Art. 1045 del C.C.), -aspecto no controvertido en la actuación-, y la oposición de los demandados frente al éxito de tal pretensión. La prescripción alegada por los señores **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ** y **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO** fue la extintiva de veinte años^[4], sustentada en el mero transcurso del tiempo, lo que no es suficiente

para hacerse válidamente al derecho, porque a la par les correspondía demostrar los elementos de la posesión ejercidos sobre la herencia del demandante durante ese término con actos de señorío, situación ni siquiera argüida al contestar la demanda y su reforma, cuando se limitaron a oponer en su defensa el cumplimiento objetivo del plazo extintivo veintenario, y así también lo ratificaron cuando al sustentar el recurso de apelación, señalaron que *“No era, ni fue parte del debate probatorio demostrar los actos de señora y dueña de la Señora (sic) Arcelia Perilla, ni de su heredera María Esther perilla (sic)”*, y fue solo a manera de añadidura al sustentar uno de sus reparos que manifestaron, dichos actos podían de cualquier modo entrar a inferirse.

Por la misma senda, deviene el fracaso de la excepción planteada por el curador ad litem que representa a los herederos indeterminados de **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, quien al contestar la demanda adujo que *“el heredero, dentro de los diez (10) años siguientes a la fecha de la aprobación de la partición no instauró la correspondiente demanda”*, pues, se insiste, el solo paso del tiempo no basta para ganar el derecho de herencia por prescripción.

Pero si de escudriñar en los elementos de la posesión se trata, en todo caso las probanzas obrantes en el proceso tampoco los demuestran: los registros civiles de nacimiento y de defunción de los involucrados, el trabajo partitivo y la sentencia aprobatoria del mismo emitida por el Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de esta ciudad, y las Escrituras Públicas de protocolización de las sucesiones de los esposos **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY** y **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ** mencionadas *ut supra*^[5], dan cuenta de hechos relevantes del proceso, pero no son documentos idóneos para el establecimiento del fenómeno prescriptivo del derecho de herencia reclamado.

Tampoco puede el Tribunal entrar a deducir o inferir actos de señorío, por haber presentado la señora **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ** paz y salvo de las obligaciones tributarias del predio ante la Notaría Diecisiete del Círculo de esta ciudad, para adelantar la sucesión de su hermana, como lo

alega la recurrente, pues aun pasando por alto el hecho de que tal argumento no fue parte del debate probatorio en la primera instancia, el pago de los impuestos no sería en este caso un hecho inequívoco de la posesión material común que a voces de la jurisprudencia citada, se exige para la adquisición del dominio de un bien herencial, sino más bien propio de la administración ejercida por quien se presume, lo detenta con ánimo de heredero, en términos estrictamente legales del contenido y extensión de su derecho a heredar a la hermana.

También se refirieron los apelantes al dictamen pericial decretado de oficio en la primera instancia, -cuyo objeto fue avaluar comercialmente el predio-, para señalar a partir de sus hallazgos, que el bien no presentaba “*amenaza de ruina*”, por cuanto “*allí vivió la señora Arcelia perilla (sic) hasta su muerte*”, agregando que “*se le hizo el mantenimiento correspondiente*”, pero la misma lógica aplicada frente al pago de los impuestos impera frente a tal argumento, pues tal como fue planteado no aporta una comprensión distinta a que la señora **PERILLA DE GUTIÉRREZ** detentó el predio con ánimo de heredera, y así lo corrobora la propia recurrente cuando en otro de sus reparos señala que su hermana no entró en “*posesión de los (sic) bienes (sic) relictos (sic) por usucapión, sino le fueron (sic) asignados (sic) en un proceso de sucesión, con todas las ritualidades legales del momento*”.

La transferencia del bien parcialmente vinculado a la herencia, realizada por la señora **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ** al señor **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO**, mediante Escritura Pública N° 6468 del 19 de octubre de 2016, si bien pudiera catalogarse como un acto de señorío, no lo constituye en este específico caso atendiendo el contexto bajo el cual se dio dicha negociación, cuando ya se había inscrito la presente demanda en el Folio de Matricula Inmobiliaria correspondiente, y en todo caso, de haber sido otras las circunstancias, tal enajenación no proviene de situaciones de hecho propias de la posesión, sino del derecho de herencia que le fue adjudicado en la sucesión de su hermana, tal cual se indicó en la Escritura Pública N° 6468

del 19 de octubre de 2016 de compraventa, cuyos alcances, se reitera en aras de la claridad, no trasciende lo determinado en la ley, luego tampoco lograría identificarse en esa sola situación, la exclusividad o desconocimiento de otros derechos predicables de la posesión material común.

No es diferente como se verá, la situación del demandado en reivindicación **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, actual titular de la propiedad sobre el bien, quien alega tener justo título y ser poseedor de buena fe, porque habiendo efectuado el negocio jurídico de compra-venta después de inscrita la demanda, los efectos de la sentencia le son oponibles en los términos del inciso 2° del artículo 591 del CGP, según el cual “*El registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio pero quien los adquiera con posterioridad estará sujeto a los efectos de la sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 303 [cosa juzgada]*” (se subraya). Al efecto, en el Certificado de Libertad y Tradición, se aprecia que cuando el demandado en reivindicación adquirió el inmueble y con este la cuota parte de la herencia del demandante, por compra realizada a la entonces adjudicataria **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ**, mediante la Escritura Pública N° 6468 del 19 de octubre de 2016, la medida cautelar decretada en este proceso se encontraba inscrita desde el 13 de los mismos mes y año, de modo que bajo los supuestos de hecho de la norma, está vinculado a los efectos de la reivindicación ordenada, atendiendo, además, lo reglado en el artículo 46 del Decreto 1250 de 1970, según el cual, “*Por regla general ningún título sujeto a registro o inscripción surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha del registro o inscripción*”, en armonía con el artículo 47 de la Ley 1579 de 2012 que reproduce la disposición.

La buena fe simple invocada por el recurrente, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y en el artículo 769 del Código Civil, no es suficiente ni aplicable a este caso para crear un derecho con desplazamiento del de su titular. Se requiere para esos efectos, la buena fe cualificada o exenta de culpa; la primera se presume y solo exige conciencia recta de obrar conforme

a la ley, ésta en cambio supone, además, actuar con certeza, diligentemente en la negociación, de modo que pueda esquivar los efectos de la reivindicación, sobre la máxima “*Error communis facit jus*” en la que dicha buena fe se edifica, según pertinente definición recogida por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-740 de 2003:

Además de la buena fe simple, existe una buena fe con efectos superiores y por ello denominada cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa. Esta buena fe cualificada, tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía.

La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: “Error communis facit jus”, y que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años, precisando que ‘Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa’”.

El profesor Pedro Lafont Pianetta en su libro “*Derecho de Familia*”, Tomo I, compendia una serie de requisitos para que opere la buena fe cualificada en favor del tercero adquirente, entre ellos, considera indispensable que este último “*hubiese obrado ‘con exención de culpa’, esto es, que el tercero hubiese actuado con la diligencia indispensable en caso de indicios de que la cosa no pertenecía al cónyuge vendedor, como sería la averiguación de los títulos y*

registros precedentes, la verificación de la manifestación del cónyuge vendedor de encontrarse la sociedad disuelta sin que aparezca partición alguna, o de la manifestación de ser viudo o viuda, etc. Pues, en caso contrario, su negligencia o culpa, lo hace acreedor de las consecuencias de la reivindicación”.

El demandado, señor **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** no obró en este caso con la suficiente diligencia al momento de celebrar el negocio jurídico, con miras a determinar si el predio se encontraba libre de reclamaciones legales, y evitar exponerse a reivindicaciones como la que hoy afronta, porque bastaba con la primera y elemental exigencia de revisar el certificado de tradición y libertad para conocer el litigio en curso; aun si buscando justificar de algún modo al demandado, se pensara por la cercanía entre la inscripción de la medida cautelar y la compraventa, que al mismo le fue imposible enterarse de la cautela, lo cierto es que su falta de presteza se colegiría también de lo manifestado por la cesionaria en el interrogatorio de parte, quien afirmó que el demandado en reivindicación conocía al causante **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY** y al demandante **JESÚS EDUARDO GUTIÉRREZ TELLO** “*de toda la vida*”, por ser “*vecino colindante del inmueble*”, manifestaciones no desvirtuadas o al menos refutadas por él en la actuación, conocimiento previo que al menos demandaba de su parte el despliegue de una actividad más prolija, con miras a enterarse de la situación real del predio, *vg.*, examinando los títulos de adquisición del mismo (escrituras públicas), conforme a la información obrante en el Certificado de Libertad y Tradición, amén de que no allegó elemento probatorio alguno en su defensa, como que ni siquiera se presentó a absolver el interrogatorio de parte decretado por el Juzgado, sin ofrecer justificación de su inasistencia. Bajo ese contexto, la reivindicación ordenada en la sentencia de primera instancia no resulta equivocada.

Para el curador ad litem de los herederos indeterminados de la causante **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, la posesión de los demandados está demostrada con actos de disposición contenidos en las escrituras públicas

obrantes en el proceso, contentivos de las “*transferencias de la propiedad*”, una por sucesión y otra por venta, agrega que el bien está “*inscrito a su nombre [refiriéndose al demandado en reivindicación]*”, y existen recibos de pago del impuesto predial, pero esas alegaciones similares a las presentadas por los demandados **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ, JOSÉ FERNANDO BUITRAGO**, no tienen asidero conforme a las razones ya expresadas; además, la suma de posesiones alegada por el auxiliar de la justicia, es un argumento novedoso, no ventilado en la primera instancia, cuando por otro lado no sería el llamado a oponer tal defensa en favor de dichos demandados.

Tampoco es de recibo el argumento del curador ad litem, según el cual el demandante debió concurrir a la sucesión de su padre, una vez concluido el término del emplazamiento a “*quienes tuvieran derechos*”, pues tal llamamiento efectuado por mandato legal, -en este caso con égida en el artículo 589 del C.P.P.^[6] a la sazón vigente-, busca es que quienes se crean legitimados a reclamar derechos en la mortuoria, procuren hacerlo mientras el proceso dure abierto, pero de ahí no se sigue impedir a quien no lo hizo en ese escenario, acudir a las acciones legales correspondientes a solicitar su reconocimiento, y porque como se dijo la liquidación no constituye trámite declarativo extintivo de los no concurrentes. Y ello es así, porque la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación no hace tránsito a cosa juzgada material, sino en casos excepcionales, de modo que los interesados pueden modificarla acudiendo, por ejemplo, a la acción de petición de herencia como en este caso lo hizo el demandante; así lo explica el profesor Pedro Lafont Pianetta, al señalar:

“Cuando el proceso de sucesión se presenta como proceso de jurisdicción voluntaria (num. 1, art. 304, C.G.P.), la sentencia aprobatoria no constituye cosa juzgada, que es lo que suele ocurrir generalmente. En este caso la sentencia tiene estas consecuencias... No produce los efectos principales de la cosa juzgada, o sea, el de la inmutabilidad de la decisión (efectos de carácter

procesal) y el de la definitividad de la certeza jurídica del derecho material declarado o de su rechazo o de su negación (efecto sustancial) Por el contrario, sus efectos son los de mutabilidad y certeza provisional, ya que lo interesados (incluyendo los que fueron parte en el proceso) podrían modificarla fundamentalmente mediante la acción de petición de herencia, ejercitada en forma única o acumulada sucesivamente a otra principal; e igualmente, por medio de la acción rescisoria o de nulidad de la partición. Es decir, tal sentencia podrá ser modificada en aquellos procesos donde se controvierta un derecho sucesoral y que no se hizo en el proceso de sucesión”.

4) Pertinencia del precedente citado en la sentencia

Cuestionan los recurrentes el cambio de criterio de la Juez *a quo* en la sentencia apelada, en relación con lo resuelto en los dos fallos anulados por este Tribunal, desestimatorios ambos de las pretensiones, y aunque en efecto, así ocurrió, tal disonancia no conlleva al quiebre de la decisión, pues anuladas tales sentencias, nada impedía a la sentenciadora con las luces del pleno procedimiento agotado, incluyendo el amplio debate probatorio requerido en este caso, variar su criterio si es que, a su juicio, existían razones de peso para hacerlo con la perspectiva de la jurisprudencia que consideró aplicable al asunto y del examen de las pruebas analizadas bajo el tamiz de lo allí orientado, que finalmente la llevaron a solucionar la problemática en un sentido distinto al otrora fallado; una comprensión distinta, ataría al Juez a desplegar un ejercicio irreflexivo, lesivo del principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo procesal, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política.

Al respecto, conviene memorar que ni siquiera la variación del sentido del fallo, implica desconocimiento de lo previsto en el inciso 3º del numeral 5 del artículo 373 del C.G. P.^[1] ni de las garantías de los interesados, si es que dicho cambio de criterio se encuentra precedido de una carga argumentativa suficiente, así lo consideró la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia

STC3964 del 21 de marzo de 2018, M.P. **LUIS ALONSO RICO PUERTA**, al señalar *“Ciertamente, ninguna pauta de procedimiento, máxime una simplemente instrumental referida a la forma de expresión de la voluntad decisoria, por más vínculo que guarde con otras valiosas reglas técnicas que orienten la actuación, está provista de la entidad de restringir o coartar al Juez y avocarlo a optar por un veredicto que ha descubierto ostensiblemente constitutivo de injusticia material o manifiestamente contrario al derecho sustantivo que busca realizar en concreto. // Admitir postura adversa sería tanto como ponderar irreflexivamente la forma y desatender el expreso mandato Constitucional que obliga a dar prevalencia al derecho sustancial (art. 228), canon de interpretación que incluso es anterior a la Carta Superior (canon 4 del Código de Procedimiento General del Proceso (precepto 11)”*

La sentencia STC15733 del 4 de diciembre de 2018, ponencia del H. Magistrado **AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO**, sirvió de ilustración junto con otras citadas para fundamentar razonablemente la decisión, y el ser aquella posterior a la presentación de la demanda, no implica una transgresión de la seguridad jurídica como equivocadamente lo afirman los recurrentes, por el contrario, su aplicación en lo pertinente contribuye a efectivizarla, a garantizar el derecho a la igualdad, y a fortalecer el principio de confianza legítima, sobre la base de acudir a un criterio uniforme, reiterativo de la línea jurisprudencial, consistente, de vieja data trazada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

5) De la restitución de frutos

La sentencia de primera instancia ordenó reintegrar a la masa sucesoral *“...los aumentos, accesiones y productos pretendidos por la parte actora”*, una vez se rehiciera la partición, quedando pendiente su tasación en el trámite liquidatorio, pero sin indicar a partir de qué momento y hasta cuándo estaban obligados los demandados a ello, aspecto que si bien no fue objeto del recurso la Sala considera necesario precisar al tratarse de una

temática inherente a la decisión y en garantía de la adecuada ejecución del fallo, y con fundamento en los siguientes razonamientos:

De conformidad con el artículo 1322 del C.C., la acción de petición de herencia se extiende no solo a las cosas que al tiempo de la muerte pertenecían al difunto, *“sino a los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia”*, comprendiendo tal concepto los frutos civiles y naturales que hubiesen podido producir los bienes herenciales, y cuya restitución, sujeta a lo reglado en el artículo 1323, tendrá un tratamiento diverso según sea el poseedor de buena o mala fe, tal cual lo prevé el artículo 964 ibídem al señalar *“El poseedor de buena fe [entendiendo por tal la simple], no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda”*, el de mala fe, además de los frutos percibidos, queda obligado a restituir *“los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder”*[2].

Partiendo de lo ya discurrido, la Sala no duda en señalar que la ocupación de la herencia por parte de la heredera putativa **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ** fue de mala fe, aunque en su momento aquella informó en el trámite sucesoral de su cónyuge **JOSÉ MANUEL GUTIÉRREZ COY**, adelantado en el Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de esta ciudad, sobre la existencia de unos hijos del causante, cuyo paradero dijo desconocer, lo cierto es que terminó haciéndose adjudicar en el trámite liquidatorio la herencia dejada por su esposo, que con mejor derecho al de ella le correspondía a los hijos del de cujus, entre estos, el demandante **JESÚS EDUARDO GUTIÉRREZ TELLO**.

El emplazamiento realizado al interior de la mortuoria, con miras a convocar a la sucesión a quienes se consideraran con derecho a intervenir en el proceso, no ofrece una visión diferente frente al comportamiento de quien fue **ARCELIA PERILLA DE GUTIÉRREZ**, y lo contrario, sería aceptar que a quien pretenda hacerse a la herencia de otro a sabiendas de la existencia de herederos de igual o mejor derecho, le basta surtir el llamado edictal exigido en la ley para

salvar su responsabilidad, comprensión totalmente opuesta a los principios de buena fe y lealtad consagrados en el ordenamiento procesal, amén de en ningún caso operaría la mala fe, considerando que el citado emplazamiento es una exigencia tanto del trámite sucesoral notarial, como del judicial.

Y como ya se dijo en este caso, la llamada a responder por las responsabilidades imputables a la heredera putativa es la señora **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ**, desde el momento en que se adjudicó la totalidad del bien en la sucesión de su hermana, deberá restituir los frutos a partir del 20 de marzo de 2015, hasta el 18 de octubre de 2016, día anterior al de la enajenación del bien al cual se encuentra vinculada la cuota herencial indebidamente ocupada.

En cuanto se refiere al demandado en reivindicación, señor **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, quedó demostrado que aquel compró el bien estando inscrita la medida cautelar y esa circunstancia es suficiente para ordenarlo a reintegrar los frutos desde el 19 de octubre de 2016, momento en que compró el bien, y hasta cuando se verifique la restitución material del mismo.

Así las cosas, se adicionará el ordinal “**SÉPTIMO**” de la sentencia de primera instancia, para señalar que los señores **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ**, y **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** quedan obligados a restituir a la herencia los frutos, aquella, desde el 20 de marzo de 2015, hasta el 18 de octubre de 2016, y éste desde el 19 de octubre de 2016, hasta cuando se verifique la restitución material de la herencia indebidamente ocupada. En lo demás apelado, la decisión se confirmará y ante el fracaso de los recursos se condenará en costas a los apelantes. Las agencias en derecho se señalarán por auto.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Familia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal “**SÉPTIMO**” de la sentencia proferida en el **JUZGADO QUINCE DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D.C.** el 11 de septiembre de 2020, en el sentido de señalar que los demandados **MARÍA ESTHER PERILLA DE RODRÍGUEZ**, y **JOSÉ FERNANDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, son poseedores de mala fe, por tanto, quedan obligados a restituir a la herencia los frutos en los términos del artículo 964 del C.C., aquella, desde el 20 de marzo de 2015, hasta el 18 de octubre de 2016, y éste desde el 19 de octubre de 2016, hasta cuando se verifique la restitución material de la herencia indebidamente ocupada

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás apelado la citada sentencia.

TERCERO: CONDENAR en costas ante la improsperidad del recurso a la parte apelante.

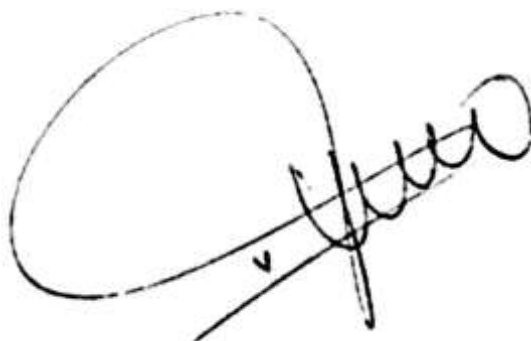
CUARTO: NOTIFICAR la sentencia a las partes y al Juzgado de primera instancia mediante oficio.

NOTIFÍQUESE,



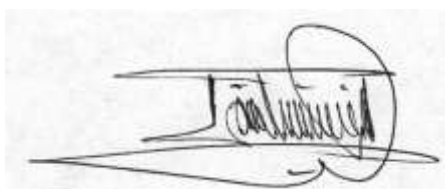
LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

Magistrada



JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ

Magistrado



IVÁN ALFREDO FAJARDO BERNAL

Magistrado

^[1] Art. 373 “...Si no fuere posible dictar la sentencia en forma oral, el juez deberá dejar constancia expresa de las razones concretas e informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. En este evento, el juez deberá anunciar el sentido de su fallo, con una breve exposición de sus fundamentos, y emitir la decisión escrita dentro de los diez (10) días siguientes, sin que en ningún caso, pueda desconocer el plazo de duración del proceso previsto en el artículo 121”.

^[2] Consultar al respecto sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia del 31 de octubre de 1995, Ref.: No. 4416

^[3] CSJ, Sala de Casación Civil, Sentencia SC10304 de agosto de 2014, M.P. **LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA. SC10304-2014**, citada también en sentencia STC15733 del 4 de diciembre de 2018, M.P. **AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**. Consultar también STC3265 del 19 de marzo de 2015, Rad. No. 2015-00499-00

^[4] Artículo 2513 del C.C., adicionado en el inciso segundo con el artículo 2 de la Ley 791 de 2002 “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 otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquél renunciado a ella” (Subraya extratextual).

^[5] Desde la ejecutoria de la sentencia aprobatoria de la partición, conforme al criterio de la H. Corte Suprema de Justicia expuesto, entre otras, en sentencia del 31 de octubre de 1995, expediente No. 4416, M.P. **NICOLÁS BECHARA SIMANCAS**, y acogida por este Tribunal, pues es ahí donde se concreta el despojo del derecho de herencia.

^[6] Art. 1326, con la reducción dispuesta en el artículo 1º de la Ley 50 de 1936

^[7] Página 17

^[8] Artículo 589. Apertura del proceso. Presentada la demanda con los requisitos legales y los anexos, el juez declarará abierto el proceso de sucesión y ordenará el emplazamiento de todos los que se crean con derecho para intervenir en él, por edicto que se fijará durante diez días en la secretaría del juzgado y se publicará por una vez, en un diario que a juicio del juez tenga amplia circulación en el lugar, y en una radiodifusora local si la hubiere. Para estos efectos se dará aplicación a lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del artículo 318. El auto que niega la apertura del proceso es apelable en el efecto suspensivo, el que lo declare abierto, en el devolutivo.