

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA**



SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: GILMA LETICIA PARADA PULIDO

ACTA NÚMERO: 61 DE 2022

Neiva (H), veintitrés (23) de agosto de dos mil veintidós (2022)

REF. PROCESO VERBAL DE PETICIÓN DE HERENCIA DE OSCAR ANDRÉS ROJAS DÍAZ, JUAN FELIPE ROJAS DÍAZ, JAIME ROJAS MORA Y ESPERANZA DÍAZ GUTIÉRREZ (EN REPRESENTACIÓN DE JUAN SEBASTIÁN ROJAS DÍAZ (QEPD) Y MARÍA ESPERANZA ROJAS DÍAZ) CONTRA MARÍA MIREYA ROJAS CORTÉS (QEPD), ENRIQUE ROJAS CORTÉS, FABIO ROJAS CORTÉS, ORLANDO ROJAS CORTÉS, ESPERANZA ROJAS DE ORTIZ, LUZ MARINA ROJAS CORTÉS, FABIOLA ROJAS DE GUEVARA (QEPD) Y ERNESTO ROJAS CORTÉS (QEPD). RAD. No. 41001-31-10-005-2018-00616-01. JUZ. 5º DE FAMILIA DE NEIVA (H).

La Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, procede en forma escrita a dictar la siguiente,

SENTENCIA

TEMA DE DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 9 de agosto de 2021 por el Juzgado Quinto de Familia de Neiva, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado judicial, solicita la parte demandante que se declare *"al difunto señor JAIME ROJAS CORTÉS, identificado con C.C. No. 12.105.220 de Neiva, Huila, heredero dentro de la sucesión de su difunta madre, señora CARMEN ROSA CORTÉS DE ROJAS, identificada [en] vida con C.C. No. 26.407.492."*

Así mismo, pretende que *"se declare a los señores OSCAR ANDRÉS ROJAS DÍAZ...; JAIME ROJAS MORA...; JUAN FELIPE ROJAS DÍAZ...; ESPERANZA DÍAZ GUTIÉRREZ..., esta última heredera en representación de su difunto hijo, señor JUAN SEBASTIÁN ROJAS DÍAZ... [y] MARÍA ESPERANZA ROJAS DÍAZ..., representada por su curadora general... herederos en representación*

de su difunto padre señor JAIME ROJAS CORTÉS..., dentro de la sucesión de su difunta madre, señora CARMEN ROSA CORTÉS DE ROJAS...".

Como consecuencia de lo anterior, pretende que *"se ordene dejar sin efecto la partición efectuada [en] escritura pública No. 1431 del día veintisiete (2) de julio del año dos mil diez (2010), de la Notaría Primera del Círculo de Neiva, Huila, y se inscriba su orden en la Matrícula Inmobiliaria No. 200-164268 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Neiva, dejando sin efecto la anotación No. 6" y "se ordene rehacer el trabajo de partición y adjudicación, con citación y audiencia de los [demandados], dentro de la liquidación sucesoral de la causante señora CARMEN ROSA CORTÉS DE ROJAS..., adjudicándoles a mis mandantes los derechos hereditarios de su difunto padre señor JAIME ROJAS CORTÉS..."*.

Como fundamento de las pretensiones, indicó los siguientes hechos:

Que el 15 de enero de 2002, en el municipio de Neiva falleció Carmen Rosa Cortés de Rojas. Que en dicha región del país la *de cujus* tenía su último domicilio.

Que Carmen Rosa Cortés de Rojas contrajo matrimonio con Enrique Rojas Perdomo y de dicha unión nacieron Esperanza Rojas de Ortiz, María Mireya, Luz Marina, Fabiola, Jaime, Ernesto, Fabio, Orlando, Enrique y Álvaro Rojas Cortés.

Que el 14 de septiembre de 2008, en el municipio de San Vicente del Caguán, Caquetá, falleció Jaime Rojas Cortés, padre de los demandantes.

Que Jaime Rojas Cortés y Melba María Mora Baquero, procrearon a Jaime Rojas Mora; que de la unión de Esperanza Díaz Gutiérrez y Jaime Rojas Cortés, nacieron Oscar Andrés, Juan Felipe, Juan Sebastián y María Esperanza Rojas Díaz.

Sostuvo que a través de la escritura pública No. 1431 de 27 de julio de 2010, de la Notaría Primera del Círculo de Neiva, se protocolizó la sucesión notarial de Carmen Rosa Cortés de Rojas y se adjudicó entre los demandados el bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 200-164268 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Nieva.

Afirmó que en dicho acto notarial no se incluyeron a los herederos de Jaime Rojas Cortés, pese a que los demandados son sus tíos y por ende, conocían de las prerrogativas que les asistían, y por el contrario, afirmaron bajo la gravedad de juramento que desconocían la existencia de otra persona con derechos sobre la herencia.

Refirió que Esperanza Díaz Gutiérrez acude a este proceso como (i) heredera en representación de su hijo Juan Sebastián Rojas Díaz, fallecido en Neiva el 9 de octubre de 2016; y (ii) curadora general de María Esperanza Rojas Díaz, designada para ese efecto desde el 31 de enero de 2012, al interior del proceso de interdicción judicial correspondiente.

Admitida la demanda por el Juzgado Quinto de Familia de Neiva, mediante providencia de 25 de enero de 2019, los demandados dieron contestación, así:

Que se oponen a las pretensiones de la demanda por haber operado el fenómeno de la prescripción extintiva de la acción de petición de herencia. Además, expresaron que los demandantes no fueron incluidos en la escritura pública No. 1431 de 27 de julio de 2010, toda vez que su difunto padre, Jaime Rojas Cortés, ya había recibido en vida la porción del bien inmueble a que tenía derecho en la sucesión de Carmen Rosa Cortés de Rojas.

Para sustentar lo anterior, afirmaron que Jaime Rojas Cortés consiguió que con declaraciones extrajuicio realizada en 1979, su padre Enrique Rojas Perdomo certificara la construcción de la casa de habitación en la que aquel convivía con su primera compañera, Melba María Mora Baquero, ubicada en una fracción del inmueble inicialmente identificado con la matrícula inmobiliaria 200-18758.

Señalaron que Enrique Rojas Perdomo le vendió a su hijo Jaime Rojas Cortés y a Melba María Mora Baquero la mitad del terreno, contrato protocolizado en la escritura pública No. 1936 de 5 de julio de 1986.

A raíz de las irregularidades acaecidas en la venta precedente, indicaron que Enrique Rojas Perdomo denunció penalmente a Jaime Rojas Cortés y Melba María

Mora Baquero, tras lo que finalmente llegaron a un acuerdo por virtud del cual la última quedaría como propietaria de la parte del predio atinente a la casa de habitación construida en 1979, y que con esto Jaime Rojas Cortés recibía, anticipadamente, cualquier derecho herencial que le pudiera corresponder.

Relataron que el 9 de mayo de 1995 se tramitó ante el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Neiva, la sucesión intestada de Enrique Rojas Perdomo, y se adjudicó la mitad del bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 200-18758 en común y proindiviso a la cónyuge supérstite, Carmen Rosa Cortés de Rojas, y a los hijos María Mireya, Luz Marina, Fabiola, Jaime, Ernesto, Fabio, Orlando, Enrique y Álvaro Rojas Cortés.

Precisaron que con posterioridad se cumplió el acuerdo al que se había llegado, por medio de la escritura pública No. 673 de 20 de abril de 2001, en la cual Jaime Rojas Cortés vendió el derecho sobre la mitad restante del bien inmueble a su madre, Carmen Rosa Cortés de Rojas y a su esposa, Melba María Mora Baquero.

Que finalmente, con la escritura pública No. 1003 de 31 de julio de 2001, los intervinientes de común acuerdo aclararon la cabida y segregaron el terreno en dos partes, así: la primera, de 117 m², en adelante identificada con la matrícula inmobiliaria No. 200-164267, adjudicada a Melba María Mora Baquero; y la segunda, de 575 m², en adelante identificada con la matrícula inmobiliaria No. 200-164268, adjudicada a Carmen Rosa Cortés de Rojas, Fabiola, María Mireya, Luz Marina, Orlando, Álvaro, Enrique, Ernesto y Fabio Rojas Cortés.

Indicaron que el trabajo de partición y adjudicación hecho a través de la escritura pública No. 1431 de 27 de julio de 2010, en la sucesión de Carmen Rosa Cortés de Rojas, se llevó a cabo sin incluir a los hijos de Jaime Rojas Cortés, en el entendido que este último ya había salido de parte de la herencia, al recibir la porción de terreno de 117 m².

Adujeron que entraron en posesión del bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 200-164268 desde el día siguiente al fallecimiento de Carmen Rosa Cortés de Rojas, el 16 de enero de 2002 y, por lo tanto, desde esa fecha

debía contarse el término de 10 años que prevé el artículo 1326 del Código Civil para el ejercicio de la acción de petición de herencia, de modo que para el momento en que se radicó la demanda, en 2018, ya había prescrito.

Propusieron como excepciones de mérito las que denominaron: "*PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DEL DERECHO DE LOS DEMANDANTES A SOLICITAR PETICIÓN DE HERENCIA*", "*BUENA FE Y AUSENCIA DE ÁNIMO DE CAUSAR DAÑO A OTROS HEREDEROS*" y "*FALTA DE DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA*".

Posteriormente, con memorial de 15 de marzo de 2019, el apoderado de la parte demandante informó sobre la muerte de Fabiola Rojas de Guevara y Ernesto Rojas Cortés, solicitó la sucesión procesal pertinente y el emplazamiento a los herederos determinados e indeterminados, con la designación de curador *ad litem*.

A su turno, en el transcurso de la audiencia inicial de 17 de febrero de 2021, para la que se había dispuesto de oficio la recepción del interrogatorio de María Mireya Rojas Cortés, se informó que esta había perecido.

SENTENCIA APELADA

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia del 9 de agosto de 2021, declaró no probadas las excepciones de mérito formuladas por el extremo pasivo; que Jaime Rojas Cortés tenía vocación hereditaria para suceder a Carmen Rosa Cortés de Rojas en igual derecho a los demandados; y que por lo tanto, Jaime Rojas Mora, Juan Felipe Rojas Díaz, Oscar Andrés Rojas Díaz y Esperanza Díaz Gutiérrez -en representación de sus hijos Juan Sebastián y María Esperanza Rojas Díaz-, tienen derecho a recoger la cuota herencial que le correspondía a su progenitor en la sucesión de Carmen Rosa Cortés de Rojas; ordenó a los demandados restituir en favor de los demandantes, la cuota hereditaria que le correspondía a Jaime Rojas Cortés; y ordenó rehacer el trabajo de partición y adjudicación de la sucesión de Carmen Rosa Cortés de Rojas, para que se incluya en esta la cuota que legalmente le corresponde a los demandantes.

En síntesis, indicó que conforme a la normativa y la jurisprudencia imperante, el término de prescripción de 10 años previsto en el artículo 1326 del Código Civil,

para el ejercicio de la acción de petición de herencia, se debe contabilizar a partir del momento en que efectivamente el extremo pasivo ostentó el bien inmueble que se persigue, de modo que el mero transcurso del tiempo, sin posesión debidamente acreditada, no conduce al derrumbamiento de tal pretensión.

En el caso concreto, luego de reseñar los medios de prueba documentales allegados al informativo, pasó al examen de los interrogatorios rendidos por las partes, y de ellos extrajo como conclusión que los demandados entraron a ocupar el predio identificado con la matrícula inmobiliaria No. 200-164268 hasta el 27 de julio de 2010, fecha en que se levantó la escritura pública No. 1431 de la Notaría 1ª del Círculo de Neiva, por medio de la cual se protocolizó el trabajo de partición y adjudicación de la sucesión de Carmen Rosa Cortés de Rojas.

En ese sentido, coligió que el aludido término de prescripción comenzó a correr en esa fecha, el 27 de julio de 2010, y se interrumpió el 9 de noviembre de 2018, cuando se presentó la demanda de petición de herencia, transcurriendo apenas 8 años, 3 meses y 13 días, de manera que la acción no estaba prescrita para ese entonces y por ende, declaró no probada dicha excepción.

De otro lado, afirmó respecto de la buena fe, esgrimida como medio de defensa, que Jaime Rojas Cortés vendió en 2001 los derechos que tenía respecto del inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 200-18758, pero en ningún momento renunció a sus derechos herenciales sobre la sucesión de Carmen Rosa Cortés de Rojas; sin perder de vista que los demandados, conforme a las declaraciones vertidas en la audiencia inicial, confesaron conocer desde siempre a los integrantes de la parte activa, por ser sus tíos, pese a lo cual no los incluyeron en el trabajo de partición del año 2010.

Por último, descartó la excepción relativa a la falta de determinación del bien que se pretende, al estimar que las pretensiones están dirigidas a dejar sin efectos la escritura pública No. 1431 de 27 de julio de 2010, que se circunscribe a la adjudicación del inmueble de matrícula inmobiliaria No. 200-164268.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, el que se concedió en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la parte demandada solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se declaren probadas las excepciones de mérito formuladas. Para el efecto, señala que el material probatorio que obra en el expediente no fue valorado en forma integral.

Refiere que el término de prescripción de 10 años de la acción de petición de herencia debía contarse a partir de la muerte de Jaime Rojas Cortés, que ocurrió el 14 de septiembre de 2008.

En adición, aduce que los demandantes ejercieron distintos actos notariales que dan cuenta del conocimiento que tenían sobre la sucesión que se adelantó de Carmen Rosa Cortés de Rojas, como el hecho de que mediante la escritura pública No. 3071 de 29 de diciembre de 2008, Álvaro Rojas Cortés le vendió sus derechos de cuota sobre la herencia a Oscar Andrés Rojas Díaz, y que este último participó en dicha calidad en el trabajo de partición protocolizado en la escritura pública No. 1431 de 27 de julio de 2010.

Subraya que Oscar Andrés Rojas Díaz, faltó a la verdad en su declaración, al afirmar que fue hasta 2010 que se enteró, que sus tíos no lo incluyeron a él y a sus hermanos en la sucesión de Carmen Rosa Cortés de Rojas, pues aquel sí aparece como asignatario dentro del trabajo de partición, por razón de la venta de derechos hereditarios que le hiciera previamente su tío, Álvaro Rojas Cortés.

Por otra parte, solicita la nulidad del fallo, con base en lo dispuesto por el artículo 220 del Estatuto Procesal, relativo a las formalidades del interrogatorio, pues la juez de conocimiento habría fundado su decisión en pruebas que adolecían de serias irregularidades, en particular, porque los deponentes se encontraban juntos y escucharon las declaraciones de los demás, sumado a que algunos de ellos le sugirieron de manera expresa a otros -Esperanza Díaz Gutiérrez, Fabio y Luz

Marina Rojas Cortés- la forma en que debían contestar a las preguntas formuladas, a través de gestos y ademanes, sin que el *a quo* reparara en dicha falencia al valorar las evidencias puestas a su consideración.

A su vez, reitera como reparo el que los demandados actuaron de buena fe al excluir a la parte activa de la adjudicación protocolizada en la escritura pública No. 1431 de 27 de julio de 2010, bajo el entendido que Jaime Rojas Cortés ya había recibido en vida una parte del bien inmueble, donde edificó su casa de habitación, y que con ello se encontraba satisfecho cualquier derecho que pudiera tener en la sucesión de Carmen Rosa Cortés de Rojas.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia planteada, para lo cual,

SE CONSIDERA

Atendiendo los argumentos que fundamentan la apelación interpuesta por la parte demandada, el estudio en el presente caso se circunscribirá a determinar, en primer lugar, si la acción de petición de herencia se encontraba prescrita para el momento en que se interpuso la demanda en el presente asunto; si la buena fe alegada por los demandados tiene algún impacto sobre el fallo de primera instancia; y por último, si se avizora una grave vulneración al debido proceso, en la práctica de los interrogatorios de las parte, que lleve a la nulidad de lo actuado.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, empieza por decir la Sala, que de conformidad con lo reglado en el artículo 1321 del Código Civil, el que probare su derecho de herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquéllas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños.

De lo anterior, se desprende que está legitimado en la causa por activa aquella persona que se considera heredero prevalente o concurrente, debiendo en

consecuencia demostrar dicho status, para que así se le reconozca en juicio; así mismo, el precitado artículo establece que el contradictor en este tipo de debates judiciales será la persona que en condición de heredera ocupa la herencia; y su objeto, por un lado, es la declaratoria o reconocimiento del demandante como heredero prevalente o concurrente con el demandado y que, como consecuencia, se adjudique la herencia en un todo o en la cuota que le corresponda, y por el otro, que se entreguen los bienes que constituyen la herencia.

Al respecto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de octubre de 2002, expuso:

"... debe aclararse que la acción de petición de herencia corresponde a la garantía que otorga la ley al titular del derecho real de herencia, que, como excepción de los demás derechos reales (artículo 948 del Código Civil), no cuenta con la acción reivindicatoria que sí se pregona de estos. Por tanto, a semejanza de ésta, con la que se suele confundir dado el propósito genérico de persecución que ambas tienen, la principal circunstancia que debe el demandante aducir como hecho inmediato que soporta su pretensión, es decir, como razón fáctica de por qué incoa la petición de herencia es que él es heredero prevalente o concurrente, dado que así se legitima en causa activa (en la reivindicatoria debe demostrar que es propietario). Y legitima en la causa al demandado cuando aduce que éste es "ocupante" de la herencia o de la cuota que el actor persigue (en la reivindicatoria debe demostrar que el demandado es poseedor). Pero si bien esa ocupación no es menester que sea propiamente material, en el sentido de que deba aducirse y demostrarse que el demandado posee materialmente los bienes que conforman la herencia, tampoco puede sostenerse que, para todos los casos, esa "ocupación de la herencia" se inicia en el tiempo al momento de la delación, esto es, desde el momento de la muerte del causante. Lo que se requiere y debe sostenerse como causa petendi es que el demandado ocupe la herencia, de la manera como corresponde a un derecho real que recae sobre una universalidad jurídica, es decir, que ocupe el status o calidad de heredero. Porque la acción de petición de herencia, tiene un doble objeto: de un lado, que se declare o reconozca al actor la calidad de heredero preferente o concurrente con el demandado, y al mismo tiempo, en forma consecencial, que se le adjudique la herencia en un todo o en la cuota que le corresponda; y de otro lado, que se le entreguen los bienes que constituyen esa herencia, en la medida en que así lo haya pedido, haya denunciado esos bienes y estén en posesión del heredero demandado. Es lo que indica el artículo 1321 del Código Civil al establecer que "el que probare su derecho de herencia, ocupada (la herencia, no los bienes) por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia (primer efecto) y se le restituyan las cosas hereditarias (segundo efecto)" (se subraya).

Ahora, como en el caso concreto el primer motivo de reparo se centra en el momento a partir del cual debía empezar a contarse el término de prescripción,

la Sala precisa que el artículo 1326 del Código Civil establece que la acción de petición de herencia expira en diez (10) años, los cuales, según la jurisprudencia pacífica del Órgano de Cierre de la jurisdicción ordinaria, se cuentan desde el instante en que los herederos ocupantes entran en posesión de la herencia.

Lo anterior se explica por la estructura de la acción de petición de herencia, pues el derecho real del heredero reclamante no fenece con el simple paso del tiempo, sino que es necesario que a la par se cristalice la usucapión del demandado, de modo que para el cómputo de la prescripción extintiva, el punto de partida será la fecha en que empezó a gestarse este señorío excluyente, como lo ha delineado la Corte Suprema de Justicia:

"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 heredero¹. 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"² (se subraya).

En el presente caso, los accionados refirieron que entraron a ocupar la herencia desde el día siguiente a la muerte de Carmen Rosa Cortés de Rojas, el 16 de enero de 2002, sin que en el informativo obre prueba tendiente a demostrar ese

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Civil, sentencia de 5 de junio de 1996, G.J. Tomo CCXL, p.785.

² G.J. Tomo CXV, p. 78, citado por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Civil, sentencia de 27 de marzo de 2001, expediente No. 6365, M.P. Jorge Santos Ballesteros. Esta tesis fue reafirmada por el Alto Tribunal en CSJ STC3265-2015, sentencia de 19 de marzo de 2015, rad. 2015-00499-00: "...que siendo herederos comunes tanto los demandantes como las allí demandadas, incluida la quejosa, la 'prescripción extintiva' del 'derecho de herencia' invocada a título de excepción previa no se produce por el mero decurso del tiempo o por su no ejercicio, puesto que para tal fin es del caso que se verifique la alternativa pérdida de la potestad de la que era titular el causante, y lo propio por conducto de que un tercero, al demostrar señorío, la hubiese obtenido por usucapión, lo que no ocurrió...".

dicho. De hecho, las documentales que aportaron fueron negadas por el *a quo* en providencia de 13 de marzo de 2020, por impertinentes e inconducentes, y consistían básicamente en contratos de arrendamiento y pago de servicios públicos e impuestos prediales, todos de las vigencias 2017, 2018 y 2019.

Por demás, en los interrogatorios practicados el 17 de febrero de 2021, las partes no dieron cuenta de elementos fácticos que demostraran la posesión exclusiva e ininterrumpida desde la fecha indicada en la contestación, pues al unísono confesaron que no han promovido ningún proceso declarativo con miras a adquirir por prescripción el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 200-164268, y que los demandantes viven en dicho lugar desde su nacimiento.

Así lo confirmó Enrique Rojas Cortés al advertir que *"Ellos nacieron ahí... la casa de nosotros, de mi mamá"*³; y también Esperanza Rojas de Ortiz: *"...yo los conozco porque los criamos ahí, yo prácticamente con Esperanza, mejor dicho, y ellos nacieron ahí, en nuestro hogar, en la casa paterna, ellos crecieron ahí"*⁴. Así las cosas, no solo no se observan evidencias relativas a la ocupación del inmueble desde el 16 de enero de 2002, pues todo el caudal probatorio aportado por el extremo pasivo para ese efecto fue denegado, ni se recurrió el auto en que así se dispuso; sino que también fue reconocida la convivencia que tenían en el inmueble con los hijos de Jaime Rojas Cortés, ahora demandantes.

En ese sentido, aún si en gracia de discusión se admitiera como único rastro de la posesión de los demandados la partición efectuada en el año 2010, a través de la escritura pública No. 1431 de 27 de julio, como lo hiciera la Corte Suprema de Justicia en un caso de análogos contornos⁵, para la fecha en que se radicó la demanda de petición de herencia, 9 de noviembre de 2018, no había transcurrido el término de 10 años establecido en el artículo 1326 del Código Civil.

³ Minuto 2:08:54 de la grabación inserta en el documento denominado *"09Audiencia 17-02-2021 Parte 1"* del expediente digital.

⁴ Minuto 2:35:22, *ibidem*.

⁵ En la citada sentencia de 27 de marzo de 2001, expediente No. 6365, M.P. Jorge Santos Ballesteros, la Corte Suprema de Justicia concluyó lo siguiente: *"Cosa distinta sucede en relación con la acción de petición de herencia respecto de la sucesión de su padre Moisés Muñoz Martínez, pues como se señaló anteriormente, solamente opera la prescripción extintiva del derecho de petición de herencia cuando un tercero a su vez lo ha adquirido por prescripción adquisitiva mediante la ocupación de la herencia por el tiempo establecido en la ley y este lapso de tiempo empieza a correr desde el momento en que el heredero aparente asume la posesión de los bienes hereditarios, **que para este evento es el 1° de diciembre de 1973, cuando se profirió la sentencia aprobatoria de la partición por el Juzgado 7º. Civil del Circuito de Cali, único dato existente en el expediente a este respecto**"* (se subraya).

En otras palabras, en el *sub-lite*, los demandados no allegaron las pruebas tendientes a verificar la posesión invocada; las que presentaron, las negó el *a quo*, sin que se controvirtiera esta determinación; y aun si se aceptara como fecha de inicio de la prescripción extintiva el 27 de julio de 2010, cuando se protocolizó la sucesión notarial de Carmen Rosa Cortés de Rojas –se itera, sin que exista ningún otro vestigio probatorio de la posesión-, no se habría cumplido el término extintivo para el momento de presentación de la demanda de petición de herencia. Por lo tanto, esta excepción no está llamada a prosperar, como lo encontró el *a quo*, acorde con el criterio de la Corte Suprema de Justicia:

"...acorde con la doctrina y la jurisprudencia ha de relievase que su prescripción extintiva, prevista en el artículo 1326 ibidem, ya la ordinaria ora la extraordinaria, conlleva como presupuesto natural indispensable, a más del transcurso del tiempo (...), la demostración cabal de haberse ejercido, durante ese mismo término, cuando menos, la posesión sobre la universalidad que ella entraña, aserción que se explica bajo la óptica del artículo 2538 de la misma codificación, en cuanto dispone que toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por las prescripción adquisitiva del mismo derecho, de donde se sigue que para alegar con éxito el fenecimiento de la memorada acción debe el interesado acreditar los actos y hechos con los que evidencie haberse comportado como señor y dueño en el interregno señalado frente al conjunto de bienes que comprenden esa comunidad"⁶.

Ahora, el reparo concerniente a la buena fe con la que procedieron los demandados al excluir a los hijos de Jaime Rojas Cortés de la partición del bien de Carmen Rosa Cortés de Rojas, tampoco se advierte procedente, toda vez que este elemento subjetivo no determina el mérito o fracaso de la acción bajo estudio, sino que irradia sus efectos en los términos del artículo 1324 del Código Civil, según el cual, quien de buena fe hubiere ocupado la herencia, no será responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico; pero habiéndola ocupado de mala fe, lo será de todo el importe de las enajenaciones o deterioros⁷.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Civil, sentencia de 23 de noviembre de 2004, Exp. 7512, M.P. César Julio Valencia Copete.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Civil, sentencia de 8 de marzo de 1966, M.P. Flavio Cabrera Dussán. "El art. 1323 del C. Civil dice que en la acción de petición de herencia se aplicarán las mismas reglas que en la acción reivindicatoria, en lo relativo a la restitución de frutos y el abono de mejoras. Es, por consiguiente, aplicable el art. 964 del C. Civil, que establece la obligación para el poseedor de restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, teniendo en cuenta su buena o mala fe. El poseedor de mala fe es obligado a la restitución de los frutos desde la posesión de la cosa, y no solamente de los percibidos, sino de los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. El poseedor de buena fe, en cambio, solo es obligado a la restitución de los frutos percibidos después de la contestación de la demanda, porque solamente desde entonces, una vez trabada la relación jurídica procesal queda advertido

Así pues, más allá de las consideraciones que se puedan hacer sobre si la ocupación fue de buena fe o no, la Sala encuentra que el ataque resulta inocuo, pues no obstruye el éxito de la acción de petición de herencia; y además, en la demanda nada se solicitó en torno a la restitución de frutos, enajenaciones o deterioros del inmueble en cuestión, de modo que por principio de congruencia, dicho pronunciamiento está vedado; además que, al tratarse de un apelante único, el principio de la *no reformatio in pejus* campea en esta instancia.

De cualquier manera, es menester efectuar una precisión sobre la materia y es que, si bien el extremo pasivo justifica la exclusión de los demandantes en la partición a partir de una conjetura: que Jaime Rojas Cortés ya había recibido en vida su parte de la herencia, lo cierto es, que de la evidencia recaudada se extrae que dicha cuota relativa al lote de terreno de 117 m² (FMI 200-164267), en verdad consistía en lo que a aquel le correspondía de la herencia de su padre, Enrique Rojas Perdomo, pues con él fue con quien se llegó a un acuerdo en ese sentido; pero no puede pregonarse lo mismo respecto de la masa sucesoral de la madre, Carmen Rosa Cortés de Rojas, sobre la que tenía un derecho que en ningún momento se cercenó y que ahora reclaman sus hijos, en representación.

Por otro lado, se cuestiona la validez de los interrogatorios rendidos por las partes, por presuntas irregularidades cometidas durante su práctica, que la juez de conocimiento no advirtió y que propiciaría, según el recurrente, la nulidad del fallo apelado.

Revisado el informativo, la Sala encuentra que efectivamente en la grabación de los interrogatorios se aprecia la presencia permanente de los distintos integrantes de los extremos activo y pasivo, sin que ello constituya una falencia en los términos del artículo 220 del Código General del Proceso, norma aplicable a los testimonios, y no a la declaración de parte, respecto de la cual el juez inclusive puede propiciar el careo de las partes (art. 372.7).

de la disputa del bien, y no puede, de allí en adelante, alegar buena fe para exonerarse de la obligación restitutoria de frutos".

En todo caso, también se observa en ciertos momentos de la grabación, la intervención de los asistentes, dirigida a moldear las preguntas del deponente respectivo⁸, lo cual si bien puede derivar en que la prueba se valore con mayor recelo y se confronte más exhaustivamente con los otros medios de persuasión que obren en el expediente, no conduce a la nulidad del fallo:

"La controversia, por tanto, que se suscita alrededor de un medio probatorio determinado, bien por ilícito (artículo 29 de la Constitución Política), ya por ilegal, esto último en cualquiera de las fases que la integran (postulación, decreto, práctica o valoración), no pueden estructurar ninguna causa de nulidad procesal, porque estas, cuando son trascendentes, se dirigen a restablecer las garantías mínimas de defensa y contradicción, situación que no acontece con una prueba afectada en los términos dichos, porque esto simplemente conduce, por regla general, a que no sea tenida en cuenta... [P]ues al decir de la Corte, por regla general, la irregularidad 'uno de los medios probatorios no puede equipararse a nulidad de todo el proceso o una parte de él'⁹.

Al respecto, el artículo 135 del Código General del Proceso es claro en disponer que el juez debe rechazar de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las previstas por el ordenamiento procesal, lo que se acompasa con el principio de taxatividad, y que en este caso es aplicable puesto que la anomalía detectada por el recurrente no se encuadra dentro de los supuestos del artículo 133 *ibidem*, o en los demás dispersos en el Estatuto Procesal.

Esclarecido lo anterior, resta hacer referencia al último reparo, atinente a la presunta falsedad en que incurrió Oscar Andrés Rojas Díaz en su declaración, al afirmar que no tuvo conocimiento sino hasta el año 2010 de que los demandados lo habían excluido a él y a sus hermanos de la sucesión de Carmen Rosa Cortés de Rojas.

Al efecto, baste decir que en los antecedentes de la escritura pública No. 1431 de 27 de julio de 2010, expresamente se advirtió que *"el señor ÁLVARO ROJAS CORTÉS por escritura pública 3071 de fecha 29 de diciembre de 2008 otorgada en la Notaría Primera de Neiva vendió a OSCAR ANDRÉS ROJAS DÍAZ el derecho que le correspondía en la sucesión de su madre, CARMEN ROSA CORTÉS DE ROJAS"*.

⁸ Por ejemplo, del minuto 1:55:15 al 1:56:48 de la grabación inserta en el documento denominado *"09 Audiencia 17-02-2021 Parte 1"* del expediente digital, se observa que durante la declaración de Esperanza Díaz Gutiérrez, uno de sus hijos realizó gestos con el fin de sugerir la forma en que debía responder a las preguntas que se le formulaban.

⁹ Exp. C-1700131100012005-00611-01, sentencia de 1 de junio de 2010, tesis reiterada en sentencia SC-16889-2016 del 23 de enero de 2016 (exp. 2007-00649-01).

Esto explica, entonces, que el demandante hubiese sido incluido en la referida partición, pero no a título de heredero en representación de su padre, Jaime Rojas Cortés, como se reclama en esta causa, sino como comprador de los derechos que le vendiera su tío, Álvaro Rojas Cortés. De modo que ninguna falsedad se advierte en la declaración de Oscar Andrés Rojas Díaz, cuando expresó que en 2010 se dieron cuenta de que no habían sido comprendidos dentro de la escritura pública No. 1431 de 27 de julio de 2010, se reitera, como herederos en representación del padre.

Así las cosas, considera la Sala al igual que la juez de primera instancia que en el caso concreto no se configuró la prescripción extintiva de la acción de petición de herencia; y conforme a lo expuesto, ningún otro reparo tiene vocación de prosperidad, razón por la que se confirmará la sentencia proferida el 9 de agosto de 2021 por el Juzgado Quinto de Familia de Neiva.

COSTAS

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO-. RECHAZAR de plano la solicitud de nulidad impetrada por la parte demandada, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de agosto de 2021 por el Juzgado Quinto de Familia de Neiva, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada, en favor de la parte demandante, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GILMA LETICIA PARADA PULIDO
Magistrada



ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ
Magistrada



EDGAR ROBLES RAMÍREZ
Magistrado

Firmado Por:

Gilma Leticia Parada Pulido
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

Edgar Robles Ramirez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

**Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila**

**Enasheilla Polania Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila**

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: **f29fb0d0532fb500911930fdd60f09f2208cfb86872086e7f0a84f569a65582f**

Documento generado en 23/08/2022 03:29:57 PM

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