EJERCICIO DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN/ Imposibilidad de elevar ante el juez de segunda instancia oposición que no fue planteada en la contestación de la demanda, al tratarse de un hecho nuevo que no fue objeto de debate procesal

“El argumento expuesto por el vocero judicial de la recurrente, referido a que existe una vía cercana al predio de los demandantes, por el cual podría constituirse la servidumbre, con mejores condiciones económicas, sociales y de menor impacto social (…) no será tenido en cuenta por la Sala, por cuanto el apelante lo que está haciendo es agregando al proceso un hecho nuevo que no fue objeto de contradicción en la primera instancia. No se invocó al contestar la demanda, ni al formularse la de reconvención. Recuérdese que conforme a la normativa procesal, el recurso de apelación tiene como objeto la revisión de la sentencia de primera instancia, para ser revocada, confirmada o modificada; empero, la alzada no es la oportunidad para invocar aspectos ajenos al debate iniciado con la demanda y analizado en la sentencia, pues, la impetración de elementos fácticos y/o jurídicos diferentes a los de la demanda o su contestación, viola el deber de lealtad entre los extremos procesales, quebranta el derecho de defensa de la parte contra la que se opone y desnaturaliza el objeto de la apelación. Además, porque el cargo o hecho nuevo aducido ausente en la primera instancia, pero invocado en el recurso de apelación, no pudo ser controvertido por la contraparte.”

Cita: Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 6 de septiembre de 1999 -rad. 5227-.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado:

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

Pereira, Risaralda, dieciocho (18) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Acta No. 396 del 18-08-2016

Expediente 66001-31-03-002-2009-00321-02

**I. ASUNTO**

Se resuelve el recurso de APELACIÓN contra la sentencia dictada el 29 de mayo de 2014 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario agrario de imposición de servidumbre, promovido por LEONARDO DE JESÚS MESA PALACIO, ALEJANDRA MARÍA MESA PALACIO, GABRIEL CALLE TRUJILLO, JUAN CARLOS BURBANO JARAMILLO, HÉCTOR FABIO QUINTERO RIAZA, LUIS CARLOS RÍOS QUIROGA, ALEXANDER DÍAZ ARIAS y YAMID A. CARRANZA SÁNCHEZ CORREA, contra MARÍA TERESA PATIÑO GÓMEZ.

**II. ANTECEDENTES Y TRÁMITE DE LA DEMANDA**

1. En el referido proceso, por medio de apoderado judicial, la parte actora puso en conocimiento los hechos en que fundamenta sus pretensiones, que admiten el siguiente compendio:

1.1. La señora MARÍA TERESA PATIÑO GÓMEZ, propietaria del inmueble conocido como “Mi granjita” o “El Hogar”, situado en el municipio de Pereira, Vereda Tribunas, con M.I. No. 290-141367, lo desenglobó en dos predios: Lote 1 y Lote 2 y vendió este último a los demandantes, el cual quedó identificado con la M.I. No. 290-169117.

1.2. Como quiera que el Lote 2 quedaba enclavado y desprovisto de toda comunicación de la vía pública, la vendedora trazó una carretera de acceso (servidumbre de tránsito), partiendo de la entrada principal de la vía La Curva a La Ofrenda, pasando por el Lote 1, de acuerdo con los planos protocolizados mediante escritura pública No. 6076.

1.3. La señora MARÍA TERESA ofreció y vendió el lote No. 2 con el derecho a una servidumbre de tránsito, que quedaba pendiente de su construcción por parte de los compradores, la cual se describe así: *“El acceso al Lote No. 2 se hace por la carretera que va de la Curva a la Ofrenda, en forma de vía de 4 metros de ancho y la longitud indispensable, construcción y mantenimiento de la cual correrá por cuenta de los compradores quienes además se comprometen a permitir el acceso a título de servidumbre al predio remanente.”*

1.4. Los propietarios del Lote No. 2 contrataron la construcción de la carretera con un arquitecto, quien inició la obra con autorización de la señora María Teresa, pero luego, como la carretera tenía que atravesar una quebrada, aquella negó su autorización ante la CARDER, por lo cual la obra se suspendió; les pidió un pago adicional de $50.000.000 para continuar los trabajos y los actores no aceptaron, tuvieron que suspender el contrato con el arquitecto y ello ha derivado en múltiples perjuicios a los aquí demandantes.

1.5. El inmueble No. 2 de propiedad de los actores, quedó desprovisto de una servidumbre de tránsito, que le permita acceder a la vía pública, razón por la cual se impone su fijación, sin que haya lugar a reconocer suma alguna de dinero por concepto del valor de la franja de terreno comprometida y porque se dan las circunstancias de que trata el artículo 908 del Código Civil.

1.6. De acuerdo con las estipulaciones entre las partes, para la construcción de la vía como servidumbre de tránsito, se levantó un plano con las coordenadas de referencia a manera de linderos, los que se describen en la demanda.

2. Con fundamento en los hechos expuestos los actores pretenden: Primero: Que se imponga en favor del inmueble denominado “EL HOGAR LOTE 2”, con M.I. No. 290-169117, de propiedad de los demandantes, SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO, a cargo del predio contiguo, distinguido como LOTE 1, con M.I. No. 290-169116, de propiedad de la demandada, en la forma como se determina en el libelo. Segundo: Que por tratarse del evento indicado en el artículo 908 del C.C., se declare que los demandantes no están obligados a pagar indemnización alguna y también porque el predio vendido por la demandada se hizo con derecho a servidumbre de tránsito. Tercero: Que se inscriba la sentencia en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria. Cuarto: Que se condene en costas a la parte demandada en caso de oposición.

3. Del libelo conoció el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, ordenó correr el traslado pertinente mediante la notificación del auto admisorio y dio aviso al Procurador Agrario de la ciudad.

4. Trabada la relación jurídica procesal la demandada dio respuesta.

4.1. En efecto, MARÍA TERESA PATIÑO GÓMEZ, por conducto de apoderado judicial, contestó aceptando unos hechos, otros parcialmente. Frente a las pretensiones expresó que no se opone a las tres primeras, siempre y cuando se realice la obra teniendo en cuenta los 4 metros concedidos y estudios técnicos emitidos por profesionales en el área de la ingeniería y topografía, encargados por el despacho y los permisos necesarios para ello y se la indemnice, no por la servidumbre, sino por los perjuicios ocasionados con los daños realizados durante la construcción del carreteable. Se opuso a la cuarta pretensión (condena en costas). Formuló las excepciones que denominó: *“Inexistencia de responsabilidad”, “Cumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones como propietaria del predio sirviente”, “No atribución de la causa de la suspensión de la obra para el carreteable La Granjita El Hogar a la señora María Teresa Patiño Gómez”, “Tercero no interviniente en relación contractual”, “Ausencia de perjuicios a los propietarios del predio dominante”, “Variación o modificación de servidumbre de tránsito”, “Inimputabilidad de las presuntas consecuencias por la suspensión de la obra del proyecto carreteable La Granjita El Hogar a la demandada señora María Teresa Patiño Gómez”, “Necesariedad de la prueba de la culpa” y “Excepción genérica”*.

4.2. La señora PATIÑO GÓMEZ formuló DEMANDA DE RECONVENCIÓN, con fundamento en hechos similares a los expuestos en la demanda principal. Como pretensiones pidió: Primero: Que se imponga en favor del inmueble denominado “EL HOGAR LOTE 2”, con M.I. No. 290-169117, de propiedad de los demandados, SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO, a cargo del predio de propiedad de la demandante en reconvención, distinguido como LOTE 1, con M.I. No. 290-169116, la cual debe realizarse de conformidad con el parágrafo de la cláusula primera de la escritura públicas 6076 del 29 de diciembre de la Notaría Quinta de Pereira, dentro de los cuatro metros concedidos, y con todos los estudios técnicos requeridos para su construcción, salvaguardando la integridad del predio sirviente y sin disminuir el valor real del lote número 1. Segundo: Que se declare que los demandados no están obligados a pagar indemnización alguna, puesto que la servidumbre fue autorizada en la escritura citada. Tercero: Que se inscriba la sentencia en el folio de matrícula inmobiliaria de su propiedad. Cuarto: Que se condene a los demandados a pagar a favor de la demandante los perjuicios causados en su lote, guardando correspondencia directa con la magnitud del daño causado, por la ejecución de las obras del carreteable sin estudio técnico alguno y sin los permisos requeridos. Quinto: Condena en costas.

4.3. Los demandados en reconvención no se opusieron a las pretensiones, excepto a la de condena en costas.

5. Citadas las partes a la audiencia (art. 101 C.P.C), no se registró acuerdo sobre el asunto; se agotaron las demás etapas, más adelante se decidió lo concerniente a las pruebas (decreto y práctica) y se dio traslado para alegar, oportunidad que aprovechó la demandada principal.

**III. LA SENTENCIA RECURRIDA**

1. Se profirió el 29 de mayo de 2014. Declaró la a quo “no prósperas” las excepciones de la demandada principal. Impuso la servidumbre deprecada, de un ancho de 4.00 metros útiles, determinada por las coordenadas que en el fallo se citan. Dijo que los demandantes no deben reconocer a la demandada suma alguna por concepto de la servidumbre. Dispuso el registro de la sentencia en los folios de matrícula inmobiliaria correspondientes y condenó en costas a la parte demandada principal.

2. Para tomar la decisión expuso la sentenciadora que, como las partes están de acuerdo en la constitución de la servidumbre, (conforme a la demanda principal, su contestación y la demanda de reconvención) y no hay objeción al trazo de la vía por las coordenadas presentadas en la demanda, serán estas las que deberán respetar, para cumplir el pacto de servidumbre contenido en la escritura pública de compraventa entre ellos celebrado.

Además, dijo que como se trata de una vía privada no se requiere de permiso de las Curadurías Urbanas, pero sí deben respetar las normas ambientales, y como es la CARDER la autoridad ambiental en el territorio donde se ubican los predios, será la Resolución 2182 de octubre 23 de 2009, que otorgó permiso para adelantar la obra, sobre todo en la intervención de la Quebrada Los Pulpitos, la que deben cumplir los propietarios del predio dominante. La dueña del predio sirviente debe permitir la construcción de la vía con todos y cada uno de los requisitos y condiciones técnicas y ambientales impuestas en dicha resolución, la que obra a folios 228 a 231 del cuaderno principal.

Señaló que cualquier daño injustificado en el predio sirviente, deberá ser indemnizado por los propietarios del predio dominante, sin que se entienda como daño sujeto a indemnización la construcción misma de la vía.

En cuanto a la indemnización de los perjuicios causados con la construcción de la parte de la vía que sirve de entrada al predio de los demandantes, solicitados por la señora Patiño, expresó que estos no se evidencian, por lo cual no hizo reconocimiento alguno.

**IV. EL RECURSO DE APELACIÓN**

1. Inconforme con la decisión, la parte demandada principal la apeló. En resumen, solicita revocar el fallo de primera instancia y en su defecto exonerarla de la servidumbre, dado que existe otra vía con mejores condiciones económicas, sociales y de menor impacto social, cual es la del Condominio Las Palmeras, a solo 60 metros de distancia del lote de los demandantes, por donde podría constituirse. Insiste en el pago de perjuicios causados con ocasión de la excavación que hicieron los demandantes de manera ilegal en su predio y por hacerla entrar en este litigio innecesario.

2. Al hallarse cumplido el trámite del recurso, procede la Sala a resolverlo.

**V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

1. Se observa en el caso sub lite que en el desarrollo de la primera instancia se surtieron las etapas propias del proceso ordinario de servidumbre, de conformidad con el decreto 2003 de 1989; se brindaron a las partes garantías para el ejercicio de los derechos de acción y de defensa, además concurren cabalmente los denominados presupuestos procesales, de tal suerte que no aparece reproche por hacer desde el punto de vista en torno de la validez de lo actuado, en virtud de lo cual puede la Sala pronunciarse de fondo.

2. Con respecto a la demanda principal, está en el proceso acreditada la legitimación en la causa por activa que tienen los señores LEONARDO DE JESÚS MESA PALACIO, ALEJANDRA MARÍA MESA PALACIO, GABRIEL CALLE TRUJILLO, JUAN CARLOS BURBANO JARAMILLO, HÉCTOR FABIO QUINTERO RIAZA, LUIS CARLOS RÍOS QUIROGA, ALEXANDER DÍAZ ARIAS y YAMID A. CARRANZA SÁNCHEZ CORREA, para impetrar la acción de imposición de servidumbre, por ser los propietarios del predio dominante. Así mismo la legitimación en la causa por pasiva, debido a que la convocada en este extremo procesal, señora MARÍA TERESA PATIÑO GÓMEZ es la dueña del predio sirviente, según prueba existente a folios 5-13 y 78 y 79 del cuaderno principal.

3. La funcionaria judicial de primer nivel, mediante la sentencia recurrida, impuso la servidumbre deprecada en la demanda principal, decisión que no comparte el abogado de la señora PATIÑO GÓMEZ.

4. Ha de expresar esta Sala que la providencia confutada se confirmará, por los motivos que pasan a explicarse:

4.1. Frente a las pretensiones de la demanda principal, la señora MARÍA TERESA PATIÑO GÓMEZ no opuso resistencia, estuvo de acuerdo con la imposición de la servidumbre, no objetó el trazado del carreteable que se construiría por cuenta de los demandantes, en cuatro metros de ancho (en el que se incluyeron las coordenadas), aceptó que no se pagara indemnización alguna por este gravamen; no objetó la naturaleza de la servidumbre (agraria), ni cuestionó el trámite del proceso. Es más, formuló demanda de reconvención en la que pidió similares pretensiones a las de la demanda principal.

4.2. El argumento expuesto por el vocero judicial de la recurrente, referido a que existe una vía cercana al predio de los demandantes, por el cual podría constituirse la servidumbre, con mejores condiciones económicas, sociales y de menor impacto social, cual es la del Condominio Las Palmeras, a solo 60 metros de distancia del lote de los demandantes, no será tenido en cuenta por la Sala, por cuanto el apelante lo que está haciendo es agregando al proceso un hecho nuevo que no fue objeto de contradicción en la primera instancia. No se invocó al contestar la demanda, ni al formularse la de reconvención. Recuérdese que conforme a la normativa procesal, el recurso de apelación tiene como objeto la revisión de la sentencia de primera instancia, para ser revocada, confirmada o modificada; empero, la alzada no es la oportunidad para invocar aspectos ajenos al debate iniciado con la demanda y analizado en la sentencia, pues, la impetración de elementos fácticos y/o jurídicos diferentes a los de la demanda o su contestación, viola el deber de lealtad entre los extremos procesales, quebranta el derecho de defensa de la parte contra la que se opone y desnaturaliza el objeto de la apelación. Además, porque el cargo o hecho nuevo aducido ausente en la primera instancia, pero invocado en el recurso de apelación, no pudo ser controvertido por la contraparte.

4.3. El goce de una servidumbre no es para el dueño del predio dominante en manera alguna gratuito. Claramente establece el artículo 905 del Código Civil que el demandante de una imposición de servidumbre deberá pagar por ella “el valor del terreno necesario para la servidumbre” y debe resarcir todo otro perjuicio. Sin embargo, como lo que vendió la señora MARÍA TERESA a los demandantes fue una parte de un predio en mayor extensión y esta quedó separada del camino, conforme al artículo 908 del Código Civil, ha de entenderse concedida a favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna, como la misma demandada lo admitió en la contestación del libelo inicial.

4.4. En este escaño del análisis, la Sala estima pertinente referirse a la demanda de reconvención, pues considera necesario que se hagan algunas precisiones al respecto. Para el efecto, vale la pena mencionar lo expresado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que señaló:

*“…se conoce, en efecto, que el demandado en un proceso puede asumir, desde una actitud francamente pasiva, desentendiéndose, si cabe, del resultado, pasando por una simple de resistencia y por la más activa de excepcionar, hasta llegar a colocarse en verdadero plan de contraataque, presentando sus propias pretensiones frente al inicial demandante. Y en esta última actividad, consiste precisamente la reconvención, con la cual, como lo dice Chiovenda, citado por la Corte, "el demandado tiende a obtener la actuación a favor propio de una voluntad de la ley en el mismo pleito promovido por el actor, pero independientemente de la desestimación de la demanda del actor. Por tanto - continúa el mismo tratadista - con la reconvención la relación procesal adquiere un contenido nuevo que habría podido formar objeto de una relación separada". Con la demanda de mutua petición, indicó acto seguido la Corporación, "se persigue debilitar o frustrar la acción principal". (S. C. U. I. / 12 de diciembre 1940/ G.J. 1966 pag. 942).*

*Noción que es posible complementar con el concepto de Guasp, para quien la reconvención consiste en "la pretensión procesal interpuesta por el demandado frente al actor. No es una simple forma de oposición ni puede por ello concebirse como un tipo singular de excepción; es una verdadera reclamación de fondo, dirigida al órgano jurisdiccional, cuya característica estriba solamente en que su sujeto activo es el sujeto pasivo de otra pretensión anterior". - Se subraya-. (Guasp, Jaime. Derecho Procesal Civil. T. I. Pag. 250. 1968). Tema éste último de las peculiaridades de la contrademanda sobre el cual Manresa y Navarro, en sus Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, expone que "la reconvención contra persona diferente de la que demanda no merece el concepto jurídico de mutua petición o nueva demanda concurrente con la tramitada, requisito indispensable para que pueda ser tramitada al propio tiempo con ésta". (Citado por la Corte - 1º de Agosto de 1950 - G.J. 2.085 - pag. 832).*

*Según puede observarse, entonces, es con alguna reticencia, o con limitantes al menos, como se admite la comentada figura, quizás porque, cual lo expresa Manuel de la Plaza, "La reconvención constituye, en rigor, una demanda independiente, en que por necesidades que acaso hoy no estén totalmente justificadas, se intercala en el proceso primitivo una nueva demanda, que, de estimarse, puede neutralizar los efectos de la primeramente ejercitada, aunque no siempre sea éste su efecto más trascendental. La conveniencia, preferentemente económica, del simultaneus processus no siempre justifica ese injerto que, en realidad, contribuye a desviar, muchas veces por cauces insospechados, el proceso primitivo. (Resaltado en el original - Derecho Procesal civil Español. T. I, pag. 383, 3ra. Ed.).*

*En la legislación colombiana, es el artículo 400 del Código de Procedimiento civil el encargado de reglar principalmente la sobredicha figura al disponer, en la parte pertinente, que "Durante el término de traslado de la demanda, el demandado podrá proponer la de reconvención contra uno o varios de los demandantes, siempre que sea competencia del mismo juez y pueda tramitarse por la vía ordinaria... La reconvención deberá reunir los requisitos de toda demanda y será admisible cuando de formularse en proceso separado procedería la acumulación".[[1]](#footnote-1)*

La simple lectura de la cita transcrita enseña que, quien está situado en el extremo pasivo de la demanda principal busca con la reconvención neutralizar los efectos de la primeramente ejercitada, pero en el caso bajo estudio sucede es todo lo contrario; lo que pretende con ella la reconviniente, en su condición de propietaria del predio sirviente, es que se acceda a las pretensiones de imposición de servidumbre de tránsito en su contra deprecadas, sin indemnización a su favor.

Muéstrase claro, entonces, que lo relacionado con el aludido aspecto de la reconvención, en este caso concreto, antes que contribuir a respaldar los argumentos de la recurrente, lo que permite es contribuir al éxito de la demanda principal, y es en este punto también en donde la alzada encuentra su tropiezo definitivo e irremediable.

5. Finalmente, en cuanto a lo que tiene que ver con la pretensión indemnizatoria formulada por la reconviniente, por los posibles perjuicios ocasionados con la construcción del carreteable, ha de decirse que el Tribunal encuentra razonable y ajustado a lo pactado por los propietarios de los predios –dominante y sirviente-, lo decidido por la a quo, cuando señala que cualquier daño injustificado en el predio sirviente, deberá ser indemnizado por los propietarios del predio dominante, sin que se entienda como daño sujeto a indemnización la construcción misma de la vía.

6. En consonancia con lo discurrido, y sin necesidad de otra clase de consideraciones, se confirmará íntegramente el fallo apelado, con condena en costas a cargo de la parte demandada principal y a favor del extremo demandante.

**VI. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia apelada, dictada el 29 de mayo de 2014 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario agrario de imposición de servidumbre, promovido por LEONARDO DE JESÚS MESA PALACIO, ALEJANDRA MARÍA MESA PALACIO, GABRIEL CALLE TRUJILLO, JUAN CARLOS BURBANO JARAMILLO, HÉCTOR FABIO QUINTERO RIAZA, LUIS CARLOS RÍOS QUIROGA, ALEXANDER DÍAZ ARIAS Y YAMID A CARRANZA SÁNCHEZ CORREA, contra MARÍA TERESA PATIÑO GÓMEZ

SEGUNDO: SE CONDENA en costas a la parte demandada principal.

En su oportunidad, vuelva el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 6 de septiembre de 1999, expediente No. 5227, MP. Manuel Ardila Velásquez. [↑](#footnote-ref-1)