

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BUGA SALA CUARTA CIVIL FAMILIA DE DECISIÓN

ORLANDO QUINTERO GARCÍA

Magistrado ponente

Radicación: 76.520.31.03.001.2018.00042.01

Aprobado mediante acta N° 7

Guadalajara de Buga, veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Se resuelve el recurso de apelación promovido por el demandante Fernando Mosquera, el acreedor hipotecario -Banco Davivienda SA-, y Cenelly Gómez Murcia – cesionaria del crédito-, contra la sentencia de abril 30 de 2021, dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira, al interior del juicio de pertenencia agitado en contra de Jesús Enrique Sierra Gómez y personas indeterminadas.

1. ANTECEDENTES.

1.1. Pretensiones.

El promotor solicitó declarar que adquirió por el modo de la prescripción extraordinaria, el derecho de dominio del predio el “*Porrazo*” ubicado en el sector Camino Largo Tortugas, Vereda Cauca Seco, Corregimiento el Carmelo del municipio de Candelaria (Valle), perteneciente a otro de mayor extensión

denominado la “*Gema*”, cada uno de los cuales identificó por su cabida y linderos en los hechos 2 y 3 de la demanda¹.

1.2. La *causa petendi*.

Dijo detentar el inmueble con ánimo de señor y dueño de manera quieta, pacífica e ininterrumpida desde hace 21 años y 9 meses. Construyó una vivienda de dos pisos que habita con su familia, instaló postes para cercos y alambrados, encargándose de su mantenimiento y la limpieza de potreros. Se ha dedicado a sembrar diferentes cultivos agrícolas de pan coger y a la cría animales domésticos. Además, de pagar servicios públicos, impuestos, y en general, todas las obligaciones que demanda el terreno.

Entró en posesión, según refirió, por compraventa celebrada con el señor Diego Alberto Díaz el 26 de junio de 1996, sobre los derechos de “*posesión y dominio*” que aquel tenía respecto del fundo.²

1.3. Discurrir procesal.

Admitida la demanda, se emitieron los ordenamientos de rigor, entre ellos, informar la existencia del proceso a las entidades citadas en el artículo 375 del Código General del Proceso.³ No hubo cuestionamiento sobre la naturaleza privada del bien a usucapir.

1.3.1 Réplicas.

¹ Folio 48 y siguientes del expediente 2 digitalizado.

² Ibidem.

³ Superintendencia de Notariado y Registro, al INCODER, a la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a Víctimas, y al IGAC. Agustín Codazzi (IGAC). Folio 53 Ibidem.

Banco Davivienda SA, citado como acreedor hipotecario, se resistió a las aspiraciones del actor. Principalmente, porque en diligencia de secuestro llevada a cabo el 4 de noviembre de 2008, al interior de un juicio ejecutivo adelantado en contra del propietario inscrito de inmueble, se verificó y dejó constancia de su estado de abandono y ruinas. Además, no hubo oposición en el acto, ni con posterioridad por parte del pretensor. En consecuencia, queda sin sostén la supuesta posesión ininterrumpida aludida en la demanda.

En todo caso, los actos posesorios posteriores a dicha fecha no pueden ser tenidos en cuenta por la medida cautelar que soportaba el fundo, y por la existencia del gravamen hipotecario. Propuso las meritorias de *“Encontrarse el bien objeto del proceso gravado con un derecho real; preferencia de la publicada registral del derecho real de hipoteca por ser anterior a la supuesta e infundada posesión; y prevalencia real del derecho de hipoteca.”*⁴.

Como la entidad informó sobre la cesión del derecho de crédito a Cenelly Gómez Murcia, fue convocada al pleito,⁵ manteniéndose en silencio.

El curador *ad litem* de las personas indeterminadas,⁶ dijo no oponerse al derecho que le asiste al demandante, conforme a las probanzas aportadas en el plenario, siempre y cuando se delimiten las coordenadas del predio de menor extensión en debida forma.

No hubo más pronunciamientos.

1.4. La sentencia del juzgado.

⁴ Folio 113 y siguientes del expediente 3 digitalizado.

⁵ Folio 155 y siguientes del expediente 3 digitalizado.

⁶ Folio 326 y siguientes del expediente 4 digitalizado.

La precursora de la instancia desatendió el ruego del demandante. Además de causarle dudas la identificación del predio a usucapir, decidió como lo hizo, fundamentalmente porque habiéndose deprecado la prescripción extraordinaria veintenaria consagrada en el artículo 2532 del Código Civil, las probanzas no demostraron la posesión durante todo ese lapso.

No obstante lo anterior, se adentró al estudio de las excepciones formuladas por el Banco Davivienda SA, las cuales despachó de forma adversa, principalmente, tras considerar que, a voces de la jurisprudencia, el embargo y secuestro de un predio no interrumpe la prescripción.

1.5. El recurso de apelación.

El demandante, el acreedor hipotecario, la cesionaria del crédito, y el curador *ad litem* acusaron la sentencia de adolecer de una indebida valoración probatoria. El primero, también la tildó de omitir otras probanzas obrantes en el paginario.⁷

La alzada promovida por el último de los citados fue inadmitida en esta instancia por falta de legitimación, tras no haberle generado ningún agravio el proveído de primer grado a las personas indeterminadas por él representadas.⁸

2. CONSIDERACIONES.

Despejado se halla el camino para proferir sentencia en esta instancia. Los presupuestos del proceso (competencia, demanda en forma, capacidad jurídica y procesal de las partes) están presentes. Ninguna glosa hay para formularle a la legitimación en la causa, y no se vislumbran nulidades procesales.

⁷ Carpeta 19 del expediente digital de primera instancia.

⁸ Carpeta 25 del expediente digita de segunda instancia.

Clarificado lo precedente, es propio precisar que la alzada imperiosamente estará ligada exclusivamente a los reparos concretos debidamente argumentados. Así lo impone los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso. El primero, consagra *“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”*. El segundo, a su turno estipula *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.”*

Entonces, los embates de los recurrentes que no guarden simetría entre las motivaciones del fallo, los reparos concretos y su sustentación, quedarán marginados en esta instancia. Esa armonía es en esencia, la delimitación de la competencia funcional, cuyo desconocimiento genera nulidad insanable.

La cognoscente no accedió a la usucapión extraordinaria invocada, se advierte, al considerar que el demandante no demostró haber poseído el predio denominado el Porrizo durante los 20 años exigidos por el artículo 2532 del Código Civil, término de la prescripción por él elegida.

Los únicos medios de convicción arrimados, fueron, la venta que de los derechos de posesión le hizo el señor Diego Alberto Díaz Zafra el 26 de junio de 1996 sobre tal heredad, protocolizado poco tiempo atrás a la fecha de la presentación de la demanda; un certificado de nomenclatura expedido por el municipio de Candelaria, el cual refleja la existencia de una mejora, corroborada en la diligencia de inspección judicial; un recibo de servicio de agua y de energía, así como el de impuesto predial del año 2016. Estos, a su modo de ver, no dieron cuenta de los actos de señor y dueño pregonados en el escrito introductorio.

Aunque aportó algunas declaraciones extrajuicio, no fueron ratificadas en el curso del proceso, en consecuencia, carecen de poder suasorio. Entre ellas, las de Kennedy Andrés Pérez, Tania Amparo Collazos, y José Wilton Valencia Urbano. Empero, si en gracia de discusión se les otorgara valor demostrativo, sus dichos sólo dan “*vestigios*”⁹ de la posesión del actor por el término máximo de 14 años.

Echó de menos probanzas de orden testifical que condujeran a demostrar los comportamientos de señorío durante los 21 años y 9 meses invocados, las cuales, en su parecer, son de gran valía en asuntos de esta naturaleza.

Aunque en la diligencia de inspección judicial pudo verificar la explotación económica del predio, la existencia de una mejora, y la presencia de una persona trabajando por cuenta del demandante, no halló que fuera destinado a vivienda familiar como se indicó en la demanda. Máxime que en el año 2008 se realizó una diligencia de secuestro al interior de un proceso ejecutivo adelantado contra el propietario inscrito, quedando en evidencia el mal estado y abandono de la heredad, la cual, aún está siendo objeto de adecuaciones.

Adicionalmente, aseveró, que, si se llegara a superar tal escollo, de todos modos, el plenario dejaba dudas acerca de los linderos del predio de mayor extensión, y del que se reclama en usucapión, así como frente a su denominación, colocando en tela de juicio su plena identificación.

Las censuras sustentadas por el promotor del litigio, se compendian así: (i) Con la copia de la compraventa del 26 de junio de 1996, se demuestra que, desde dicha data, hasta la presentación de la demanda, ostenta la calidad de señor y dueño del predio pretendido; (ii) La resolución No.76-130-0301 del 2019 del IGAC, certifica haber asumido el pago del impuesto predial de la heredad de

⁹ Carpeta 19 del expediente digital de primera instancia.

marras desde el año 2007, prueba que fue inobservada; (iii) El ánimo de señor y dueño frente al predio el Porrazo, por el tiempo indicado en la demanda, quedó acreditado con las declaraciones extrajuicio rendidas ante notario público por Holmar Muñoz Ortiz, Olga Lucia Caro, Diego José Bravo Botina, y Pablo Andres Galeano Castillo. La *a quo* debió haberlos llamado a declarar de manera oficiosa. (iv) La falladora recriminó que, en la diligencia de inspección judicial del predio, el demandante no recordó el nombre de uno de los trabajadores que se encontraban allí, dejando de lado que, su vínculo laboral era reciente, y que en el plenario reposan otras pruebas determinantes para la demostración de los hechos aducidos en la demanda. (v) Desconoció que, conforme a la legislación vigente, existen dos especies de usucapión, la ordinaria y la extraordinaria (art. 2527 del C.C.). Que la primera, exige posesión regular no interrumpida por el tiempo señalado en la ley, justo título y buena fe (art. 2528 del C.C.). La segunda, requiere así mismo la posesión por el término exigido en la ley, pero no justo título, y se presume la buena fe. La mala fe puede presumirse cuando haya un título de mera tenencia. (2531 del C.C.) (vi) Si bien sobre el predio materia del proceso existe un gravamen hipotecario, y existe un proceso ejecutivo en el cual se programó una diligencia de remate, cuyo remate está pendiente, la ley no prohíbe usucapir bienes embargados. (vii) La ley 791 de 2002, disminuyó los plazos de prescripción en materia civil. En cuanto a la extraordinaria, el término es de diez años, los cuales con holgura ostenta como poseedor del fundo de que se trata. (viii) No puede haber dudas sobre la identificación del predio. Al haber sido secuestrado al interior de un juicio ejecutivo seguido en contra del propietario inscrito, el auxiliar de la justicia previamente tuvo que haberlo determinado, después de ingresar al mismo.

Establecidos los límites de la acusación que soporta la sentencia de primer grado, prontamente colige la Sala el colapso de la alzada.

La primera de las censuras, se advierte, de ninguna manera es suficiente para derruir el fallo. De la copia de la compraventa del 26 de junio de 1996, si bien es cierto, se puede extraer que entre el demandante y Diego Alberto Díaz Zafra se realizó una negociación sobre la posesión que el último, dice allí, ostentaba sobre el predio objeto de este proceso, dicho documento no demuestra por sí sólo que el señor Fernando Mosquera ejerció tal señorío durante más de 20 años. Aunque le dio luces a la sentenciadora para inferir que fue desde allí que aquel pudo haber empezado a detentar el fundo con ánimo de señor y dueño, lo cierto es que aquel no estaba relevado de demostrar la ejecución de hechos, que, conforme a la ley, son expresivos de posesión.

Con mayor razón, si ningún ataque hizo a la consideración de la *a quo*, consistente en que la posesión ininterrumpida sobre el fundo quedó en entredicho con la diligencia de secuestro practicada en el mes de noviembre de 2008, tras evidenciarse su mal estado y abandono para esas calendas.

En lo tocante con la Resolución No.76-130-0301 del 2019 del IGAC obrante a folio 325 del cuaderno 3 del expediente digitalizado, según la cual, fue dejada de valorar por la precursora de la instancia. Es cierto en cuanto a que sobre dicho documento nada se dijo en la sentencia, sin embargo, al leer su contenido, no observa la Colegiatura allí representado lo dicho por el disidente del fallo. Esto es, que aquel asumió gastos del predio el Porrazo por concepto de impuesto predial desde el año 2007. El acto administrativo refleja haber ordenado la modificación de la inscripción en el catastro del bien denominado “*lote 2 Sierra Gómez*” por solicitud que el aquí demandante hiciera a dicha entidad. Adicionalmente, tal pedimento, se elevó con posterioridad a la presentación de la demanda¹⁰ – 26 de agosto de 2019-, y fue aportado en la réplica a las excepciones formuladas por el acreedor hipotecario.

¹⁰ 19 de abril de 2018. Folio 51 del expediente digitalizado 2.

En cuanto a la acreditación del ejercicio de la posesión con las declaraciones extrajuicio rendidas ante notario público por Holmar Muñoz Ortiz, Olga Lucia Caro, Diego José Bravo Botina, y Pablo Andres Galeano Castillo, y la crítica por falta de decreto oficioso de su ratificación, sin duda alguna, también colapsa.

La Corte Suprema de Justicia ha sido muy clara y reiterativa en señalar, que una declaración extrajuicio notarial no es un documento, sino un testimonio. Veamos.

Desde luego, la circunstancia consistente en que la declaración ante notario sea recogida en un acta (artículo 1º del Decreto 1557 de 1989), no muta la naturaleza del medio probatorio, de testimonial a documental, falencia que por sí misma diluye el primero de los requisitos en antelación referidos, pues al margen de cuál sea el elemento que lo contiene, lo que determina su verdadero linaje no es el recipiente en el que haya sido recaudada.

Al respecto, esta Sala ha expresado que «..., la circunstancia de que esas declaraciones se consignen en un escrito, ello es importante, no transforma el testimonio en prueba documental, en orden a excluirlo de la exigencia de la ratificación, diligencia ésta que, tratándose de documentos declarativos emanados de terceros, sólo es necesaria cuando la parte contraria lo solicite (nral. 2º, art. 22, Decreto 2651/91, hoy nral. 2º art. 10º Ley 446/98). Al fin y al cabo, no puede confundirse el documento como continente, que es una cosa, con las manifestaciones vertidas en él, más precisamente, con el acto documentado, en este caso el testimonio. (...)» (Cas. Civ., 19 Nov. 2001, Rad. 6406, citada en CSJ SC, 18 Sep. 2013, Rad. 00105-01). (Cfr. CSJ SC17397, 19 dic. 2014, rad. n.º 2007-00941).

A voces del artículo 188 del Código General del Proceso,

Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo 221.

Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde.

A los testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. **Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor.** Resalta la Sala.

La regla 122 *ibidem*, sobre ese medio de convicción consagra “*Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso. Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, **siempre que esta lo solicite.** (...).* Resalta la Sala.

En el asunto, la parte actora solicitó tener como prueba de la posesión veintenaria, las declaraciones que ante notario hicieron Holmar Muñoz Ortiz, Olga Lucia Caro, Diego José Bravo Botina, y Pablo Andres Galeano Castillo. Al descorrer el traslado, el curador designado a las personas indeterminadas solicitó llamarlas al juicio. No obstante, ello no tuvo ocurrencia, a ciencia y paciencia de la parte demandante, quien ningún recurso interpuso frente al auto que negó la práctica de pruebas por falta de requisitos formales. Era está bajo la égida del artículo 167 del vigente compendio procesal civil, la que tenía la carga de probar los supuestos de hecho de la demanda. La consecuencia de tal falencia, como deviene nítido de la trasuntada norma, es la ausencia de valor demostrativo.

En adición a lo que se viene de considerar, no es de recibo que el apelante acuse a la juzgadora, por haberse sustraído de llamar a declarar de oficio a los citados ciudadanos. El tema, se advierte, por el panorama ofrecido en el caso, no se trataba de la necesidad de esclarecer pasajes sombríos de la controversia, sino de suplir la obligación de probar de la parte actora. Recuérdese. La Corte Constitucional en sentencia SU-768 de 2014, entre otras cosas, ha enfatizado en que, si bien la prueba de oficio es un verdadero deber

legal, hoy consagrado en el artículo 170 del Código General del Proceso¹¹ como desarrollo al principio de igualdad material “*no puede implicar corregir la inactividad probatoria (...) ni agudizar la asimetría entre las partes.*”

La Corte Suprema de Justicia en un fallo casacional, sentó:

(...) Es claro, entonces, que pretender estructurar un yerro de derecho por no haber hecho uso de la mencionada prerrogativa no es atendible dadas las especiales circunstancias que rodearon el trámite de este proceso que se ha caracterizado por la pasividad de la parte demandada. Es inequívoco que cuando las circunstancias lo ameriten la Corte defiende y auspicia con énfasis y vehemencia que los jueces y magistrados en las instancias hagan uso de la facultad deber de decretar pruebas de oficio, pero ello no significa que cada vez que no emplee tal instrumento se pueda acusar a los funcionarios **concernidos de cometer error de derecho, puesto que la misma no puede constituirse en un mecanismo imperativo para subsanar la negligencia de las partes**” –líneas no originales- (15 de julio de 2008, Exp. 2003-00689 01).¹²

Pasando a otro aspecto de la alzada, la falta de memoria del demandante en la diligencia de inspección judicial para referirse por el nombre a uno de sus trabajadores, de ninguna manera fue un argumento vacilar del fallo para frustrar la pretendida usucapión. En consecuencia, debe tomarse como un ataque lanzado al vacío que no amerita consideración.

Reparó en quinto lugar, el desconocimiento de las normas disciplinantes de la prescripción ordinaria y extraordinaria, concretamente, los artículos 2527, 2528, y 2531, todos del Código Civil. Este ataque claramente peca por panorámico e incompleto. No se dijo en qué consistió el desconocimiento de tales normas, ni

¹¹ El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia.

¹² CSJ, SC del 25 de febrero de 2002, Rad. n.º 6623.

cómo el error condujo a la falladora a incurrir en un yerro que torna insalvable el fallo combatido.

El recurrente en el sexto de los reparos vuelve y se adentra en el error de lanzar censuras que no tiene blanco. No hay pasajes de la sentencia que hayan conducido a la jueza de primera instancia a denegar las pretensiones por estar el bien a usucapir embargado por cuenta de un proceso ejecutivo. Contrariamente, fue enfática, y hasta reiterativa en sostener, con fundamento jurisprudencial, al desatar las excepciones del inicial acreedor hipotecario-Banco Davivienda SA, que al no estar contemplada en la ley tal circunstancia como causal de interrupción de la prescripción, las meritorias propuestas no tenían vocación de triunfo. Argumento, entre otros, que provocaron la alzada de dicha entidad.

Referente a no haberse declarado la prescripción extraordinaria decenaria consagrada en el artículo 1° de la Ley 791 de 2002, pese a haberse demostrado con holgura, según el actor, la serie de actos de poderío frente al predio el Porrazo, constituye un descamino fácil de poner en evidencia.

El artículo 41 de la Ley 153 de 1887, indica *“La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera ó la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir”*.

Es sabido que la norma invocada por el apelante, redujo, en lo que es de interés a este asunto, en su artículo primero, a diez años el término de la prescripción extraordinaria ventenaria consagrada en el artículo 2532 del Código Civil. El demandante eligió invocar esta última, de ahí que, ya no podía en el curso del

proceso, y menos en sede de alzada, querer caminar por otra senda que le pareció ulteriormente más beneficiosa a sus intereses, esto es, invocar la de tiempo más corto. Deja de lado, como lo ha enfatizado la jurisprudencia “*Es la voluntad del prescribiente, acorde con la solución dada por la regla de tránsito, la que define cuál es el precepto llamado a gobernar su prescripción.(...).*”¹³

A la luz de todo lo hasta aquí preceptuado, ciertamente no relucen de la apelación, argumentos con fuerza suficiente capaces de socavar los pilares del fallo apelado, para en su lugar razonar, que la parte actora acreditó la posesión del término gobernante de la usucapión escogida, y por contera, la concurrencia cabal de los presupuestos axiológicos de tal institución, frente a los cuales la Corte Suprema de Justicia, reitera invariablemente: “[s]iendo la propiedad tan trascendente, toda mutación en la titularidad, y con mayor razón, cuando se edifica a partir de la posesión material alegada por vía prescriptiva, apareja comprobar certera y límpidamente la concurrencia de los componentes axiológicos que la integran: (i) posesión material actual en el prescribiente; (ii) **que el bien haya sido poseído durante el tiempo exigido por la ley, en forma pública, pacífica e ininterrumpida**; (iii) identidad de la cosa a usucapir; (iv) y que ésta sea susceptible de adquirirse por pertenencia.”¹⁴ – Resalta la Sala.-

Como lo anterior basta para desestimar la alzada, por sustracción de materia, resulta inane escrutar el reparo del demandante tocante con la identificación del bien, así como los presentados por el acreedor hipotecario y la cesionaria del crédito, tendientes al triunfo de las excepciones de mérito.

¹³ Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2021. Rad. 11001-31-03-012-2015-00805-01.

¹⁴ Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2020. Rad. 11001-31-03-020-2009-00625-01.

La presente decisión genera la consecuente condena en costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Art. 365 C.G.P.

Con fundamento en lo discurrido, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

3. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia apelada por lo expuesto *ut supra*.

SEGUNDO: Condenar en costas de esta instancia al extremo demandante. Las agencias en derecho se tasarán por auto posterior y la liquidación concentrada se realizará por el *a quo* conforme al Código General del Proceso. Art. 366. C.G.P.

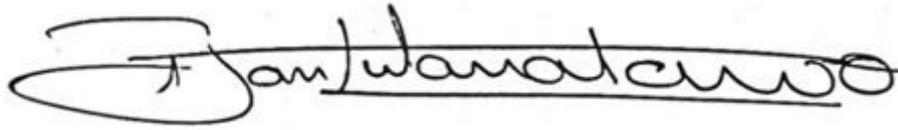
TERCERO: Devolver el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la presente providencia y tasadas las agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



ORLANDO QUINTERO GARCÍA

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Bárbara Liliana Talero Ortíz', written in a cursive style.

BÁRBARA LILIANA TALERO ORTÍZ

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Patricia Balanta Medina', written in a cursive style.

MARÍA PATRICIA BALANTA MEDINA