

## ACLARACIÓN DE VOTO

Debo empezar por señalar que comparto de manera general la decisión aquí adoptada, toda vez que, al encontrarse probados los elementos estructurales de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, era necesaria la confirmación de la sentencia que le abrió paso a la acción invocada<sup>1</sup>. También coincido en que debía revocarse la orden de cancelación de hipoteca que grava el bien objeto de usucapión; sin embargo, me separo respetuosamente de algunas de las razones expuestas en el fallo que definiera la instancia que nos ocupa, como se pasa a exponer:

### I. DE LA FALTA DE CONGRUENCIA Y LA MOTIVACIÓN.

Desde la demanda misma, se invocó como pretensión la declaración de extinción de la hipoteca constituida a favor de Graciela Carmelina Castaño (así como sus ampliaciones)<sup>2</sup> y la consecuente cancelación de sus registros<sup>3</sup>; para lo cual incluso, la demanda de pertenencia se dirigió no solo contra la titular del derecho de dominio, sino contra la acreedora hipotecaria, quien dentro de la oportunidad legal formuló excepciones de mérito. La sentencia de primera instancia acogió tanto la pretensión de prescripción adquisitiva de dominio como la de cancelación del gravamen hipotecario, aspecto que fue censurado por la titular de ese derecho; de manera tal que, en virtud del principio de congruencia, debía resolverse de fondo ese punto de apelación, para lo cual era menester entrar a estudiar el caso concreto, de cara a lo alegado por las partes y lo probado dentro del expediente, estudio que se echa de menos en la sentencia que define la segunda instancia.

Nótese cómo, la decisión objeto de aclaración se circunscribe a reseñar tres teorías que han abordado el estudio de la cancelación de la hipoteca dentro del proceso de pertenencia, unas a favor y otra en contra; para posteriormente limitarse a señalar: “No obstante las diferentes teorías y cualquiera que sea la adoptada, el proceso de pertenencia no es el escenario procesal adecuado para decidir sobre la cancelación o no de los gravámenes constituidos; en tanto y por cuanto, este asunto debe ser debatido dentro del proceso hipotecario que se adelante para hacer valer el crédito que se encuentra respaldado con la garantía real; toda vez que aunque el Código General del Proceso solo previó la citación a los acreedores hipotecarios y prendarios en juicios como el presente, no estableció como consecuencia del mismo, la posibilidad de extinguirle su derecho de pleno derecho como parece entenderse por la primera instancia”. Única explicación que fundamenta la revocatoria del punto cuestionado y que, a juicio de la suscrita, no solo es contradictoria en su propio planteamiento, sino de escasa motivación.

En efecto, no resulta claro que se parta de la descripción exhaustiva de las tres teorías que explican el aludido punto, para simplemente apartarse de las mismas y afirmar que, al margen de cualquiera de ellas, el “proceso de pertenencia no es el escenario procesal adecuado para decidir sobre la cancelación o no de los gravámenes constituidos”; ambigüedad que aumenta si se tiene en cuenta que, esa razón es uno de los argumentos centrales que fundamenta la primera teoría expuesta en la sentencia y funda la imposibilidad de revocar la hipoteca que limita al bien objeto de pertenencia. Por otro lado, se esboza una tercera teoría, denominada “ecléctica”, que desde el punto de vista conceptual solo es una variable de la segunda, pues se parte de la viabilidad de extinguir la

---

<sup>1</sup> Sin que se pudiera ampliar el hito de inicio del término de la posesión a uno anterior al confesado por la demandante en su demanda, cuestión respecto de la que se acogieron las observaciones realizadas por la suscrita, no solo por resultar aquello contra fáctico sino por no estar probado.

<sup>2</sup> Pretensión segunda de la demanda de pertenencia.

<sup>3</sup> Pretensión tercera de la demanda de pertenencia.

hipoteca cuando fuere constituida luego del inicio de la posesión que da lugar a la prescripción adquisitiva de dominio.

Al margen de lo anterior, se hace necesario aclarar que, en términos generales, no es dable la cancelación de la hipoteca que grava el bien a usucapir, cuando se funda de manera **exclusiva** en la previsión del numeral 5° del artículo 375 del C.G.P., según la cual: “Cuando el bien esté gravado con hipoteca o prenda deberá citarse también al acreedor hipotecario o prendario”. Ello, debido a que el citado precepto contiene una proposición jurídica incompleta, en la medida que dispone la obligatoriedad de un acto procesal, pero no señala la consecuencia del mismo; dicho de otra forma, no se estipuló el efecto jurídico dentro del proceso de pertenencia de tal ordenamiento, a más del enteramiento mismo del acreedor hipotecario de la existencia del proceso de pertenencia, para que, si a bien lo tiene, instaure las acciones de adjudicación, realización o efectividad de la garantía real (artículos 467 y ss. del C.G.P.). Lo anterior se encarece si no aparece la consagración de una nueva causal de extinción o “cancelación” de la hipoteca distinta a la prevista en el artículo 2457 del Código Civil.

Y es que, la mera orden de notificación al acreedor hipotecario en el proceso de pertenencia no constituye por sí misma, ningún derecho subjetivo; siendo importante recordar que el objeto de la ley procesal es la efectividad de las normas sustanciales (artículo 11 del C.G.P.), por lo que mal podría “cancelarse” un derecho real accesorio fundado en una norma que solo dispone la notificación a su titular y no la posibilidad de extinción de su derecho.

Es importante resaltar que no existe prohibición al propietario despojado de la posesión de disponer de su derecho y por tanto, de constituir hipoteca sobre su fundo; por lo que mal podría imponérsele una sanción, la extinción de su derecho real accesorio, por el ejercicio de un acto de disposición, propio de su derecho real de dominio.

Esas razones someramente expuestas, que no aparecen mencionadas y menos aún sustentadas en la sentencia, fueron las que me llevaron a considerar, de manera general que, en el proceso de pertenencia la sola notificación al acreedor hipotecario no da lugar a la cancelación de ese gravamen.

## **II. DE LA AUSENCIA DE RESOLUCIÓN DE LA PRETENSIÓN Y RESTRICCIÓN DE SU EJERCICIO.**

Tal como se indicó líneas atrás, la demandante invocó pretensiones tendientes a cancelar la hipoteca, aludiendo para el efecto actos que califica como de “indudable de mala fe”, reseñando que la demandada en una maniobra “amañada y fraudulenta [con] el propósito de dañar los intereses de mi mandante poseedora, constituyó en favor de la señora GRACIELA GUTIERREZ HERRERA el Gravamen Hipotecario de que da cuenta la Escritura Pública No. 1555”; sin que dentro de la sentencia se estudiara ese aspecto, o por lo menos, la viabilidad de acumular pretensiones, máxime cuando el artículo 98 del C.G.P. lo permite, siempre que el juez sea competente para conocer de todas, sin importar la cuantía. En todo caso conviene aclarar que, en el presente asunto, lo narrado en los hechos no pasó de ser una mera aseveración, pues no se alcanzó a demostrar la mala fe invocada por la actora.

Por último, se debe precisar que, contrario a lo afirmado en la sentencia, el proceso hipotecario no es la única vía para debatir la extinción de la hipoteca, pues sólo a título de ejemplo, se cuenta con las acciones de prescripción extintiva, de simulación, de nulidad, de inoponibilidad; sin que sea competencia de esta instancia definir el punto, que sólo se alude a título de aclaración, con el objeto de evitar ideas erradas que puedan conllevar a restricciones en el acceso a la tutela judicial efectiva de las partes en este proceso.

En los anteriores términos dejo sentada la presente aclaración.

Fecha ut supra,

**SANDRA JAIDIVE FAJARDO ROMERO**  
Magistrada

Firmado Por:

**Sandra Jaidive Fajardo Romero**  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 8 Civil Familia  
Tribunal Superior De Manizales - Caldas

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: **fb9fb850d37af349b1f3d664d677d83b196634b9e3983cc52f0089c67da0ce3**

Documento generado en 06/03/2023 09:09:06 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**