

Señor:

JUEZ VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA.

E.S.D.

REF. Contestación de demanda verbal declarativa de declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva ordinaria de dominio.

DEMANDANTE: Fernando Barón Carrillo

DEMANDADO: Promotora Urbana S.A. y demás personas indeterminadas que se crean con derecho.

RADICADO: 2018-701-00.

DANIEL FIALLO MURCIA mayor de edad, vecino de esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado tal y como aparece al pie de mi correspondiente firma, curador de las **DEMÁS PERSONAS INDETERMINADAS QUE SE CREAN CON DERECHO SOBRE EL BIEN INMUEBLE OBJETO DE USUCAPIÓN**, todo lo anterior tal y como consta en providencia que me otorga tal calidad. A través del presente escrito, concurre de manera respetuosa al despacho de Su Señoría, esto con el fin de **CONTESTAR DEMANDA VERBAL DECLARATIVA DE DECLARACIÓN DE PERTENENCIA POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ORDINARIA DE DOMINIO**, promovida por el señor **FERNANDO BARÓN CARRILLO**, persona identificada con cédula de ciudadanía No. 91.216.536 de Bucaramanga, todo esto tal y como consta en el libelo incoado por la parte actora. La presente contestación se fundamenta en los siguientes pronunciamientos y consideraciones,

FRENTE A LOS HECHOS:

EN CUANTO AL PRIMERO: ES CIERTO, Conforme el poder que se evidencia al plenario de la referencia.

EN CUANTO AL SEGUNDO: NO ME CONSTA, sin embargo, conforme a lo que se puede evidenciar al plenario lo manifestado por la apoderada parece ser cierto. En todo caso, me atengo a lo que resulte probado en este proceso.

EN CUANTO AL TERCERO: NO ES CIERTO, esto como quiera que el hecho es contradictorio en referencia al proceso en sí, toda vez que, si en efecto el demandado hubiere hecho transferencia del dominio, propiedad y posesión del predio al demandado, entonces no tendría razón de ser el presente proceso declarativo. Considera el suscrito que la apoderada confunde términos tan elementales y diferenciados como el de posesión y propiedad, esto es, una cosa es que eventualmente la pasiva hubiese consentido la posesión del demandante, otra muy distinta es que hubiese hecho la tradición del predio, esto es, la inscripción del acto traslativo de dominio en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble y entregado la posesión, acto que no sucedió, ya que claramente se puede evidenciar que el predio no está en cabeza del demandante sino del demandado, además de que el mismo cuenta con una acción real promovida por la señora ESTHER MARTINEZ MATEUS, quien desde ya solicitó al despacho que vinculé de oficio, en caso tal de que no se haya hecho.

EN CUANTO AL CUARTO: NO ME CONSTA, sin embargo, si ha de ser esto cierto, tenemos que, el presente proceso declarativo no sería un proceso de pertenencia propiamente dicho, sino sería un proceso verbal declarativo de incumplimiento, esto en tanto el demandante es claro en reconocer un negocio jurídico previo a la posesión, esto es, una cesión sobre un derechos

de promesa de compraventa con la demandada, aunado a la manifestación del pago de los derechos de dicha promesa, esto es, el mismo reconoce que a pesar de haberse pagado el importe de la promesa de compraventa, el accionado no ha cumplido con su obligación de efectuar la tradición, lo que entonces sería un incumplimiento contractual que no se debe encausar por esta vía sino por la vía del proceso declarativo de incumplimiento.

EN CUANTO AL QUINTO: ES CIERTO, conforme se puede evidenciar a los documentos anexos al plenario.

EN CUANTO AL SEXTO: NO ME CONSTA, sin embargo, se puede apreciar al material probatorio que el demandante ha tenido posesión del inmueble.

EN CUANTO AL SÉPTIMO: NO ME CONSTA, sin embargo, si ha de ser esto cierto, tenemos que, el presente proceso declarativo no sería un proceso de pertenencia propiamente dicho, sino sería un proceso verbal declarativo de incumplimiento, esto en tanto el demandante es claro en reconocer un negocio jurídico previo a la posesión, esto es, una cesión sobre un derechos de promesa de compraventa con la demandada, aunado a la manifestación del pago de los derechos de dicha promesa, esto es, el mismo reconoce que a pesar de haberse pagado el importe de la promesa de compraventa, el accionado no ha cumplido con su obligación de efectuar la tradición, lo que entonces sería un incumplimiento contractual que no se debe encausar por esta vía sino por la vía del proceso declarativo de incumplimiento.

EN CUANTO AL OCTAVO: ES CIERTO, conforme al certificado de tradición y libertad del predio.

EN CUANTO AL NOVENO: NO ME CONSTA, sin embargo, conviene manifestar al despacho nuevamente que, el mismo demandado es claro en manifestar que, toda la situación subyacente del presente proceso deviene un negocio jurídico de promesa de compraventa por demás incumplido por el demandado, lo que nos permite colegir que si el mismo pretende la materialización del negocio jurídico en cuestión, esto es, la tradición del predio mediante el otorgamiento de la escritura pública de compraventa y su consecuente registro, la vía procesal indicada es la del proceso verbal declarativo de responsabilidad civil CONTRACTUAL y no un proceso de prescripción, teniendo en cuenta que este es plenamente conocedor del vinculo jurídico por el que accedió a la posesión del predio que no es una simple ocupación por la vacancia del predio, sino por el contrario por un negocio jurídico en el que se le prometió vender dicho predio, máxime si se tiene en cuenta que, como este lo manifiesta en hechos precedentes, la hipoteca del predio que hoy impide la materialización del negocio jurídico deviene de una hipoteca constituida sobre el predio de mayor extensión que dio lugar al desenglobe del predio que le prometieron en venta, lo que entonces hace que este fuera plenamente conocedor de dicho gravamen de manera previa a la celebración del negocio jurídico, lo que entonces nos llevaría a pensar que, por un camino u otro, lo cierto es que el demandante tendría vocación a ser llamado como demandado sustituto en lo que respecta a la proporción de la obligación que se encuentra garantizado con hipoteca en su predio de menor extensión, por lo que en últimas, el proceso adelantado no solo es inadecuado sino ineficaz.

EN CUANTO AL DÉCIMO: NO ME CONSTA, sin embargo sostengo mi posición, en tanto el mismo, de haber obtenido el título y el modo, lo ha realizado como consecuencia de un negocio jurídico posterior a la

constitución de la hipoteca constituida sobre el predio de mayor extensión, esto es, la prescripción adquisitiva de dominio no es procedente en virtud a que lo que procede es el proceso de responsabilidad civil contractual, aunado a que con la eventual prosperidad de este proceso, no se pueden desconocer derechos reales a la acreedora hipotecaria, ya que esta es anterior a la posesión del demandante.

EN CUANTO AL DÉCIMO PRIMERO: NO ME CONSTA, sin embargo sostengo mi posición, en tanto el mismo, de haber obtenido el título y el modo, lo ha realizado como consecuencia de un negocio jurídico posterior a la constitución de la hipoteca constituida sobre el predio de mayor extensión, esto es, la prescripción adquisitiva de dominio no es procedente en virtud a que lo que procede es el proceso de responsabilidad civil contractual, aunado a que con la eventual prosperidad de este proceso, no se pueden desconocer derechos reales a la acreedora hipotecaria, ya que esta es anterior a la posesión del demandante.

FRENTE A LAS PRETENSIONES:

EN CUANTO A LA PRIMERA: ME OPONGO, por cuanto la acción adelantada en el presente proceso es inadecuada, en virtud a que la acción judicial que procede es la acción de responsabilidad civil contractual en contra del demandado.

EN CUANTO A LA SEGUNDA: ME OPONGO, por cuanto la acción adelantada en el presente proceso es inadecuada, en virtud a que la acción judicial que procede es la acción de responsabilidad civil contractual en contra del demandado, aunado a que es reiterativa.

EN CUANTO A LA TERCERA: ME OPONGO, por cuanto la acción adelantada en el presente proceso es inadecuada, en virtud a que la acción judicial que procede es la acción de responsabilidad civil contractual en contra del demandado, aunado a que es reiterativa

EN CUANTO A LA CUARTA: ME OPONGO, por cuanto la acción adelantada en el presente proceso es inadecuada, en virtud a que la acción judicial que procede es la acción de responsabilidad civil contractual en contra del demandado.

EN CUANTO A LA QUINTA: ME OPONGO, en virtud a que el demandante reconoce de manera expresa que la hipoteca se constituyó con el ánimo de desarrollar el proyecto de vivienda que dio lugar a la construcción del predio que se pretende usucapir, situación que por virtud de la oponibilidad que pretende dar el registro de tradición y libertad a los inmuebles, debía ser plenamente conocido por el demandante, luego no le es dable en este momento exigir el levantamiento de un gravamen que conoció al momento de realizar el negocio jurídico que le dio la posesión del predio a usucapir.

EN CUANTO A LA SEXTA: ME OPONGO, por cuanto la acción adelantada en el presente proceso es inadecuada, en virtud a que la acción judicial que procede es la acción de responsabilidad civil contractual en contra del demandado, aunado a que es reiterativa

EN CUANTO A LA SÉPTIMA: ME OPONGO, por cuanto la acción adelantada en el presente proceso es inadecuada, en virtud a que la acción judicial que procede es la acción de responsabilidad civil contractual en

contra del demandado, lo que nos lleva a concluir que es el demandante quien se encuentra llamado a pagar costas procesales.

EXCEPCIONES DE MÉRITO:

INDEBIDO ENCAUSAMIENTO PROCESAL DE LA PRESENTE ACCIÓN JUDICIAL:

Tal y como se ha esgrimido precedentemente, considera esta curaduría que la acción elegida por el demandante, es una acción inadecuada, esto como quiera que el mismo llegó a tener la titularidad de poseedor en virtud de un contrato de cesión de derechos de un contrato de promesa de compraventa, siendo este último el negocio jurídico causal del ingreso y toma de posesión del predio objeto de litis. Dicho esto, tenemos entonces que, la acción judicial que satisface los efectos pretendidos por el poseedor, no son otros distintos que el de la coactividad del cumplimiento contractual del contrato de promesa celebrado con el demandado y no, desconocer este vínculo jurídico precedente y sobre todo causante de la posesión del actor.

Es por esto que, considera este extremo que encausar procesos eminentemente contractuales por la vía de una usucapión, no solo es totalmente indebido e inadecuado desde el punto de vista procesal, sino que además desdibuja institutos tan importantes en el derecho como lo son los contratos y las consecuencias de sus incumplimientos, situación que para el caso en comento no solo es vital sino indispensable, ya que sin que el contrato de promesa de compraventa naciera a la vida jurídica, el demandante nunca hubiese ejercido la posesión que hoy pretende oponer a los terceros que actualmente representó.

INEFICACIA DE LA PRESCRIPCIÓN FRENTE A LA OBLIGACIÓN HIPOTECARIA ACTUALMENTE EJECUTADA:

Hay que llamar la atención al despacho frente a este punto y es la manera en la que considera esta curaduría como debería operar el gravamen hipotecario en este proceso declarativo. A concepto propio, sería irrelevante la declaratoria de prescripción para lo que importa a la obligación garantizada por hipoteca, esto como quiera que la hipoteca, como bien lo destaca el demandante, es una hipoteca que se constituyó sobre un predio de mayor extensión y del que a su vez se disgregaron los predios de menor extensión que conforman la copropiedad denominada TORRE RESIDENCIAL FLORENCIA, ya que es con estos dineros que la constructora pudo desarrollar en proyecto urbanístico del predio que se pretende usucapir.

Así las cosas y partiendo del hecho que, necesaria e indefectiblemente la hipoteca constituida sobre el predio de mayor extensión que se terminó extendiendo sobre el predio de menor extensión que se pretende adquirir por prescripción, se inscribió en el folio de matrícula inmobiliaria del predio de mayor extensión, primero que la ocurrencia del fenómeno de la posesión, inclusive desde el mismo primer día en el que esto ocurrió, entonces resulta totalmente claro que dicho gravamen era conocido por el demandante y poseedor, quien recuérdese, llegó a este predio por virtud de una promesa de compraventa sobre el predio y no lo al azar o de manera aleatoria o desconocida, lo que entonces le imponía cuando menos el deber de revisar el folio de matrícula inmobiliaria del predio, el cual es de público conocimiento y consecuentemente abstenerse de realizar el negocio jurídico

que le otorgó la posesión o en su defecto debemos presumir al haberlo celebrado que, le era totalmente oponible desde el primer día de su posesión.

Bajo esta arista jurídica, resultaría totalmente inane el hecho de que se declarará la prescripción adquisitiva de dominio sobre el predio en cuestión, ello como quiera que el demandante celebró la cesión de los derechos de promesa de compraventa a sabiendas de la existencia de un gravamen real hipotecario, siendo esta la única causa por la que se inicia el presente proceso, burlar o socavar los derechos y acreencias del acreedor hipotecario, quien en buena fe constituyó su gravamen hipotecario de manera previa INCLUSIVE a la construcción del proyecto y a quien se le pretenden desconocer sus acreencias económicas con procesos que además no se adecuan a la realidad fáctica y jurídica de lo realmente pretendido.

Mal haría el despacho en ordenar el levantamiento de dicho gravamen hipotecario, siendo que el mismo le era TOTALMENTE OPONIBLE AL DEMANDANTE al momento de su ingreso y ocupación al predio que hoy pretenden que le adjudiquen.

En dicho orden argumentativo, tal tesis de protección de derechos al acreedor hipotecario en sede de una litis de esta indole, ha sido entendida y salvaguardada por la Corte Suprema de Justicia de Colombia – Sala Civil, quien en sentencia No. 4219 del 1 de septiembre de 1995, con ponencia del Dr. Hector Marin Naranjo, concluyó respecto al derecho de hipoteca en procesos de prescripción, lo siguiente:

Empero, tal orden no la puede dar el juez sino porque hubiese ocurrido una de dos cosas, a saber: O porque se produjo una causal de extinción, bien de la obligación garantizada con la hipoteca (pago, novación, prescripción, etc.), o bien de la hipoteca misma (ampliación del plazo). O, de otro lado, porque la hipoteca es nula.

La precedente observación hace ver cómo, entonces, la orden judicial de cancelación no es autónoma, sino que aparece como un instrumento mediante el cual en un caso dado se persigue la formalización, sea de una causal de extinción, sea de una de invalidez de la hipoteca. Dicho carácter instrumental se ve confirmado por el hecho de que la orden sirve por igual o indistintamente a los supuestos de extinción y de nulidad de la hipoteca, siendo, como es, que entre una y otra figura median sustanciales diferencias. Sin ahondar en el punto, pues no es estrictamente indispensable, baste observar que los de la extinción son todos motivos sobrevinientes, mientras que la nulidad surge por el desconocimiento de exigencias atañedoras a la constitución de la hipoteca en cualquiera de los aspectos atrás señalados; depurando la cuestión al máximo, pudiérase decir que la extinción, como tal, presupone una hipoteca válidamente constituida. En consecuencia, la orden judicial de cancelación no es, en sí misma, causal de extinción de la hipoteca.

iv.- Sentado lo anterior y retornando a lo dicho en un comienzo, el recurrente parte de considerar que la cancelación de los gravámenes hipotecarios dispuesta por el ad-quem en el ordinal 2º de su sentencia, aparece como la consecuencia de la declaratoria de dominio efectuada en el numeral 1º, criterio que la Sala estima ajustado al contexto del fallo que se revisa. Es más, en esos exactos términos lo pidió el demandante en el libelo incoativo del proceso (v. fl. 22 y s., cdno. 1). Por fuera de que no fue objeto del debate, ni, desde luego, del examen del Tribunal, la presencia de algún motivo de

nulidad, o, más generalmente, de ineficacia, de las hipotecas ordenadas cancelar.

En ese orden de ideas, como desarrollo lógico de lo precedentemente discurrecido, surge la consideración consistente en que la declaratoria de dominio por prescripción adquisitiva de un bien inmueble hecha en favor del poseedor material no está prevista en la ley como causa de extinción de la hipoteca que el poseedor inscrito del predio hubiese otorgado en favor de un tercero. Mal pudiera estarlo, entre otras razones, porque la situación que entonces se presenta no es de aquellas que quepan reputarse como sobrevinientes al establecimiento de la hipoteca, que es donde se ubican los supuestos que dan pie a la extinción. Tal situación tiene un encuadramiento por completo diferente en la medida en que lo que habría preguntarse es por el valor o, en términos más amplios, por la eficacia que le sería atribuible a la hipoteca constituida por quien siendo poseedor inscrito del predio carece, sin embargo, de su posesión material. Pero la Sala no se detiene en el examen de este punto, puesto que ni la sentencia impugnada se ocupó de él, ni en su oportunidad el actor ubicó el debate en esa perspectiva, ni, por cierto, el casacionista tenía entonces por qué abordarlo.

v.- Por otra parte, no cabe la menor duda que en la posición del Tribunal jugó un papel preponderante el significado que, “implícitamente” como lo dice el recurrente, le atribuyó a los denominados efectos erga omnes del fallo que declare el dominio.

v. 1.- El ad-quem no pudo menos de haber entendido que por virtud de los efectos erga omnes de la declaratoria judicial de pertenencia, se extinguen los derechos reales, principales o accesorios, que terceros tengan en el bien.

Para evaluar la exactitud de semejante criterio, la Sala estima conveniente volver sobre los supuestos atrás vistos, en los que se produce la purga de la hipoteca.

Uno de tales casos se presenta cuando el tercero adquirió la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el juez, a voces del inciso 2º de artículo 2452 del C. c. Esta norma encuentra su cabal desarrollo en el numeral 1º del artículo 530 del C. de p. c., como que allí se dispone que en el auto aprobatorio del remate debe disponerse “la cancelación de los gravámenes prendarios o hipotecarios que afecten el bien objeto del remate”, lo cual es como lo prescribe el precepto porque, de todas formas, el acreedor hipotecario debe ser citado a que haga valer sus derechos, conforme lo ordena el artículo 539 ib. Naturalmente, si no los hace valer, ha de atenerse a las consecuencias citadas.

El otro es el de la expropiación. Aquí la demanda únicamente se dirige contra los titulares de derechos reales principales y si estos se encuentran en litigio, también contra las partes del respectivo proceso (art. 451-2 ib.), o sea que no hay lugar a citar a los titulares de derechos reales accesorios, como es el de hipoteca. Pero este tratamiento legal de la cuestión encuentra cabal explicación en lo atrás anotado, o sea, en que si el bien estaba gravado con hipoteca o prenda, el precio de la expropiación quedará a órdenes del juzgado para que sobre él los acreedores puedan hacer valer sus derechos, en proceso separado (art. 458 ib.).

Pero ocurre que nada de eso está previsto en el ordenamiento para el proceso de declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva. En este, la regla

legal (parte final del numeral 5 del artículo 407 ib.) dice que “siempre que en el certificado -de registro- figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella”, por lo que es diáfano que de tal exigencia encuéntrase excluidos los titulares de derechos reales accesorios, como es el de hipoteca.

¿Será ese, entonces, un vacío del precepto que debe ser llenado con invocación del efecto erga omnes del fallo para deducir, por esta vía, que por virtud de dicho efecto sí resulta indispensable tal citación? ¿O, por el contrario, lo atinado será concluir que la norma es exacta tal como se encuentra concebida y que, en lo concerniente a los efectos erga omnes, éstos no tienen la virtualidad de purgar la hipoteca?.

A fin de optar por uno u otro criterio, es pertinente recordar que derecho real accesorio es también el de servidumbre (arts. 879 y 880 del C. c.), y a nadie se le ocurriría el despropósito de sostener que con base en los efectos erga omnes de la sentencia que declara el dominio el predio queda purgado de la servidumbre que ha venido soportando. El titular del predio dominante no se ve perturbado por esa determinación y, desde luego, no tenía por qué haber sido citado al proceso.

Hay, en consecuencia, que concluir que los términos del citado numeral 5º del artículo 407 son exactos, y que, por lo mismo, corresponde decir otro tanto respecto del acreedor hipotecario, puesto que su derecho también es accesorio y no principal, sin que la citación espontánea que en un caso dado se verifique, como aquí sucedió, altere la conclusión.

Todo, pues, queda acotado por el sentido de los efectos erga omnes del fallo, el cual aparece precisado en el artículo 70 del Decreto 1250 de 1970, por cuya virtud, “cumplida la inscripción de la sentencia declarativa de pertenencia, en adelante no se admitirá demanda sobre la propiedad o posesión del inmueble matriculado en las condiciones dichas, por causa anterior a la sentencia”.

Si el referido es el alcance de los denominados efectos erga omnes del fallo de pertenencia, o sea, si lo que con él se quiere dar a comprender es que el derecho de propiedad ha quedado radicado en cabeza del prescribiente sin que tal atribución le pueda ser discutida en adelante por nadie, no es posible, bajo ningún respecto, pensar que dichos efectos, por serlo en frente de todo el mundo, tienen la virtualidad de acarrear el arrasamiento de los derechos reales accesorios constituidos sobre el bien objeto de la declaratoria, conclusión que la Sala encuentra corroborada por el propio texto del ordinal 11 del artículo 407 del C. de P. C., cuando, a vuelta de establecer que la sentencia que declare la pertenencia debe ser consultada y que “una vez en firme producirá efectos erga omnes”, dice que “el juez ordenará su inscripción en el competente registro”, lo que representa que ninguna otra cosa puede disponer el juez en cuanto al registro concierne, en particular la cancelación de otros derechos reales, distintos al de propiedad que resulte extinguido por causa de la declaratoria de dominio.

Y es que, finalmente, si la declaración de pertenencia tiene un propósito purificador de la propiedad, a fin de que se adecúe a la función social que le corresponde, dicho propósito debe enmarcarse dentro de lo que determine la propia ley, la cual, por lo visto, nada dice en pro de la cancelación de la hipoteca que en este proceso pretendió el demandante como una consecuencia de la declaratoria de dominio también pedida por él.

v. 2.- Se ha dicho, por otra parte, en contra de lo que aquí se viene sosteniendo que si la declaración de pertenencia no trajera aparejada la posibilidad de que quedaran purgadas las hipotecas que pesaban sobre el bien, al poseedor inscrito le quedaría muy fácil constituir sobre él un gravamen de tal naturaleza para que luego le fuera rematado en la ejecución que contra él se instaurara, con lo que se podrían ver burladas las expectativas del usucapiente.

Empero, no se puede pasar de largo ante el hecho de que el poseedor puede oponerse al secuestro del bien, lo que es indispensable para que el remate pueda llevarse a cabo (art. 515, C. de p. c.), lo que, por supuesto, debe dejarlo a salvo de eventualidades como la citada.

vi.- Como consecuencia de todo lo discurrido se colige que el Tribunal quebrantó los preceptos citados en el cargo, por lo que el fallo debe ser casado.

Para sustentar la decisión que sustitutivamente debe adoptar la Sala, son válidas las razones que vienen de exponerse, pues conducen de manera directa a la desestimación de la pretensión de cancelación de la hipoteca constituida en favor del Banco de Colombia como consecuencia de la declaratoria de dominio consignada en favor de José Hamid Saab Diaab. Ellas, por consiguiente, se dan por reproducidas acá.

Como quiera que el cargo que prospera contiene un ataque parcial, la Sala reproducirá de la sentencia del Tribunal todo aquello que no resulte afectado por el fallo de casación ni por la decisión sustitutiva.

PRUEBAS:

INTERROGATORIO DE PARTE:

1. Respetuosamente solicitó al despacho que, en calidad de demandante, cite al señor FERNANDO BARON CARRILLO a fin de que declare sobre los hechos que le consten o no al interior de la presente causa procesal, específicamente los relatados de numeral primero a décimo primero de los hechos.
2. Respetuosamente solicitó al despacho que, en calidad de representante legal del demandado, cite al señor JUAN CARLOS LAITON MORENO a fin de que declare sobre los hechos que le consten o no al interior de la presente causa procesal, específicamente los relatados de numeral primero a décimo primero de los hechos.

NOTIFICACIONES:

EL SUSCRITO APODERADO: En mi oficina de abogado ubicada en la Calle 34 No. 19 – 41 local 114 del Centro Internacional de Negocios la Tríada del Municipio de Bucaramanga/Santander.

Correo electrónico: danielfiallo1508@hotmail.com

Con mi invariable respeto de siempre,



DANIEL FIALLO MURCIA
C.C. 1.098.773.338 de Bucaramanga.
T.P. 339.338 del C. S. de la J.