

FABIAN RODRIGUEZ CASTAÑO

ABOGADO

Barrio El Bosque, Dg. 21 B # 49 - 64, Edificio Serranova, Bloque 1, Apto. 606

Cartagena – Colombia

E mail: fabianrocaabogado@yahoo.es - Cel. 320 5439200

Cartagena de Indias D.T. y C., 6 de abril de 2.021

Señora

JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

E.S.D.

Referencia: APELACION DE SENTENCIA

Proceso de pertenencia instaurado por el señor **DAIRO ALFONSO VARGAS LOPEZ** en contra del señor **JOSE ANGEL BENAVIDES MENDOZA y PERSONAS INDETERMINADAS.**

(Hay demanda de reconvención de reivindicación)

Rad. # 13001 40 03 007 2017 00812 01

Asunto: SUSTENTACION DE LA APELACION.

FABIAN RODRIGUEZ CASTAÑO, apoderado judicial del señor **DAIRO ALFONSO VARGAS LOPEZ**, **APELANTE DE LA SENTENCIA**, oportunamente comparezco a su despacho para **SUSTENTAR RECURSO DE APELACION** en contra de la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2.020, en sus numerales sexto, séptimo y octavo.

RAZONES DE LA DISCONFORMIDAD:

Mi representado, por intermedio del suscrito, expresa su rotundo rechazo a lo resuelto por la juez de primera instancia, en lo que se refiere a no reconocerle el **DERECHO DE RETENCION** respecto de las **MEJORAS ÚTILES** efectuadas de **BUENA FE** por mi mandante, es decir, no compartimos lo resuelto en la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2.020, en sus numerales sexto, séptimo y octavo.

En concreto, se niega el **DERECHO DE RETENCION** con fundamento en dos (2) razones:

La primera: No se le dio valor probatorio al Dictamen Pericial rendido por el Auxiliar de la Justicia señor **MARCELO PEÑA POMARES**, con relación a las mejoras hecha por mi representado sobre el lote materia de litis. Y ello porque a juicio del **A QUO**:

- a) El perito no está certificado por la RAE para hacer avalúos.

Si bien es cierto el perito adolece de tal certificación, eso *per se* no significa que el perito no cuenta con los conocimientos técnicos o especiales para efectuar el **AVALUO DE MEJORAS** que

se le solicito. La IDONEIDAD del perito no admite reparo alguno, y no puede la Juez de primera instancia, desconocer al rompe la trayectoria del perito y el largo tiempo que tiene en la rama judicial como AUXILIAR DE LA JUSTICIA AVALUADOR, condición que está debidamente acreditada en el proceso.

Además, esa prueba pericial debe valorarse en conjunto con otras pruebas obrantes en el proceso, particularmente con el valor (AVALUO CATASTRAL) que le dio el INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZI a dicha MEJORA, la que se identifica con el # 01 – 08 – 1087 – 0005 – 001, la cual según certificado predial anexo a la demanda en el año 2.017 era de \$ 174.023.000.00 y en el 2.020 es de \$ 184.621.000.00, situación está que se constituye en una clara preterición o desconocimiento de esta prueba, pese a su importancia probatoria, en la medida en que está certificada por un ente oficial como lo es el INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZI.

- b) No hubo discriminación ni sustento probatorio por parte del perito, de dónde provenía el valor señalado.

Esto no es cierto. El perito identifico plenamente lo que existía en cada uno de los niveles de la construcción hecha por mi mandante, así como el estado de conservación. Y dicho perito, además, en interrogatorio rendido en diligencia se refirió a la forma en que llego a concluir el valor que les dio a las mejoras, teniendo en cuenta el área de construcción y la construcción misma, lo que según su dicho estaba en condiciones de efectuar por ser Ingeniero Civil.

Ahora bien, lo concluido por el perito, es decir, su REAL CONVICCION PROFESIONAL, no puede dejarse sin efecto jurídico alguno, por el hecho de que no discriminara ítem por ítem y de igual manera señalara valores, a las mejoras existentes (baños, paredes, cuartos, etc), las cuales en su conjunto hacen parte de varios apartamentos que fueron construidos por mi mandante.

Debo decir también, que no existe prueba de igual o similar naturaleza, presentada por la parte frente a la cual se aduce ese dictamen pericial, que le reste efectos probatorios al Dictamen Pericial en lo que al AVALUO DE LAS MEJORAS se refiere, así que no debe el despacho dejar sin fuerza probatoria a tal medio de convencimiento.

- c) No explico el perito si su avalúo, correspondía al lote y la edificación construida en él, o solo a la edificación o solo al valor del lote.

Esto tampoco es cierto. El perito sobre el particular, al rendir su dictamen señala en el literal F) lo siguiente:

“EL PERITO DEBERA DETERMINAR CUALES SON LAS MEJORAS UTILES HECHA POR EL DEMANDANTE DAIRO ALFONSO VARGAS LOPEZ EN EL INMUEBLE A PRESCRIBIR Y EL AVALUO DE LOS MISMO” (sic)”

De la simple lectura de este título, queda claro qué es lo que era objeto de avalúo.

Además, en interrogatorio rendido en diligencia, el perito fue claro y enfático al afirmar que su avalúo solo correspondió a las mejoras, es decir, que dicho avalúo no incluyó el valor del lote.

Y tengamos en cuenta también, que cuando se habla de MEJORAS, nos estamos refiriendo a la construcción que existe en suelo ajeno y de allí que la referencia catastral a nombre de mi mandante es la # 01 – 08 – 1087 – 0005 – 001, la cual aparece con un AREA CONSTRUIDA de 207 Mts. 2 conforme certificado predial que reposa en el proceso.

Estos tres últimos números de la referencia catastral señalada (001), significan que mi mandante es el dueño de la MEJORA 1 sobre el predio de referencia catastral # 01 – 08 – 1087 – 0005 – 000, predio este último respecto del cual el señor JOSE ANGEL BENAVIDES MENDOZA solicitó la restitución por vía de reivindicación.

Y es que el objeto de la prueba pericial en cuanto al avalúo de tales MEJORAS, obedecía a la pretensión de reconocimiento del DERECHO DE RETENCION, y en ese orden de ideas, sobraba por impertinente conocer el avalúo del lote.

La segunda: Porque las referidas mejoras están involucradas en un proceso administrativo por violación de normas urbanísticas, siendo improcedente que el despacho ordene pagos sobre unas mejoras que no fueron realizadas conforme a la ley.

Tampoco le asiste razón a la juez de primera instancia, porque si bien es cierto existe una orden de suspensión de obra POR PRESUNTA VIOLACION DE NORMAS URBANISTICAS, igualmente es cierto que hasta la presente no existe una decisión definitiva y ejecutoriada de la Alcaldía Mayor de Cartagena proferida en contra de mí representado, que haya puesto fin al correspondiente proceso administrativo. Es más, hoy día está abierta la posibilidad de que mi mandante por intermedio del TRAMITE DE RECONOCIMIENTO, previo las exigencias legales, pueda sanear su situación y acceder al reconocimiento de su construcción.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que mi mandante COMPRO DE BUENA FE Y CONSTRUYO DE BUENA FE, y frente a esa situación no existe prueba que demuestre lo contrario. Es decir, mi mandante construyo con la convicción de que estaba construyendo sobre lo que era suyo ya que nadie le disputo la calidad de dueño, y luego de que ha construido es que aparece el señor JOSE ANGEL BENAVIDES MENDOZA reclamando su lote, cuando ya la obra estaba en el estado en que hoy se encuentra, por eso estimamos procedente el reconocimiento del DERECHO DE RETENCION, porque de no accederse a ello, estaríamos frente a un caso de ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA en contra de mi mandante y a favor del señor JOSE ANGEL BENAVIDES MENDOZA.

Refuerza este planteamiento lo normado en el Art. 739 del Código Civil, cuya norma ha sido analizada por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de fecha 7 de noviembre de 2.018, MP Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque, al referirse a sus dos hipótesis así:

“Con tal propósito el artículo 739 del Código Civil contempla dos supuestos que gobiernan hipótesis diversas, así:

En el primero establece que

[e]l dueño del terreno en que otra persona, sin su consentimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas en favor de los poseedores de buena o mala fe en el Título De la Reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.

Tal regulación, cumple decirlo, se ocupa de aquellas situaciones en que alguien edifica, planta o siembra en terreno ajeno sin conocimiento del titular del terreno y confiere al propietario del suelo un derecho de opción consistente en la posibilidad de acogerse a las reglas de la accesión, en cuyo caso pasará a ser dueño automáticamente de las mejoras, con cargo de pagar su valor al que las plantó allí a fin de evitar un enriquecimiento sin causa, o de rechazar las reglas de la accesión y obligar entonces al que edificó o sembró a pagarle el correspondiente precio del terreno con los intereses legales, por todo el tiempo que lo tuvo en su poder.

Ya en el segundo, advierte que

[s]i se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.

En este caso, que es sustancialmente diverso al anterior, la ley entiende que el constructor obró a ciencia y paciencia del propietario del suelo, y por eso previene unas consecuencias diferentes a las que dimanarían del inciso primero, toda vez que confiere al verus dominus del suelo mejorado un derecho de preferencia que lo faculta para liquidar a su favor la situación jurídica que se forma después de que otra persona, con su anuencia, ha edificado, plantado o sembrado en suelo de su propiedad, obligándolo a pagar el valor del edificio, plantación o sementera a quien lo levantó, sembró o plantó, si lo que pretende es recobrarlo, no pudiendo, en todo caso, desposeer al mejorista hasta tanto no medie la respectiva liquidación y el pago de las correspondientes mejoras.

No obstante, la jurisprudencia ha entendido que en cualquiera de esos dos supuestos es presupuesto para que el mejorista obtenga el reembolso de su inversión que el propietario intente recobrar el fundo, pues su derecho no es real sino personal, en tanto que constituye, a ojos vistas, un crédito que está ligado a la pérdida de la detentación del inmueble, por lo que antes de que se aspire a recuperar el predio aquél no puede ser ejercido en forma autónoma (CSJ022 de 1998, rad. nº 4674, SC166 de 2006, rad. nº 1997-09188-01 y SC10896 de 2015, rad. nº 2005-00011-01).

Para decirlo de otro modo: la garantía propia del que edificó, plantó o sembró en heredad de otro origina, ante todo, un derecho de crédito que opera a favor suyo frente al titular del feudo, concerniente a las prestaciones mutuas propias de la acción dominical, ora al valor del edificio, plantación o sementera, y por ello sólo surge cuando el dueño del terreno busca por cualquier medio -jurídico o de facto- la recuperación del terreno y junto a él obtener la tenencia de los accesorios.

Sobre ese preciso aspecto, la Corte ha expuesto que

[n]ótase claramente que el artículo precitado, (739) en ninguno de sus dos incisos, confiere derecho independiente a quien ha edificado, plantado o sembrado en suelo ajeno, para demandar del propietario del predio el pago del valor del edificio, plantación o sementera o para obligarlo a que le venda el terreno mejorado, mientras tenga el bien en su poder. 'Y como, en principio, quien es señor de la tierra pasa a serlo, por el modo de la accesión, de lo que otro edifica en ella en virtud de que lo accesorio es atraído por lo principal, síguese que, en tal evento, el edificador no tiene un derecho de dominio tal sobre la mejora que le faculte para disponer de ella a su antojo o para impedir que el dueño de la tierra la haga suya. El señorío de la mejora, entonces, lo adquiere éste por el modo originario de la accesión, y no por derivarlo de un acto de voluntad del mejorante, quien, como adelante se dirá, sólo tiene un derecho crediticio por el valor de la edificación o por el valor de las prestaciones mutuas, en su caso. Este derecho crediticio que el artículo 739 apuntado conceda al mejorador, no es autónomo, sólo puede ser ejercitado por éste, cuando el dueño de la tierra haga uso de las prerrogativas que la misma disposición le otorga' (G. J. CXLIII, Pág. 43). Y más adelante se agrega que '...Cabe precisar, repitiendo, que por la índole del derecho de retención, éste sólo se concede al mejorador que está en poder de la respectiva mejora. Además, como se dijo en el punto 1, el derecho crediticio que la ley le concede, no puede, con base en el artículo 739 apuntado, reclamarse independientemente en juicio, como pretensión autónoma, sin que previamente el dueño del suelo haga valer los derechos, que como a tal le concede esa disposición' (Ejusdem, pág. 44). (Primera de las sentencias citadas, se resalta).

Prueba que solicito: Solicito se oficie al INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZI REGIONAL BOLIVAR, para que remitan a esta actuación certificado predial con relación al Avalúo Catastral de la MEJORA # 01 – 08 – 1087 – 0005 – 001, la cual está a nombre de mi representado.

Lo que solicito: En atención a lo antes manifestado por el suscrito, respetuosamente solicito a la JUEZ SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, que revoque los numerales sexto, séptimo y octavo del fallo objeto de alzada, y en su lugar se disponga el reconocimiento del DERECHO DE RETENCION a favor de mi representado, ya sea en el monto señalado por el perito (\$ 268.866.000.00), o ya sea por el monto que el INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZI le asigne a tal mejora para el año 2.020 (\$ 184.621.000.00)

Atentamente,



FABIAN RODRIGUEZ CASTAÑO.

C.C. No. 73.159.177

T.P. No. 90.590 del C.S. de la J.