

HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR De POPAYAN
Sala Civil y De Familia

REF.: Expediente nº 2017 – 00204 - 01
CLASE DE PROCESO: Verbal Reivindicatorio
DEMANDANTE: Patricia Martínez Villegas
DDO: Ana Consuelo Gutiérrez Hurtado
Sustentación De Apelación

JORGE ANDRES SANTACRUZ CAICEDO, abogado en ejercicio, obrando en mi calidad de Apoderado Especial de la Parte Demandante comedidamente me permito **SUSTENTAR** el **RECURSO DE APELACION** interpuesto frente a la sentencia de primer grado de la forma siguiente:

ANTECEDENTES

A través de la sentencia de fecha 25 de enero de 2.019, el Juzgado Cuarto Civil Del Circuito De Popayán, resolvió declarar probada la excepción de mérito denominada Prescripción Extraordinaria Adquisitiva De Dominio y en consecuencia denegar las pretensiones de la demanda reivindicatoria. Esta decisión se sustentó entre otras razones sobre las siguientes consideraciones jurídicas:

Acerca de la tacha de testigos de la defensa dijo: ...En este orden de ideas, define el despacho que no hay prueba que logre demostrar la falta de imparcialidad de los testigos enunciados, razón por la cual no hay lugar a aceptar ninguna de las tachas incoadas por los apoderados de las partes del litigio.

Acerca de la existencia de una prueba de confesión afirmó: ..Para este despacho, las manifestaciones de las partes analizadas desde la perspectiva del contenido de los artículos 191 y 193 del C.G.P, permiten establecer que, en cuestionamiento, en virtud de la demanda reivindicatoria que inició Patricia Martínez Villegas, contra Ana Consuelo Gutiérrez Hurtado, y la correspondiente contestación por parte de la demandada, independientemente de la precariedad en los actos de explotación que se percibieron en el inmueble cuando se realizó la correspondiente inspección judicial y que también destacó la perito Carmen Girlesa Vera Varona, se ha configurado una confesión de las dos partes a través de sus apoderados que prueban la calidad de poseedora del inmueble objeto del litigio de la señora Gutiérrez Hurtado.

En cuanto a la Mala Fé de la Demandada expresó: ...*En lo que respecta a la mala fe de la posesión de la demandada, como ya se dejó claro entre líneas iniciales de estas consideraciones, por el hecho de pretenderse la posesión extraordinaria, el hecho de que la posesión sea irregular, resulta intrascendente.*

En cuanto al tiempo de posesión de la Demandada dijo lo siguiente: *Segundo requisito: Posesión interrumpida del bien raíz:**En vista de que conforme a la confesión de las partes es claro que la demandada, al 22 de septiembre de 2.017, fecha de la presentación de la demanda, ostenta la calidad de poseedora del inmueble del litigio, razón por la cual, con fundamento en el artículo 2532 del C.C., y con la intención de evitar análisis de pruebas inconducentes, este despacho enfocará su valoración probatoria en definir si durante el lapso necesario para configurar la prescripción adquisitiva de dominio en cabeza de la señora Gutiérrez Hurtado, es decir, desde el 22 de septiembre de 2.007, hasta el 22 de septiembre de 2.017, se originó alguna situación interruptora del referido término prescriptivo.*

A juicio de este despacho, la valoración conjunta de los testimonios de los Señores PIEDAD PATRICIA GUEVARA, LUIS HERNAN MARTINEZ SANCHEZ y SAMUEL ENRIQUE GONZALEZ PATIÑO, permiten establecer que son declaraciones de personas que sin tener ningún vínculo familiar con las señora Ana Consuelo Gutiérrez Hurtado que ponga en entredicho su imparcialidad, que la conocen de forma personal, desde muchos años atrás, a ella y a su grupo familiar, siendo coincidentes en afirmar que la demandada ejerció una posesión ininterrumpida respecto del inmueble objeto del litigio. Si bien es cierto el testimonio de LUIS GUILLERMO SALAZAR, no es tan preciso como los anteriores, no se puede desconocer que no contraria de forma alguna lo expuesto por los demás testigos.

En igual sentido, como ya se había anticipado en líneas anteriores de esta providencia, el nivel de conocimiento directo coincidente de los testigos solicitados por la parte demandada, generan con creces un mayor grado de convicción que el testimonio ambiguo y contradictorio de la señora MARIA EUGENIA MAYA OTERO.

Es más, existen también elementos de prueba documental que corroboran las afirmaciones de los testigos de la parte demandada y que, contrario sensu terminan por liquidar la validez probatoria de los testimonios solicitados por la parte demandante.

Como ejemplo de lo anterior, tenemos que los documentos que reposan desde el folio 210 hasta el 215, permiten observar que la señora demandada, en el inmueble objeto del litigio, intento en el año 2.006, antes de iniciar el periodo de posesión que le interesa a este despacho, lograr las correspondientes autorizaciones ante la Superintendencia De Industria Y Comercio, la Industria Licorera del Cauca y la Secretaria de Salud del Municipio De Popayán, para desarrollar un negocio de producción y expendio de productos naturistas. Podemos resaltar que

estos documentos coinciden con lo manifestado por el testigo LUIS HERNANDO AMRTINEZ SANCHEZ, quien expuso que él le compraba dichos productos a la señora demandada.

El documento de folio 216, nos indica que en el año 2.014, la demandada le hizo una solicitud a la Oficina de Industria y Comercio, (sic) del Municipio de Popayán, para comercializar productos artesanales y gastronómicos en el inmueble objeto del litigio.

El acta de decomiso de una mesa de madera y una vitrina, realizada por el Municipio de Popayán, en el año 2.014, (f217) también nos indica que, independientemente de la idoneidad legal del ejercicio, la señora Gutiérrez Hurtado, desarrollaba actos mercantiles en el inmueble sub júdice.

El acta de visita de abril de 2.014, (f218), realizada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Popayán atendida por la demandada en el inmueble ubicado en la calle n° 2-57, de esta ciudad, al igual que la “cotización de servicios” del 10 del mismo mes y año (f219) nos muestra que era de la señora demandada quien ante la entidad prestadora de servicios públicos domiciliario fungía como usuaria.

A folios 220 se encuentra un oficio suscrito por la demandada, dirigido a la Jefe de la Oficina Asesora de Planeación del Municipio de Popayán, donde expresa que ella es la poseedora del inmueble en cuestión y que está dispuesta a permitir el ingreso los funcionarios de dicha entidad.

A folio 221 encontramos memorial dirigido a la demandada, suscrito por la señora MARIA EUGENIA MAYA, en donde se refiere a la señora Consuelo Gutiérrez Hurtado, como propietaria del inmueble objeto del litigio, para pedirle autorización para contar o limpiar maleza de dicho predio. Vale la pena resaltar en este momento, que este documento desacredita totalmente por la señora MARIA EUGENIA MAYA, cuando ella no reconocía a la señora demandada como propietaria del bien

En folios 249 a 254, 281 a 361 se encuentra copia del expediente de la querella por perturbación de la posesión incoada en el mes de marzo de 2.015, por la señora PATRICIA MARTINEZ VILLEGAS, ante la Inspección Urbana de Policía de esta ciudad, la cual finalizó el 20 de junio de 2.017, por desistimiento de la accionante.

Al referirse a la prueba documental aportada por la parte recurrente, se limitó a efectuar el siguiente juicio: ...De acuerdo a este concepto, es claro para el despacho que el solo pago del impuesto predial, al igual que la adquisición del derecho de cuota, sin que medie un contrato físico de quien paga el impuesto y/o adquiere a cuotas con el inmueble en litigio, no constituye per se un acto posesorio de quien realiza dicho pago. Para expresarlo de otra

manera, el pago del impuesto o la adquisición de cuotas de dominio solo sirve probar el animus, pero sino esta acompañado por elementos que prueben la existencia del corpus, no podrá aceptarse como existencia la posesión alegada.

Con respecto al tiempo de la posesión de la demandada también dijo lo siguiente: ...Tercer requisito: Posesión por un tiempo igual o superior a los diez (10) años: Para este despacho, la prueba testimonial de la parte demandada, puntualmente las declaraciones de los testigos PIEDAD PATRICIA GUEVARA LOPEZ, quien afirma que la demandada vive en el inmueble objeto del litigio, LUIS HERNAN MARTINEZ SANCHEZ, quien afirma percibir los actos de posesión de la demandada desde el año 2.002, y de SAMUEL ENRIQUE GONZALEZ, quien da fé de dicha posesión en los últimos doce (12) años, aunando a la prueba documental que da fe que la señora Ana Consuelo Gutiérrez Hurtado era poseedora del bien al menos desde el año 2006, (f210 hasta 215), y la confesión de las partes sobre la calidad de poseedora de la demandada, a la fecha de presentación de la demanda, permiten establecer con mediana claridad que hasta el momento en que la señora Patricia Martínez Villegas, incoó la acción reivindicatoria ante esta dependencia judicial, transcurrieron más de diez año(10), cumpliendo así la exigencia establecida por el código civil para que se configure la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

RAZONES DE INCONFORMIDAD

PRIMERA RAZON: Bajo la sentencia apelada se incurrió en infracción del art. 2.513 del Código Civil, con ocasión de declarar probada Excepción Perentoria denominada Prescripción Extraordinaria Adquisitiva De Dominio.

La prescripción adquisitiva de dominio, debe proponerse por parte del poseedor demandado en reivindicación, por vía de acción a través de Demanda De Reconvención propuesta en el mismo proceso, elevando la correspondiente pretensión en la oportunidad legal, o en su lugar, ejercitando acción a través del Proceso De Declaración De Pertenencia, donde invoque como pretensión, la prescripción adquisitiva del dominio, proceso que deberá adelantar en forma separada.

De otra forma, si lo que persigue el poseedor demandado en reivindicación, es la declaración de prescripción extintiva de la acción reivindicatoria para el propietario, debe proponer la Excepción De Prescripción Extintiva, como se concluye de la interpretación del citado art. 2.513 del C.C..

Así la ha expuesto la Honorable Corte Constitucional, con ocasión de exponer las diferencias entre las dos formas de prescripción señaladas, por cuanto mientras la adquisitiva se rige por las reglas de los arts. 2.518 y sgtes. del C.C., en

la que además del tiempo, es necesario acreditar la buena fé, y la posesión pública, pacífica y exenta de vicios, amén de los actos posesorios; por su parte la extintiva se rige por las reglas de los arts. 2.535 y sgtes del C.C., y para su consumación tan solo basta el paso del tiempo.

En el caso presente, la poseedora demandada en reivindicación, propuso como excepción de fondo, la Prescripción Extraordinaria Adquisitiva De Dominio, que resultaba totalmente improcedente, por cuanto lo jurídicamente adecuado era proponer Excepción de Prescripción Extintiva Del Dominio, como se ha explicado, siendo además de su cargo y por mandato de la ley, alegarla en la forma debida, pero como se advierte, no se procedió de esta forma, pues aunque propuso la última, confundió la acción reivindicatoria con la acción de amparo de posesión.

Queremos destacar también que la Parte Demandada propuso como Octava Excepción la que denominó Prescripción Extraordinaria Adquisitiva De Dominio, la que fundamentó de hecho en que la Recurrente no tiene la posesión material del predio, y que los títulos y documentos allegados junto a la demanda no demuestran la existencia de ese derecho.

Expresó además que la Demandada ejerce la posesión material del predio desde el día 7 de diciembre de 1.996, fecha en la que realizó la compraventa de sus derechos de cuota en favor de los adquirentes, pero que nunca entregó el inmueble materialmente, y que la Demandante ha intentado varias acciones policivas y administrativas sin éxito.

Para que en favor del poseedor demandado en reivindicación, se reconozca la Prescripción Adquisitiva De Dominio, no basta con alegarla como excepción, debe además proponerse paralelamente la Demanda De Reconvención como lo dispone el art. 371 del CGP, por causa de la necesidad del cumplimiento de los exigentes presupuestos que pide esta figura jurídica, a saber, el tiempo, la buena fé, la posesión pública, pacífica y exenta de vicios, amén de los actos posesorios, requisitos que no se cumplieron, como lo explicaremos más adelante.

La confusión del Señor Juez A Quo se advierte con ocasión de declarar bajo el fallo impugnado en su parte final, que no puede declarar a la demandada propietaria para no vulnerar los derechos de terceras personas. Se suma que en la audiencia inicial se le puso en conocimiento que la Demandada había colocado sobre la puerta de entrada del inmueble un Aviso como si se tratara de un Proceso De Declaración De Pertenencia, asunto que fuera de no corresponder al que se

tramita, tampoco se había ordenado por el despacho esa fijación, decidiendo el Señor Juez que no advertía ninguna irregularidad.

Por causa de las razones expuestas, constituye un yerro de la sentencia concluir que la excepción fue probada, por cuanto no se acreditaron los presupuestos de la Prescripción Adquisitiva Del Dominio como ya lo afirmamos, los hechos que la sustentaron no son suficientes para declararla, y tampoco se alegó de la forma como la ley lo establece.

SEGUNDA RAZON: Se incurrió en infracción de los arts. 764, 768 y 2.531 del C.C., con ocasión de tenerse por probados, sin estarlo, los presupuestos de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, mal traída como excepción.

Los presupuestos necesarios para la prosperidad de la Prescripción Adquisitiva De Dominio, son entre otros, la Buena Fé del poseedor, la posesión pública pacífica y tranquila, que recaiga sobre bienes susceptibles de adquirirse de esta forma, y la acreditación de actos de señor y dueño.

En efecto, los arts. 764, 768 y 2.531 del C.C. exigen como requisito de la posesión irregular, la buena fé, es decir, la legalidad en la adquisición del derecho. No es de ninguna manera aceptable, que quien enajenó los derechos que tenía sobre el inmueble, que conoce que la titularidad del dominio es ejercida por otras personas, que hizo entrega material del mismo a los adquirentes, proceda posteriormente a pretender apoderarse de aquél, alegando un derecho que no tiene. Esta es una presunción de mala fé, que no admite prueba en contrario y por consiguiente, la buena fé no resulta acreditada.

La posesión tampoco fue pacífica, habida cuenta de la existencia de una Querella Civil De Policía entre las partes, citada por la misma defensa como medio probatorio, y además de ello resulta clandestina, puesto que solo por el año 2.015, aparece la Demandada a pretender oponer su presunto derecho a la titular del dominio.

El primer presupuesto se transgredió de la forma como procedemos a explicarlo: El art. 768 del C.C., dispone que *la Buena Fé es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio...el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fé que no admite prueba en contrario.*

Se adjuntó como prueba documental de los hechos expuestos bajo la demanda, copia de la escritura pública n° 4.818 de fecha 7 de diciembre de 1.996 otorgada ante la Notaría 2ª del círculo de Popayán, a través de la cual las Sras. Mariela Hurtado De Fatat, Alba Maria Hurtado De Guzmán y Ana Consuelo Gutiérrez Hurtado – la actual demandada – traditaron en favor de la Sociedad Constructora Andina Ltda., los derechos de cuota radicados sobre el inmueble y que adquirieron a su vez mediante la escritura pública n° 919 de fecha 31 de marzo de 1.995.

La legalidad de la venta se encuentra demostrada por la existencia del título debidamente registrado bajo el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria, además de que la Demandada no opuso reparos al mismo.

Las tradentes, y entre ellas la Sra. Ana Consuelo Gutiérrez Hurtado efectuaron en favor de la Sociedad Adquirente la entrega del inmueble sobre el cual se encontraban radicados sus derechos de cuota. Prueba de este hecho lo constituye el Acta de fecha 13 de febrero de 1.997, suscrita por parte de la primera, cuya copia allegó la testigo Cecilia Farinango al proceso, quien además declaró que la Demandada efectivamente hizo la entrega señalada.

Para mayor certeza, con ocasión de la Audiencia De Juzgamiento en la primera instancia, la misma Demandada admitió haber hecho la referida entrega, confirmando lo expuesto por la testigo y lo consignado en el documento citado.

Con estos medios probatorios se demuestra la configuración de mala fé en cabeza de la Demandada por los motivos siguientes:

1º) Mintió asegurando que no había hecho entrega de las cuotas radicadas sobre el inmueble en disputa.

2º) Afirmó que su derecho de posesión se generó el día 7 de diciembre de 1.996, por que no hizo entrega del inmueble, justificación que resultó falsa como ya se explicó.

Las conductas anteriores constituyen una presunción de mala fé que no admite prueba en contrario, por cuanto no puede ser de recibo para la justicia que la vendedora de unos derechos de cuota, que después hizo entrega del inmueble sobre los que recaen los mismos, trate de desconocer los efectos jurídicos de la compraventa para reclamar una posesión inmediata sobre el bien que acaba de traditar.

Se destruyó por esta causa también la presunción de buena fé que exige el art. 2.531 del C.C., para la parte que pretenda prescribir por vía extraordinaria, por cuanto la Demandada como ya se expuso efectuó la tradición de sus bienes con la entrega material, asumiendo la reprochable conducta que indicamos para justificar tan de mala forma la constitución de derecho de posesión en su favor.

Pasando a los otros presupuestos exigidos para la prescripción adquisitiva, la posesión que la fundamenta debe ser además pacífica, lo que significa que el poseedor debe constituir su derecho de esa manera, y conservarla de igual forma por todo el tiempo de su duración.

Este presupuesto se rompe cuando un tercero disputa el derecho de posesión. La Sala Civil y De Familia del Honorable Tribunal Superior De Popayán ha sostenido esta posición jurídica que se corresponde con la expuesta por parte de la Sala De Casación Civil de la Corte Suprema De Justicia. A título de ejemplo citamos el fallo proferido bajo el expediente n° 2015 – 00167 -04, de fecha 6 de marzo de 2.018, dictada dentro del Proceso Verbal De Pertenencia propuesto por Victoriano Sánchez Quilindo frente a la Sociedad Inversiones Nuevo Cauca Ltda..

En esa ocasión estimó la Sala que la posesión del Demandante, no había sido pacífica por cuanto en su contra se propuso una Querella Civil De Policía que afectó la posesión del inmueble, como ocurre en el caso presente. Es la misma Parte Demandada quien aportó como prueba copia de un proceso de naturaleza policiva suscitada entre los actuales contendientes, y en aplicación de los fallos precedentes, por esta causa no se puede tener la posesión alegada como pacífica.

Por consiguiente este presupuesto tampoco se acreditó, y en consecuencia la Prescripción Adquisitiva tenida por comprobada por parte del Señor Juez A Quo no reúne los elementos que la ley exige para su configuración, por cuanto hacen falta la buena fé, la posesión pacífica, además de los actos posesorios y el tiempo necesario, a los que nos referiremos más adelante.

Resulta probado que la sentencia incurrió en otro yerro, al conceder efectos jurídicos a una posesión habida de mala fé, y que no fue pacífica como acaba de exponerse.

TERCERA RAZON: Integramos en esta razón, los Reparos Tercero y Cuarto oportunamente expuestos frente a la sentencia de primera instancia con

ocasión de la alzada, por tratarse de asuntos similares, y que exponemos de la forma siguiente:

Se incurrió en infracción de los arts. 762, 2.531 y 2.532 del C.C., con ocasión de no haberse comprobado por la Parte Demandada, el tiempo de posesión establecido por la ley, para reclamar la prescripción de la naturaleza que propuso.

El art. 762 precisa el animus y el corpus como los elementos integrantes del derecho real de posesión; el segundo debe expresarse en actos o hechos que demuestren el ejercicio de la posesión, como la explotación económica del inmueble, mejoras o construcciones, y para la verificación de estos últimos, resulta indispensable la práctica de la prueba pericial.

Por su parte el art. 981 del C.C., dispone que *se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquéllos a que solo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.*

La Sala De Casación Civil de la Corte Suprema De Justicia en referencia la prueba de la posesión ha dicho lo siguiente:

ADQUISICIÓN DEL DOMINIO POR PRESCRIPCIÓN. Para usucapir deben aparecer cabalmente estructurados los elementos configurativos de la posesión, esto es el animus y el corpus, significando aquél, el elemento subjetivo, la convicción o ánimo de señor y dueño de ser propietario del bien desconociendo dominio ajeno; y el segundo, material o externo, tener la cosa, lo que generalmente se traduce en la explotación económica de la misma, con actos o hechos tales como levantar construcciones, arrendarla, usarla para su propio beneficio y otros parecidos. Tales elementos- cuerpo y voluntad cuya base legal sustancial es fundamentalmente el artículo 762 del Código Civil al decir que la posesión es tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, son los que permiten de inmediato distinguir esta institución de la tenencia prevista en el artículo 775 de este ordenamiento, según el cual, es la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. (Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Civil, y Agraria M.P. Dr. Cesar Julio Valencia Copete. Sentencia Noviembre 5 de 2.003, Referencia: Expediente 7052).

Las pruebas indicadas para establecer estos hechos, son sin duda alguna, la inspección judicial y la peritación.

Las pruebas pericial y de inspección judicial practicadas en este proceso demostraron que las mejoras atribuidas a la demandada no tienen el tiempo exigido por la ley, la primera al señalar la edad de las mismas mejoras, inferior al requerido

por la ley; y la segunda que verificó el estado de ruina y abandono de la mayor parte del inmueble, hecho que controvierte el ejercicio de actos posesorios.

En la sentencia no se consideraron dichas pruebas, especialmente la pericia, con sus anexos, a través de las cuales es posible concluir que la Demandada no alcanza a tener el tiempo necesario para reclamar prescripción de cualquier especie en su favor.

Bajo dichas pruebas, puede observarse lo siguiente: El Informe Pericial del 27 de noviembre de 2.018, que obtuvo las conclusiones que exponemos a continuación:

- 1º) En el predio se encuentran vestigios a manera de escombros (pág. 7).
- 2º) La casa demolida en su gran mayoría, carece de muros propios, pertenecen a los predios vecinos, con excepción del muro en ladrillo sobre la carrera segunda que fue rehabilitado con posterioridad al año 2013 (pág. 9).
- 3º) Tiene un cerramiento reciente en esterilla.
- 4º) La habitación tiene estructura de puertas y ventanas recientes, lavaplatos y acometidas sanitarias del baño interno conectados a una caja antigua, antiguos pisos y muros – se entienden de la casa demolida – cubierta en zinc reciente y la estructura en tabla de madera y guadua, muebles sanitarios y lavaderos son de fecha reciente. (pág. 10).
- 5º) Se proveen de servicios públicos de agua y energía desde el parqueadero que ella administra- La demandada – no hay cerramiento físico entre ambos predios. (pág. 10).
- 6º) Las fotografías anexas al informe, en las páginas 13 y 14, 16 y 17, comprueban el estado de ruina, abandono y descuido en que se encuentra gran parte del inmueble en disputa.
- 7º) La pericia no precisó la edad de la precaria plantaciones, se refirió a los árboles que se encuentran, sin precisar especies productividad y explotación económica, de sus conclusiones se obtiene que ya existían desde la antigua construcción y que se mantienen sin cuidado humano.

La pericia concluyó entonces que las obras de la habitación ocupada por la Demandada son recientes, y esta prueba coincide con las fotografías aportadas junto a la demanda y que obran de folios 73 a 85 del cuaderno principal. En ellas se aprecia la construcción realizada por la Sra. Gutiérrez son obras nuevas, el color de las láminas de zinc además relucientes, la pintura blanca sin manchas, así permiten considerarlo.

La misma prueba expuso que los servicios de agua y luz se toman de un predio vecino, el parqueadero administrado por la Demandada, o sea que carece de acometidas propias. Sin embargo el Señor Juez A Quo tuvo como prueba de la posesión, documentos consistentes en oficios cruzados entre la misma Demandada y la Empresa De Acueducto y Alcantarillado De Popayán, para la instalación del servicio de agua, que nunca se llevó a cabo como se concluye de la pericia. Pero a tales documentos se les dio pleno valor probatorio para demostrar la existencia de actos posesorios, pasando por encima de la experticia.

De otra forma, la demandada ha sostenido que en el predio producía y vendía productos homeopáticos, pero ni en la pericia, ni en la prueba de inspección judicial, se observó algún recinto o adecuación para la producción de esta clase de insumos. Tampoco se encontró algún lugar adecuado para la venta de aquéllos, ni antiguo ni reciente, por lo que los documentos allegados no son prueba suficiente para soportar actos de posesión.

Al respecto todo lo que se puede observar es una pequeña huerta casera, con siembras recientes, como se observa en las fotografías aportadas con la demanda, que no permiten concluir la existencia de actos posesorios de largo plazo.

Se añade a lo anterior un buen número de fotos anexas a la experticia, que dan cuenta del estado de descuido, abandono, ruina del inmueble, con los que se excluye evidencia de actos posesorios. En la inspección judicial se advierte el mismo estado de que venimos señalando, de lo cual se dejaron las constancias correspondientes y el registro fotográfico.

Las pruebas señaladas, a pesar de su importancia, como ya anotamos, no fueron apreciadas, ni siquiera mencionadas bajo la sentencia recurrida, configurando una grave infracción a las garantías de la parte recurrente. La misma sentencia se fundamentó exclusivamente en la prueba testimonial y documental de la defensa, dejando de lado sin justificación alguna, estos medios que enervan lo expuesto por la defensa.

CUARTA RAZON: Integramos en la misma, los Reparos Quinto y Sexto presentados en la alzada interpuesta frente a la sentencia de primer grado, y que se contraen en esencia a la falta de apreciación probatoria de la prueba documental aportada por la Parte Demandante.

Se allegaron junto a la demanda, y en otras oportunidades probatorias establecidas por la ley, documentos privados, públicos y escrituras. De su estudio resulta que sobre el predio se adelantaron varias obras e intervenciones por los

titulares del dominio, amén de hacer entrega material del predio a los adquirentes, todo ello por la época en que la demandada dijo estar en posesión.

Los medios de prueba señalados, demuestran que la parte pasiva de esta acción, no estaba en posesión del inmueble, sin embargo estos documentos no fueron considerados para la sentencia. A pesar de que bajo las motivaciones de la misma, se expresó que esos documentos fueron estimados, su exámen detallado permite concluir que controvierten y demuestran hechos totalmente contrarios a los expuestos por los testigos traídos por la defensa, y a las conclusiones de la sentencia.

Junto a la demanda, además de los títulos, se adjuntaron las siguientes pruebas documentales:

1º) Oficio de fecha 17 de junio de 2.008 de la Oficina De Planeación Municipal, visible a fls. 54 del cuaderno principal, requiriendo el mantenimiento del inmueble que se hallaba en ruinas.

2º) En el reverso del oficio, se observa la respuesta al mismo informando que adelanta reparaciones, en igual sentido oficio de fecha 8 de junio de 2.008 informando que el maestro Rodrigo Rivera Ruiz hizo dichas reparaciones.

3º) Oficio de fecha 3 de junio de 2.008, suscrito por el Señor Juan Cristóbal Velasco informando de visita técnica, del mal estado del inmueble, con mucha capa vegetal, visible a folios 64.

4º) Oficio de fecha 9 de octubre de 2.008, visible a fls. 66, dirigido por Maria Eugenia Maya informando el mal estado del inmueble que se ha convertido en refugio de viciosos y ladrones.

5º) Oficio de fecha 17 de septiembre de 2.009, fls. 67, suscrito por el Señor Orlando Nández, en igual sentido que el anterior.

6º) Recibo de fecha 8 de febrero de 2.007, fls. 68, por valor de \$ 265.000.00 pesos expedido por Cecilia Farinango y pagado por concepto de obras para corregir humedades causadas por el predio.

7º) Recibo del 9 de junio de 2.008 expedido por el Señor Rodrigo Rivera, fls. 69, por valor de \$ 700.000.00 por concepto de obras menores adelantadas en el predio de la calle 5ª n° 2 – 57.

8º) Fotos de folios 73 a 85 del cuaderno principal, aportadas junto a la demanda, en las que se aprecia a simple vista de que las construcciones efectuadas por la demandada son obras nuevas, por causa del color del zinc y de las paredes, sin las manchas y deterioro que deja el paso del tiempo y el clima.

Esos oficios que datan desde el año 2.007 inclusive, algunos expedidos por la Oficina De Planeación Municipal demuestran el estado del inmueble sobre el que hemos venido insistiendo, en ruinas, con roedores y reptiles, y usado como refugio por indeseables.

También se encuentran los comprobantes de pago a maestros de obra que por el año 2.008 adelantaron obras menores para contener la humedad. Se deduce de la naturaleza de las mismas que los maestros tuvieron que penetrar al inmueble para corregir la humedad sobre los muros. También se deduce que en el evento de que la Demandada estuviese habitando el predio por entonces, seguramente se habría opuesto, además de esperarse que tuviese el lugar en buenas condiciones por causa de su posesión.

Estos documentos públicos y privados, no controvertidos por la defensa, no fueron estimados en la sentencia, no obstante su importancia como medio de convicción para demostrar la inexistencia de posesión por dicha época. Lo propio ocurrió con las escrituras y títulos que comprueban la existencia del derecho de dominio alegado por la Recurrente.

De otra forma se incurrió en violación de la garantía fundamental del debido proceso, por falta de apreciación probatoria de los documentos aportados en la Inspección Judicial, por la Parte Demandante.

El Art. 238, in. 3º del CGP, faculta al Juez para ordenar pruebas relacionadas con los hechos materia de la inspección. Aplicando esta regla el Señor Juez A Quo decretó como pruebas en la diligencia respectiva, los documentos allegados por la Parte Recurrente, en la medida que permitiesen identificar el inmueble. Los documentos que entonces se allegaron fueron fotografías del estado del inmueble tiempo atrás, así como un informe adelantado por un ingeniero particular.

Tales medios se consideraron para la prueba pericial, que concluyó correspondían al predio inspeccionado. También fueron usados para la práctica de la prueba testimonial en la audiencia de juzgamiento, pues se solicitó a algunos testigos el reconocimiento de las fotografías, especialmente al testigo Luis Hernán

Martinez Sanchez, quien expresó dudas sobre ellas, a pesar de que ya estaba establecido que correspondían al predio.

En la sentencia se denegó tenerles como pruebas, de forma extemporánea cuando ya no procedía pronunciamiento, con evidente transgresión de garantías, por que ya la prueba había sido aceptada por el Juez A Quo en la diligencia de Inspección Judicial.

QUINTA RAZON: Integramos en esta razón, los reparos séptimo y octavo expuestos bajo la alzada, y que se contraen a la Indebida Apreciación Probatoria De La Prueba Testimonial Aportada Por La Defensa.

La sentencia se se sustentó principalmente sobre esa prueba testimonial, para concluir que la Demandada contaba con la posesión del inmueble desde muchos años atrás. En su favor declararon las siguientes personas: Piedad Patricia Guevara, Luis Hernán Martínez Sánchez, Samuel Enrique González Patiño y Luis Eduardo Salazar.

Dicen los testigos haber visto durante toda la vida a la Demandada ocupando el inmueble, e incluso, produciendo y vendiendo sus medicinas homeopáticas. Pero el contenido de esas declaraciones consigue desvirtuarse por los siguientes medios probatorios:

1º) PRUEBA DE OFICIO: Por auto de fecha 22 de mayo de 2019, num. 3º de la resolutive, esta superioridad ordenó tener como prueba de oficio, la copia del expediente radicado bajo el n° 2010-00190 – 00 contentivo de la Acción Popular propuesta por parte de Luz Mary Gómez contra la Corporación Autónoma Regional Del Cauca – CRC la Alcaldía de Popayán, el cual cursó ante el Juzgado Cuarto Administrativo Del Circuito De Popayán, acción propuesta en fecha 27 de abril de 2010. Esta providencia quedó en firme al no ser pasible de recursos.

Por auto de fecha 9 de marzo de 2020, num. 2º, se corrió traslado de dicha prueba a la contraparte por el término de tres días, que vencieron el día jueves 12 de marzo de 2020 sin pronunciamiento de dicha parte.

Bajo la acción popular se pidió el amparo a los derechos colectivos al medio ambiente y a la salud, ordenando la limpieza y mantenimiento del predio ubicado en la calle 5ª n° 2 – 57 – el mismo de que trata este proceso – por parte de los organismos públicos demandados.

La acción se fundó de hecho en que el predio se hallaba abandonado, que hay animales invasores que se alimentan de los árboles, hay ratas y culebras, está lleno de maleza y humedad y carece de canales de aguas lluvias.

Bajo los folios 18- 20 del cuaderno de segunda instancia, se observan las fotografías aportadas por la actora, donde se advierte el estado ya señalado bajo los hechos.

La Alcaldía De Popayán se hizo parte en el proceso y aunque en principio se opuso a la imputación de responsabilidad, tomó medidas para mitigar los daños. En efecto ordenó la limpieza del inmueble y la extracción de escombros, penetrando al mismo con las volquetas oficiales. De esta actuación dan cuenta los siguientes documentos:

El informe de la Secretaría De Infraestructura de la Alcaldía De Popayán, obrante a folios 64, dando cuenta de la limpieza y retiro de los escombros del predio ubicado en la calle 5ª n° 2 – 57, en fecha 12 de junio de 2.010.

El informe presentado al Juzgado por parte de la Alcaldía y que obra a folios 81, dando cuenta de la limpieza ya referida, anexó fotografías visibles a fls. 83-85, en las que una vez más se comprueba el estado de ruindad y abandono del inmueble, sin que nadie le habitara.

Se concluye de esta prueba que la Demandada no estaba en posesión del inmueble, puesto que a nadie se encontró ocupando el mismo, y menos aún viviendas, habitaciones, siembras, o producción y expendio de insumos homeopáticos.

Esta prueba resulta de la mayor importancia por que destruye la conclusión de que la Demandada estaba en posesión ininterrumpida del inmueble desde el 7 de diciembre de 1.996, como afirmó en la contestación a la demanda, o desde el año 2.007, como se concluyó bajo la sentencia

2º) ESCRITURA PUBLICA DE COMPRAVENTA: Bajo la escritura pública n° 4.818 de fecha 7 de diciembre de 1.996 otorgada ante la Notaría 2ª del círculo de Popayán, las Sras. Mariela Hurtado De Fatat, Alba Maria Hurtado De Guzmán y Ana Consuelo Gutiérrez Hurtado – la actual demandada – traditaron en favor de la Sociedad Constructora Andina Ltda., los derechos de cuota radicados sobre el inmueble y que adquirieron a su vez mediante la escritura pública n° 919 de fecha 31 de marzo de 1.995.

En fecha 13 de febrero de 1997 se hizo la entrega material del inmueble en favor de los adquirentes, según el acta suscrita en la misma fecha. Desde entonces se extinguió la posesión que traía la Demandada en virtud de su condición de titular de derechos de cuota, derecho que pasó a ser ejercido por los adquirentes, que adelantaron obras y reparaciones como ya se expuso en la Cuarta Razón.

Los documentos que acaban de citarse contradicen todo lo expuesto por los testigos de la defensa acerca de la posesión ejercida por la Demandada, desde el año 1.993, o el año 1.996, o el año 2.002, o el año 2.007, como erráticamente se ha expuesto a través del proceso.

De otra forma estos testimonios no ofrecen certeza acerca de los presuntos actos posesorios alegados por la Demandada, como se expone a continuación:

La testigo Guevara dice que aquélla ha vivido desde el año 1.993 en el predio continuamente, no describe ni precisa cuales son los actos de posesión, ni las mejoras plantadas por la Demandada, a pesar de que dice haber sido vecina de largo tiempo, tampoco conoce de ventas de productos homeopáticos y señala que aquélla hizo limpiezas y retiros de escombros.

Considerando que la Demandada entregó el inmueble en febrero de 1.997 a los adquirentes que posteriormente adelantaron obras menores de mantenimiento, no se explica cómo puede afirmar que la vió ejerciendo posesión desde el año 1.993; cuando este derecho se extinguió en el año 1.997 por causa de la entrega del inmueble; a lo que se añade la intervención de la autoridad municipal en junio de 2.010, donde no se encontró a nadie habitando dicho terreno..

Igual cuestionamiento surge para el testigo Sánchez, quien afirmó conocer a la Demandada viviendo en el predio desde el año 2.002, pero no se explica cómo entonces se hicieron obras menores dentro del predio por los titulares del dominio, como el lugar se encontró en abandono por la Alcaldía Municipal, y como pudo haber alcanzado tanto deterioro, si es que la demandada vivía en el mismo.

Los testigos Salazar y González no expresan nada acerca de actos de posesión adelantados por la Demandada, como plantación de mejoras, venta de productos, etc., solo se dice que le veían en la puerta de entrada del inmueble, testimonio que es prueba insuficiente para comprobar el derecho que dice tener.

Por su parte la testigo Farinango dio cuenta que además está documentada de la adquisición por parte de la Constructora Andina, del recibo del inmueble en febrero de 1.997, de la realización de obras menores de mantenimiento, y que

entregó formal y materialmente el mismo inmueble a los nuevos adquirentes, incluso advirtió que la Demandada vivía en parqueadero contiguo, y que ingresaba al predio en disputa por cuanto no existía muro que lo impidiera, dicho corroborado por la pericia.

Como conclusión puede afirmarse que la prueba testimonial de la defensa fue controvertida, demuestra la falsedad de sus dichos, y se entiende que traten de favorecer a la Demandada en razón de su amistad y vecindad. La tacha que se propuso debió prosperar.

SEXTA RAZON: Bajo la cual recogemos el noveno reparo formulado contra la sentencia, y que se contrae a la inconsonancia de la sentencia con la excepción de Prescripción Adquisitiva propuesta por la Demandada.

El Art. 281, in. 1° del CGP. Dispone que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, con las excepciones probadas y que hubieren sido alegadas.

La regla citada constituye un límite a la competencia del Juez, por cuanto queda ceñido a lo expuesto por las partes en sus pretensiones o excepciones. El desbordamiento de este límite constituye la causal de nulidad expuesta bajo el art. 133, num. 1° del CGP de la sentencia, por la configuración de una inconsonancia tal y como lo tiene expuesto la jurisprudencia nacional con ocasión de la interpretación de esta norma.

De otra forma y por ministerio de la ley a través del art. 2.513 del C.C., la prescripción debe ser alegada por la parte, para lo que deberá exponer la época de su iniciación, el modo de constitución de la posesión, la forma en que la ha ejercido, siendo esta una carga de la parte que tiene el deber de alegarla, pues el Juez no puede modificar esta alegación para acomodar los intereses del presunto usucapiente.

La contestación de la demanda refirió la constitución de posesión por parte de la Demandada, a partir del mes de diciembre de 1.996, con ocasión de no haber efectuado la entrega del inmueble a los adquirentes, hecho que resulta improbadado por confesión de la Demandada, que aceptó haber entregado dicho bien, como también por la declaración de la testigo, Ing. Cecilia Farinango quien informó que la entrega se había hecho, y aportó documento que así lo demuestra. Por esta causa, quedó destruida la constitución de posesión como se expuso por la defensa a partir de diciembre de 1.997, y en consecuencia incierta la fecha o época en la que la misma pudo haberse iniciado.

En la querella policiva se dice que la Demandada entró en posesión del predio, a partir del año 2.001, la testigo Guevara dice que desde el año 1.993, el testigo Sánchez dice que conoce la posesión desde el año 2.002, y los testigos Salazar y González afirman conocerla toda la vida en el predio.

Hay pues una palpable indeterminación de la fecha en la que la Demandada inició su posesión, y para rematar bajo el fallo se advierte como se modifica la excepción mal propuesta, contando la prescripción desde septiembre de 2.007, hecho que por parte alguna alegó la parte demandada.

Esta actuación se encuentra prohibida para el Juez, por cuanto el deber de alegación de la prescripción, corresponde a la parte interesada exclusivamente, y cuando se presumió la posesión a partir del mes de septiembre de 2.007, evento que ninguna de las partes expuso o alegó en este proceso, se configuró la inconsonancia de la sentencia frente a las excepciones propuestas por la demandada.

SEPTIMA RAZON: Indebida apreciación de las pruebas documentales aportadas por la Parte Demandada.

Bajo la sentencia se concluyó acerca de la existencia de actos de comercio, adelantados por la parte señalada, con sustento en la prueba documental que la misma aportó, y la declaración de un testigo.

De las pruebas documentales aportadas por dicha parte, para acreditar el ejercicio de explotación económica a través de actos de comercio, no se obtienen las conclusiones expuestas en la sentencia, puesto que los documentos son incompletos, insuficientes para demostrar dichas conclusiones.

Además de lo anterior, no se encontró prueba de alguna clase de fabricación de productos homeopáticos como los mencionados en algunos de esos documentos.

De otra forma la prueba testimonial en que se apoya fue tachada de falsa, en virtud de la amistad del testigo con la familia de la excepcionante. Las declaraciones vertidas no resultan congruentes ni con las pruebas documentales, como tampoco con los otros testimonios ofrecidos por la defensa, por cuanto ninguno de estos últimos refirió la realización de actos de comercio.

Culminadas las razones de inconformidad con el fallo, nos referiremos brevemente a las demás Excepciones que tampoco pueden prosperar:

En cuanto a la excepción denominada Prescripción Extintiva De La Acción Reivindicatoria, se encuentra mal fundamentada por cuanto invocó la caducidad de la Acción Posesoria que no es aplicable para el proceso de la naturaleza que se discute, cuya acción prescribe en diez años.

En cuanto a las excepciones relativas a la Falta De Legitimación En Causa Por Activa y Falta De Determinación Del Inmueble, y Falta De Determinación Del Porcentaje del 75 % sobre el inmueble, son infundadas por cuanto por cuanto el titular de derecho de cuota se encuentra habilitado para proponer reivindicación, como lo sostiene la línea jurisprudencial vigente, para cuyos efectos citamos sentencia n° T – 456/ 11 de fecha 27 de mayo de 2.010 de la Corte Constitucional, de la que extractamos el siguiente párrafo:

...4.2. la doctrina y la jurisprudencia nacional han reconocido que para obtener el resultado esperado de un proceso reivindicatorio, es necesario que se pruebe la existencia de los siguientes elementos estructurales: (i) Que el demandante tenga derecho de dominio sobre la cosa que se persigue; (ii) Que el Demandado tenga la posesión material del bien; (iii) Que se trate de cosa singular o cuota determinada de la misma; (iv) Que haya identidad entre el bien objeto de controversia con el que posee el demandado ; y además (v) Que los títulos del Demandante sean anteriores a la posesión del Demandado....

Más adelante dijo la Corte:

...1.2.4 – También se requiere como tercer elemento de la acción reivindicatoria que recaiga sobre cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular, lo que quiere decir que el bien sobre el cual el actor invoca la propiedad sea o se encuentre particularmente determinado y el título de dominio que invoca abarque la totalidad del mismo.....

En cuanto a la Excepción De Falta De Legitimación En causa Por Pasiva, no hay duda de que la Demandada es la poseedora actual del inmueble y por consiguiente podía ser llamada a este proceso en esa condición.

De la forma anterior dejamos expuesta nuestra sustentación, y elevamos ante esta superioridad, las siguientes:

PETICIONES

Ruego a los Honorables Magistrados, previa consideración de las razones de inconformidad, **REVOCAR** en su integridad la sentencia apelada y conceder en su lugar, las pretensiones de la demanda.

De Los Honorables Magistrados, comedidamente

JORGE ANDRES SANTACRUZ CAICEDO
C.C. N° 10.540.189 de Popayán.
T.P. N° 47.553 del C.S.J.