

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA CIVIL – FAMILIA



MAGISTRADO SUSTANCIADOR
DR. GIOVANNI CARLOS DÍAZ VILLARREAL

Cartagena de Indias, tres (03) de marzo de dos mil veintiuno (2021).
(Proyecto discutido y aprobado en sesión no presencial del 02 de marzo del 2021)

PERTENENCIA	
Número Único de Radicación:	13001-31-03-004-2015-00372-06
Juzgado de Primer Grado:	Juzgado Cuarto Civil Del Circuito de Cartagena.
Demandante (s):	CARMEN FAYNATE
Demandado (s)	JORGE ELIECER ROMERO PALENCIA Y OTROS
Decisión:	Confirma la decisión de primera instancia, al no encontrarse acreditado el requisito de la identificación del inmueble.

ASUNTO

Acorde a lo normado en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, procede la Sala a proferir la **sentencia por escrito** que resuelve recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada dentro del Proceso de Pertinencia iniciado por la señora CARMEN FAYNATE MARRUGO en contra del señor JORGE ELIECER ROMERO PALENCIA e INDETERMINADOS.

ANTECEDENTES

La demanda admitida el 17 de septiembre de 2015, se fundamentó en los siguientes hechos:

1. La señora CARMEN FAYNATE MARRUGO, ha poseído con ánimo de señora y dueña, de manera pública, pacífica, e ininterrumpida, **desde septiembre de 1986**, recibida verbal y materialmente por parte del señor Alfredo Pérez, quien para esa época **era tenedor del inmueble** (era cuidador del inmueble, por encargo de los propietarios señores Mallarino Pomares Brown y Gladys Perriñan Castellón). El inmueble a usucapir se encuentra ubicado en la ciudad de Cartagena, departamento de Bolívar, barrio San Sebastián de Ternera, Lote de Terreno #30 de la parcela el Edén, con nomenclatura urbana cra. 81 A # 31 – 463, con los siguientes linderos y medidas: Por el

Frente: Entrando carretera de Turbaco de por medio con propiedad del señor Carlos Ramírez y mide 31.60 mts²; por la Derecha: entrando con propiedad del señor Antonio Acuña, antes del señor Guillermo Martínez y mide 59.80 mts²; por la Izquierda: con calle nueva en construcción de la parcelación finca el Edén, de por medio con dicha propiedad del vendedor y mide 50.00 mts²; y por el Fondo: Colinda con el lote #29 de dicha parcelación, de propiedad del vendedor, señor Martens y mide 34.30 mts².

El lote de este proceso tiene un área total de 1,754.50 mts², y se encuentra identificado con Matricula Inmobiliaria #060-46318, debidamente registrado en la Oficina de Instrumentos Públicos en esta ciudad y con referencia catastral # 01-05-030-0001-000.

2. Informan que la demandante recibió el inmueble del señor Alfredo Pérez, quien era sobrino del propietario del inmueble, él que se había radicado en Estados Unidos, indicándole que ya no tenía tiempo de estar pendiente del Lote.

3. Narra en la demanda, varios acontecimientos cotidianos que ocurrieron en el inmueble, mientras estuvo en posesión en el bien objeto del litigio.

Con base en ello, elevó **las siguientes pretensiones**:

1. Declarar que la demandante ha adquirido por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, el inmueble descrito en los hechos de la demanda.

2. Que se declare extinguida la obligación hipotecaria constituida por el señor Jorge Eliecer Romero Palencia, mediante escritura publica #2038 del 6 de junio del 2006, otorgada en la Notaria Tercera de Cartagena, registrada el 07 de junio del 2006 en la Oficina de Instrumentos Públicos de esta ciudad, en favor de la sociedad comercial Henta Inversiones Ltda, al encontrarse que dicho acto fue simulado, y por ende es nulo absolutamente.

3. Que se ordene la inscripción de la Sentencia en la Oficina De Registro De Instrumentos Públicos De Cartagena.

CONTESTACIÓN

La sociedad Henta Inversiones SAS **actual propietaria del inmueble** (adquirido mediante remate del inmueble dentro de proceso ejecutivo hipotecario), contestó la demanda, señalando que es falso que la señora Carmen Faynate Marrugo fuera poseedora del inmueble objeto de litigio, ya

que esta **ingresó como tenedora del mismo**. Explica que el señor Jorge Romero Palencia inició proceso de restitución de inmueble arrendado en contra de la demandante, en el cual resultó vencedor y se ordenó la restitución del inmueble, sin que a la fecha dicha decisión se hubiere materializado, debido a las maniobras judiciales realizadas por la tenedora (procesos penales, disciplinarios y civiles entre ellos este proceso).

Expone que el señor Jaime Hernández Alcalá (quien era el esposo de la hoy demandante) presentó proceso de pertenencia, en donde se le negaron las pretensiones de la demanda, al encontrarse que era un mero tenedor del inmueble. A su turno en el año 2002, en contra del que se alzaba como poseedor señor Hernández Alcalá, se presentó acción reivindicatoria, la cual resultó favorable al propietario de la época sr. Mallarino Pomare, sin que se efectuara la entrega material del inmueble, por la violencia e insistentes procesos penales en contra de los propietarios y funcionarios que han conocido el litigio, por parte de los tenedores.

Agrega, que la empresa ha cancelado todos los gastos de impuestos y gravámenes, con el objeto de poder obtener el dominio del inmueble, el cual fue adquirido por adjudicación en remate, dentro del proceso ejecutivo hipotecario que se inició en contra del propietario Jorge Romero Palencia.

Presenta como Excepciones de Merito:

- **La existencia de un gravamen real:** consistente en la Hipoteca que pesa sobre el inmueble en su favor, sin que de dicho contrato pueda decirse que se trata de un negocio simulado. Tan no es simulado, que contra el propietario se presentó proceso ejecutivo, que culminó con remate del inmueble.
- **Falta de legitimación por activa:** Toda vez que la demandante Carmen Faynate Marrugo, nunca ostentó la posesión sobre el inmueble. Y su esposo Jaime Hernández Alcalá, fue vencido en proceso ante el juzgado tercero civil del circuito de Cartagena, en la que se reconoció en sentencia del 22 de septiembre de 1998, que estos eran perturbadores de la propiedad. Situación igualmente probada en proceso reivindicatorio adelantado por Mallarino Brown contra Jaime Hernández

Alcalá; y en los distintos procesos penales, que a la fecha han sido todos favorables a los propietarios.

El señor Jorge Romero Palencia contestó la demanda, y expone que los demandantes Carmen Faynate Marrugo y Jaime Hernández Alcalá entraron de forma violenta al inmueble, aprovechándose que el propietario Mallarino Pomares Brown se encontraba en el extranjero, y que por ello dicho lote estaba al cuidado de sus sobrinos Jorge y Alfredo Pérez Hernández, quienes no estaban autorizados para entregar, o dar en tenencia dicho inmueble.

Agrega que han sido varios los procesos que sobre el inmueble se han adelantado, en los que han intervenido los demandantes Carmen Faynate Marrugo y Jaime Hernández Alcalá, en los cuales ha quedado suficientemente claro que estos (los demandantes), son perturbadores del dominio de los propietarios del inmueble. Con base en lo anterior, propone como **Excepciones de Merito**, las siguientes:

- **Cosa Juzgada:** la señora Carmen Fanayte Marrugo intervino, como demandantes Ad-Excludendum, dentro del **Proceso Reivindicatorio** dentro del cual participó activamente. Las pretensiones dentro del referido Proceso Reivindicatorio fueron prosperas al demandante, y contrarias a los presuntos poseedores, la cual hizo tránsito a cosa juzgada.
- **Ausencia de una posesión ininterrumpida y pacífica de la demandante:** los demandantes, nunca ostentaron una posesión pacífica, pues contrario a lo dicho en la demanda, la posesión de los demandantes Carmen Faynate Marrugo y Jaime Hernández Alcalá ha sido violenta y clandestina, desde sus inicios.
- **Inexistencia de tiempo para prescribir.** Estos nunca han ostentado la posesión, tal como ha quedado claro en los distintos procesos de pertenencia, reivindicatorio, y penales.

La Curadora Ad-Litem de los indeterminados señaló que no le constan los hechos de la demanda, y se acoge lo que resulte probado en el proceso.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia dictada el 12 de diciembre del 2019, resolvió denegar las pretensiones de la demanda, al encontrar que no se acreditó el requisito de identificación del inmueble, teniendo en cuenta que el dictamen pericial aportado al proceso, dio cuenta de la discordancia entre las pretensiones de la demanda y lo que realmente es poseído por la demandante Carmen Faynate Marrugo.

El a-quo al no encontrar acreditado el requisito de la debida identificación del inmueble, siendo un requisito necesario para la prosperidad de las pretensiones, y que se trata de un lote dentro de un terreno de mayor extensión, se abstuvo de referirse a las demás consideraciones relativas a la posesión de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Por medio de la apoderada judicial, la parte demandante interpuso Recurso de Apelación contra la sentencia de primera instancia indicando como **Reparos concretos** a la sentencia señalando: 1. Que la diferencia entre lo dicho en el plano aportado en el dictamen pericial y lo dicho en las pretensiones de la demanda, son ínfimas, teniendo en cuenta que se trata solo de 72 Mts². y 2. Que el no pago de impuestos por parte de la demandante, y sí por parte de los propietarios (Sociedad Henta Inversiones SAS), no es un indicio de la pérdida de la posesión por parte de la señora Carmen Faynate Marrugo. Al contrario, es una consecuencia de su pobreza, ya que no cuenta con los recursos para pagar los impuestos del lugar donde habita.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

A través del auto de 16 de Julio del 2020, se adecuó el trámite del recurso de apelación conforme prevé el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 y, por consiguiente, se le otorgó a la parte **demandante**, quien es apelante el término de 5 días para que sustentara el recurso.

Dentro del término concedido, la parte apelante **sustentó los reparos concretos**, expresando y sintetizando lo siguiente: *“El primer reparo, es el punto, a que si bien su señoría misma ha reconocido, que en ocasiones hay algunas diferencias pequeñas, no es óbice ello para considerar que no se trata del bien a prescribir, es decir que esas mediciones, esa área mayor, dé al traste con la pretensión **total** del prescribiente. Ha dicho su señoría que son 72 Mts2., y en realidad la proporción de 72 Mts2 en punto de un área de mil y pico de metros casi 2000 metros, creo que es una cantidad ínfima, como bien su señoría esa expresión utilizó. De manera que en ese sentido estoy en completo desacuerdo con el señor juez. Otro asunto es, decir su señoría que no existe identidad en el bien, no estoy de acuerdo, repito que es hilar demasiado fino para poder dar al traste con un área de casi 2000 metros cuadrados.”*

Reitera que la señora Carmen Faynate tiene todos los elementos para ser considerada poseedora, tales como el animus y el corpus del inmueble, y que el no pago de los impuestos es debido a la pobreza de su representada, lo cual no puede ser un elemento que la despoje de su posesión.

Igualmente, en auto del 16 de julio del 2020, se dispuso dar traslado de la anterior sustentación del recurso a la parte no apelante, lo cual se hizo por Secretaría, virtualmente, durante el término de 5 días, conforme prevé el artículo 110 del C. G. del P., en armonía con el inciso 3° del artículo 9° del Decreto 806 de 2020. Dentro del anterior término concedido a **las partes no recurrentes, quienes no se pronunciaron.**

Sentado lo anterior, se entrará a resolver de fondo el litigio previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Esta Sala es competente para conocer de este Recurso de Apelación en virtud de lo establecido en el en el artículo 32 numeral 1° del Código General del Proceso. Así mismo que **no se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado**, circunstancia que permite decidir con sentencia de mérito.

2. Dicho lo anterior, se realizará un pronunciamiento atinente a los **Reparos Concretos** expuestos por el recurrente, de acuerdo a lo normado en el art. 328 del CGP que en su parte pertinente establece: *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse **solamente** sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.”*.

En ese orden, examinados con detenimiento **los reparos** manifestados por la parte actora, estos pueden sintetizarse en que hubo un error de hecho en la valoración probatoria, concretamente, en la prueba documental (dictamen pericial) allegada al proceso **tendiente a acreditar la identificación del inmueble y su plena correspondencia con el bien a usucapir**. Y si se llega a la conclusión de que se encuentra acreditado dicho elemento, entrar a analizar la posesión de la señora Carmen Faynate Marrugo.

3. La legislación colombiana protege al poseedor real y material de un bien, a quien se reputa dueño (artículos 762 y 981 del C.C.), habida cuenta que la posesión constituye un hecho jurídico, o también la manifestación externa del derecho, la cual está integrada por dos elementos esenciales, uno material o de hecho que es la tenencia de la cosa (el corpus), **y otro moral o psicológico que es la detentación con ánimo o voluntad de dueño (el animus)**. Quien se halle en esa situación, o sea en posesión tranquila e ininterrumpida, y viendo el legislador en él, a un dueño presunto, porque la posesión es el signo externo de la propiedad, lo ampara como tal, tanto más, cuando ha transcurrido un término suficiente para que la persona adquiera el bien por uno de los modos originarios consagrados en la ley, como es la prescripción.

Los requisitos de la prescripción adquisitiva de dominio son: 1. **Identidad del bien**, 2. Que sean susceptibles de prescripción, 3. Posesión Ininterrumpida y 4. El tiempo. Dichos requerimientos **son concurrentes, so pena de negar las pretensiones de la demanda, por falta de alguna exigencia**.

3.1. Sobre el **requisito de identificación**, La Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia de 04 de abril de 2000 que el inmueble objeto de usucapión debe determinarse en forma precisa, ya que *“retomando la definición del artículo 762 del Código civil...<<la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño>>. La alocución <<determinada>> es el participio pasivo del verbo <<determinan>> que, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa: <<Fijar los términos de una cosa/ 2. Distinguir, discernir>>... Subsecuentemente, el inmueble que afirman poseer los demandantes con miras a adquirirlo por prescripción, debe estar plenamente*

identificado, es decir deben estar suficientemente establecidos los límites que permitan distinguirlo de los demás...”¹.

Ahora bien, ciertamente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “*para la identificación de los predios con el propósito de acceder a una pretensión de pertenencia, <<no es de rigor que los linderos se puntualicen de modo absoluto sobre el terreno; o que la medición acuse exactamente la superficie que los títulos declaran; o que haya coincidencia matemática en todos y cada uno de los pormenores para examinar. Basta que razonablemente se trate del mismo predio con sus características fundamentales>>*², pues, si bien <<es cierto que los linderos, colindantes, cabida y, en general, la ubicación de los bienes, constituyen fuente apreciable cuando de determinarlos se trata... (También lo es que) tales aspectos están sujetos a variación por causas diversas, segregaciones, mutaciones de colindantes, en fin, inclusive por obra de la naturaleza, lo importante es que, razonablemente, no exista duda sobre que los bienes a que se refieren los títulos de dominio sean los mismos poseídos por el demandado. Luego, **no es necesario que sobre el particular exista absoluta coincidencia entre lo que describe el papel y lo que se verifica sobre el terreno>>**³...”⁴

De acuerdo con lo anterior, **en cuanto a la identificación del bien inmueble** que aquí se pretende usucapir, no debe perder de vista la Sala, delantadamente, lo que el artículo 167 del C.G.P. prevé sobre la carga de la prueba, según el cual, a las partes les incumbe probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, debiendo, para el caso, la parte demandante, **acreditar que el bien cuya prescripción se pretende, es efectivamente el que posee, y el que figura, en la prueba documental pertinente.**

En verdad los hechos, y las pretensiones de la demanda no coinciden en parte alguna con los elementos probatorios recaudados. En especial se encuentra el dictamen pericial que concluyo: “*Realizado el levantamiento planimétrico simple, se encontró que colindantes, medidas y cabidas no coinciden*

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de 4 de abril de 2000, Exp. 5311.

² Sent. Cas. Civ. 11 de junio de 1965, en 5 de septiembre de 1985, G.J. t. CLXXX, Pág. 400; 25 de noviembre de 1993, C.G. t. CCXXV, Pág. 636; 11 de junio de 1995, C.G. t. CXI, Pág. 155; 12 de diciembre de 2001, Exp. No. 5828; y 19 de diciembre de 2005, Exp. 1983-9396-01.

³ CSJ SC., 5 DE Mayo de 2006, rad. 1999-00067-01.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 25 de julio de 2017, Radiación No. 25000-22-13-000-2017-00218-01.

con los descritos en la demanda, como puede observarse en el plano de levantamiento que se anexa." (Folios 657 del expediente)

En dicho informe se observa que la no coincidencia de lo pretendido en la demanda, y el inmueble objeto del proceso no es solo de 72 mts² como lo afirma el apelante, sino que se trata de ausencia de identidad, en lo referido a las medidas, ya que también hay discordancia en la comparación de linderos y las colindancias. En verdad los hechos y las pretensiones de la demanda no coinciden en parte alguna con los elementos probatorios recaudados. Así encontramos las siguientes diferencias sustanciales:

Predio	Demanda	Levantamiento perimétrico	Coinciden
Frente	Por la carretera de Turbaco por medio, con propiedad del señor Carlos Ramírez, y mide 31.60 Mts ²	Colinda con la carretera 81 A por medio con la manzana cuya referencia catastral es 00029, y mide 51.10 mts ²	NO
Derecha	entrando con propiedad del señor Antonio Acuña, antes del señor Guillermo Martínez y mide 59.80 mts ²	Con la diagonal 32 por medio de la manzana cuya referencia catastral es 0571, y mide 30.00 Mts ²	NO
Izquierda	Con calle nueva en construcción de la parcelación finca el Edén, de por medio con dicha propiedad del vendedor y mide 50.00 mts ² .	Con el predio de Edir Yesid Mercado García con Nomenclatura K 81 A # 31-417 y mide 35.00 Mts ²	NO
Fondo:	Colinda con el lote #29 de dicha parcelación, de propiedad del vendedor, señor Martens y mide 34.30 mts ² .	Colinda con 8 predios que son de: Distrito de Cartagena, Edward Sequea Torralvo, Juan Camilo Fonseca Olmos, Richard Solano Rosso, Leasing Bancolombia SA, Raul Castro Cabarcas, Samira de Jesus Rodriguez Pedroza y Beatriz Acuña Gomez, y mide 62.55 Mts ²	NO

De lo que se puede observar del cuadro anterior, que entre lo señalado en los hechos y pretensiones de la demanda y los documentos recaudados como prueba que puedan servir de identificación del inmueble, hay una diferencia que no permite la identificación adecuada del inmueble, no solo en lo que respecta a las medidas de los linderos, sino en los linderos mismos y el área total del terreno objeto del proceso; es por ello que no es posible tener por acreditado el requisito de la identificación.

En el caso concreto no se trata de diferencias mínimas, sino de una gran diferencia entre lo solicitado en la demanda y lo que se señala en las pruebas en especial Dictamen pericial. Es decir, una diferencia en área, sustancial. Y además los linderos no coinciden, por cuanto no es solo el metraje de lindero por lindero, sino de la ubicación y denominación de los predios colindantes. Igualmente, **el demandante, tampoco objetó el dictamen, ni aportó otro medio de prueba que permitiera esclarecer los linderos y medidas.** Situación está que, dicho sea de paso, tampoco fue posible dilucidar en la Inspección Judicial. Por ello, **no podrá tenerse por acreditado** el requisito de la identificación del Predio a usucapir. En consecuencia, esta Sala **considera innecesario pronunciarse sobre los demás reparos expuestos por el apelante.**

Como consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión emitida por el Juzgador de primera instancia.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de diciembre del 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS DE ESTA INSTANCIA a la parte demandada, incluyéndose en estas, como agencias en derecho, el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. Líquidense en su oportunidad.

TERCERO: Previa las cancelaciones de las anotaciones correspondientes, regresen estas diligencias a su oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GIOVANNI CARLOS DÍAZ VILLARREAL

Magistrado Sustanciador

CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS
Magistrado

MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA
Magistrado

Firmado Por:

GIOVANNI DIAZ VILLARREAL
MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 002 SUPERIOR SALA CIVIL FAMILIA DE LA
CIUDAD DE CARTAGENA-BOLIVAR

CARLOS MAURICIO GARCIA BARAJAS
MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 004 SUPERIOR SALA CIVIL FAMILIA DE LA
CIUDAD DE CARTAGENA-BOLIVAR

MARCOS ROMAN GUIO FONSECA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 003 CIVIL - FAMILIA DE CARTAGENA

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:

efed4a78568621034834646cf1f099dd4003751a4f8885e52f4205d31ceafef2

Documento generado en 03/03/2021 02:07:15 PM