

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA CIVIL- FAMILIA



MAGISTRADO PONENTE:
DR. RAMÓN ALFREDO CORREA OSPINA

Cartagena de Indias, once (11) de abril de dos mil dieciséis (2016)
(Proyecto aprobado en Acta No. 079 y discutido en Sala de Decisión)

Se encuentra para decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandada, ISSA FARAH S EN C, mediante apoderado judicial contra la sentencia del veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ordinario de pertenencia adelantado por HOT AMERICAS PIZZA LTDA contra IVONNE FARAH DE CHALJUB, ISSA FARAH CIA S. EN C., Y PERSONAS INDETERMINADAS.

- EL LITIGIO:

1

1. La sociedad **HOT AMERICA'S FAVORITE PIZZA LTDA**, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria de pertenencia, pretendiendo que se declare que ha adquirido por la vía de la prescripción ordinaria una cuota equivalente a 1/3 parte del derecho de dominio de los inmuebles identificados como garaje uno y dos, ubicados en la ciudad de Cartagena, avenida San Martín N°. 6-72 del barrio Bocagrande, cada uno de ellos con un área de 34.78 m² y se identifican respectivamente con folios de matrícula inmobiliaria N°. 060-72912 y 060-72913; solicita como consecuencia de la anterior declaración se ordene la inscripción de la sentencia en dichos folios de matrícula de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena.
2. Los supuestos fácticos en que se fundamenta la demanda permiten la siguiente síntesis:
 - Manifiesta la demandante, **HOT AMERICAS PIZZA LTDA**, que adquirió a título de compraventa las cuotas que constituyen el 72.3420% de derecho real de dominio del inmueble identificado como apartamento A, primer piso del Edificio Farah ubicado en la Avenida San Martín No. 6-72 en el barrio Bocagrande de Cartagena, distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria No.060-705555, por compraventa hecha a BBVA

COLOMBIA S.A., BANCO DE OCCIDENTE S.A., CORCIENCIA FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. y la señora ANALITH BARRIGA.

- Señala que para adquirir la totalidad del inmueble obtuvo del BANCO POPULAR S.A., las cuotas restantes que correspondían al 27.650% del derecho real del dominio del inmueble citado según consta en la Escritura Pública No. 7357 del 8 de noviembre de 2006, otorgada en la Notaría Quinta de Barranquilla, la cual fue anotada en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria el día 8 del mismo mes y año, consolidando con ello la propiedad plena sobre el referido inmueble.
- Agrega que, en virtud de la compraventa del inmueble, los vendedores procedieron a entregar real y materialmente a la sociedad demandante, desde el mes de noviembre de 2006, el inmueble identificado como "garaje uno" del Edificio Farah, como un inmueble complementario al apartamento A, transfiriendo así el 100% de posesión del mismo garaje, que presenta las siguientes medidas y linderos: "Por el frente linda con zona de antejardín, medio con la avenida San Martín y mide 3.25mts. Por la izquierda entrando linda con lote vecino N°. 13 y mide 10.0 mts. Por el fondo linda con el lote N°. 12 y mide 3.25 mts. Presenta un área de 34.78 m²", identificado con folio de matrícula inmobiliaria N°. 060-72912.
- Sostiene, que las personas que transfirieron el derecho de dominio y posesión de los inmuebles identificados como Apartamento A del Edificio Farah y garaje uno a la parte demandante, a su vez adquirieron su derecho por virtud de una dación en pago que a su favor efectuara **FIDUCIARIA DE OCCIDENTE**, lo cual consta en escritura pública 1202 del veinticuatro (24) de abril de (1998) otorgada en la Notaría Segunda de Cartagena.
- En este sentido afirma que, la sociedad **FIDUCIARIA DE OCCIDENTE** adquirió su derecho de propiedad respecto de los inmuebles aludidos anteriormente, por virtud de contrato de fiducia mercantil celebrado con la sociedad **ISAA FARAH & CIA S. en C.S.**, mediante escritura pública 3337 del 15 de septiembre de 1995 de la Notaría Segunda de Cartagena, y a su vez, dicha sociedad adquirió su derecho de dominio y posesión en desarrollo del contrato celebrado con el Sr. **ALFREDO FARAH ARUACHAN**, mediante escritura pública 1219 del 24 de mayo de 1995 de la Notaría Cuarta de Cartagena, quien adquirió sus derechos de dominio y posesión por virtud del contrato realizado con la Sra. **IVONNE FARAH DE CHALJUB**, otorgado a través de escritura pública 2942 del 30 de junio de 1989, por lo que indica que resulta procedente la aplicación de la figura de la suma de posesiones.
- Manifiesta, que en la actualidad los propietarios inscritos del inmueble identificado como garaje uno, son la sociedad **HOT AMERICA'S**

FAVORITE PIZZA LTDA, con una porción de 2/3, los cuales adquirió así: 1/3 por compra de Andrés Farah Arauchan, según consta en la escritura pública No. 3623 de fecha 15 de noviembre de 2011 de la Notaría Tercera de Cartagena, 1/3 por adjudicación en remate ejecutado por la DIAN el día 24 de mayo de 2012. El 1/3 restante aparece inscrito a nombre de Ivonne Farah de Chaljub y de la sociedad Issa Farah & Cía. en S en C., en partes iguales.

- Asevera, que mediante las mismas escrituras públicas descritas anteriormente, los señores **CARLOS JULIO FARAH CHALITA** y **DOLLY PATRICIA HERRERA**, hijo y nuera del señor **ANDRES FARAH ARAUCHAN**, respectivamente, procedieron a venderle a la sociedad **BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A.**, para efectos de estructurar un contrato de leasing financiero entre ésta última y la demandante, el derecho de dominio y posesión del inmueble identificado como Apartamento B2, segundo piso del Edificio Farah, con el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-107780 y ubicado en la Avenida San Martín No. 6-72 en el Barrio Bocagrande de Cartagena.
- Narra, que el día 18 de enero de 2012, el señor **ANDRES FARAH ARAUCHAN**, por conducto de apoderado, procedió a transferirle a título de venta a la sociedad demandante, el 100% del derecho de posesión que tenía y ejerció por más de 20 años respecto del inmueble denominado GARAJE DOS, del Edificio Farah. A dicho inmueble le corresponde el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-72913 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, y su entrega se produjo el día 2 de septiembre de 2011.
- Alude, que en la actualidad los propietarios inscritos del inmueble identificado como Garaje dos, son la sociedad **HOT AMERICA'S FAVORITE PIZZA LTDA**, con una proporción de 2/3, los cuales adquirió así: 1/3 por compra a Andrés Farah Aruachan, según consta en la escritura pública No. 2854 de fecha 5 de septiembre de 2011 de la Notaría Tercera de Cartagena, y 1/3 por adjudicación de remate ejecutado por la DIAN el día 24 de mayo de 2012. El 1/3 restante aparece inscrito a nombre de IVONNE FARAH de CHALJUB y la sociedad Issa Farah & Cía. S. en C., en partes iguales.
- Por lo anteriormente expuesto, afirma que la sociedad demandante está legitimada para adquirir por prescripción adquisitiva el derecho de dominio respecto de los inmuebles identificados como Garaje uno y Garaje dos, respectivamente, ubicados en la dirección antes mencionada.

EL TRÁMITE EN LA PRIMERA INSTANCIA:

El escrito de demanda fue presentado el 11 de Diciembre de 2012 y al someterse al correspondiente reparto fue remitido al Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena; admitida la demanda mediante auto adiado el 22 de enero de 2013¹, se corrió traslado de la misma por el término de 20 días a la parte demandada y a las personas indeterminadas que se creyeran con derecho sobre el inmueble. Notificada la sociedad "ISSA FARAH & CÍA S.EN C." mediante aviso el 22 de abril de 2013 y emplazados en debida forma los demás demandados², es proferido auto de fecha 23 de julio de 2013³, por medio del cual se designa curador ad-litem a la señora Ivonne Farah de Chaljub y a las personas indeterminadas, quien recorrió el traslado de la contestación de la demanda sin proponer excepciones, y se adhiere a la prueba documental que obra en el expediente; en tanto que la sociedad Issa Farah y Cia S. en C., no formuló oposición alguna por parte de su procurador judicial, quien solo se limitó a solicitar la suspensión del proceso por prejudicialidad penal⁴.

Posteriormente con auto de fecha 27 de agosto de 2013⁵ se abrió el periodo probatorio, y evacuadas en su mayoría se corre traslado para alegar⁶, las partes presentan sus alegaciones⁷ por lo que se profirió sentencia.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

4

El Juez Primero Civil del Circuito de Cartagena, profirió sentencia el 20 de agosto de 2015, favorable a las pretensiones de la demandante, declarando que la sociedad HOT AMERICA'S FAVORITE PIZZA, ha adquirido por prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, la tercera parte (173) de los inmuebles ubicados en el barrio Bocagrande, avenida San Martín N°. 6-72, denominados garaje uno y dos, ordenando como consecuencia inscribir el proveído en los libros correspondientes de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena.

Para sustentar su decisión, el A quo parte del presupuesto de la posesión ejercida por la prescribiente, el cual manifiesta constató a través de las pruebas practicadas y allegadas al proceso, que lograron dar certeza del corpus y el animus como requisito fundamental para adquirir la posesión, el cual quedó demostrado con los actos de señorío ejecutados por ésta.

¹ Ver a folio 36 del cuaderno principal

² Ver a folios 55, 56, 57 y 59 del cuaderno principal.

³ Ver a folio 86 del cuaderno principal.

⁴ Ver a folio 123 del cuaderno principal.

⁵ Ver a folio 92 del cuaderno principal

⁶ Ver a folio 222 del cuaderno principal

⁷ Ver a folios 223 a 237 del cuaderno principal.

De igual forma, afirma que la sociedad prescribiente **HOT AMERICA'S FAVORITE PIZZA LTDA.**, es poseedora de las cuotas partes de los inmuebles objeto del litigio, por lo que se encuentra legitimada para pedir la declaratoria de pertenencia.

Así mismo, el A quo manifiesta que respecto a la inconformidad planteada por la apoderada de la sociedad **ISSA FARAH & CIA S. en C.** en relación al punto de no haberse cumplido con el emplazamiento de la citada parte, se tiene que la compañía de correos "**TRANEXCO**", **NOTIFICACION EN LÍNEA DE GESTIONES JUDICIALES**, certificó a ese despacho judicial que entregó el citatorio a los demandados a la dirección indicada en la demanda como lugar de notificaciones el día 22 de abril de 2014, y pasados dos meses desde esa fecha, la misma compañía de correos visitó el mismo lugar donde entregó el citatorio, pero esta vez con la finalidad de hacer entrega del aviso notificadorio, el cual fue rehusado por la persona que atendió al cartero.

IMPUGNACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada, Issa Farah & Cia S. en C., interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida el veinte (20) de agosto de dos mil catorce (2014), esgrimiendo que, el fallador hizo una valoración equivocada de la prueba documental, en la medida en que no valoró la misma en su conjunto, sino que la observó de manera tangencial, tomando únicamente lo conveniente para la parte demandante y dejando de lado los elementos probatorios importantes que llevarían al traste las pretensiones de la demanda.

5

Agrega que, hubo falta de defensa técnica en la parte representada por Curador Ad litem, aduciendo que no solicitó pruebas y no cumplió con el mandato constitucional de controvertir las aportadas y solicitadas por la parte demandante, aseverando además que, en el interrogatorio realizado al representante legal de la sociedad demandante, el señor **ANCIZAR GUTIEREZ BAQUERO**, el día de la inspección judicial manifestó bajo la gravedad de juramento, haber ejercido la posesión de los inmuebles aludidos en el sub lite desde el año 2006, puesto que presumió que compró desde ese año.

Por lo anterior, esgrime que dicho interrogatorio resulta insuficiente por cuanto no ilustra al despacho de cómo ejerce la posesión y al confrontar lo manifestado por éste con la prueba documental aportada, afirma que su dicho no es consecuente por cuanto las anotaciones realizadas en los folios de matrícula de los inmuebles referidos, datan desde el año 2011 hasta la fecha.

Manifiesta que, los testimonios de los señores **MOISÉS GOSSAIN ROGNINI** y **CARLOS JULIO FARAH CHALITA**, son claros en ilustrar el antecedente

histórico de los inmuebles por cuanto tienen referentes de familiares en los mismos, pero no son precisos en cuanto a la posesión de la parte demandante sobre estos.

Finalmente aduce que, aunque en el recorrido del proceso aparentemente se surtieron todas las notificaciones conforme a la ley, se generó una nulidad constitucional de violación al debido proceso toda vez que el auto interlocutorio para que se resolvieran los recursos de ley, nunca fue notificado a la demandada.

En providencia del 28 de enero de dos mil quince (2015) se concede el recurso de alzada interpuesto.

TRÁMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA:

Arrimado el expediente al Tribunal Superior de Cartagena-Sala Civil – Familia-, mediante proveído calendado Noviembre 9 de 2015 se admite el recurso de apelación y por auto del 19 de noviembre se corre en traslado para alegar, facultad de la cual hacen parte ambas partes.

CONSIDERACIONES:

En ejercicio del obligado control de legalidad se pudo verificar que se encuentran cumplidos los presupuestos procesales exigidos para decidir este asunto y adicionalmente que no existen vicios o irregularidades que puedan afectar de nulidad el trámite realizado hasta la presente fecha y que pudiesen llegar a impedir pronunciamiento de fondo en esta controversia.

El concepto del fenómeno de la prescripción se encuentra en el artículo 2512 del Código Civil y esta norma lo define desde dos puntos de vista: como modo de extinguir acciones o derechos ajenos y como modo de adquirir las cosas ajenas; dicho en palabras diferentes, existe la prescripción extintiva y la prescripción adquisitiva, también llamada usucapión.

Para la decisión que se deberá adoptar en este asunto, importa el fenómeno de la prescripción como modo de adquirir el dominio de los bienes y en este sentido, pacíficamente se tiene admitido que la prescripción puede ser ordinaria o extraordinaria, distinguiéndose aquella de esta, entre otras diferencias, por el lapso requerido que para la primera, tratándose de inmuebles, es de cinco (5) años y de diez (10) años para la segunda, según la Ley 79 de 2002 que modificó los términos consagrados por los artículos 2529, 2531 y 2532 del Código Civil.

Trátase de la ordinaria o de la extraordinaria para el éxito de las pretensiones de quien aspira adquirir por este modo, se requiere que concurren los siguientes presupuestos:

1. Identificación del bien,
2. Que este bien sea susceptible de ser adquirido por este modo; esto es, que se encuentre dentro del comercio (artículo 2518 del Código Civil) y que no sean baldíos o de uso público (artículo 2519 ibidem),
3. Que sobre el mismo bien se ejecuten o realicen actos posesorios continuos, no clandestinos, en otras palabras, que el actor ha ejecutado actos materiales evidentes o claramente significativos que exterioricen su señorío y,
4. Por último, que los actos de posesión, como señor y dueño, se realicen ininterrumpidamente por el término de cinco (5) años – para la ordinaria y de diez (10) años para la extraordinaria cuando se trata de bienes inmuebles.

En relación con el primero de los presupuestos, la identificación del bien que se pretende usucapir, rememoramos que se trata de una cuota parte (1/3) sobre cada uno de los inmuebles que a continuación se especifican:

GARAJE UNO (1): que hace parte del Edificio "FARAH" sito en las Avenida San Martín N° 6-72 del Barrio Bocagrande en el Municipio de Cartagena y que se individualiza con los siguientes linderos: ### Por el frente, zona de antejardín de por medio, en 3.25 metros, con la Avenida San Martín o Carrera 2ª; por la izquierda entrando linda con el Salón de Exposiciones ubicado en el primero piso del Edificio, en extensión de 10.00 metros; por la derecha entrando, en extensión de 10.00 metros, con el lote vecino N° 13; por el fondo, en 3.25 metros, con el lote N° 12.###. Área: 34.78 M2. Folio de matrícula inmobiliaria 060-72912.

GARAJE DOS (2): que también hace parte del Edificio "FARAH" ubicado en las Avenida San Martín N° 6-72 del Barrio Bocagrande en el Municipio de Cartagena y que se individualiza con los siguientes linderos: ### Por el frente, zona de antejardín de por medio, en 3.25 metros, con la Avenida San Martín o Carrera 2ª; por la izquierda entrando linda con zona de galería, zona de jardín y exposición ubicado en el primero piso del Edificio, en extensión de 10.70 metros; por la derecha entrando, en extensión de 10.70 metros, con la manzana N° 25; por el fondo, en 3.25 metros, con el lote N° 12.###. Área: 34.78 M2. Folio de matrícula inmobiliaria 060-72913.

Al analizar la inspección judicial que el Juez A quo realizara, con fecha Enero 31 de 2014⁸, en el predio del que hacían parte los parqueaderos se constata que, si bien es cierto se logra identificar el inmueble en mayor extensión, no es menos cierto que no existe evidencia física de los garajes 1 y 2, es más, el dictamen rendido por el perito⁹ corrobora el hecho de que

⁸ Visible a folio 111 del cuaderno principal

⁹ Folios 147 y siguientes

estas zonas de parqueo, al momento de la inspección judicial, ya no tienen existencia real porque sobre ellos se levantó la edificación que hoy existe, en efecto dicho informe pericial manifiesta:

"(...) Identidad de Linderos, Medidas y Áreas. LINDEROS Y MEDIDAS DEL INMUEBLE. Primero se deja constancia que los garajes estuvieron dentro de un inmueble del cual se describe sus actuales linderos, medidas y áreas y, posteriormente se describe los reales linderos, medidas y áreas de los inmuebles que fueron garajes 1 y 2 pero que, hoy hacen parte de un globo de terreno de mayor extensión que conforman la edificación del restaurante.(...)"¹⁰ (Las subrayas no se encuentran en el texto original).

Para esta Superioridad el hecho probado de que los parqueaderos no tienen, en la actualidad, existencia física real, no es óbice para que se dé por satisfecho el presupuesto de la identificación del bien que se pretende adquirir por prescripción, debido a que se encuentra identificado el inmueble de mayor extensión; el cual es evidente que se encuentra dentro del comercio, y no son bienes imprescriptibles, luego, a juicio de esta Colegiatura, se encuentran satisfechos los presupuestos 1 y 2 a los que se hizo referencia en párrafos anteriores.

Corresponde ahora a la Sala constatar si quien pretende adquirir por el modo de la prescripción ha realizado actos de señorío, si estos han sido continuos, públicos e ininterrumpidos y por último, si los ha ejercido por todo el tiempo que la ley exige, 10 años, pues recuérdese que la prescripción alegada es la extraordinaria.

8

La sociedad actora reconoce, en su escrito de demanda, que sólo le fue entregado el garaje 1 desde el mes de Noviembre de 2006[hecho 3° de la demanda] y el garaje 2 desde enero de 2012 [hecho 13° de la demanda] y hasta la fecha de presentación de la demanda [Diciembre de 2012] solo han transcurrido escasos 6 años para el primero y 11 meses para el segundo, de los 10 años requeridos para adquirir por este modo y para completar el tiempo faltante acude a la figura conocida como suma o agregación de posesiones, autorizada por el canon 2521 del Código Civil cuando dispone que "Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor...".

Sobre el fenómeno de "suma de posesiones" la Honorable Corte Suprema de Justicia se ha manifestado en los siguientes términos:

"(..)Se demuestra así que los demandantes desatendieron la carga demostrativa que manda la ley, pues, en esta especie de asuntos, como lo ha pregonado la doctrina jurisprudencial, 'además de requerirse prueba

¹⁰¹⁰ Visible a folio 202 del cuaderno principal y es el folio 11 del informe técnico

del vínculo jurídico entre el actual poseedor y su antecesor, también **es necesario acreditar que este último también poseyó el bien**'' (G.J. t. CLX, pág. 357), cuestión esta que, como quedó explicado, no se cumplió en la medida y extensión necesarias para determinar el buen suceso de la usucapión. No en vano ha dicho esta Corporación que ''cuando se trata de sumar posesiones, la carga probatoria que pesa sobre el prescribiente no es tan simple como parece, sino que debe ser ''contundente en punto de evidenciar tres cosas, a saber: **Que aquellos señalados como antecesores tuvieron efectivamente la posesión en concepto de dueño pública e ininterrumpidamente durante cada período**; que entre ellos existe el vínculo de causahabencia necesario; y por último, **que las posesiones que se suman son sucesivas y también ininterrumpidas desde el punto de vista cronológico** (G.J., t. CCXXII, 19, sent., de enero 22/93)'' (Sent. De julio 29/2004, Exp. 7571 no publicada aun oficialmente; se resalta)''¹¹.

De la lectura de la providencia anterior se desprende con meridiana claridad que cuando quien pretende adquirir por usucapión acude en apoyo de la suma de posesiones debe acreditar, entre otros aspectos, no solo su propia posesión, sino también la de sus antecesores.

Con esta finalidad, demostrar su propia posesión y la de sus antecesores, la parte demandante solicitó la recepción de varios testimonios, lográndose recaudar los de MOISES GOSSAIN¹² y CARLOS JULIO FARAH CHALITA¹³.

9

De la primera declaración debemos extraer las siguientes manifestaciones que son relevantes para la decisión que se adoptará:

''(...) PREGUNTADO: Haga un recuento de todo lo que sepa y le conste en relación con esta demanda. CONTESTO: Lo que se sobre el asunto es esa propiedad le perteneció entre otros algunas entidades financieras una de ellas el Banco de Occidente en donde yo fui gerente y además le perteneció en calidad de copropietaria a mi esposa Analith Barriga Rodríguez, en el momento en que todas esas personas jurídicas y naturales adquirieron la propiedad eso se realizó de manera pacífica y cuando resolvieron venderlo al señor Ancizar Gutiérrez o a su empresa se hizo de la misma manera, solo agrego que la propiedad se adquirió y se vendió como cuerpo cierto. PREGUNTADO: Sírvase aclarar el declarante y precisar su frase esas propiedades y a cuáles se refiere. CONTESTO: Me referí a esa propiedad y con ello hice mención a un local y dos garajes que componían un todo que fue lo que recibimos y entregamos. PREGUNTADO: Diga el declarante donde se encuentra (sic) ubicados los dos garajes a que se ha referido. CONTESTO: En los extremos de la propiedad, ubicados en la Avenida San Martín del Barrio Bocagrande, no recuerdo

¹¹ CSJ, Cas., Civil, Sent. Nov. 18/2004, Exp. 7276. M.P. César Julio Valencia Copete

¹² Visible a folio 108 y siguientes del cuaderno principal

¹³ Visible a folio 218 del cuaderno principal

nomenclatura. PREGUNTADO: Diga el declarante que actos conoce o ha presenciado que la sociedad demandante Hot America's Favorite Pizza Ltda, haya ejercido sobre los garajes a que se ha hecho mención. CONTESTÓ: Sobre la totalidad del predio que vendimos incluyendo esos garajes, la sociedad America's Favorite Pizza Ltda ejecutó un proyecto consistente en un restaurante que hoy funciona en ese sitio. PREGUNTADO: Diga el declarante que actos ejercieron sobre los mencionados garajes los anteriores propietarios a la America's Favorite Pizza Ltda. CONTESTO: Eran las entidades financieras y mi señora. No llevaron a cabo ningún tipo de acto ni actividad en tanto solo estaban a la espera de poder vender esa propiedad. PREGUNTADO: Diga el declarante o aclárele al despacho su respuesta anterior, con la finalidad de determinar específicamente si los mencionados garajes ofrecía alguna utilidad a los anteriores dueños, o por el contrario estos se encontraban bajo su custodia sin utilización. CONTESTO: No era el administrador de esa propiedad. Estoy aquí porque mi esposa tenía una participación sobre ella. A mi esposa mientras la propiedad le perteneció y hasta el momento de la venta no le reportó ningún tipo de utilidad. Del banco de Occidente si bien era gerente no tenía la representación legal de manera que desconozco si la propiedad le representaba dividendo. PREGUNTADO: diga si lo sabe quién asumía el costo de los impuestos que gravan los dos garajes mencionados. CONTESTO: Costo si le generó a mi esposa a prorrata de su participación. Los restantes no lo sé. (...) PREGUNTADO: Diga el declarante si en alguna oportunidad quienes figuran como propietarios o titulares hayan dejado el bien abandonado. CONTESTO: Absolutamente no en cuanto corresponde a mi esposa y a las entidades financieras que me consta efectuaban permanente vigilancia sobre la propiedad y es evidente que la sociedad America's Favorite Pizza Ltda, tampoco en tanto desde que mi esposa y esas entidades les vendieron han iniciado las diligencias de su proyecto. La vigilancia de las entidades si me consta porque de común acuerdo le pagaban a una persona para que la llevara a cabo a nombre de todas y a mi esposa le correspondía así mismo pagar su prorrata. (...)". Negrillas y subrayado no se encuentran en el texto original.

Por otra parte, de la declaración rendida por el señor CARLOS JULIO FARAH podemos extraer las siguientes manifestaciones que son relevantes para la decisión que se debe adoptar:

"(...)CONTESTO: Eso inicialmente era una casa de dos pisos, de propiedad de mis abuelos, arriba vivíamos nosotros con mi papa, y tenía su garaje que era el N° 2 y abajo vivía mi tía IVON, con mi abuela MARÍA, y tenía su garaje que era el N° 1, cuando Bocagrande tenía sus jardines, y sus antejardines, no como ahora. Entonces mi papa, tenía arrendado el garaje N° 2 al BCH, por un préstamo hipotecario que hizo. Allí montaron un cajero electrónico, y del valor del arriendo, se sacaba el pago de la cuota del préstamo. Ese préstamo duro 10 años. El banco no sé cuánto tiempo más duró con el local. Después vino una joyería, que no sé cuánto tiempo duró,

un almacén de zapatos, y por último un restaurante, denominado Restaurante Palermo. Todo ese tiempo que les cuento, y que tengo conocimiento, mi papa paga impuesto predial, ya que se local o garaje 2 tenía su propia matrícula de predial. PREGUNTADO: Diga el declarante, si lo sabe, si en alguna oportunidad, la sociedad HOT AMERICA'S FAVORITE PIZZA LTDA, entró a ocupar el inmueble de que se ha venido hablando, o parte de él. CONTESTO. Ni padre (sic) ANDRÉS FARAH, le vende a la sociedad HOT AMERICA'S FAVORITE PIZZA LTDA, del garaje N° 2 su cuota parte y la posesión de todo el garaje 2 y le vende su cuota parte del garaje N° 1 además de la casa de él, arriba en el segundo piso, eso fue en el año 2011, a finales. PREGUNTADO: Usted en su respuesta señaló que su padre vendió además de la cuota de dominio, la posesión sobre todo el garaje 2, explíqueme al despacho en qué consistía la posesión a que usted se ha referido. CONTESTO: Mi papa era el que pagaba los impuestos sobre todo el garaje 2, hacía las mejoras locativas, tales como reparaciones, mantenimientos, adecuaciones, sobre el garaje 2 y siempre era el que hacía sus contratos de arrendamientos que estuvieron allí en ese garaje N° 2. PREGUNTADO: Diga el declarante si alguna otra persona contribuía a pagar los costos que generaba las reparaciones, mantenimientos, adecuaciones y en caso positivo, qué personas. CONTESTO: Que yo tenga conocimiento, nadie. Mi papa siempre estaba al frente de eso. PREGUNTADO: Diga el declarante, si lo recuerda, que alguna persona natural o jurídica que haya recibido en arriendo por parte de su padre el garaje N° 2 a que usted se ha referido. CONTESTO: Al Banco Central Hipotecario, los otros no los recuerdo y el tema de PALERMO él hablaba con un señor llamado JOSE DAVID MORALES, pero desconozco el contrato, YA QUE NO LO HICE ni lo vi, y no sé cómo se llamaba el arrendatario. PREGUNTADO: Diga el declarante qué persona se beneficiaba del arriendo del garaje N° 2, en cuanto al pago del canon mensual de arrendamiento. CONTESTO: Mi papa era el que recibía el pago de su arriendo, a nombre de él y directamente a él. PREGUNTADO: Diga el declarante si su padre compartía con alguna otra persona natural o jurídica el valor del canon de arrendamiento que recibía por el garaje N° 2. CONTESTO: Hasta donde conozco no lo compartía. Lo utilizaba él para sus gastos. PREGUNTADO: Diga el declarante que sabe usted respecto al garaje N° 1 y con la ocupación de la sociedad demandante a ese predio. CONTESTO: Lo que conozco del garaje 1 es que la sociedad HOT AMERICA'S FAVORITE PIZZA LTDA le compró a unos bancos, la propiedad que ellos tenían en la parte de abajo y desde ese momento, ellos tenían eso con llave, con una reja con llave, y allí no entraba nadie. Cuando nosotros necesitábamos algo teníamos que pedir permiso para entrar a efectuar alguna reparación. Anteriormente también los bancos tuvieron eso cerrado con llave. (...)"

En casos como el que atrae la atención de la Sala, lo ha dicho la Honorable Corte Suprema¹⁴, "los medios aducidos en el proceso para

¹⁴ CSJ.; Cas., Civil, Sent. Marzo 15 de 1999, expediente 5090, Mag. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles

demostrar la posesión, deben venir, dentro de las circunstancias particulares de cada caso, **revestidos de todo el vigor persuasivo (...)** que le lleven al Juez el convencimiento de que quien pretende usucapir sea en realidad aquel que ha ejecutado los actos de señorío propios del poseedor, porque al funcionario debe quedarle claramente trazada la línea divisoria entre la posesión y la mera tenencia(...)" (negritas no se encuentran en el texto original); la Sala agregaría que no solo debe estar claramente establecida la distinción entre posesión y mera tenencia, sino también la de estas figuras con la de la propiedad o dominio.

Ya este Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse en asunto similar y en aquella ocasión expuso:

- "(...)este tipo de eventos, en los que se busca que la sentencia judicial declare que un bien salió de un patrimonio para instalarse en otro, sin que normalmente medie la voluntad del dueño anterior, la labor probatoria del demandante debe ser acuciosa, oportuna y eficaz, de modo que a la luz del artículo 177 del C. de P. Civil debe acreditar fehacientemente todos los elementos de la prescripción, esto es, que el bien sea susceptible de ganarse por esta vía, que ha poseído ininterrumpidamente, de manera pública y pacífica y que, además, sus actos se han prolongado por el tiempo que exige la ley. Y si a la suya pretende agregarle posesiones anteriores, también debe estar presto a demostrar juiciosamente los elementos que la jurisprudencia ha exigido para tal efecto, o sea, la existencia y continuidad de las posesiones y el vínculo que las ata. A la larga como se trata de asuntos que no son de poca monta, por la trascendencia económica y social que de ellos se deriva, sólo cuando las pruebas son suficientes e idóneas para dar por establecidos todos esos presupuestos, se puede acceder a las súplicas de la demandante, con todos los efectos jurídicos erga omnes que de ello se siguen. (...)"¹⁵

Al estudiar detalladamente los testimonios de MOISES GOSSAIN y CARLOS JULIO FARAH CHALITA encontramos, en primer lugar, que estas declaraciones son contradictorias en tanto que la primera de ellas afirma que entre los copropietarios hubo colaboración para sufragar los gastos que generaban los inmuebles [vigilancia e impuestos], la última sostiene que esas erogaciones eran asumidas únicamente por el señor Andrés Farah, padre del deponente.

Como una segunda observación, esta Colegiatura destaca que, a nuestro juicio, las afirmaciones del señor Carlos Julio Farah Chalita no se refieren específicamente a los parqueaderos, su referencia se inclina más a los otros inmuebles que hacían parte de la edificación, porque, por ejemplo,

¹⁵ Tribunal Superior de Cartagena, Sala Civil- Familia, sentencia de Diciembre 16 de 2015 Exp. 13001-31-21-002-2013- 00029-02

acudiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia, no se explica que un restaurante denominado "Palermo", una joyería o un almacén de zapatos puedan funcionar en área tan pequeña como es una zona de parqueo, con escasos 34.78 M2, es más creíble la versión de que en ese parqueadero pudo funcionar, en alguna oportunidad, un cajero automático.

Esos pequeños grandes detalles le restan confiabilidad a su declaración, pues revelan un ánimo de favorecer a la parte demandante, circunstancia que por demás es entendible, en la medida que dicho testigo fue quien actuó como vendedor de los inmuebles en representación de su señor padre y propietario Andrés Farah.

Desde otra perspectiva, esta Sala considera que con las pruebas arrojadas al presente conflicto, el aspirante a adquirir por prescripción no logró acreditar el tiempo de 10 años de posesión necesario para usucapir extraordinariamente y solo demostró los actos de señorío ejercidos directamente por él [el garaje 1 desde el mes de Noviembre de 2006[hecho 3° de la demanda] y el garaje 2 desde enero de 2012 [hecho 13° de la demanda] y hasta la fecha de presentación de la demanda [Diciembre de 2012] solo han transcurrido escasos 6 años para el primero y 11 meses para el segundo], toda vez que los ejercidos, en su condición de propietarios, por sus antecesores, son incompatibles, como se explica a continuación:

13

En realidad de verdad, unos son los actos de señorío realizados por el propietario o titular del derecho de dominio y otros los ejercitados por el poseedor; en tanto y por cuanto los de aquel, el propietario, no son más que el ejercicio de las facultades esenciales e inherentes al dominio: uso, goce y disposición, en donde poco importa si el titular del derecho tiene o no la posesión material, el dueño sigue siendo dueño aun cuando no tenga la aprehensión material del inmueble, dominio o propiedad del que carece el poseedor y los actos de este último, el poseedor, están encaminados precisamente a obtener esa propiedad; las acciones de señorío del propietario son actos y acciones de derecho, los del poseedor son actos y acciones de facto; dicho de manera diferente, los actos del titular del derecho de dominio los hace por lo que es, el propietario; en tanto que los actos del poseedor son realizados por lo que quiere llegar a ser.

Los anteriores razonamientos nos lleva concluir que el poseedor actual no puede agregar a su posesión el tiempo durante el cual sus predecesores, cuando eran propietarios, ejercitaron los derechos inherentes a esa propiedad; se itera, son actos de señorío distintos e incompatibles con los de posesión.

Como adehala argumentativa y desde otro punto de vista, recuérdese que en esta confrontación lo que se busca adquirir por prescripción son unos derechos de cuota sobre unos garajes, lo que impide que se adicione a esta, la posesión sobre cosas corporales; en palabras de la Corte, "(...) en la accesión de posesión se requiere que estas sean uniformes o idénticas en cuanto a su objeto, entre sí enteramente homogéneas, lo que conlleva a afirmar, por ejemplo, que **no es admisible sumar a la posesión sobre cosas corporales, aquella que recae sobre puros derechos** (...)"¹⁶. (Las negrillas no se encuentran en el texto original)

Finalmente, analizando esta controversia desde otra óptica, admitiendo en gracia de discusión - la tesis de la actora en el sentido de que la posesión ejercida por los anteriores propietarios es consecuencia natural y lógica de su derecho de dominio, entonces, se itera, aplicando la misma tesis, debemos concluir que las demandadas - que también son titulares del derecho de dominio, son igualmente poseedoras y en ese mismo orden, entonces nos encontraríamos frente al fenómeno de la prescripción entre comuneros consagrada en el canon 2525 del ordenamiento civil.

Así las cosas, debemos evocar las múltiples sentencias que en este sentido ha proferido nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil que exige que si uno de los coposeedores pide en su favor la prescripción adquisitiva de la cosa, debe demostrar el momento que empezó a detentar el bien en forma exclusiva. Se ha dicho entonces:

- "(...) En tal orden de ideas, propio es observar que en el caso del aludido fenómeno -coposesión -, si uno solo de los partícipes opta por solicitar que se declare que es titular de la propiedad de la cosa, se impone a él, en aras de sacar adelante su aspiración, demostrar que a partir de un determinado momento dejó de poseer para la comunidad y empezó a detentar el bien en forma exclusiva.

Es pertinente recordar al respecto que **"tratándose de la posesión de comunero" su utilidad es 'proindiviso', es decir, para la misma comunidad, porque para admitir la mutación de una 'posesión de comunero' por la de 'poseedor exclusivo', es necesario que el comunero ejerza su posesión personal, autónoma o independiente, y por ende excluyente de la comunidad"** (Cas. Civ. Sent. De oct. 29/2001. Exp. 5800; negrillas fuera del texto. Criterio que fue ratificado por la Sala en fallo del 14 de diciembre de 2005. Exp. 1517631030021994054801)

Es claro, entonces, que en frente de la solicitud de uno de los coposeedores para que se le declare dueño por usucapión del bien sobre el cual otrora ejercía poder de hecho la comunidad, la única posesión que sirve es la exclusiva de quien demanda, cuya

¹⁶ CSJ. Sentencia de enero 22 de 1993. [CCXXII-18] primer semestre

demonstración exige acreditar la mutación o transformación de la posesión común en aquella. (...)"¹⁷.

Aterrizando la anterior jurisprudencia dentro de los linderos del presente conflicto y analizados los testimonios recaudados en estas diligencias, en especial el de MOISES GOSSAIN, quien da fe de que todos los copropietarios compartían los gastos de mantenimiento y sostenimiento de los inmuebles, se puede inferir que, solo a partir del momento en que se le entregó la edificación a la demandante, incluidas las zonas de parqueo, [el garaje 1 desde el mes de Noviembre de 2006[hecho 3° de la demanda] y el garaje 2 desde enero de 2012 [hecho 13° de la demanda], cuando según los mismos testimonios "cerró con llave" la edificación, se evidencia en la sociedad demandante su intención de poseer unilateralmente para sí los inmuebles.

Corolario de lo anterior, analizado este asunto ya desde el punto de vista de suma de posesiones, ora desde la óptica de la posesión entre comuneros, se llega a la misma conclusión: que la sociedad demandante no cumple con el requisito del tiempo requerido para adquirir por usucapión; razón por la cual, se impone la revocatoria de la sentencia impugnada, para en su lugar no acceder a las pretensiones de la parte demandante; con la consecuente condena en costas para ella, tanto en la primera como en la segunda instancia.

Con base en los anteriores razonamientos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

15

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR INTEGRAMENTE la sentencia del 20 de agosto de 2014 y su corrección de fecha Octubre 3 del mismo año, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena _ Bolívar – dentro del proceso ordinario instaurado por la sociedad "HOT AMÉRICA'S FAVORITE PIZZA LTDA", representada legalmente por el señor ANCIZAR GUTIÉRREZ BAQUERO en contra de IVONNE FARAH DE CHALJUB, la sociedad "ISSA FARAH & CÍA S. EN C." y personas indeterminadas.

SEGUNDO: En su lugar se dispone no acceder a las pretensiones de la demandante.

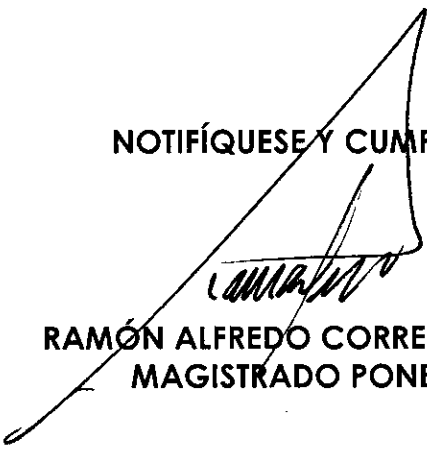
TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE AMBAS INSTANCIAS a la sociedad demandante, las que serán liquidadas en su oportunidad; incluyendo en ellas, como agencias en derecho el equivalente a 3 S.M.L.M.V.

¹⁷ CSJ. Cas. Civil, Sent. Jul.22/2010, Exp. 2000-00855. M.P. Arturo Solarte Rodríguez

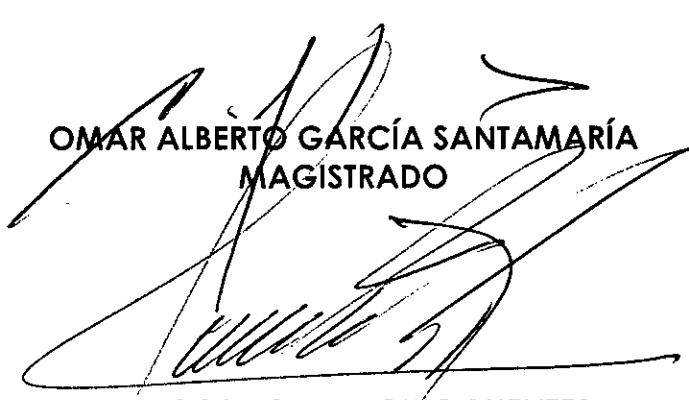
PROCESO DORDINARIO DE PERTENENCIA
RAD. TRIBUNAL 2015-425-35
RADICADO ÚNICO: 13001-31-03-001-2012-00338-02
DEMANDANTE: HOT AMERICA'S FAVORITE PIZZA LTDA.
DEMANDADO: IVONNE FARAH DE CHALJUB Y OTROS
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA # 025 de 2016

CUARTO: En firme la presente providencia, regrese el proceso al Juzgado de origen. Anótese su salida en los libros radicadores y sistemas virtuales de registro.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE



**RAMÓN ALFREDO CORREA OSPINA
MAGISTRADO PONENTE**



**OMAR ALBERTO GARCÍA SANTAMARÍA
MAGISTRADO**



**MARCOS ROMAN GUÍO PUENTES
MAGISTRADO**