

Señor
JUEZ TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD ENVIGADO
E. S. D.

REF. *Proceso Reivindicatorio con Demanda de Reconvención de la sociedad Shirley Zuluaga Salazar y CIA S.A.S contra Mauricio Alejandro Toro González. Radicado 003-2016-00084-01*

ASUNTO: SUSTENTACIÓN APELACIÓN

Como mandatario judicial de la sociedad accionante en reconvención me permito sustentar el recurso de apelación frente a la sentencia notificada en estrados el 10 de agosto de 2023.

El motivo de apelación fue la negativa del *A quo* para conceder en su integridad la pretensión segunda de la demanda de reconvención por pertenencia ordenando cancelar el gravamen hipotecario.

Memoremos que el Código Civil regula la hipoteca entre los artículos 2432 y 2457, el primero define a la hipoteca como un derecho de prenda que se constituye sobre bienes inmuebles. A su vez, la sentencia C-664 del 2000 comprende a la hipoteca como una afectación a un bien para el pago de una obligación sin que haya una desposesión actual del constituyente. En el ámbito doctrinario, vale la pena parafrasear la definición ofrecida por Álvaro Pérez Vives (1986) al considerarla como un acuerdo de voluntades en virtud del cual surge una garantía real, accesorio e indivisible; que recae sobre inmuebles y que le permite al acreedor perseguirlo en manos de quien esté para rematarlo en caso de que no se le pague la obligación principal y que con el dinero obtenido en ese remate se cancele su obligación de manera preferente a los demás acreedores¹. En dicha definición se plasma el carácter dual de dicha figura: como contrato y como derecho real.

En lo referente a la extinción de dicha figura, el artículo 2457 Código Civil establece las causales para que dicha situación acaezca, las cuales se resumen en: la extinción de la obligación principal, **la resolución del derecho del que la constituyó** o el

¹ Pérez Vives Álvaro (1986), Garantías Civiles (Hipoteca, prenda y fianza), Bogotá: Temis, p. 76.

evento de la condición resolutoria, por la llegada del día hasta el cual fue constituida y por la cancelación que el acreedor hipotecario acuerde en la escritura pública.

Frente a la causal referida a la resolución del derecho del constituyente, la Corte Suprema de Justicia mencionó: Se extingue la hipoteca “...por la resolución del derecho del que la constituyó...” (inc. 2º, art. 2457). Es claro que esta resolución se refiere al derecho sobre el bien hipotecado»². A pesar de que dicha sentencia cuestiona la cancelación del gravamen hipotecario por la prosperidad de la prescripción adquisitiva por parte de un tercero, se ha de entender que dicha corporación llega a esa conclusión sustentándose en el Código de Procedimiento Civil y su regulación del proceso de declaración de pertenencia, norma que fue derogada y modificada por el Código General del Proceso, el cual sí dispone expresamente en su artículo 375 la citación del acreedor hipotecario.

Dicho lo anterior, toma especial relevancia comprender el alcance del numeral quinto del referido artículo del estatuto procesal, que establece el deber de vincular al acreedor hipotecario (carga que se cumplió en el proceso) cuando el bien objeto del litigio se encuentre gravado con hipoteca o prenda. Esto es así ya que dicho acreedor goza de un derecho real sobre el bien objeto del litigio, por lo que una declaración a favor del prescribiente de dicho inmueble podría conllevar una afectación en su garantía, a tal punto de generar la extinción o cancelación de la misma.

En este orden de ideas, el legislador preceptuó la participación de los acreedores hipotecarios y prendarios para que, antes que ser simples coadyuvantes, «de considerarlo ellos pertinente, **intervengan en defensa de sus intereses** y hagan las manifestaciones a que hubiere lugar en el marco de sus competencias»³. Por esta razón, la intervención de los acreedores responde a una posible afectación de sus derechos o intereses, advirtiéndole que su participación es perentoria para proteger sus garantías y que aquellas son susceptibles de cancelación. Con esto, se logra

² Sentencia S -0105 de 1995, Expediente N.4219, M.P. Héctor Marín Naranjo.

³ Sentencia con radicado 11001020300020190234000, 12 de agosto del 2019, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

comprender la razón por la que dicho artículo 375 impone el deber expreso de citar al acreedor hipotecario.

Por otro lado, respecto de los efectos que presenta la prescripción adquisitiva, es importante destacar el impacto que la misma tiene frente al derecho real de dominio del prescribiente. Tanto la ley como la doctrina han precisado sobre la ficción que se genera mediante la sentencia declarativa de pertenencia. Por un lado, el Código General del Proceso, en su artículo 375, inciso 1º, contempla la prescripción dentro de los procesos declarativos, manifestando así que el juez, entre otras cosas, simplemente reconoce o niega mediante su sentencia el derecho real de dominio por parte del poseedor, el cual, teniendo la providencia a su favor, se comprende como dueño desde el comienzo de su posesión. Sobre este último punto, el autor de derecho civil, Luis Guillermo Velásquez Jaramillo, destaca lo siguiente: «**el poseedor adquiere el derecho real desde el día en que empezó a poseer y no desde el día en que se consolidó la prescripción**»⁴. En este sentido, el poseedor es considerado dueño desde que inicia su tenencia pública, pacífica e ininterrumpida con ánimo de señorío.

Con todo, los efectos de la prescripción, que reconocen al prescribiente dueño del bien inmueble desde su posesión, también reputan alteraciones de cara a las garantías inscritas en el inmueble. Conforme al artículo 2439 del Código Civil establece: «*no podrá constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos*».

Por esta razón, los gravámenes hipotecarios constituidos por actores distintos al prescribiente, incluido el propietario inscrito a lo largo de la posesión, carecen y carecerían de legitimación para conformarlos. Para esto, habrá qué entender el alcance de los efectos *ex tunc* o retroactivos de la decisión merodeclarativa que el órgano jurisdiccional profiere, ya que ha de proteger íntegramente al prescribiente. Así, atendiendo a una exégesis responsable, puede colegirse que el sentido lógico de la ley es comprender que el sujeto con capacidad de enajenación es siempre el prescribiente, teniendo muy presentes sus actos de señorío durante el tiempo de la posesión.

⁴ Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. *Bienes*. Editorial Temis, 2014, P. 426

Finalmente, en consideración del tratamiento que tiene la prescripción como modo originario de adquisición de derecho reales, la jurisprudencia ha precisado que la misma genera la liberación de gravámenes sobre el bien prescrito. De esta forma, la Corte Suprema de Justicia, con igual fundamento en la doctrina, ha señalado que la usucapión ordinaria o extraordinaria, es «el medio más adecuado para sanear los títulos sobre inmuebles (...) pues logrando sentencia favorable no sólo afirma con solidez su título de dominio, obteniendo la mejor prueba que de él existe, sino que así alcanza la limpieza de los posibles vicios que su primitivo título ostentara y termina con las expectativas y con los derechos que los terceros tuvieran sobre el mismo bien⁵.

Conforme a lo anterior expuesto, se sustenta el único reparo presentado a la sentencia recurrida, solicitando al Juez modifique la decisión recurrida acogiendo en su integridad la pretensión segunda, y consecuente con ello ordenando cancelar el gravamen hipotecario.

Atentamente,



SANTIAGO ANDRÉS SÁNCHEZ QUINCHÍA.

C.C. 8.103.253

T.P. 166.827

Dir. Calle 49 No. 50-21 Oficina 2305 Medellín

Email. santiago123andres@hotmail.com

27 de Octubre 2023.

⁵ José J. Gómez en su obra 'Bienes y derechos reales', enseña: "El transcurso del tiempo, unas veces solo, otras acompañado de la posesión, logra el maravilloso resultado de sanear, de estabilizar las relaciones jurídicas sobre los bienes. La prescripción cumple así la más trascendental función social cerrando todos los días y a todas horas la historia de la propiedad, como si fuese una cuenta que en cada liquidación quedase limpia de errores y vicios". Sentencia con referencia 17001221300020100031201, 16 de diciembre del 2010, M.P. William Namén Vargas.