

TEMA: REINVIDICACIÓN - La prosperidad de la acción reivindicatoria supone en el actor la condición de propietario del bien que reivindica, calidad que debe demostrar frente al demandado, quien, como poseedor, a efectos de frustrar la calidad del dominus, en muchos casos se ve compelido a proponer en su favor la usucapión. / **PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO** - El simple hecho de haber nacido en el inmueble, convierte la habitante en poseedor, pues debe detentar algunos de los elementos que califican la obtención material de una cosa como posesión -ánimus domini-. / **RESTITUCIONES MUTUAS** - El juez debe proceder de oficio, porque al ser decisiones consecuenciales, se entienden incluidas por la misma ley en la pretensión principal de que se trate, dependiendo ello de la buena o mala fe de su antagonista.

HECHOS: La demandante, presentó demanda para que por los ritos del procedimiento verbal – proceso reivindicatorio-, se le ordene restituir el inmueble ubicado en la calle 90 N° 69- 50. Igualmente, la demandada presentó demanda de reconvenición, para pedir que se le declare dueña por usucapión del inmueble cuya reivindicación se demanda.

TESIS: (...)la finalidad de la acción reivindicatoria, es la prueba del derecho de dominio sobre la cosa que se pretende reivindicar de manos del poseedor material, fundándose, por contera, los elementos esenciales de la referida acción reivindicatoria, elementos primigenios que se hallan en armonía con la cita jurisprudencial que viene de realizarse. De lo antes expuesto, válido es concluir, que la prosperidad de la acción reivindicatoria supone en el actor la condición de propietario del bien que reivindica, calidad que debe demostrar frente al demandado, quien, como poseedor, a efectos de frustrar la calidad del dominus, en muchos casos se ve compelido a proponer en su favor la usucapión. (...) (...) No es posible admitir que la demandada y demandante en reconvenición, por el simple hecho de haber nacido en el inmueble, se haya convertido en poseedora, al faltar algunos de los elementos que califican la detentación material de una cosa como posesión -ánimus domini- cuya elemental consciencia no le es propia aún, además, como alude el artículo 2520 del C. Civil: "...la mera tolerancia de actos de que no resultan gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna...Se llaman actos de mera facultad lo que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro". Precepto normativo en virtud del cual la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado: "...el que recibe la casa para derivar directamente en su provecho la utilidad de habitarla, empieza a poseer en nombre ajeno, y su título de mera tenencia (art. 775) no lo habilita para adquirir el dominio, precisamente porque el habitador reconoce que no es suyo". (...) el mero hecho de haber nacido en un inmueble que sirvió al hijo de morada durante el tiempo en que sus padres se lo permitieron, pueda ser reflejo y prueba per se de posesión, sin que tampoco haya explicado por qué si el inmueble fue sometido en el año 1985 al régimen de propiedad horizontal y, siendo que primero ocupó el tercer piso, pasándose a habitar el primer piso, pueda, sin embargo, sostener que se trató de una posesión única, cuando se trata de dos inmuebles totalmente diferentes, aunque hagan parte de la misma P.H., luego, si lo pretendido es ganar la usucapión del primer piso, entonces, solamente interesa al Tribunal la posesión que haya podido ejercitar sobre el primer piso, sin que debamos enfrascarnos en la confusión y mezcla de situaciones fácticas bien diferentes, que lo que buscan es confundir y distorsionar el verdadero estudio del asunto. (...) (...) Sobre el tema de las restituciones mutuas, es una decisión oficiosa que en todo proceso reivindicatorio se impone, entre ellas, lo relativo a los frutos civiles o naturales, sea "los percibidos" o los que el dueño "hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad". El tema que concierne, ha sido tratado por la H. Corte en el sentido que: "(...) en materia de prestaciones mutuas, el juez debe proceder de oficio, porque al ser decisiones consecuenciales, se entienden incluidas por la misma ley en la pretensión principal de que se trate" (cas. civ. sentencia de 1° de junio de 2009, exp. n° 253073103001-2004-00179-01), dependiendo ello -claro está de la

buena o mala fe de su antagonista. (...) Los hechos probados en el proceso demuestran con claridad inusitada que es poseedora de mala fe, pues a pesar de que vivía en el inmueble por simples actos de tolerancia proveniente de forma directa de sus progenitores e indirectamente de la demandante demandada en reconvención, mutó su condición hacia una posesión, (...) el caso quedaba gobernado por el artículo 2531.3 del C Civil, en cuanto “la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe”. Finalmente, para terminar de apuntalar ese aspecto, es claro que a pesar de ser la demandada poseedora de mala fe, de todas maneras tiene derecho a recoger el valor de mejoras necesarias hechas en el inmueble, aquellas que son indispensables para preservar el bien, a voces del artículo 965 del Código Civil.

MP. JULIÁN VALENCIA CASTAÑO

FECHA: 24/08/2020

PROVIDENCIA: SENTENCIA

Sentencia No. 064 de 2020
Proceso: Verbal. Reivindicatorio y en reconvencción pertenencia
Demandantes: Alba Nelly Díaz Montoya
Demandada: Luz Ofelia Díaz Montoya
Radicado: 05001 31 03 011 2014 00438 02
Asunto: Confirma sentencia impugnada, con modificaciones.

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
-SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL-**

Medellín, veinticuatro (24) de agosto del dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo número 806 del año 2020, decide el Tribunal, mediante sentencia escrita, el recurso de apelación, frente a la sentencia de fecha 03 de julio de 2019, mediante la cual el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Medellín, dirimió la controversia en el proceso Verbal -acción reivindicatoria con demanda de reconvencción de pertenencia- instaurado por Alba Nelly Díaz Montoya, en contra de Luz Ofelia Díaz Montoya.

I. ANTECEDENTES

El día 02 de mayo de 2013, la señora Alba Nelly Díaz Montoya presentó demanda a través de apoderado judicial, en contra de la Luz Ofelia Díaz Montoya, para que por los ritos del procedimiento verbal -proceso reivindicatorio-, se le ordene restituir el inmueble ubicado en la calle 90 N° 69-50, de la ciudad de Medellín, cuyos linderos particulares se detallan en las pretensiones de la demanda.

Solicita, entonces, que la justicia declare pertenecer a la demandante el dominio pleno y absoluto del inmueble ubicado en la calle 90 número 69-50 de Medellín, el cual está siendo ocupado por la señora Luz Ofelia Díaz Montoya, en calidad de poseedora, frente a quien solicita se condene a su reivindicación, así como al pago de las expensas necesarias referidas en el artículo 965 del C.C., debido a que es poseedora de mala fe.

1. Fundamentos Fácticos. Los hechos se sintetizan de la siguiente manera:

1.1. La señora Alba Nelly Díaz Montoya adquirió la nuda propiedad sobre el predio objeto del litigio, mediante compraventa que se hizo en la escritura pública número 0598 del 09 de agosto de 2001, celebrada con sus señores padres Manuel Salvador Díaz Jaramillo y Cruz Elena Montoya de Díaz quienes se reservaron el usufructo vitalicio, ante lo cual, a raíz de la muerte de aquel, el día 27 de diciembre de 2005, se procedió a cancelar el usufructo mediante escritura pública del 19 de septiembre de 2006.

1.2. Que la demandada empezó a poseer el inmueble objeto de reivindicación a partir del pasado 28 de diciembre de 2005, reputándose como dueña sin serlo, pues la posesión la derivó después de la muerte de Manuel Salvador, el 27 de diciembre de 2005, sin que haya reunido los requisitos para ganar por prescripción el dominio del inmueble referido en la demanda.

2. Actuación procesal. El Juzgado Quince Civil Municipal de Medellín admitió la demanda por auto del día 27 de mayo de 2013, cuyo contenido fue notificado de manera personal a la señora Luz Ofelia Díaz Montoya, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la acción reivindicatoria, empuñando como medio de defensa la excepción de mérito que denominó “...prescripción adquisitiva de dominio...”, fundada principalmente en que no es cierto que haya iniciado la posesión desde el año 2005 -como lo sostuvo la demandante-, sino que lleva poseyendo el inmueble desde su nacimiento en dicha casa el 03 de julio de 1957, además, que la posesión la ejerce junto con sus hijas, quienes también nacieron en el inmueble.

Formuló las excepciones que se dio en llamar: **i)** Prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio; **ii)** Prescripción Extintiva de la acción reivindicatoria; **iii)** inferioridad de la causa para pedir y **iv)** temeridad y mala fe de la acción invocada.

2.1. Demanda de reconvención. Igualmente, Luz Ofelia presentó demanda de reconvención, para pedir que se le declare dueña por usucapión del inmueble cuya reivindicación se demanda, ante lo cual, el juzgado Quince Civil Municipal, mediante providencia del 08 de abril de 2014, declaró su

incompetencia, fundado en que la asignación de competencia a los jueces municipales en materia de usucapión aún no estaba vigente, de esta manera, el asunto continuó bajo el conocimiento del Juzgado Undécimo Civil del Circuito de Medellín, quien admitió la demanda de reconvenición, luego de que la contrademandante subsanara los requisitos exigidos mediante auto del 18 de julio de 2014, asunto que finalmente pasó al conocimiento del juez 22 del circuito por disposición del Consejo Seccional de la Judicatura en el marco del acuerdo de descongestión contenido en el acuerdo PSAA15-735 del 25 de marzo de 2015

En la contrademanda de pertenencia -como fundamentos fácticos se tiene-, básicamente, que la señora Luz Ofelia Díaz Montoya posee el inmueble desde hace 50 años y que la señora Alba Nelly Díaz Montoya reside en el estado de MIAMI desde hace más de veinte (20) años, que en una de las oportunidades en que ésta vino a Colombia, hizo comparecer a la Notaría a sus señores padres Manuel Salvador Díaz y Cruz Elena Montoya de Díaz, para que suscribieran a su favor la escritura pública de compraventa N° 598 del 09 de agosto de 2001, pero solamente como una mera formalidad, porque eran ellos los que figuraban como titulares del derecho real de dominio, pero quien ha sido y es la verdadera poseedora material del inmueble pretendido en usucapión, es la señora Luz Ofelia Díaz, hermana de la demandante.

Esta demanda fue admitida mediante providencia del pasado 13 de agosto de 2014, ordenando la notificación de la parte reconvenida y, además, se ordenó la integración de la Litis por pasiva en la demanda de reconvenición, de las señoras Diana Patricia y Lina María Cartagena Díaz, como hijas y supuestas coposeedoras del inmueble a reivindicar.

La reconvenida en pertenencia, señora Alba Nelly Montoya, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones: **i)** Falta de legitimación en la causa por activa; **ii)** Mala fe; **iii)** inexistencia de los elementos estructurales de la posesión; **iv)** falta de integración de todos los elementos estructurales de la posesión como modo de adquirir y, **v)** falta de personería para accionar.

Por su parte, las llamadas a integrar el litisconsorcio por activa en la demanda de reconvención, aceptaron los hechos narrados por la contrademandante, solicitando, además, que se acojan las pretensiones de su señora madre, como demandante en reconvención.

3. La sentencia apelada. Agotada la etapa de instrucción y juzgamiento y escuchados los alegatos de conclusión, la señora jueza Vigésima Segunda Civil del Circuito de Medellín –asignado por la transformación en permanentes de los Despachos de Descongestión-, profirió sentencia el pasado 03 de julio de 2019, en la que acogió las pretensiones de la demanda, por hallar reunidos los requisitos para la configuración de la acción de dominio.

Luego de considerar que la señora Luz Ofelia Montoya era poseedora de buena fe, ordenó el pago de los frutos civiles percibidos, pero únicamente desde la presentación de la demanda, suma que ascendía al monto de \$37.039.930. Por ahí mismo, ordenó el pago a favor aquella de las mejoras plantadas en el inmueble, por valor de \$6.208.800.

Para arribar a esta decisión, la señora jueza empezó por estudiar los elementos necesarios para que se configure la figura de la usucapión, para dejar claro que, como los padres de las partes y titulares del dominio, siempre habitaron el inmueble, eso impedía la posesión en cabeza de la señora Luz Ofelia Díaz Montoya, por lo menos hasta que falleció su señor padre. Que tampoco se demostró una posesión exclusiva en cabeza de la pretensa usucapiante y concluyó: *“por ende entonces, el Despacho solo debe tener en cuenta el tiempo en que la demandante en reconvención empezó a ejercer actos de señora y dueña de manera independiente, autónoma y única, sin reconocer derecho en otra persona, lo cual podría llegarse a inferir que sucede a partir del día siguiente en que el padre de la mencionada falleció, esto es, el 28 de diciembre de 2005...”*, circunstancia en la cual coincidían los testigos al señalar que la señora Ofelia Montoya quedó como dueña de la casa por la ocurrencia de aquel suceso, pero, además, agregaron que fue ella quien plantó las mejoras en el inmueble. De esta forma, para la jueza la contra-demandante en pertenencia Luz Ofelia Díaz no probó los requisitos

temporales previstos en la ley para el buen suceso de la pertenencia, presentándose una petición antes de tiempo.

Por otro lado, respecto de la acción reivindicatoria, indicó que no había duda sobre la singularidad de la cosa reivindicable, ya que está determinada por su ubicación, linderos y demás características, sin que exista confusión sobre la misma. Señaló, que la posesión de los demandados también estaba acreditada, por prueba de confesión que éstos hicieron al contestar la demanda y al pedir el dominio por el modo de la prescripción adquisitiva.

Además, el derecho de dominio de la demandante lo encontró probado con la escritura 598 del 09 de agosto de 2001 y la MI N° 01N 444763, suscrita en la Notaría 24 de esta ciudad, mediante la cual los señores padres de las partes, señores Manuel Salvador Díaz Jaramillo y Cruz Elena Montoya de Díaz, transfirieron a su hija Alba Nelly la nuda propiedad sobre dicho inmueble, reservándose ellos para sí el usufructo vitalicio, pero el óbito del último usufructuario acaecido el 27 de diciembre de 2005, provocó que se consolidara la propiedad plena en cabeza de Alba Nelly Díaz Montoya, sin que fuera inconveniente que apenas ésta hubiere cancelado el usufructo en septiembre de 2006. De esta forma, halló que el título de dominio era anterior a la posesión de la pretensa usucapiente, encontrando de esta manera cumplidos los presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción reivindicatoria

En punto de las restituciones mutuas, adujo la señora Jueza que en el caso no estaba probado que la posesión de la demandada haya estado precedida de la mala fe, de esta forma advirtió que la buena fe se presume y la mala fe debía probarse, lo cual no se logró acreditar, ni siquiera con la demanda de restitución de inmueble promovida por la reivindicante. Acorde con lo anterior, para efectos del reconocimiento de los frutos civiles a pagar por la señora Ofelia Montoya a la demandante en la demanda principal, entendió que se consideraba como poseedora de mala fe, únicamente desde la fecha de contestación de la demanda, enero de 2014, ordenando entonces la restitución del inmueble en los términos indicados.

4. El recurso de apelación. Concedido el recurso de apelación en primera instancia, el mismo fue admitido por este Tribunal, seguidamente, de conformidad con el artículo 14 del decreto 806 de 2020 se otorgó el término de rigor para la sustentación, el cual recorrieron las partes de la manera como pasa a compendiarse.

4.1. Apelación de la contrademandante en pertenencia. El apoderado de la señora Luz Ofelia Díaz Montoya -demandada en la demanda principal y demandante en reconvención-, presentó recurso de apelación aduciendo que se hizo una deficiente valoración probatoria, sin saber la razón por la cual la señora jueza tomó como inicio de la posesión la fecha del deceso del señor Manuel Salvador, cuando la posesión era muy anterior a esa fecha, pues así lo dijo el testigo William de Jesús Yepes Ceballos, quien confirmó que cuando se fue a vivir a Miami con su esposa Alba Nelly -en el año 1997-, la señora Luz Ofelia quedó en posesión del inmueble, destacando el togado que esta prueba es clara, diáfana y, se debe valorar en conjunto con las demás pruebas obrantes en el proceso. Pidió explicación de las razones probatorias por las cuales se tiene a su poderdante como poseedora del inmueble, tan sólo desde la muerte del señor Salvador Díaz Jaramillo, sin que sea suficiente razón, el hecho de que titular del dominio haya vivido en el inmueble hasta su muerte. Agrega que, como mínimo, establecido quedó que desde el año 1997, la señora Luz Ofelia Montoya es poseedora de buena fe del primer piso, por consiguiente, sobraba el argumento de que la posesión fuera anterior al título. Concluyó, entonces, que la sentencia se dictó en conciencia y que no en derecho.

4.2. Apelación de la demandante Alba Nelly Díaz Montoya. Por su parte, el apoderado judicial de la parte demandante en la demanda principal y demandada en reconvención, si bien no allegó escrito de sustentación dentro del término concedido para ello, no obstante, dado había expresado sus razones de inconformidad desde la primera instancia, se encontró en las mismas, una motivación suficiente para asumir el estudio del caso frente a los motivos de la apelación. Indicó que, pese a que se haya ordenado la restitución del inmueble, debe considerarse a la señora Luz Ofelia Montoya como poseedora de mala fe, dado que en el expediente hay

pruebas que lo demuestran, ya que ésta -al enterarse del proceso reivindicatorio iniciado a continuación del proceso de restitución de tenencia, ya sabía de su obligación de entregar el inmueble a su legítima propietaria, sin que pudiera mutar o tergiversar su condición de mera tenedora -como lo hizo-, para llamarse poseedora, conducta que devela su mala fe.

Concluyó, que la señora Ofelia sabía que la nuda propiedad estaba en cabeza de su hermana Alba Nelly la reivindicante, hasta el 27 de diciembre de 2005, fecha en la cual adquirió el dominio pleno y por encima del usufructo que permitió la ocupación de la señora Luz Ofelia Montoya, razón por la cual no puede ubicarse la posesión que estas alegan desde el año 1957.

Historiados de esta manera los antecedentes que dieron lugar a la formulación de la alzada, se procede a impartirle mérito a la misma, con fundamento en las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales. Encuentra la Sala satisfechos los requisitos o presupuestos procesales para que pueda abordarse el estudio de la apelación interpuesta por la parte demandada -demanda principal-, además, que no se observan irregularidades procesales que tipifiquen una nulidad.

2. Acción reivindicatoria *in genere*. Al respecto, debe remembrarse que la acción reivindicatoria se encuentra regulada dentro del artículo 946 del Código Civil, el cual instituye que:

*“ARTICULO 946. CONCEPTO DE REIVINDICACION La reivindicación o acción de dominio **es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla.**”*

Sobre el mentado concepto, se han generado diversos

pronunciamientos por parte de la H. Corte Suprema de Justicia, para el caso objeto de estudio, resulta diciente lo sentado en providencia del 5 de mayo del 2006, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, veamos:

“Para el éxito de la acción de dominio se exige que el demandante sea el titular del derecho de propiedad del bien reclamado y que el demandado sea su poseedor material, además que exista identidad entre el bien poseído por este y el pretendido por aquel y que se trate de cosa singular o cuota determinada pro indivisa de una cosa singular.”

En igual sentido, en providencia del 9 de agosto de 1995, M.P. Pedro Lafont Pianetta, se expone que, la finalidad de la acción reivindicatoria, es la prueba del derecho de dominio sobre la cosa que se pretende reivindicar de manos del poseedor material, fundándose, por contera, los elementos esenciales de la referida acción reivindicatoria, elementos primigenios que se hallan en armonía con la cita jurisprudencial que viene de realizarse.

De lo antes expuesto, válido es concluir, que la prosperidad de la acción reivindicatoria supone en el actor la condición de propietario del bien que reivindica, calidad que debe demostrar frente al demandado, quien, como poseedor, a efectos de frustrar la calidad del *dominus*, en muchos casos se ve compelido a proponer en su favor la usucapión.

3. De la prescripción adquisitiva de dominio y sus requisitos.

El artículo 2518 del Código Civil dispone que pueden ganarse a través del modo de la prescripción, el dominio de los bienes corporales que están en el comercio, cuando éstos han sido poseídos acatando los requisitos de ley; prescripción que puede ser, de conformidad con el artículo 2527 *ibídem*, ordinaria o extraordinaria, siendo la primera de ellas, aquella fundamentada en una posesión regular, que procede de un justo título y ha sido adquirida de buena fe; y la segunda, aquella que carece de alguno de los requisitos anteriores, requiriendo entonces de un tiempo de posesión de 20 años para su configuración, hoy reducidos a 10 por la ley 791 de 2002.

En relación con los presupuestos necesarios para la ocurrencia de la prescripción adquisitiva extraordinaria, ha de decirse que ésta viene a configurarse mediante el cumplimiento de los siguientes presupuestos: **a)** posesión material en el demandante; **b)** que la posesión se prolongue por el tiempo de ley; **c)** que la posesión ocurra ininterrumpidamente; y **d)** que la cosa o derecho sobre la cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por prescripción.

4. Caso concreto. En la sentencia acusada, el argumento central para negar las súplicas de la demandada en reivindicación y demandante en pertenencia, consistió en no admitir la calidad de poseedora en la persona de Luz Ofelia Montoya de Cartagena, durante todo el tiempo exigido por la ley para hacerse al dominio del inmueble; al paso que la inconformidad plasmada en el recurso de apelación contra tal argumento, es que se dejaron de apreciar todas las pruebas, que en todo caso, de haberse realizado tal labor, se habría llegado a la convicción de que la señora Luz Ofelia Montoya viene ejerciendo posesión del predio por lo menos, desde el año de 1997, según lo informó el testigo William de Jesús Yepes Ceballos.

Del recurso de apelación surgen los siguientes interrogantes: ¿es cierto –como lo sostiene el apoderado de la contrademandante en pertenencia-, que la señora Luz Ofelia Díaz ingresó al inmueble desde el año 1997 y desde ese momento se hizo poseedora del mismo, sin importar que allí haya convivido con sus padres, quienes fueron los propietarios hasta el 2001 y usufructuarios hasta el 27 de diciembre de 2005 en que falleció don Salvador Díaz Jaramillo, debiéndose revocar la sentencia para declararla propietaria del bien por usucapión; o la razón le asiste a la juez del caso cuando estimó que a lo sumo la posesión pudo comenzar en el año 2005 y por eso no se completó el término para la prescripción adquisitiva?

Superado lo anterior, se asumirá el siguiente cuestionamiento: ¿es cierto, como lo alega la demandante, que la señora Luz Ofelia debe ser calificada como poseedora de mala fe desde que empezó la relación posesoria con el inmueble y, a partir de ahí, debe empezar a contarse el

tiempo para la restitución de los frutos civiles y no desde la presentación de la demanda como lo dijo la juez en su sentencia?

4.1. Acerca de la prueba de la posesión de Luz Ofelia. Deja claro el Tribunal desde un comienzo, que el estudio del asunto solamente puede enfocarse sobre la posesión que la señora Luz Ofelia Díaz alega sobre el inmueble del primer piso de la edificación sometida a P.H. en virtud de escritura pública del 09 de septiembre de 1986 (cfr. fl. 15 anotación n°1), pues es sobre este inmueble y ningún otro que se ha suscitado el debate, no pudiendo desviarse la atención hacia la supuesta posesión que ella alega desde el año 1959 y desde el tiempo en que ocupó el tercer piso de la edificación, como quiera que si el inmueble fue sometido en el año 1986 al régimen de propiedad horizontal por voluntad de sus propietarios, padres de las señoras Alba Nelly y Luz Ofelia, luego, habiéndosele dado identidad jurídica y material a cada piso, entonces, si el debate propuesto tiene como objeto el primer piso de este inmueble, luego, lo que interesa es averiguar desde un comienzo cuándo y en qué condiciones llegó la señora Alba Luz a dicho inmueble y para esto se tiene:

Empecemos por aludir lo que evocó el testigo William de Jesús Yepes Ceballos –esposo de la señora Alba Nelly-, en quien hace descansar la suerte de su recurso el apelante de la contrademandante: *“...la posesión de la casa en este momento la tiene la señora Ofelia desde el momento en que nosotros, mi esposa Alba y yo decidimos marcharnos a Estados Unidos, y mucho antes de muertos los padres de mi esposa Alba, la señora Ofelia vivía en el tercer piso de esta propiedad, y fue en el momento en que ella se mudó del tercer piso al primer piso cuando su madre murió...”*

Fácil es aseverar, sin mayor hesitación, que aquel testimonio carece de todo poder persuasivo, en orden a la demostración de que, en el caso, la señora Luz Ofelia es la poseedora del inmueble desde el año de 1997 como lo sostiene con ahínco el recurrente, pues, olvida ésta que estamos frente a una posesión sobre un inmueble que hace parte de un sistema de Propiedad Horizontal, por lo que si la demandante en reconvención alega que lleva poseyendo el inmueble desde el año 1957, cómo entonces explica que

a pesar que en 1.986 el inmueble fue sometido a Propiedad Horizontal, siguió siendo poseedora de todos los inmuebles que de allí surgieron, cuando no fue ella la que sometió el inmueble al régimen de P.H., haciéndose imposible que alegue haber tenido la posesión desde 1957. Pero ahí no para todo, porque cuando se crearon varias unidades privadas, la señora Luz Ofelia fue vista primero ocupando el tercer piso de la edificación, hasta cuando acaeció la muerte de su señora madre en el 03 de octubre de 2002 (cfr. fl. 10 cd. ppal), época en que se pasó habitar el primer piso, por consiguiente, imposible resulta admitir que se tratara de la misma posesión, cuando la ocupación la ejerció sobre dos inmuebles diferentes, lo que impide sumar la posesión que pudo haber tenido sobre el tercer piso, para unirla con la posesión que alega sobre el primer piso, porque se insiste, se trata de inmuebles que material y jurídicamente son distintos y por eso yerra el apoderado cuando quiere hacer ver que se trata de una única posesión sobre el mismo inmueble, falacia que se desnuda por ingenua, razón por la cual, como bien lo dijo la juez del caso, a lo sumo, la posesión pudo empezar desde el año 2005, en que falleció el padre de la poseedora, como más adelante lo veremos a espacio.

Y es que en puridad, lo único que pudo ilustrar el testigo, es que a la muerte de la madre de la señora Ofelia Montoya, esta se pasó del tercer al primer piso de la edificación a la muerte de su señora madre, sin que aquel tenga conocimiento sobre la posesión que esta ejercía sobre el predio desde que decidió irse del país a vivir a Estados Unidos en 1997, como no podía tenerla, **en primer lugar**, porque cuando dejó la casa para viajar a EEUU él vio a su cuñada habitando el tercer piso y no supo lo del primer piso, por lo que mal podría informar acerca de los hechos que le constan sobre las condiciones y circunstancias en que la señora Luz Ofelia detentaba el inmueble del primer piso, en otras palabras, nunca percibió con sus sentidos los posibles actos de señorío que ejercía sobre el inmueble la señora Ofelia Montoya desde el año de 1997 sobre el primer piso, como para expresárselos al estrado con la palabra hablada y tampoco refirió algún hecho concreto en que la señora Ofelia hubiese desconocido abierta y públicamente que desconocía la propiedad que detentaban sus padres y la nuda propiedad que luego detentó su hermana Alba Nelly, sin que haya actos frontales de rebeldía

frente a sus padres y/o frente a Alba Nelly, como para que pueda edificarse la posesión a partir de un hecho que no ha ocurrido.

En segundo lugar, porque al abordar la tarea de ponderación de las pruebas válidamente practicadas, pronto se observa que la propia contrademandante en pertenencia echa al traste sus aspiraciones, pues, es ella misma quien admite que el primer piso era de sus padres y, a raíz de la muerte de estos, fue que vino motu proprio a mutar su relación con el inmueble, razón por la cual si su señor padre murió en el año 2005, luego, sólo a partir de allí podría tenerse a la señora Ofelia como poseedora, pero tampoco hay pruebas contundentes que permitan fijar una fecha o época en que decidió mutar su condición de mera viviente o tenedora para convertirse en poseedora.

Esto fue lo que evocó Luz Ofelia cuando se le indagó sobre cuánto llevaba viviendo en el inmueble *“Toda la vida desde que nació”*. También se le indagó sobre los propietarios y las construcciones plantadas en el mismo, a lo que agregó, que: ***“el inmueble era de mis padres mi mamá se llamaba Cruz Elena Montoya y Manuel Salvador Días (...) mi mamá falleció en 2003 y mi papá en 2005”*** quienes adquirieron en vida ***“...dos piezas, la sala, la cocina, los servicios y un solar que ellos lo construyeron (...) ya estaba construida cuando ellos murieron (...) Mi papá le vendió el segundo piso a mi hermano el que vive ahí, yo me di cuenta que él se lo vendió”***.

Para el Tribunal, es claro que quienes en vida respondían a los nombres de Cruz Elena Montoya y Manuel Salvador Díaz Jaramillo, padres de las partes, tuvieron el poder de mando y dirección sobre la casa por ser sus propietarios y poseedores hasta el año 2001 en que le vendieron a su hija el primer piso de la edificación sometida a propiedad horizontal, sin embargo, al haberse reservado el usufructo, continuaron ellos siendo los poseedores pero ya en forma inmediata, indirecta a nombre de su hija Alba Nelly, sin que haya prueba de que Luz Ofelia desconociera abiertamente la calidad de dueños y poseedores de sus padres y de su hermana Alba Nelly sobre el inmueble del primer piso.

Llama también la atención, como lo admitió Luz Ofelia, que fueron sus padres quienes en vida aportaron lo necesario para emprender las construcciones de las reformas en el inmueble, mientras que al mismo tiempo la señora Luz Ofelia Montoya y sus hijas lo habitaban por mera tolerancia de sus progenitores, inmueble que tras el óbito de aquellos, quedó construido: **“...con 5 alcobas, la sala, el comedor y dos patios, dejaron primer piso, pero mi papá hizo el segundo y los construyó también...”**, como claramente lo confiesa la misma señora Luz Ofelia. ¿Entonces, dónde está la calidad de poseedora durante la vida de sus padres, cuando eran ellos la voz que gobernaba dicho inmueble?

Por consiguiente, lo que no puede entenderse es que, por dejarle habitar el primer piso a la señora Ofelia Montoya, sus padres le hayan entregado la posesión, sencillamente, porque no se allegó prueba de negocio jurídico alguno que permitiera inferir esa intención en sus progenitores. Adviértase en este punto, que el único acto de enajenación celebrado por los progenitores fue el 9 de agosto del año 2001 -cfr. fl. 15 anotación 2 folio inmobiliario 01N-444763-, donde Cruz Elena Montoya y Manuel Salvador Díaz vendieron a su otra hija, la aquí demandante Alba Nelly Montoya, la nuda propiedad sobre el inmueble objeto del litigio, reservándose para ellos el derecho de usufructo sobre el inmueble.

Los efectos de tal negocio jurídico, de cara al asunto que aquí se debate, lo aborda la doctrina que estudia el tema advirtiendo que: *“...el usufructo supone igualmente la coexistencia de dos relaciones posesorias: la posesión mediata de nudo propietario y la inmediata del usufructuario; la primera es posesión en nombre propio y la segunda en nombre ajeno...”*¹. De ahí que los padres de las partes fueron dueños y poseedores directos del inmueble hasta el 9 de agosto del 2001, fecha en que la nuda propiedad pasó a manos de su hija Alba Nelly, quien también se convirtió por ahí mismo en poseedora mediata e indirecta, mientras que sus padres empezaron a ejercer la posesión a su nombre en forma directa o mediata, debido al usufructo que se reservaron, razón por la cual la señora Luz Ofelia, quizás asegure que

¹ Valencia Zea, ARTURO. Derecho Civil, Tomo II, Derechos Reales, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá 1996. Pág. 426 y ss.

fueron sus progenitores quienes en vida siempre tuvieron la propiedad y posesión del inmueble pedido en reivindicación por su hermana Alba Nelly.

Para retomar el hilo de la argumentación, ha de recordarse que en el contexto de los actos de mera tolerancia, a que se viene haciendo referencia, se traducen en que dicha liberalidad o paciencia, no solo provenía de los progenitores de la señora Ofelia Montoya, sino que también provenían, indirectamente, de la nuda propietaria, su hermana, por lo menos a partir de 2001, fecha de perfeccionamiento de la venta del inmueble, motivados ambos, por el afecto hacia quien era su hija y hermana, pues, no es extraño que en muchas ocasiones se brinden ayuda entre las parentelas, permitiéndole a su consanguíneo hacer uso de una vivienda, con la tranquilidad que no se pondrá en peligro el derecho de dominio, porque: ***“...la falta de reacción defensiva del tolerante encuentra su explicación en la benevolencia, y ésta se deriva, por lo general, de lazos familiares, amistosos, de buena vecindad o de otros por el estilo que, en último término exteriorizan alguna fraternidad humana (...)*** facilita la convivencia el que la ley se apresure a declarar que los actos de mera tolerancia de que no resulta gravamen no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna. ***De este modo el dueño de una cosa no tiene por qué inquietarse del uso o goce que de ella haga un tercero y que para él – el propietario – resulta inocuo. Si el legislador no hubiera aclarado el punto, todos vivirían desconfiados y recelosos del más insignificante roce a sus derechos, pensando que con el transcurso del tiempo podría conducir a la pérdida o mengua de los mismos...”***²

Tampoco es posible admitir que la señora Luz Ofelia Montoya, por el simple hecho de haber nacido en el inmueble, se haya convertido en poseedora, al faltar algunos de los elementos que califican la detentación material de una cosa como posesión *-ánimus domini-* cuya elemental consciencia no le es propia aún, además, como alude el artículo 2520 del C. Civil: ***“...la mera tolerancia de actos de que no resultan gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna...Se llaman actos de mera facultad lo que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro”***. Precepto normativo en virtud del cual la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado: ***“...el que recibe la casa para derivar***

² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. SOMARRIVA, Manuel. Tratado de los derechos reales. Sexta Edición, 2005. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Página 23

directamente en su provecho la utilidad de habitarla, empieza a poseer en nombre ajeno, y su título de mera tenencia (art. 775) no lo habilita para adquirir el dominio, precisamente porque el habitador reconoce que no es suyo”³.

A lo anterior se suma la ambigüedad en la presentación que se hace de la posesión por parte de la demandante en reconvención, porque el mero hecho de haber nacido en un inmueble que sirvió al hijo de morada durante el tiempo en que sus padres se lo permitieron, pueda ser reflejo y prueba *per se* de posesión, sin que tampoco Luz Ofelia haya explicado por qué si el inmueble fue sometido en el año 1985 al régimen de propiedad horizontal y, siendo que primero ocupó el tercer piso, pasándose a habitar el primer piso, pueda, sin embargo, sostener que se trató de una posesión única, cuando se trata de dos inmuebles totalmente diferentes, aunque hagan parte de la misma P.H., luego, si lo pretendido es ganar la usucapión del primer piso, entonces, solamente interesa al Tribunal la posesión que haya podido ejercitar Luz Ofelia sobre el primer piso, sin que debamos enfrascarnos en la confusión y mezcla de situaciones fácticas bien diferentes, que lo que buscan es confundir y distorsionar el verdadero estudio del asunto.

Ahora, si se retoma la discusión a partir de lo que pudo pasar frente al inmueble, luego de la muerte del señor Manuel Salvador ocurrida el día **27 de diciembre de 2005**, no está claro en qué momento Luz Ofelia se rebeló contra su hermana Alba Nelly para desconocerla como la dueña y poseedora del inmueble, arrogándose ella misma su calidad de tal, lo que impide fijar una fecha o época desde la cual pudiera contabilizarse la posesión que alega, pero es más, pues muy a pesar que hay actos que ponen a la contrademandante en pertenencia señora Luz Ofelia Montoya, como poseedora del inmueble, sin embargo, ellos no tienen una antigüedad mayor a cuatro años, porque, cuando en interrogatorio de parte se le preguntó si después de la muerte de sus padres le plantó alguna mejora al inmueble, indicó *“...yo le cambié las puertas, las ventanas (...) le puse una puerta de garaje y con reja a una de las piezas de adelante. La pintamos, había una humedad en la alcoba de atrás, tuvimos que subirle un muro, revocarlo y*

3. C.S.J Sentencia de octubre 18 de 1962. G.J., T. C, p. 142. Cit. en la USUCAPIÓN Y SU PRÁCTICA, Armando Jaramillo Castañeda, pág. 146 y 147.

pintarlo, le cambié la poceta de la cocina y las partes que habían sin revocar, se las revocamos y se las pintamos...”, afirmación que resulta cierta, como lo reafirma el grupo de testigos arrimados por la demandante en pertenencia, pero no se supo la época en que se hicieron esas mejoras, asomando solamente en la inspección judicial realizada el 19 de julio de 2017, que era Ofelia Montoya quien fungía como arrendadora del inmueble desde cuatro años atrás (cfr. fl. 2 cdno pruebas conjuntas), único acto capaz de mostrar la posesión de la señora Luz Ofelia, sin que a la fecha de la presentación de la demanda se hubiere cumplido el tiempo requerido para la usucapión.

Como viene de verse, desde entonces – el 27 de diciembre de 2005- y, hasta la presentación de la demanda, el 23 de enero de 2014, apenas transcurrieron poco más de 8 años de la posesión que alega Luz Ofelia, sin que sea ese tiempo suficiente para ganar el bien por usucapión por la vía de la prescripción extraordinaria, según el régimen prescriptivo decenal, al que se acogió la contrademandante, fundada en la ley 791 de 2002, lo que muestra que evidentemente, trajo antes de tiempo su demanda, cuando aún le faltaban poco menos de dos años para que se configurara el fenómeno prescriptivo.

Las anteriores razones son suficientes para dejar de preguntarse por el cumplimiento de los faltantes presupuestos que pesan sobre la contrademandante, amén que como atrás quedó definido, si no se cumple con el requisito concerniente al tiempo mínimo de posesión legal exigido para el buen suceso de la pertenencia reclamada, de nada valdría confrontar los títulos de los contendientes, como bien lo indicó la señora jueza en su sentencia.

En consecuencia, bien puede decirse, que la sentencia de primera instancia merece ser confirmada en las determinaciones tomadas acerca de lo fundamental del conflicto, es decir, la desestimación de la pretensión de pertenencia y la prosperidad de la reivindicación, sin que sobre mencionar que los cuatro elementos propios de la acción reivindicatoria se reúnen a cabalidad, pues también en el análisis de su confluencia acertó la juzgadora de primer grado y, el asunto, en realidad, no se discute en el recurso.

No obstante, conforme a las consideraciones que siguen, los detalles atinentes a las condenas a favor de los demandados deben ser revisados por el Tribunal, en unos casos porque se trata de guarismos que deben ser actualizados y, en otros, porque el Juzgado yerra al excluir de su decisión algunos aspectos ineludibles.

4.1. Otro punto de la apelación tiene que ver con la inconformidad de la demandante en la acción de dominio, acerca de las restituciones mutuas. Únicamente el demandante primigenio en reivindicación embate el agravio generado a su representada con la decisión de la señora juez al concluir que la contrademandante en pertenencia es poseedora de buena fe y que, por ende, debe pagarle las mejoras que plantó sobre el inmueble. Advierte entonces, que se equivocó la funcionaria en la aplicación de las normas que rigen la reivindicación, especialmente de los artículos 966 y 967 del C. C.

Bien, el tema de las restituciones mutuas, es una decisión oficiosa que en todo proceso reivindicatorio se impone, entre ellas, lo relativo a los frutos civiles o naturales, sea *“los percibidos”* o los que el dueño *“hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad”*. El tema que concierne, ha sido tratado por la H. Corte en el sentido que: *“(…) en materia de prestaciones mutuas, el juez debe proceder de oficio, porque al ser decisiones consecuenciales, se entienden incluidas por la misma ley en la pretensión principal de que se trate” (cas. civ. sentencia de 1° de junio de 2009, exp. n° 253073103001-2004-00179-01)*, dependiendo ello -claro está- de la buena o mala fe de su antagonista.

Siguiendo esta línea, en punto a justificar que siempre y en todos los casos, tras la contestación de la demanda al poseedor vencido se le debe aplicar el tratamiento de mala fe, se explica: *“...porque si el poseedor ha resistido a la demanda después de conocer los títulos y razones invocados por el reivindicador ya no podrá alegar que subsiste su honrada creencia de hallarse poseyendo como dueño, y aun cuando en realidad pudiera afirmar que tenía motivos serios para seguir considerándose como legítimo*

*propietario durante el curso del juicio, los efectos declarativos de la sentencia que reconoce el derecho del actor y niega la oposición del reo, dejan sin base tal alegación, pues el fallo retrotrae la situación jurídica de las partes al momento de la demanda". (G.J. Tomos LXXVII y LXXXI). Sin embargo, esta no es la regla aplicable al presente caso, pues, no es cierto, como equivocadamente lo apreció la *a quo*, que aquí solamente la conducta de la demandada en reivindicación y demandante en pertenencia, pudiera calificarse de mala fe a partir del momento en que contestó la demanda, ya que, como lo veremos, la posesión resultó como una rebeldía abrupta de su condición de mera tenedora a poseedora, desconociendo de frente y, sin ninguna razón, la calidad de propietario del nuevo dueño de los inmuebles que ella habitaba y usaba familiarmente.*

Los hechos probados en el proceso demuestran con claridad inusitada que es poseedora de mala fe, pues a pesar de que vivía en el inmueble por simples actos de tolerancia proveniente de forma directa de sus progenitores e indirectamente de la señora Alba Nelly Díaz Montoya, mutó su condición hacia una posesión, por lo que no se comparte con la sentencia, que la demandada haya podido migrar o mutar de una mera tenencia a una posesión, mientras que solamente a partir del momento en que debió contestar la demanda es que vino a aparecer la mala fe, cuando el caso quedaba gobernado por el artículo 2531.3 del C Civil, en cuanto *"la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe"*, sin que el juez del caso haya dado razones por las cuales desconoció o dejó de aplicar esta presunción, además porque no se cumplen las dos circunstancias que se exigen probatoriamente para que quede desvanecida esa presunción (ver ley 791 del 2002).

La señora Ofelia Montoya se apropió del bien, físicamente, bajo el supuesto que su padre le dijo antes de morir que se quedara en él, pero sobre dicho acto no quedó huella documental alguna, como sí quedó registro del negocio jurídico celebrado por aquellos con su hermana Alba Nelly Montoya sobre la nuda propiedad del predio objeto del litigio. Resultando verdad de perogrullo, que una vez falleció su progenitor, la nueva propietaria era su

hermana, sin embargo, decidió abruptamente autoproclamarse propietaria, desconociendo un mejor derecho que no le era desconocido.

Si a partir de ese momento se proclamó poseedora del inmueble y por eso no hizo entrega de el a su hermana que, dicho sea al pasar, debió agotar un largo camino de demandas, para obtener el pronunciamiento de las autoridades sobre el retorno de su inmueble, a la postre, esa resulta ser razón suficiente para estimar que es poseedora de mala fe, deducción que resulta del artículo 768 del Código Civil, en la apabullante circunstancia de no *tener la consciencia de haber adquirido el inmueble por medios legítimos exentos de fraude y de todo vicio*. entonces, erró la funcionaria cuando desoyó al legislador, quien impuso como una presunción de hombre el calificativo de mala fe al tenedor quien, prevalido de un título de mero tenedor decide desconocerlo abiertamente para comportarse en adelante como poseedor y eso es lo que ha ocurrido aquí.

Dicha conducta ubica a Luz Ofelia en el terreno de la mala fe, siendo esa razón potísima para que la sentencia deba modificarse, debiendo ser ADICIONADA la condena por frutos civiles contenida en el numeral CUARTO, donde se reconocieron dichos emolumentos a partir de enero de 2014, cuando lo cierto es que la cuenta debe hacerse a partir del mes de enero del año 2006, hasta el año 2013 inclusive, en la suma de **\$35.581.332** de acuerdo con los cánones de arrendamiento que se mencionan en la experticia respectiva, la cual valga decirlo se encuentra en firme (cfr. fl. 174 a 176 cd. ppal), misma que al Tribunal no le merece ningún reparo.

De igual manera, aludiendo a lo consagrado en el artículo 283 del C. G. del P., cuando reza que: “...*el juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aún cuando la parte beneficiada con ello no hubiere apelado*”, se tomará como mojón temporal el mes de mayo de 2019, fecha hasta la cual, según la experticia se venía causando un canon de \$640.706, de esta manera, por lo que resta del año 2019 será reconocida una suma de **\$4.484.942**.

Ahora bien, el IPC se ubicó al cierre del 2020 en un acumulado del 3.72%, por lo que, el valor del canon de arrendamiento para el año 2020, siguiendo la fórmula utilizada por el experto, a saber, $IPC \text{ para el año } 2020 = 3.72\%$, aumentando este porcentaje al valor del canon de arrendamiento del año 2019 de \$640.706, arroja un valor de \$664.540, suma que multiplicada por 7, que corresponde al mes de proferimiento de esta sentencia, arroja un resultado de **\$4.651.780**, valor que se seguirá causando mensualmente, hasta que se haga efectiva la entrega del inmueble, en caso fracasar la entrega voluntaria o comisionada.

Finalmente, para terminar de apuntalar ese aspecto, es claro que a pesar de ser Luz Ofelia poseedora de mala fe, de todas maneras tiene derecho a recoger el valor de mejoras necesarias hechas en el inmueble, aquellas que son indispensables para preservar el bien, a voces del artículo 965 del Código Civil, punto en el cual se coincide con el perito en que las plantadas son de ese talante *“hechas con materiales que se acomodan a la vida diaria”* (cfr. fl. 130 cdno ppal), con lo cual, el punto puede ser objeto de reconocimiento, como lo señaló la jueza a quo. Y en lo que atañe a las mejoras útiles, no aparece alguna plantada sobre el inmueble, por lo que sobra alguna consideración al respecto, por evidente sustracción de materia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, representado en la Sala Cuarta de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO. SE CONFIRMA el fallo proferido por el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Oralidad Medellín, el día 03 de julio de 2019, dentro del presente juicio reivindicatorio con demanda de reconvención en pertenencia, de conformidad con las consideraciones en que está sustentada la presente providencia, **MODIFICÁNDOLA**, sin embargo, para **ADICIONAR** la condena por frutos civiles contenida en el numeral **CUARTO** de la parte

resolutiva, en la suma de **\$44.718.054**, que para la fecha de esta sentencia, asciende a un total de **OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO (81.757.984)** más los que en lo sucesivo se causen a razón de **\$664.540**, mensual, hasta cuando se haga efectiva la entrega del inmueble.

En caso de haberse hecho efectiva la misma, se liquidarán los cánones causados hasta ese momento y su valor se liquidará por el señor Juez de primera instancia, conforme las consideraciones aquí vertidas. La suma anterior generará un interés del 6% anual a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

SEGUNDO: Se condena en costas a la parte demandada, para el efecto, en su momento procesal, se fijarán las respectivas agencias en derecho por el magistrado sustanciador.

TERCERO: Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE,



JULIAN VALENCIA CASTAÑO
MAGISTRADO

(Aprobó con aclaración de voto)
PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada

(con salvamento de voto)
JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado