

Secretaría: Cali, 26 de enero de 2022. A despacho el señor juez, sírvase proveer.

CARLOS VIVAS TRUJILLO.
Secretario.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. 1
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI
Cali, veintiséis (26) de enero del año dos mil veintidós (2022)

RAD: 76001-40-03-021-2017-00778-03

I. OBJETO

Procede el Despacho a proferir fallo de Segunda Instancia que en derecho corresponde dentro del proceso Verbal de Restitución de Tenencia propuesto por SEGUNDO FLORESMIRO OVIEDO Y MARÍA ROSENDA PORTILLA DE OVIEDO a través de apoderado judicial frente a MESÍAS IVÁN OVIEDO SILVA.

II - ANTECEDENTES:

LA DEMANDA:

La demanda se funda en los hechos que a continuación se concretan:

Los señores SEGUNDO FLORESMIRO OVIEDO y MARÍA ROSENDA PORTILLA DE OVIEDO, son propietarios del inmueble ubicado en la calle 70 No. 7 D Bis - 17 de la ciudad de Cali, distinguido con la M.I. No. 370-17817 de la O.R.I.P. de Cali.

El inmueble fue dado en tenencia al señor MESÍAS IVÁN OVIEDO SILVA, desde hace aproximadamente 40 años, por parte de los propietarios, para que lo habitara junto con sus otros hermanos y por un tiempo el señor OVIEDO SILVA se trasladó a vivir a otro inmueble en la ciudad de Cali y luego volvió al inmueble y aun lo habita, en calidad de tenedor, lo tiene en total deterioro, no paga impuestos ni servicios públicos, lo que descarta cualquier intención de poseedor del bien.

En varias oportunidades los demandantes han solicitado la entrega del inmueble y hasta la fecha no ha sido posible que acceda a entregarlo y ha obstruido la intención de los propietarios de venderlo.

PRETENSIONES:

Con base en los hechos narrados y las pruebas aportadas, el apoderado judicial de los demandantes, solicita ordenar que el demandado haga entrega del inmueble a sus propietarios o quien ellos indiquen, dentro del término de cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Que, de no hacerse la entrega voluntaria, se comisionen para tal efecto y se condene en costas al demandado.

CONTESTACIÓN:

Notificado el demandado, a través de apoderado judicial, contesta la demanda y propone las excepciones de mérito que denominó: “*Improcedencia de la acción de restitución de tenencia del artículo 385 del C.G.P., Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio; Carencia de prueba del título de tenencia; Desconocimiento de la calidad de tenedor y reiteración de la declaratoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, por interversión del título; Declaración de poseedor y conservación de la misma respecto del inmueble; Carencia de causal para demandar la restitución y la Genérica o innominada*”.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La señora juez de primera instancia, inicialmente encuentra reunidos los presupuestos procesales, verifica la sanidad del proceso, la legitimación en la causa y seguidamente, expone las consideraciones a través de las cuales, concluye, que el demandado no tiene la condición de poseedor del inmueble, que reúne la calidad de tenedor del mismo y como consecuencia, decide, ordenar que haga entrega del mencionado bien, reconoce las mejoras reclamadas por el demandado y lo condena en costas del proceso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del demandado apela la sentencia, exponiendo los reparos que sustentan su inconformidad, sobre los cuales se pronunciará el despacho en la parte considerativa de este fallo.

V – CONSIDERACIONES:

1- PRESUPUESTOS PROCESALES:

Se reúnen en este asunto los presupuestos procesales, toda vez que la demanda se adelanta ante el juez competente para conocer y decidir, de acuerdo con la naturaleza del asunto, la cuantía y el domicilio del demandado, así mismo, las partes cuentan con capacidad para comparecer al proceso, como personas naturales, como también los apoderados se encuentran legalmente autorizados, para ejercer la defensa de los derechos de sus representados.

Toda vez que la demanda reunía los requisitos formales y de fondo que regulan la materia, se dispuso su admisión y se dio el trámite que corresponde atendiendo su naturaleza.

2- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA:

Se encuentra reunido el presupuesto material de la pretensión, referente a la legitimación en la causa, tanto activa, como por pasiva, toda vez que concurren como demandantes SEGUNDO FLORESMIRO OVIEDO y MARÍA ROSENDA PORTILLA DE OVIEDO, en su calidad de propietarios, quienes dicen estar llamadas a reclamar la entrega del inmueble

a que se contraen las pretensiones y frente a MESÍAS IVÁN OVIEDO SILVA, de quien aducen, tiene la calidad de tenedor del mismo y por tanto la persona llamada a entregarlo.

3- PROBLEMA JURÍDICO:

Se concreta en determinar: sí en este caso, el demandado solo alcanza la condición de tenedor del bien, obligado a restituirlo, como se determinó en primera instancia, para acceder a las pretensiones del demandante o, si, por el contrario, se encuentra probada su calidad de poseedor, conforme los argumentos en que se funda la apelación y en consecuencia la demanda no procede.

4- NATURALEZA DE LA ACCIÓN:

La acción restitución permite al propietario de un inmueble recuperar la tenencia de su propiedad, vale precisar, que la acción procede cuando el demandado ostenta la tenencia de la propiedad y no la posesión, por cuanto si se trata de esta última, lo que procede es un proceso reivindicatorio y no el proceso de restitución.

En relación con lo anterior, señala la jurisprudencia:

“Por lo anterior, ante el reconocimiento de la calidad poseedor que se efectuó al levantar la medida de secuestro dentro del proceso de sucesión, el Tribunal coligió que:

(...)... sin embargo, como nos encontramos frente a un demandado que entró en posesión del inmueble cuya condición fue reconocida cuando se opuso al secuestro del bien, la entrega del inmueble no puede pedirse a través de un proceso restitutorio sino del reivindicatorio propio de la recuperación del dominio, donde eventualmente pueda el demandado plantear la usucapión, si es que se dan los presupuestos que la Jurisprudencia Civil ha contemplado, en garantía de los derechos adquiridos como quedó anotado en precedencia, cuando se habló de la jurisprudencia base de esta decisión (...).” (C.S.J. STC11766 - 2016 M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez, agosto 25 de 2016.)

5- CASO CONCRETO

5.1- De conformidad con lo establecido por el artículo 328 del C.G.P., el juzgado en esta instancia se pronunciará solamente, sobre los argumentos expuestos por el apelante, los cuales se concretan en los siguientes:

- 1) No se señala el término desde el cual se deben indexar los 13 millones.
- 2) La sentencia es contraevidente con las pruebas, no respetó el principio procesal de la congruencia.
- 3) No se cumplió con el presupuesto procesal de demanda en forma.
- 4) Existió protuberante error de la Jueza, tanto en la práctica de la ratificación como en la valoración de las declaraciones extraprocesales.
- 5) Existió error en la apreciación de la excepción de prescripción.
- 6) En la sentencia se falló extrapetita, en dos aspectos, lo cual no es procedente violando el principio de congruencia.

- 7) El proceso se tramitó como una restitución de tenencia, teniendo lo elementos de un proceso de dominio o reivindicatorio.
- 8) En la sentencia debió declararse probada la excepción de fondo de “*Declaración de poseedor y conservación de la misma respecto del inmueble*”.
- 9) Se limitó el decreto de testimonios de manera inequitativa y prematura.
- 10) No se tuvo en cuenta la confusión en el término “tenedor”.
- 11) No se estudió con rigor las tachas de testigos.
- 12) No tuvo en cuenta la actitud procesal de la parte demandante.

5.2- En primera instancia, en relación con estos reparos, debe decirse que los indicados en los numerales 1,3,7,9 y 12, se sustentan en aspectos de orden procesal, que a esta altura de lo actuado, ya se encuentran subsanados, si es que en algún momento constituyeron un vicio, como quiera que en relación con ellos, ya se agotó el saneamiento del proceso a través del control de legalidad, se realizó la fijación del litigio y si constituyeron motivo de inconformidad, debieron atacarse usando mecanismos de defensa como los recursos, que de hecho se hizo uso en varias oportunidades, a través de excepciones previas, que debieron haberse propuesto dentro del término legal, oportunidades que en este momento, ya se encuentran precluidas.

5.3- Nuestro ordenamiento procesal civil en su artículo 164 prescribe: “*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*”, lo que significa que los hechos afirmados y discutidos dentro del proceso, por las partes, deben ser probados de forma contundente que permita al juzgador tener el convencimiento de la verdad sobre los mismos y que estos coinciden con la realidad.

Por otro lado, en el artículo 167 del Código General del Proceso, en la parte pertinente, señala: “*Incumbe a las partes probar el supuesto hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*”

5.4- Legal, doctrinal y jurisprudencialmente, se ha establecido, que las personas pueden relacionarse con las cosas de tres maneras: en calidad de mero tenedor, como poseedor y como propietario, generando cada una de estas figuras, derechos, obligaciones y consecuencias jurídicas diferentes.

Señala al respecto, la jurisprudencia:

“Por otra parte, tanto las leyes, como la jurisprudencia y la doctrina, en forma unánime han reiterado que en relación con las cosas, las personas pueden encontrarse en una de tres posiciones, cada una de las cuales tiene diversas consecuencias jurídicas e igualmente le confiere a su titular distintos derechos subjetivos, así: a) Como mero tenedor, cuando simplemente ejerce un poder externo y material sobre el bien reconociendo dominio ajeno (art. 775 Código Civil); b) Como poseedor, cuando, además de detentar materialmente “la cosa”, tiene el ánimo de señor y dueño y quien, de conformidad con el artículo 762 ibídem, es reputado como tal mientras otro no justifique serlo; c) Como propietario, cuando efectivamente posee un derecho real en ella, con exclusión de todas las demás personas, que lo autoriza para usar, gozar y disfrutar de la misma dentro de la ley y de la función social que a este derecho corresponde (art. 669 C.C.).”

De lo expresado anteriormente se concluye que el elemento que distingue la “tenencia”, de la “posesión”, es el animus, pues en aquélla, quien detenta el objeto no lo tiene con ese ánimo y reconoce dominio ajeno, mientras que, en la segunda, como ya se dijo, requiere de los dos presupuestos, tanto la aprehensión física del bien como de la voluntad de ostentarlo como verdadero dueño.”

Teniendo en cuenta lo anterior, vale reiterar que la acción de restitución procede cuando el demandado ostenta la tenencia de la propiedad y no la posesión, por cuanto si se trata de esta última, lo que procede es un proceso reivindicatorio y no el proceso de restitución.

5.5- En este caso particular, el despacho puede concluir, que el demandado en el proceso, reconoció dominio ajeno, de tal forma que a la fecha no puede atribuirse la calidad de poseedor, ante la ausencia del elemento subjetivo, que estructura esta figura, como es el ánimo de comportarse como señor y dueño.

En efecto, dentro del acervo probatorio recaudado, se recibió interrogatorio de parte del demandado MESÍAS IVÁN OVIEDO SILVA, donde en su relato, expresó: Preguntado ¿Por qué arregló la casa usted? Responde: Porque era una propiedad de mi padre. Preguntado ¿Por qué recibió sus hermanos en la casa? Responde: porque eran mis hermanos, necesitaban donde habitar, iban a estudiar. Preguntado ¿Usted era consciente de que sus hermanos podían estar allí porque era una propiedad de sus padres? Responde: Exactamente Doctora, esa es la razón, porque todos teníamos derecho a algo.... Hace 12 o 11 años se fue el último que estuvo allí compartiendo conmigo. Preguntado ¿Algunos arreglos los hizo su hermano Antonio? Responde: Si en una ocasión mi hermano quiso invertir, pero por casualidad como se dice, invertir o como se dice por sobresalir. Preguntado ¿Por qué quería invertir en esa casa? Responde: Doctora porque es un rancho de los cuchos, cualquiera quería hacer cualquier detalle para adornar o poner al día. Preguntado ¿Lo que arregló su hermano lo hizo porque era la casa de sus papás? Responde: Si Doctora. Preguntado ¿Eso significa que es una propiedad familiar? Responde: Si señora, se entiende así, no. Preguntado ¿Usted aceptó que su hermano hiciera esos arreglos, por qué? Responde: El quería hacerlo y quien se le iba a impedir a alguno de ellos que hicieran algo por la casa. Preguntado ¿Si sus hermanos quieren hacer algo por la casa, usted no tiene ningún inconveniente? Si Doctora. Preguntado ¿Usted tendría algún inconveniente? Responde: No Doctora. Preguntado ¿Si usted es consciente que el inmueble es una propiedad familiar porque se opone a devolvérselo a sus padres? Responde: porque en circunstancias la casa ya había sido adjudicada a los tres hermanos primeros del matrimonio...se adjudicó verbalmente hablando en reunión, la casa inclusive tenía aviso de venta, mi papá mando a quitar el aviso y dijo que esa casa era de nosotros y que nosotros hiciéramos lo que quisiéramos con ella...más adelante indica: He tenido inquilinos. Preguntado ¿Qué pasa con esos dineros que se reciben? Responde: Era para arreglos, en ocasiones se la envió a mi papá o se compraba algo para beneficio de él...la actividad de recuperar la casa la hice a nombre de la familia exactamente. Preguntado ¿Qué derechos tenían sus hermanos que vivieron allí sobre la casa? Responde: los derechos que tenemos cualquier hijo sobre los padres o los bienes. Preguntado ¿O sea que todos tenían los mismos derechos? Responde: Claro doctor. Preguntado ¿Por

qué permitió que Antonio hiciera arreglos en la casa? Responde: Doctor, yo no tenía por qué impedirle, si alguien va a pintarla en estos momentos que está bien pintadita, no me meto, que la pinte, es el gusto de cada uno. Preguntado ¿Si en estos momentos alguno va a hacer arreglos en la casa usted no se opone? Responde: En estos momentos no, ahorita sí, lo que me mande el jugado, eso es lo que se va a hacer.

Ante lo manifestado anteriormente, es claro que resulta totalmente intrascendente, entrar a realizar análisis sobre lo expresado por los testigos y menos aún sobre la interversión del título, esto último, sobre lo que engracia de discusión, es del caso indicar, no se demostró en el proceso que hubiera ocurrido una mutación de la tenencia en posesión, en virtud de la *interversión* o *inversión del título*, valga anotar, que, aunque se encuentre acreditado el poder que el citado demandado ejerce sobre el referido inmueble y de que dieron cuenta los testigos que citó, ese presupuesto por sí solo, no otorga la condición de poseedor material, no lo habilita para ser declarado poseedor del bien, mientras no se tenga la intención de ser dueño, elemento interior, que no es de percepción por los terceros y del que se carece cuando, como en este caso, se acepta que la propiedad del bien radica en cabeza de otra persona.

De esta manera, aunque los testimonios hubieran otorgado certeza sobre actos posesorios ejecutados por el demandado, pierden eficacia frente a la manifestación que hizo el propio señor MESÍAS IVÁN OVIEDO SILVA, el día de su interrogatorio, donde claramente reconoce dominio ajeno, que en los términos del artículo 191 del C.G.P., constituye una confesión, puesto que, por pertenecer el *animus*, a su fuero interno, tienen más mérito su propia expresión, que las de los testigos declarantes.

Por tanto, al haber reconocido dominio ajeno durante su interrogatorio, como quedó anotado, es claro que no puede acreditar posesión material del bien, lo que claramente, lo sitúa en la posición de mero tenedor y, en consecuencia, la demanda encuentra viabilidad.

Debe precisarse también, que no puede reducirse la acción de restitución, solamente a la que se origina mediante el contrato de arrendamiento, como lo pretende el apelante, pues el artículo 385 del C.G.P., abre paso a otros procesos de restitución de tenencia, a título distinto del arrendamiento, no se pierda de vista, que la tenencia, tal como lo establece el artículo 775 del C.C., “...es la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño” y cita esta norma como ejemplos, “El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación”, indicando además, que “lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.”, como podría ser la simple tolerancia de que trata el artículo 2520 del C.C., o el comodato (artículos 2219 y 2220 C.C.), y en ese sentido, si bien, como se estimó en primera instancia, la relación entre demandantes y demandado, respecto del inmueble, pudiera reunir las características de un comodato precario, lo cierto es que el demandado, en este caso, no pierde su calidad de tenedor.

5.6- Finalmente, debe precisarse, que la señora Juez de primera instancia, en su sentencia, hizo claridad, en que la indexación del valor de \$13.000.000,

reconocido por concepto de mejoras, puestas por el demandado, valga anotar, en calidad de mero tenedor y no en la condición de poseedor, conforme lo anotado, debe realizarse desde la ejecutoria de la sentencia, hasta el momento en que se verifique el pago, frente a lo cual, nada hay lugar a adicionar en esta instancia, con el ánimo de no hacer más desfavorable la situación del demandado apelante, conforme lo previsto por el artículo 328, inciso 4° del C.G.P., ante la deficiencia probatoria, en determinar, no solo cuando se hicieron las mencionadas mejoras, sino en que consistieron, su costo, si tales mejoras se hicieron a expensas del demandado o quien sufragó su costo, etc.

5.7- De acuerdo con lo expuesto, estima el juzgado, que el demandado es un tenedor, que está obligado a restituir el bien, pues, además, es claro que no está sujeto, a ningún convenio, que por parte de los demandantes deba ser respetado.

Consecuente con todo lo anterior, se confirmará la sentencia apelada.

Por lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI** administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

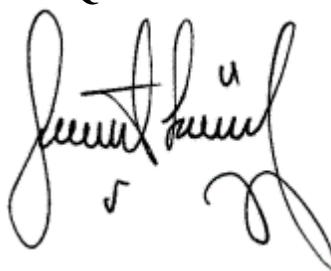
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia materia de la apelación.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia al demandado apelante, en favor de la parte demandante, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen, de conformidad con el artículo 366 del C.G.P. Fíjense por concepto de agencias en derecho de esta instancia, la suma de \$910.000.

TERCERO: REMÍTANSE las presentes diligencias al juzgado de origen, previa anotación en el sistema.

NOTIFÍQUE Y CÚMPLASE



VÍCTOR HUGO SÁNCHEZ FIGUEROA
JUEZ

JUZGADO 002 CIVIL DEL CIRCUITO
SECRETARIA

Cali, **Febrero 2 de 2022**

Notificado por anotación en ESTADO No. **16** de esta misma fecha.-

El Secretario,
CARLOS VIVAS TRUJILLO

Sentencia – Verbal Restitución de Tenencia
Segundo Floresmiro Oviedo y otra Vs Mesías Iván Oviedo Silva
760014003021-2017-00778-03