

Proceso Ordinario de Pertenencia  
Radicado 13836318900220089912302  
Radicado Tribunal 2015-174-35  
Sentencia de segunda instancia  
Demandante VICTOR MORALES MANOTAS  
Demandado: CONTEC LTDA y PERSONAS INDETERMINADAS

**REGISTRADO**  
**JUSTICIA**

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE  
CARTAGENA**

Cartagena de Indias D. T. y C., Dieciséis (16) de Julio de dos mil Quince  
(2.015).

Aprobado en el Acta No. 144 de la fecha.-

Procede la sala a proferir sentencia de segunda instancia, dentro del proceso de PERTENENCIA, por prescripción adquisitiva ordinaria de dominio, promovida por VICTOR MORALES MANOTAS, a través de apoderado Judicial, contra CONTEC LTDA y demás PERSONAS INDETERMINADAS.

1

**EL LITIGIO**

El señor VICTOR MORALES MANOTAS, solicita, mediante demanda presentada el 30 de Abril de 2008, se declare que ha adquirido por prescripción ordinaria de dominio, los locales y casas que relaciona en los hechos y en consecuencia impetra se ordene inscribir a su nombre dichas mejoras.

Como fundamento de hecho manifiesta:

Que él es propietario del lote con matrícula inmobiliaria 060-62812, el cual prometió en venta a la sociedad CONTEC LTDA, para que construyera, sobre el lote, unos locales y unas casas.

Que el negocio anterior se vio sujeto a la realización de varios contratos de promesa de compraventa, con ocasión del incumplimiento del promitente comprador en el pago del precio pactado, del cual finalmente quedó adeudando la suma de \$135.000.000,00, razón por la cual éste abandonó en favor del promitente vendedor, hoy demandante, VICTOR MORALES MANOTAS, las mejoras que había construido en el lote, las cuales viene poseyendo con ánimo de señor y dueño desde el 20 Marzo de 1994.

Proceso Ordinario de Pertenencia  
Radicado 13836318900220089912302  
Radicado Tribunal 2015-174-35  
Sentencia de segunda instancia  
Demandante VICTOR MORALES MANOTAS  
Demandado: CONTEC LTDA y PERSONAS INDETERMINADAS

Que en este orden Morales Manotas es dueño de las mejoras, por ser dueño del lote, pero a la vez es poseedor regular de las mismas con ánimo de señor y dueño.

Que el lote con matrícula 060-62812 fue desenglobado, con escritura 1679 del 2 de Julio de 1996, con el fin de identificar cada mejora y según el reglamento de propiedad horizontal consta de 4 locales comerciales con matrículas 060-159667,060-159668,060-159669,060159670 y 3 casas con matrículas 060-159671, 060-159672 y 060-1596773.

El demandante ha hecho mejoras a los inmuebles, las cuales fueron incorporadas al reglamento de propiedad horizontal; unió, previo permiso de la autoridad competente, los locales para colocar un centro de cómputo, instaló aire central, puso los servicios sanitarios, los pisos etc. y tiene arrendados tales locales.

En consecuencia por haber poseído por más de 10 años, las mencionadas mejoras, solicita se declare en su favor la prescripción adquisitiva ordinaria de dominio.

Notificada la demanda a la sociedad demandada, compareció a través de apoderado judicial para oponerse a las pretensiones aceptando unos hechos y negando otros.

Argumenta que la posesión sobre el lote no la tiene el demandante sino la sociedad demandada ya que a través de la promesa de compraventa, de la que se solicitó la correspondiente resolución, se le entregó la posesión material a ella, la cual sólo fue desconocida violentamente por el demandante en el año 2000 cuando clandestinamente le quitó los candados a los locales y los arrendó.

2

Que quien incumplió la promesa fue el demandante pues no asistió a la Notaría a firmar la correspondiente escritura pública y lo cierto es que si se entregó la posesión al promitente comprador, en Marzo de 1994, para que construyera los locales y la casas, nunca puede ser cierto que desde ese mismo momento el promitente vendedor entró en posesión de las mejoras.

Que por ser violenta la posesión del demandante, a partir de Enero de 2000, no tiene cabida la prescripción ordinaria que alega, amén que es un adefesio que él sea a la vez el dueño de los inmuebles que pretende prescribir.

Que si bien es cierto el demandante finalmente realizó un desenglobe y levantó el reglamento de propiedad horizontal ello lo hizo con base en la licencia de construcción y loteo que realizó la sociedad demandada. A su vez, manifiesta, que en el Juzgado primero promiscuo del circuito de Turbaco cursa el proceso de resolución del contrato de promesa bajo el radicado 2008-0401.

Luego, en escrito posterior, propone las excepciones que denomina 1.- inexistencia de la causal invocada aduciendo la posesión violenta y clandestina del actor y la existencia de la vía ordinaria para entablar el proceso de resolución de contrato y 2.- Ilegitimidad de la causa para pedir, porque quien figura en la oficina de registro como dueño es el demandante y por ende la demanda debió dirigirse contra él.

Proceso Ordinario de Pertenencia  
Radicado 13836318900220089912302  
Radicado Tribunal 2015-174-35  
Sentencia de segunda instancia  
Demandante VICTOR MORALES MANOTAS  
Demandado: CONTEC LTDA y PERSONAS INDETERMINADAS

El curador ad litem de las personas indeterminadas dijo no constarle los hechos de la demanda y por ende manifestó no oponerse a las pretensiones.

Decretadas y practicadas las pruebas se corrió el traslado para alegar habiendo comparecido las partes para sostener sus pedimentos.

### LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado **Segundo Promiscuo del Circuito de Turbaco**, profiere sentencia el 16 de Febrero de 2015, mediante la cual declara que la señora AMIRA ASCENSION REY MORALES, cesionaria de los derechos litigiosos del demandante VICTOR MORALES MANOTAS, ha adquirido por PRESCRIPCION ADQUISITIVA ORDINARIA DE DOMINIO, las mejoras consistentes en locales comerciales y casas construidas en una edificación de tres plantas, sujeta a propiedad horizontal con folio de matrícula 060-62812 que luego fue desenglobado, describiendo, seguidamente, cada uno de los inmuebles, con sus respectivos folios de matrícula.

Comienza la sentencia por indicar que la usucapión ORDINARIA exige un lapso de 5 años para ganar el dominio de conformidad con la Ley 791 de 2002. Requisito que junto a los demás de ley se encuentra satisfecho.

Indica que la posesión del demandante VICTOR MORALES MANOTAS, sobre el inmueble donde fueron construidas las mejoras se encuentra acreditada por más de 10 años, que era lo exigido antes de la ley 791 de 2002, aunque para el caso rigen los 5 años que exige la nueva normatividad, pues cuando se presentó la demanda ya se encontraba vigente la mencionada ley.

3

Que la prueba de la posesión de las mejoras se acredita con la inspección judicial, el arrendamiento de los locales comerciales y los testimonios de JOSE MIGUEL ARNEDO, IVAN JOSE MORALES y RAFAEL DE JESUS BAENA, quienes dan cuenta puntual que la posesión del inmueble data de hace más de 40 años atrás.

Agrega que las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada que denominó "*inexistencia de la causal invocada e ilegitimidad en la causa para pedir*" no están llamadas a prosperar por falta de prueba.

Señala que la parte pasiva se equivoca en las disposiciones en que funda su defensa pues "*aduce que su representada no podía abandonar un proyecto de \$ 300.000.000 pero olvida que, a la fecha, debe mucho más al prescribiente, considerando que las mejoras reclamadas quedaron en obra negra...y le correspondió al actor correr con los gastos para volverlas rentables...*".

Concluyendo que las mejoras se construyeron en un predio del demandante, del cual es poseedor indiscutible por más de 40 años.

### LA APELACION

Proceso Ordinario de Pertenencia  
Radicado 13836318900220089912302  
Radicado Tribunal 2015-174-35  
Sentencia de segunda instancia  
Demandante VICTOR MORALES MANOTAS  
Demandado: CONTEC LTDA y PERSONAS INDETERMINADAS

Inconforme el apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación.

Solicita revocar la sentencia que declara que el demandante ha adquirido por prescripción ordinaria de dominio las mejoras construidas sobre un inmueble del cual es propietario y legítimo poseedor y en su lugar se declare la nulidad de todo lo actuado.

Aduce que es ilegal la prescripción de las mejoras en la forma demandada ya que el justo título del demandante es la accesión y por ende la sentencia es violatoria de la ley y la Constitución.

Señala que es cierto que el demandante tiene la propiedad y posesión de las mejoras, pero que la posesión fue violenta ya que entre las partes existió un contrato de promesa de compraventa a través del cual el demandante entregó a CONTEC LTDA la posesión del inmueble sobre el cual la sociedad construyó las mejoras.

Seguidamente reconoce que el demandante cuenta con justo título proveniente de la ACCESION por lo que no era necesario que iniciara juicio alguno y menos cuando las mejoras están registradas a su nombre por lo que tiene los elementos constitutivos del dominio o propiedad.

Que entonces de conformidad con el No. 5 del artículo 407 del C.P.C, el demandante debía iniciar demanda contra él mismo y no contra CONTEC LTDA que no figura con derechos reales principales.

Finalmente indica que no es cierto que CONTEC LTDA. hubiera abandonado las mejoras en el año 1994 pues lo cierto es que en el año 1999 CONTEC Inició un proceso de resolución del contrato de promesa que actualmente se encuentra en apelación de la sentencia de primera instancia que le fue favorable a la sociedad.

4

## CONSIDERACIONES

Primero que todo la Sala considera que hay lugar a proferir sentencia de fondo por estar dados los presupuestos de validez y eficacia necesarios para ello.

La parte demandante, dueña y poseedora material, de un lote de terreno sobre el cual un tercero, con su consentimiento, construyó unas mejoras, solicita se declare a su favor la prescripción ordinaria de dominio de todo el predio, incluidas las construcciones o mejoras sobre las que dice contar con justo título por vía de ocupación.

La primera instancia, avaló la tesis esgrimida por la parte actora y en consecuencia, luego de aprobarse la cesión de los derechos litigiosos del demandante, declaró que ésta había adquirido el lote, junto con las mejoras construidas en él por un tercero, por prescripción ordinaria de dominio al

Proceso Ordinario de Pertenencia  
Radicado 13836318900220089912302  
Radicado Tribunal 2015-174-35  
Sentencia de segunda instancia  
Demandante VICTOR MORALES MANOTAS  
Demandado: CONTEC LTDA y PERSONAS INDETERMINADAS

demostrarse que el actor, antes de presentarse la demanda, había poseído durante más de 5 años, los inmuebles con ánimo de señor y dueño.

La parte demandada, que en su momento excepcionó la falta de legitimación para pedir, por no tener derechos reales principales sobre el predio, sin desconocer que el demandante es el poseedor actual del predio y que cuenta con un justo título que explica es la accesión (no la ocupación como se dice en la demanda) considera que la posesión del actor es violenta como quiera que desconoce que mediante promesa de contrato, sobre el que cursa un proceso de resolución, el demandante le había entregado el inmueble a la sociedad demandada.

#### 1.- Falta de legitimación por pasiva.

Para la Sala al rompe se advierte que le asiste razón al demandado CONTEC LTDA cuando estima que dicha entidad no debió ser vinculada al proceso pues, conforme a los certificados de la oficina de registro, quien figura como propietario de los inmuebles pedidos en usucapión es el mismo demandante. De tal manera que al no aparecer la demandada con derecho real principal alguno dentro de los respectivos folios de matrícula, es palmaria la falta de legitimación invocada.

En efecto, de alguna manera pretende el actor, equívocamente, trasladar al juicio de pertenencia la controversia surgida con ocasión a las acciones personales a que da lugar la celebración de la promesa de compraventa, entre las partes, que ya recorre su sendero natural en el escenario propio de la resolución de contrato.

5

Ahora, pese a la prosperidad de la excepción de falta de legitimación, lo cierto es que como la demanda también se formuló contra personas inciertas e indeterminadas, como lo obliga la ley, habrá de examinarse si la pretensión del demandante procede contra aquellas.

#### 2.- Demanda de prescripción por parte del propietario.

Considera la sociedad CONTEC LTDA que en todo caso el proceso está afectado de nulidad, en razón a que es un adefesio jurídico demandar la usucapión por el mismo propietario inscrito.

Pues bien, el argumento esgrimido por el demandado determinado, no es de recibo ya que desde vieja data la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que ello es procedente.

Para el efecto basta citar la sentencia de la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL**, Magistrado Ponente, **EDGARDO VILLAMIL PORTILLA**, del veintidós de agosto de dos mil seis, **Exp. No. 25843-3103-001-2000-00081-01**, que recoge la posición del alto Tribunal sobre el tema:

Proceso Ordinario de Pertenencia  
Radicado 13836318900220089912302  
Radicado Tribunal 2015-174-35  
Sentencia de segunda instancia  
Demandante VICTOR MORALES MANOTAS  
Demandado: CONTEC LTDA y PERSONAS INDETERMINADAS

*"En lo fundamental, el Tribunal argumentó que nada impide que el propietario dé inicio a la acción de pertenencia para obtener el fallo judicial que frente a todo el mundo haga tal declaración" (fl. 20, Cdno. Tribunal). Y halló el Tribunal que tal cosa es posible, porque no hay norma que lo prohíba, a lo cual se suma el propósito del legislador de autorizar a un propietario para proponer la acción de declaración de pertenencia. El Tribunal invocó en su apoyo la sentencia de la Corte de 3 de julio de 1979.*

*Satisfecho el presupuesto de la legitimación activa, esto es, la habilitación del propietario para reclamar la usucapión, el Tribunal encontró que en esta singular situación no era menester encaminar la demanda contra el titular del derecho real de propiedad, pues vendría a coincidir con el propio demandante. Concluyó ese juzgador que en el caso planteado la legitimación para oponerse reside en los terceros indeterminados, representados en este caso por el curador ad litem.*

.....  
*Para sustentar el cargo el casacionista argumenta que de conformidad con el numeral 5º del artículo 407 in fine, la demanda debe dirigirse contra la persona que aparezca en el certificado de registro como titular de derechos reales sujetos a registro. Acontece que la persona que aparece como titular de derechos reales sobre los inmuebles objeto del proceso es el mismo demandante José Ignacio Briceño, por lo que la demanda ha debido dirigirse contra él mismo, con lo cual ostentaría la doble calidad de demandante y demandado, paradoja que no puede existir por exótica y absurda. Por eso, la declaración de pertenencia a su favor choca frontalmente con el presupuesto del interés jurídico para obrar, serio y actual, que debe tener todo aquel que acuda ante el órgano de la jurisdicción, porque si el demandante ya es dueño de los terrenos, deviene totalmente superfluo iniciar una demanda para obtener la declaratoria de dominio.*

*No obstante lo anterior, el Tribunal, citando sentencia de la Corte del 3 de julio de 1979, decretó la pertenencia, interpretando el numeral 5º del artículo 407 del C. de P.C. en el sentido de que el actor en el proceso podía dejar de demandar a la persona que figura en el certificado de tradición de los inmuebles como titular de derechos reales, para dirigir la demanda solamente contra los indeterminados.*

6

*Acusa entonces que el ad quem violó igualmente los artículos 2512 y 2518 del C.C., que consagran la prescripción adquisitiva, lo mismo que el 2528 de la misma obra, por indebida aplicación, todo lo cual llevó al acogimiento de las pretensiones de la demanda por la errónea interpretación del numeral 5º del artículo 407 ibídem.*

.....  
*Según el artículo 2528 del Código Civil, para ganar el dominio por la vía ordinaria se requiere que el prescribiente sea poseedor regular. Como es sabido, la posesión regular (artículo 764 del Código Civil) tiene como característica la exigencia de justo título y buena fe al momento de adquirir la posesión, así esta no subsista después. Añade el artículo 764 del Código Civil que si el título de dominio es traslativo se requiere de la tradición, y ésta se perfecciona mediante la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos (artículo 756 del C.C.).*

*La anterior reseña sirve al propósito de demostrar que el poseedor regular, es decir quien ha recibido la posesión mediante un título, para ser tenido como tal, necesita además de dicha credencial (art. 764 del C.C.), que ésta haya sido registrada (arts. 764 y 765 del C.C.). Dicho de otro modo, la prescripción ordinaria supone posesión regular (art. 2528 C.C.), amparada en un justo título (art. 764 C.C.), debidamente registrado (art. 765 C.C.). Puestas las cosas en esta perspectiva, conclúyese que en la prescripción ordinaria es normal que el prescribiente tenga un título inscrito como dueño. Es más bien aparente la paradoja de que cuando se pretende adquirir el dominio con invocación de la prescripción ordinaria, el demandante tendría eventualmente la calidad de demandado.*

*La exigencia puesta en el numeral 5º del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, según la cual la demanda se debe dirigir contra los titulares de*

Proceso Ordinario de Pertenencia  
Radicado 13836318900220089912302  
Radicado Tribunal 2015-174-35  
Sentencia de segunda instancia  
Demandante VICTOR MORALES MANOTAS  
Demandado: CONTEC LTDA y PERSONAS INDETERMINADAS

*derechos reales principales, tiene como fundamento la protección de quienes ostentan esa calidad. Naturalmente, si por virtud de la sentencia es declarado un nuevo dueño se extinguen los derechos de quienes hasta ahí han pasado por propietarios, caso en el cual nada más justo que imponer que contra ellos se dirijan las pretensiones, pues son sus derechos los que por extinción están en peligro. De esta consideración se desprenden dos conclusiones: la primera, que si algún titular de derechos reales principales fue omitido en la demanda, sólo a éste correspondería alegar esa circunstancia, en particular porque el curador ad litem representa sólo a las personas indeterminadas y nunca a las determinadas que eventualmente hubieren sido omitidas, pues ha puntualizado la Corte que esta forma de comparecer al proceso "... solo puede tener eficacia frente a personas indeterminadas, mas no frente a los que tengan derechos reales registrados, pues estos son personas ciertas que deben ser convocadas por su nombre y apellido" (Sent. Rev., de 8 de septiembre de 1983, G. J., tomo CLXXII, pág. 175, criterio reiterado en Sent. Rev., de 17 de septiembre de 1996, Exp. No. 5452).*

Aunado a lo anterior, es de ver que el legislador en otros casos ha consagrado de modo expreso que el titular del derecho de dominio puede incoar la acción de declaración de pertenencia. Así, el Capítulo V de la Ley 9ª de 1989, modificado por la Ley 388 de 1997, trata de la "Legalización de títulos" y comprende en los artículos 51 de la Ley 9ª de 1989 y 94 de la Ley 388 de 1997 los procedimientos para quienes pretendan sanear títulos existentes por el camino de la usucapión. Igualmente, en la regulación prevista para la pequeña propiedad rural, el Decreto 508 de 1974, artículo 8º prevé la hipótesis concreta de que la "demanda se dirija contra persona indeterminada".

La Corte reitera ahora lo dicho en la sentencia del 3 de julio de 1979, oportunidad en que precisó "... que siendo la usucapión ordinaria o extraordinaria, el medio más adecuado para sanear los títulos sobre inmuebles, nada se opone a que el dueño de un predio, quien tiene sobre él título de dominio debidamente registrado, demande luego, con apoyo en el artículo 413 del C. de P. Civil, que se haga en su favor la declaración de pertenencia sobre el bien respectivo, 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 bien.

"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'" (Sen. Cas. Civ., de julio 3 de 1979, no publicada).

De manera que quien tiene a su favor un título de dominio está legitimado para impetrar la prescripción ordinaria a fin de que, mediante sentencia que surta efectos de cosa juzgada frente a todo el mundo, pueda disipar toda duda acerca del derecho que tiene sobre el inmueble, para así despejar las amenazas que se ciernen, poniendo fin a las expectativas que los terceros pudieran tener respecto del mismo bien, dado que, si cualquier persona creyera tener algún mejor derecho, mediante el emplazamiento efectuado podría conocer de las pretensiones y concurrir al proceso a hacer valer sus reclamos."

Proceso Ordinario de Pertenencia  
Radicado 13836318900220089912302  
Radicado Tribunal 2015-174-35  
Sentencia de segunda instancia  
Demandante VICTOR MORALES MANOTAS  
Demandado: CONTEC LTDA y PERSONAS INDETERMINADAS

### 3.- El Justo título del demandante.

Para la Sala, en gracia de discusión, de aceptarse que la accesión y la ocupación son justos títulos, lo evidente es que con el que contaría la parte actora es el de la accesión y no el de la ocupación.

Para el caso no queda duda que la figura jurídica que se consolida, frente a las construcciones o mejoras levantadas sobre el terreno de propiedad del actor, es el de la accesión contemplada en el artículo 739 inciso segundo del Código Civil.

Ahora, pese a que la norma literalmente dice que el dueño del terreno para recobrarlo está obligado a pagar el valor del edificio, lo cierto es que la Jurisprudencia ha entendido que no necesariamente el dueño pierde la posesión cuando en su propiedad se ha construido bajo su consentimiento.

En tal sentido la sentencia del 14 de Octubre de 1987, MP. Eduardo García Sarmiento, respecto a la interpretación del inciso segundo del artículo 739 del C.C., concluyó: *"Por consiguiente, la citada regla material sanciona derechos y obligaciones, así: ...4.- El propietario del suelo, está obligado a pagar lo que adquirió independientemente de que necesite recobrar o no el suelo, derecho de recobro o de dominio, que igualmente la norma le reconoce, naturalmente si lo requiere"*.

En otras palabras como lo dice la misma sentencia *"... la norma reglamenta lo que suele suceder, esto es, que el constructor...tenga el fundo en su poder y por eso se le confiere el derecho a que se le pague el valor de lo que incorporó al suelo y le garantiza el crédito con el derecho de retención del suelo. Correlativamente, le reconoce al dueño del inmueble el dominio que adquiere sobre lo que en él incorporó con su conocimiento, el edificador..."*

8

En el caso bajo estudio conforme a lo pactado en la promesa de compraventa, arrimada junto con las copias simples del proceso penal, se infiere que el prometiende vendedor entregó la posesión material, del lote de terreno, al pactarse en la cláusula quinta que éste se comprometía a hacer entrega del inmueble en la fecha de la firma del documento, esto es 26 de Octubre de 1994.

Sin embargo, no existe duda que el propietario del terreno, demandante, así no estuviere en posesión del inmueble al momento de la construcción de las mejoras, se hizo dueño de la construcción sin que se pueda desconocer el crédito a su cargo frente al constructor, controversia que no forma parte de ésta acción independientemente, se repite, que el propietario hubiere o no conservado la posesión del terreno.

En resumen, se repite, de existir justo título, el que en realidad ostentaría el actor, es el de la accesión (independientemente de las acciones que surjan de la misma entre el propietario del terreno y el constructor del edificio) de conformidad con lo normado en el artículo 765 del CC y sin que fuere menester la existencia de una declaración judicial previa, pues demostrado está que las mejoras accedieron al terreno de propiedad del demandante, al punto que en la oficina de registro igual figura como propietario de las mismas, amén que el planteamiento del litigio judicial frente a la accesión solo es factible cuando se

Proceso Ordinario de Pertenencia  
Radicado 13836318900220089912302  
Radicado Tribunal 2015-174-35  
Sentencia de segunda instancia  
Demandante VICTOR MORALES MANOTAS  
Demandado: CONTEC LTDA y PERSONAS INDETERMINADAS

trata de desconocer tal derecho y aquí la sociedad, erróneamente demandada, lo reconoce.

#### 4.- La posesión y el tiempo.

Dicho lo anterior le correspondía al actor, al fincar su pretensión en la prescripción ordinaria, acreditar una posesión, sobre el terreno y las mejoras, mayor a los 5 años, conforme a la ley 791 de 2002, que entró en vigencia el 27 de Diciembre de 2002, y que ella fue adquirida de buena fe tal como lo exige el artículo 764 del CC.

Si se tiene en cuenta que la demanda fue presentada el 30 de Abril de 2008, habrá de darse por hecho que en efecto es la ley 791 de 2002, en lo que al tiempo de posesión atañe, la que rige el caso bajo estudio, esto es que la posesión ordinaria exige un término de 5 años y no de 10.

Ahora, en lo que respecta a la buena fe la parte actora y los testigos advierten que el dueño del terreno retomó de buena fe el terreno, junto con las mejoras, al haber sido abandonadas por el prometiente comprador del terreno y constructor de las edificaciones.

Por su lado el prometiente comprador, que equívocamente fue demandado en este proceso, aduce que el demandante perdió la posesión al entregarla al comprador, a través de la promesa de compraventa, y que la readquisición de la misma (no niega que actualmente la posesión la tiene el Morales Manotas) fue violenta y clandestina a partir del año 2000.

9

Pues bien, para la sala es claro que la posesión, que el demandante ejercía sobre el predio al cual accedieron las mejoras, fue interrumpida en el año 1994 con la entrega que el prometiente vendedor hizo, del lote con matrícula **060-62812**, a su prometiente comprador para que levantara las edificaciones, sin embargo de la misma manifestación de la sociedad demandada, en el sentido de reconocer que a partir del año 2000 el señor Morales Manotas recobró la posesión perdida del lote (incluyendo las mejoras), es palmario que a la fecha de la presentación de la demanda, Abril de 2008, había corrido el tiempo necesario para prescribir por vía ordinaria, si se acepta que el demandante cuenta con justo título, máxime cuando los 5 años requeridos transcurrieron durante la vigencia de la ley 791 de 2002.

En este orden establecido el justo título, la accesión, y el tiempo de posesión del predio y sus mejoras, quedaría, entonces, por establecer si la adquisición o mejor la readquisición de la posesión es de buena fe.

La sociedad demandada da a entender que la readquisición de la posesión, por parte del demandante, en el año 2000 no lo fue de buena fe, por existir el vicio de la violencia y de la clandestinidad además que de por medio existe una promesa de compraventa que se encuentra pendiente del juicio judicial de resolución de la misma.

Proceso Ordinario de Pertenencia  
Radicado 13836318900220089912302  
Radicado Tribunal 2015-174-35  
Sentencia de segunda instancia  
Demandante VICTOR MORALES MANOTAS  
Demandado: CONTEC LTDA y PERSONAS INDETERMINADAS

La Sala empieza por recordar que la buena fe se presume tal como se desprende del contenido del artículo 769 del CC, de tal manera que en el caso concreto correspondía a la sociedad opositora derruir tal presunción. Lo anterior quiere decir, que quien quiere probar la posesión regular, le basta con exhibir el justo título, porque la buena fe se presume y por ende es el contradictor quien está obligado a demostrar la mala fe del poseedor.

Conforme al artículo 764 *ibídem*, lo que cuenta es la buena fe inicial, esto es que bien puede no subsistir después de adquirida la posesión.

En el caso sub examine la parte actora, amparada por la presunción de buena fe, refiere que readquirió la posesión, que había entregado a través de la promesa de compraventa, de su lote, en razón a que la sociedad prometedora compradora abandonó a su favor las mismas. Abandono que en principio encontraría respaldo en el hecho de que haya sido el demandado quien desenglobó el lote y llevó a cabo la elaboración y protocolización o registro de la escritura contentiva del reglamento de propiedad horizontal.

No existe, más allá de la afirmación de la sociedad inútilmente demandada, prueba o testimonio alguno que dé cuenta de la violencia o clandestinidad que se le imputa al demandante, pero no deja de ser cierto, también, que el abandono inicial (o interrupción de la posesión anterior del actor) de la posesión por parte del demandante obedeció a lo pactado en la promesa de compraventa, que se repite sólo vino a ser aportada en copia como documento que forma parte del proceso Penal que se adelantó contra MORALES MANOTAS.

Promesa de compraventa que igual da lugar, en principio, a promulgar la existencia de la mala fe en la readquisición que el demandante hizo de la posesión del predio y los bienes que le accedieron, como quiera que en derecho las cosas se deshacen como se hacen.

10

No puede pasar desapercibido que la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio, de tal manera que en tratándose de la posesión la buena fe debe ser sincera y firme, es decir con pleno convencimiento de la legitimidad de su adquisición, pues cualquier duda al respecto trasluce claramente la idea de poseer de mala fe.

En el caso concreto, el sólo hecho de que las partes admitan que la posesión del promitente comprador, a quien se tilda de incumplido, se adquirió a través de la entrega que hizo el promitente vendedor con ocasión de la celebración de una promesa de compraventa, que la sociedad demandada aportó informalmente y el demandante acepta tácitamente, es suficiente para inferir que el conducto regular o de derecho para que el promitente vendedor recuperara la posesión era a través de la correspondiente sentencia de resolución que dispusiera la restitución material y no mediante las vías de hecho de las que se le acusó ante la Fiscalía.

Es cierto que el demandante afirma que la sociedad abandonó voluntaria y pacíficamente la posesión en su favor (la demanda de resolución del contrato, la denuncia ante la Fiscalía, la convocatoria del Tribunal de arbitramento indician lo contrario) y que así se pactó en otro sí de la promesa. Sin embargo, tal prueba

Proceso Ordinario de Pertenencia  
Radicado 13836318900220089912302  
Radicado Tribunal 2015-174-35  
Sentencia de segunda instancia  
Demandante VICTOR MORALES MANOTAS  
Demandado: CONTEC LTDA y PERSONAS INDETERMINADAS

no existe indiciando seriamente la existencia de la vía de hecho para readquirir la posesión pérdida, pues como es sabido la única forma de que la promesa de compraventa y sus modificaciones tenga eficacia jurídica es a través del escrito.

La no existencia de documento alguno, para que se entienda eficaz la modificación del precontrato de promesa, que recoja por escrito el supuesto acuerdo de que el comprador abandonaba las mejoras en favor del vendedor, es suficiente, en el sentir de la sala, para derruir la presunción de buena fe que amparaba al actor, máxime cuando el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario de conformidad con el inciso final del artículo 768 del C.C.

Así las cosas a falta de escrito donde conste el presunto acuerdo, que recoge el abandono de la posesión por parte de la sociedad demandada luego de que le había sido entregada para que levantara las construcciones, sale a descampado la clandestinidad o por lo menos la mala fe en que se produjo la retoma de la posesión por parte del demandante. Posesión que nadie discute la ejerce como dueño del terreno y de lo accedido al mismo, por lo menos desde el año 2000, conforme lo acepta la misma sociedad demandada.

Mala fe, que se repite se asoma acreditada pues es innegable que el actor conocía de la existencia de la promesa de compraventa y las vicisitudes que se habían formado en torno a ella. De ahí que la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio, no se asoma sincera, firme ni con pleno convencimiento de la legitimidad de su adquisición y menos, se repite una vez más, cuando no hay prueba del acuerdo escrito que recoge el abandono voluntario de la posesión por parte de la demandada.

11

##### 5.- La prescripción extraordinaria.

Con las anteriores consideraciones se demuestra, entonces, que aún en gracia de discusión, esto es en el evento en que se aceptara que la parte actora cuenta con el justo título de la accesión, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Sin embargo y sin perjuicio de la disquisición realizada frente al escenario del justo título, lo cierto es que la Sala estima que la parte demandante para obtener una declaración, a su favor, de prescripción del inmueble, estaba sujeta a acreditar, como requisito de posesión, el tiempo de 10 o 20 años, según el caso, como quiera que en realidad no cuenta con justo título.

En efecto, La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de Mayo de 2002, MP CARLOS IGNACIO JARAMILLO, al estudiar un caso similar refirió: " En estos términos, se impone precisar el concepto y alcance de la figura del justo título, consagrado como requisito *sine que non* de la declaración de pertenencia cuando el demandante invoca prescripción adquisitiva ordinaria de dominio. En desarrollo de ese laborío conviene recordar que, ciertamente, el legislador colombiano no se ha ocupado en definir *-expressis verbis-* el concepto en mención, como si lo ha hecho frente a los títulos

Proceso Ordinario de Pertenencia  
Radicado 13836318900220089912302  
Radicado Tribunal 2015-174-35  
Sentencia de segunda instancia  
Demandante VICTOR MORALES MANOTAS  
Demandado: CONTEC LTDA y PERSONAS INDETERMINADAS

a los que niega esa connotación (art. 766 *ib*), pero que jurisprudencialmente se ha establecido que serán justos títulos aquellos que estén previstos en la ley como tales, y que *"en amplia acepción, por justo título se entiende la causa que conforme a derecho permite integrar la adquisición del dominio, de manera originaria o derivativa"* (XCVIII, pág. 52), lo que en otras palabras refiere directa e inexorablemente al *"acto o contrato que sirve de antecedente a su posesión, el cual debe corresponder a la categoría de los llamados justos títulos ... '...porque siendo por su naturaleza translaticios de propiedad, dan un justo motivo a los que adquieren la posesión de una cosa a estos títulos, de creerse propietarios, no habiendo podido conjeturar que la persona de quien ellos han adquirido la cosa y que veían en posesión de esta cosa, no fuese propietario"* (Pothier, De la possession, no. 6 ; De la prescripción, no. 57)" (sent. de agosto 12 de 1997, exp. 5119, CCXLIX, pág. 309).

*Así las cosas, cumple acotar que, acorde con el texto del artículo 765 del Código Civil, el justo título de adquisición del derecho de dominio, puede ser constitutivo, como en el caso de la ocupación, la accesión y la prescripción, o translaticio, como en el de la venta, la permuta y la donación entre vivos. Sin embargo, el texto de este precepto ha merecido serios reparos de parte de la dogmática jurídica, pues como es bien sabido, la ocupación, la accesión y la prescripción, no constituyen propiamente títulos que, de manera mediata, lleven a la consecución del derecho de dominio, sino verdaderos modos que, recta vía, conducen a él, como en forma más apropiada lo consagra el artículo 673 de la citada codificación.*

*Ha de tenerse presente, además, que stricto sensu, tampoco la venta, la permuta y la donación entre vivos son títulos translaticios del derecho real de dominio, porque en Colombia, estos negocios jurídicos, in concreto, apenas tienen idoneidad para generar la obligación de transferir la cosa, más no conllevan directamente su transferencia, como sí ocurre en el derecho francés, en virtud del artículo 711 de su Código Civil, entre otras normas concordantes. Esta circunstancia, ex profeso, fue tenida en cuenta por Don Andrés Bello al momento de estructurar el contenido del artículo 703 del Código Civil chileno, cuyo texto fue reproducido en el prenotado artículo 765 del código vernáculo, lo que explica la diferencia reinante entre los anunciados regímenes.*

12

Por tal razón, un sector de la doctrina nacional ha destacado, en lo pertinente, que al disponer el artículo 765 del Código Civil que hay títulos constitutivos y translaticios, la norma *"contraría sus propias bases en punto a obligaciones y confunde la noción de título con la noción de modo. Los títulos ni son translaticios, ni son constitutivos: son simplemente títulos, es decir, fuentes de obligaciones o de facultades; si el título es ejecutado y se trata de dar, se transfiere el dominio, pero ello no será obra del título sino del modo; si se trata de facultades, como cuando pesco en corriente de uso público, también la adquisición procede del modo [...]. El título no tiene el atributo de transferir el derecho real: basta considerar que si el obligado no ejecuta la prestación, no hay derecho real"*<sup>1</sup>.

En síntesis, no siendo la accesión justo título que pueda ser invocado en el juicio de pertenencia, le correspondía al demandante demostrar una posesión mayor a 10 años, con posterioridad a la vigencia de la ley 791 de 2002, que entró a regir en Diciembre de dicho año, pero como la demanda se formuló en el año 2008 ello significa que durante la vigencia de dicha ley apenas había corrido poco más de 6 años de posesión y apenas cerca de 8, bajo los cánones de la ley

<sup>1</sup> GOMEZ, José J. , Bienes, U. Externado de Colombia, 1983, pág. 165.

Proceso Ordinario de Pertenencia  
Radicado 13836318900220089912302  
Radicado Tribunal 2015-174-35  
Sentencia de segunda instancia  
Demandante VICTOR MORALES MANOTAS  
Demandado: CONTEC LTDA y PERSONAS INDETERMINADAS

anterior que exige un tiempo de 20 años, atendiendo que el mismo demandante confiesa haber recobrado la posesión del predio en el año 2000.

En este orden palmariamente se observa entonces, que ni por la vía extraordinaria ni por la ordinaria, de aceptarse la existencia de un justo título, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar.

En consecuencia se revocará la sentencia de primera instancia y se condenará en costas y agencias en derecho de ambas instancias a la parte demandante.

Por lo anterior, el Tribunal Superior de Distrito de Cartagena, Sala Civil-Familia, administrando justicia y en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

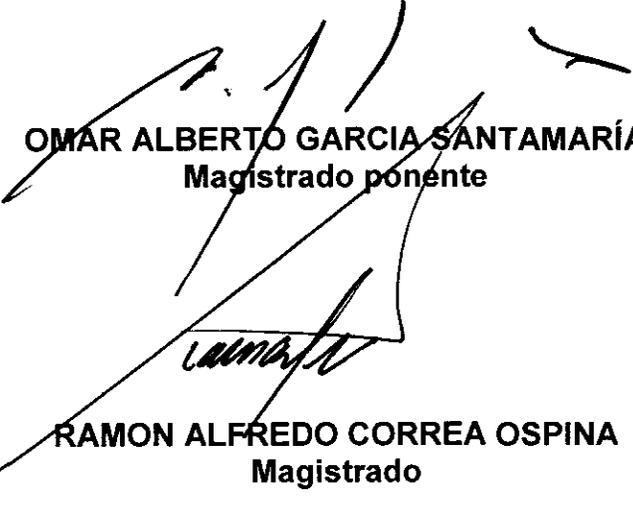
### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Turbaco, el 16 de Febrero de 2015, conforme a lo expuesto en la motiva, y en su lugar, se deniegan las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Condenar en costas y agencias en derecho de ambas instancias a la parte demandante. Fíjense las agencias en derecho de la segunda instancia en un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Liquidense en su oportunidad.

### NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

13



OMAR ALBERTO GARCIA SANTAMARÍA  
Magistrado ponente

RAMON ALFREDO CORREA OSPINA  
Magistrado



JOHN FREDDY SAZA PINEDA  
Magistrado

-Con aclaración de voto-

## ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto, en esencia, la conclusión según la cual las pretensiones no podían prosperar, puesto que no estaban dados los presupuestos para acceder a la prescripción alegada en la demanda.

Sin embargo, con el mayor de los respetos por mis compañeros de Sala, encuentro necesario aclarar mi voto en tres aspectos.

a) El primero, es que considero que el fenómeno de la accesión es de cariz eminentemente extracontractual, esto es, que para su configuración se excluye cualquier acuerdo de voluntades previo entre las partes, porque de haberlo, éstas deberán estarse a lo que pactaron en aras de establecer sus obligaciones y derechos.

Por eso creo que si en este caso las partes celebraron una serie de tratativas y actos contractuales e, incluso, el demandante plantea que las mejoras fueron abandonadas como contraprestación de una deuda, no podría hablarse de accesión, ni podía entenderse que por esa vía se adquirieron las mejoras, como se menciona en la sentencia.

b) El segundo aspecto que merece mi aclaración, es que, en algunos apartes del fallo se sostiene que la accesión puede ser justo título de la posesión, conforme se desprendería del artículo 765 del Código Civil, que literalmente señala que *“el justo título es constitutivo o traslativo de dominio. Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción”*.

En mi criterio, pese a la redacción de la norma y conforme a la sentencia de 8 de mayo de 2002 (Exp. No. 6763), que se cita en la providencia, bajo ninguna perspectiva puede considerarse que *“la ocupación, la accesión y la prescripción”* son títulos, ni justos, ni no justos, pues en realidad éstos son verdaderos modos de adquirir la propiedad.

Entonces, creo que el análisis de la providencia, en el sentido de que la accesión podría ser justo título de la prescripción, no podía abordarse, ni siquiera en gracia de discusión.

c) El tercer punto que amerita la aclaración, parte del hecho de que el negocio de promesa que inicialmente celebraron las partes tiene vocación comercial, conforme se desprende de los artículos 20 -numeral 15- y 21 del Código

de Comercio, dado que se celebró entre el demandante y una empresa de obras o construcciones, tal y como se constata en el certificado de existencia y representación legal de la demandada.

Bajo ese entendido y a diferencia de lo que se consignó en el fallo, a mi juicio no es necesaria la formalidad del escrito para la celebración de la promesa de compraventa cuando ésta se concreta en el escenario comercial, ni tampoco se hace indispensable para las modificaciones que con posterioridad realicen las partes, puesto que en materia mercantil, la regla general es la consensualidad.

En efecto, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia lo ha sostenido así en providencias de 13 de noviembre de 1981 y 12 de septiembre de 2000.

En esta última, precisamente, dejó consignado que *“como otras veces se ha dicho, en torno al perfeccionamiento de este contrato la doctrina nacional no ha sido uniforme, pues mientras un importante sector le confiere a dicha promesa un carácter solemne, exigiendo para su celebración el otorgamiento de una escritura pública o privada a elección de los contratantes, acudiendo para el efecto, según lo ha explicado la Corte, a la aplicación analógica del artículo 119 del Código de Comercio, o a la integración in extenso con el artículo 89 de la ley 153 de 1887, de acuerdo con lo previsto en los artículos 822 y 861 del Código de Comercio, otro, no menos influyente, califica el contrato como de naturaleza consensual, tal como lo expone Álvaro Pérez Vives en su condición de corredactor del Código de Comercio y como ponente que fue en materia de oferta, situaciones precontractuales y formación del negocio jurídico, quien al respecto dice: «perfeccionando la técnica legislativa con la experiencia de los siglos y además con la ilustración de legislaciones de otros países y de nuestra práctica comercial, mejoró la forma como venían estructurándose el problema de la libertad contractual y el principio de la autonomía de la voluntad en el viejo código, y regresó, como vamos a verlo, al principio de la consensualidad de los negocios jurídicos regidos por el Código de Comercio vigente, ya que para el Código Civil no alcanzaban las facultades, y por consiguiente no pudo derogarse este artículo 89 de la ley 153 de 1887».*

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de noviembre de 1981<sup>1</sup>, optó por la teoría consensualista. Para llegar a la anterior conclusión, la Corporación consideró que como el artículo 861 del Código de Comercio «no reprodujo el art. 89 de la ley 153 de 1887, en punto de las solemnidades requeridas, para la existencia y validez del contrato», lógicamente se podía «inferir que el legislador mercantil plasmó el principio de la consensualidad para la promesa comercial de contrato».

---

<sup>1</sup> G. J. Tomo CLXVI, No. 2407, págs. 610 a 683.

En la referida sentencia de 1981, la Corte luego de traer a colación algunos antecedentes históricos y hacer un ejercicio sobre derecho comparado con la legislación Chilena, vuelve al artículo 861 del Código de Comercio, para hacer ver que este texto legal «en lo fundamental coincide con el anotado del proyecto de Bello», y esa identificación, agrega, «necesariamente indica que se acogió la idea allí plasmada y reconoce, por tanto, la consensualidad del contrato de promesa, como regla general, ya que es norma especial respecto del artículo 89 de la ley 153 de 1887; ordenamiento con el que es incompatible en el campo comercial». Nótese, además, dice la Corte, «que el artículo 861 mismo puntualiza sobre las 'reglas y formalidades', que debe respetar el contrato prometido, cuando sea el caso, cuestión que justamente pasa por alto cuando toca el contrato preparatorio. Lo cual también es significativo de que el Código de Comercio no creyó conveniente exigir solemnidades al contrato de promesa que, entre otras cosas, no hubiere habido necesidad de tratarlo con él, de modo general, si se mantenía el criterio del artículo 89 de la ley 153 de 1887».

Además sostiene la Corte en la sentencia que como dato jurisprudencial se viene invocando, que el mencionado criterio se refuerza con el contenido del artículo 119 del Código de Comercio, en tanto exige la solemnidad de la escritura para la promesa del contrato de sociedad, porque «Si el Código de Comercio hubiera seguido la legislación civil en esta materia, no se vería el por qué de las solemnidades exigidas por esa norma, particularmente el escrito y la indicación del término o condición que fija la fecha en que ha de constituirse la sociedad», pues dichos requerimientos formales significarían una repetición superflua e inútil...

Por último, anotó la Corte en aquella ocasión, que lo concluido se «acompaña con el artículo 824 *ibídem*, que sin duda alguna consagra el principio de la consensualidad en la formación de los contratos mercantiles» y con lo declarado por los artículos 855 a 863 *éjusdem*, en cuanto reafirman «el criterio de la autonomía de la voluntad y de la consensualidad cuando dan las reglas atinentes a la formación del consentimiento en los actos y contratos -oferta o policitud y aceptación-, aspectos sobre los que nuestro Código Civil guarda silencio, al igual que el francés...».

Claramente, como lo afirmó la Corte en la sentencia de 13 de noviembre de 1981, la consensualidad fue consagrada en el Código de Comercio, como principio rector general de los negocios mercantiles. A él expresamente se refiere el artículo 824, cuando declara: «Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier otro modo inequívoco. Cuando una norma legal exige determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad». Coligese de este contenido, que la solemnidad constituye la excepción, de modo tal que solo puede exigirse en los casos en que la ley de manera expresa consagre el requisito, como bien sucede en el artículo 119 del Código de Comercio, cuando establece la solemnidad del

“escrito”, como condición de la promesa de contrato de sociedad.

El artículo 861 *ibídem*, por su lado, norma posterior y especial con respecto al contrato de promesa, no erigió la formalidad de la escritura como requisito *ad substantiam actus* de la promesa de celebrar un negocio, porque luego de señalar su efecto obligacional declarando que este contrato «producirá obligación de hacer», se limitó a establecer que el «contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso».

...como con claridad lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, en materia de solemnidades se impone un criterio hermenéutico restrictivo, porque estas son la excepción en los términos del artículo 824 del Código de Comercio, pues como quedó dicho el principio general es el de la consensualidad. Principio este que ofrece pautas o criterios apropiados para la solución del problema, no solo porque no entra en colisión con ninguno otro, sino porque es el que mejor consulta la dinámica del comercio moderno que transformado por distintos factores, que no viene al caso enunciar, ha dado paso a relaciones negociales más ágiles, y si se quiere a un «maquinismo jurídico», bien privilegiando la consensualidad, ora dando lugar a un neoformalismo que trascendiendo la función de «vestir» el acto jurídico, «facilita la contratación», pero sin olvidar la seguridad y protección del contratante, que al fin de cuentas serían el sentido y razón de ser de las solemnidades”.<sup>2</sup>

Las razones así expresadas resultan más que suficientes para entender que entre comerciantes es posible perfeccionar una promesa de contrato a partir del mero acuerdo de voluntades. Y, a partir de esas mismas reflexiones, cabe concluir que las modificaciones a la promesa tampoco requieren formalidad alguna, esto es, que bien pueden ser verbales, así la promesa inicial se haya plasmado por escrito.

En suma, comparto la decisión a la cual finalmente arribó la Sala, aunque creo, con todo respeto, que el camino para llegar a la misma pudo haber sido otro.

Hasta aquí las razones de mi aclaración.

  
JOHN EREKDY SAZA PINEDA  
Magistrado

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de 12 de septiembre de 2000, Exp. No. C-5397.