



**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CIVIL DE DECISIÓN
MAG. PONENTE DR. HOMERO MORA INSUASTY**

Santiago de Cali, trece (13) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROYECTO DISCUTIDO Y APROBADO SEGÚN ACTA No. 020

Proceso: Reivindicatorio
Demandante: Hernán Alfredo Herrera Herrera y otros
Demandada: Luz Mayerly Duque Sierra
Radicación: 76001-31-03-002-2016-00330-01-3579
Asunto: Apelación Sentencia

I. ASUNTO A DECIDIR

Descorridos los traslados de rigor¹, decídense los recursos de apelación interpuestos por ambos extremos procesales frente a la sentencia oral proferida el 10 de diciembre de 2019, por el juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, que accedió parcialmente a las pretensiones.

II. ANTECEDENTES

El soporte factual de los pedimentos en lo relevante puede compendiarse así:

Los señores Álvaro Federico, Javier Mauricio, José Ángel, Beatriz Eugenia, Soraya Mercedes, Martha Cecilia, José Guillermo y Hernán Alfredo Herrera Herrera, demandan a la señora Luz Mayerly Duque Sierra en orden a la restitución del bien inmueble ubicado en la calle 23 # 17G – 29 de la actual nomenclatura de Cali, con folio de matrícula inmobiliaria Nro. 370-605684 de este círculo registral, habida cuenta que son ellos los propietarios absolutos y proindiviso del bien raíz y que se han visto privados de su posesión por actos de la demandada.

Sostienen que esa propiedad fue adquirida por su padre José Ángel Herrera Mora, mediante escritura pública Nro. 1207 del 6 de abril de 1966, otorgada en la Notaría Primera de Cali, que luego fue transferida proindiviso a favor de todos ellos, mediante adjudicación en la sucesión conjunta de sus padres José Ángel Herrera Mora y Cecilia Herrera de Herrera, a través de la escritura Nro. 2579 del 30 de diciembre de 2011, corrida en la Notaría Quince de esta ciudad.

Igualmente, el Colegio Central de Comercio S.A.S., demanda a la mencionada señora Duque Sierra, para que se ordene la restitución de los apartamentos 101, 201, 301 y 501 del Edificio José Ángel P.H., ubicados en

¹ Modificación introducida por el Decreto Legislativo 806 de 2020, artículo 14.

la Calle 3D Nro. 75 – 10 del Barrio Alférez Real de la Ciudad de Cali, identificados con matrículas inmobiliarias Nos. 370-567721, 370-567728, 370-567729, 370-567731, respectivamente. Construcciones que fueron realizadas sobre el lote de terreno que era de propiedad del señor Edgar Orlando Herrera Herrera quien a su vez había comprado dicho fundo al señor Ramiro Mera mediante el instrumento público Nro. 4342 del 16 de julio de 1993 de la Notaría Tercera de Cali, que luego fueron adjudicados mediante sucesión a favor de los citados hermanos Herrera Herrera, a través de la escritura Nro. 839 del 17 de marzo de 2011 de la Notaría Sexta de Cali, y ellos posteriormente vendieron al Colegio Central de Comercio S.A.S., mediante escritura Nro. 1425 del 4 de mayo de 2011 de la Notaría Sexta de Cali.

Afirman que pese a ser los legítimos propietarios de los aludidos bienes, la parte demandada no les ha permitido el ingreso y explotación de los mismos desde el 1° de enero de 2014, data en la cual finalizó por desistimiento tácito el proceso de declaración de existencia de unión marital de hecho y el de disolución y liquidación de la sociedad patrimonial, iniciado por la demandada para que se le declarara compañera permanente del señor Edgar Orlando Herrera Herrera.

Con estribo en lo reseñado, solicitan se ordene su restitución y se hagan las declaraciones consecuenciales.

LAS EXCEPCIONES

La parte demandada, en contraposición a lo peticionado, enarboló los medios defensivos que calificó: “*Falta de elementos de la acción reivindicatoria de dominio*”, y la de “*Prescripción extintiva de dominio*”, los cuales en lo medular giran en torno a que por inacción de los titulares del derecho de dominio el mismo se ha extinguido por cuanto ha operado el fenómeno de la prescripción extintiva, lo que se suyo destruye los títulos enarbolados por los demandantes y que soportan la acción reivindicatoria.

Por lo anterior, solicita se desestimen las pretensiones.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El señor juez inicia con el recuento fáctico que llevó a los demandantes a incoar el litigio, posteriormente se adentra en el estudio de la pretensión reivindicatoria, luego de constatar que se encontraban satisfechos tanto los presupuestos procesales como el material concerniente a la legitimación en la causa activa y pasiva, para seguidamente incursionar en el caso concreto sobre el cual manifiesta que la parte actora ha acreditado con suficiencia su propiedad sobre los bienes a restituir; de igual manera, se encuentra acreditada la posesión material que viene ejerciendo la demandada sobre los bienes inmuebles; trátase, de otra parte, de bienes singulares debidamente

identificados y concurre la identidad entre los bienes pretendidos y los poseídos por la demandada.

Agrega que la posesión alegada por la demandada no cumplió con el plazo legalmente recabado para derruir el derecho de propiedad que exhibe la parte actora, que es de 10 años, en tanto que los derechos de dominio tan solo fueron adquiridos por la parte demandante en el año 2011, que, en esa línea, desde esa calenda la demandada podía alegar y hacer valer sus derechos en calidad de poseedora frente a aquellos, y no antes (sic). Término que se interrumpió civilmente con la presentación de la presente demanda, aunado a la cadena ininterrumpida de títulos que respaldan a la parte demandante en la demostración del dominio, concluyendo así que aquella detenta mejor derecho que la posesión invocada por el polo pasivo.

Así, con soporte en las disquisiciones anotadas, ordena la restitución de los inmuebles objeto del proceso y niega el reconocimiento de los frutos, en tanto quedó evidenciado que la posesión ejercida por la demandada fue de buena fe que no logró desvirtuarse por la parte demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN Y RÉPLICA

Inconforme con el anterior pronunciamiento, ambas partes lo fustigan y en ese cometido elevan sendos recursos de apelación, los cuales en lo nuclear giran alrededor de las siguientes aristas:

La parte demandante cuestiona que no se hayan reconocido frutos civiles a su favor, cuando conforme a los claros dictados del precepto 946 sustancial civil y en criterio reiterado de la jurisprudencia, estos deben reconocerse en beneficio de la parte exitosa en la acción reivindicatoria, en tanto que una vez la parte demandada tiene conocimiento cierto y concreto que el propietario persigue judicialmente la restitución de los bienes, se entiende por expresa disposición legal que desde esa fecha la parte demandada adquiere la condición de ser poseedor de mala fe. En ese sentido, solicita el reconocimiento y pago de este concepto desde que se notificó el auto admisorio de la demanda.

Por su parte, la demandada aduce que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta el lapso de más de 25 años en que ha ejercido la posesión sobre los bienes que son materia de litigio, mismo término en el cual la parte demandante abandonó los inmuebles y permitió los actos de posesión desarrollados por la demandada de manera quieta, pacífica e ininterrumpida y sin reconocer dominio ajeno.

Aduce que la demanda tan solo se presentó en el año 2016, esto es, luego de haber transcurrido un lapso superior a 10 y 12 años desde que los demandantes obtuvieron la calidad de herederos que los habilitaba para demandar la reivindicación de los bienes raíces, que por ende, jamás podría

considerase la data en que los demandantes adquirieron la titularidad de la propiedad de los bienes como hito a partir del cual la parte demandada inició la posesión, por cuanto la posesión como presupuesto para ganarse la propiedad de las cosas por el modo de la usucapión, quedaría condicionada a un hecho que le es exógeno y ajeno al que posee, supeditado a que los demandantes adelanten los trámites de rigor para hacerse a la herencia, lo cual repele cualquier lógica o raciocinio.

De este modo, considera que su derecho de posesión es superior o preeminente a los títulos de propiedad esgrimidos por los demandantes, que frustra de contera la reivindicación.

V. CONSIDERACIONES

1.- Ninguna deficiencia acusan los denominados presupuestos procesales, al paso que no concurre causal de invalidación que impida proferir decisión de mérito.

2.- Igual predicamento cabe hacer frente al presupuesto material de la pretensión, atinente a la legitimación en la causa activa y pasiva, habida consideración que la relación jurídico procesal se encuentra trabada entre los propietarios de los bienes cuya reivindicación invocan y la persona señalada como poseedora.

3.- De entrada, comporta memorar que la competencia de este Cuerpo Colegiado actuando como juez de segundo grado se encuentra delimitada por los embates formulados y sustentados por los opugnantes; pese a que hayan apelado ambas partes el marco competencial atribuido a este Tribunal no es panorámico, sino que por el contrario se halla acotado por los precisos postulados de inconformidad enarbolados por los promotores, quedando sustraídos de cualquier disputa las aristas o temáticas frente a los cuales las partes guardaron conformidad con la decisión de fondo objeto de escrutinio.

En esa línea, atendiendo los estrictos designios de las censuras izadas, debe la Sala ocuparse de resolver los siguientes problemas jurídicos: *i*) determinar si la prescripción extintiva de dominio alegada por la demandada está cabal y suficientemente acreditada de manera tal que frustre la pretensión reivindicatoria; en caso contrario, *ii*) la Sala deberá ocuparse si hay lugar a reconocer los frutos civiles perseguidos por la parte actora.

4.- Brevemente recordemos que a voces del artículo 2512 del C.C., la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por prescripción.

La prescripción como modo de extinguir las acciones o derechos ajenos, según claro tenor literal del artículo 2535 del Código Civil “*exige solamente cierto lapso de tiempo (sic) durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible*”; a reglón seguido, el artículo 2536, modificado por el canon 8° de la ley 791 de 2002, impera que la acción ordinaria se prescribe por diez (años), y el precepto 2538 *ibídem*, determina que toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por prescripción adquisitiva del mismo derecho.

Así, la prescripción extintiva es vista como una sanción a la inactividad del titular del derecho en el ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico consagra para la satisfacción y protección de sus intereses. El fundamento de la prescripción radica en un principio de utilidad social y para dar certeza y solución a las situaciones jurídicas que no pueden quedar en la indefinición, que en todo caso, toda acción a través de la cual se aboga un derecho se aniquila o diluye al acaecer o materializarse la prescripción extintiva.

5.- El señor juez cognoscente luego de escrutar y asignarle la fuerza persuasiva a cada uno de los elementos de convicción, determinó que en esta causa la parte actora cumplió con la carga de acrisolar los elementos indispensables de la acción dominical y en ese sentido accedió parcialmente a las pretensiones. Particularmente en lo que respecta al segundo ingrediente, a la sazón, la posesión de la parte demandada estimó que aquella comenzó desde que los demandantes adquirieron la titularidad de los derechos de dominio, esto es, en el año 2011, en tanto que no fue sino hasta esa fecha que la demandada podía iniciar frente a ellos las acciones judiciales pertinentes para que se la declarara dueña por el modo de la prescripción adquisitiva de dominio.

Por consiguiente, estimando que el término para adquirir la propiedad de las cosas inmuebles mediante usucapión es de 10 años conforme a las precisas disposiciones legales aplicables a este asunto, y por haberse interrumpido su cómputo con la presentación de la demanda en el año 2016, en los términos del canon 94 del CGP, es claro que en esta causa no se consumó el lapso necesario de posesión alegado por el extremo pasivo que enerve las pretensiones de la acción dominical, máxime si conforme a la cadena ininterrumpida de títulos exhibidos por la parte demandante, luce coruscante que los demandantes detentan mejor derecho en relación con la posesión alegada por la demandada.

En desacuerdo con la anterior determinación, la parte demandada la fustiga, basilarmente, porque en su criterio se desconoció la posesión ejercida de manera quieta, pacífica e ininterrumpida por la señora Luz Mayerly Duque Sierra por más de 25 años sobre los referidos bienes, que por ende, ella detenta mejor derecho que los demandantes, habida cuenta que la posesión que viene ejecutando es anterior a los títulos de dominio blandidos por la

parte demandante, y en ese sentido, debieron desestimarse las pretensiones, habida cuenta que por el fenómeno de la posesión y ejercida por un término superior al reclamado por la ley, tiene el portentoso efecto de extinguir el derecho de dominio exhibido por los demandantes.

6.- Bajo este contexto, necesario y de primer orden será establecer si la demandada viene en posesión de los bienes objeto de reivindicación y desde cuándo, aristas esenciales para dirimir la contención articulada.

6.1.- Lo primero que sorprende y extraña es que la misma demandada no tiene claro desde cuándo inició a ejercer los actos rotulados como posesorios sobre los bienes reclamados, pues en su escrito de contestación no sostiene un mismo relato o versión. Así, al pretender refutar los hechos del escrito rector afirma confesando que el señor Orlando Herrera Herrera era la persona que venía ejerciendo la posesión sobre los bienes a reivindicar y que ante su fallecimiento los continuó detentando su compañera permanente, asevera: *“Dicho sea de paso, que en el año 1985 un vez obtuvo el grado de abogado el señor Edgar Orlando Herrera Herrera, hasta el día de su fallecimiento 05 de agosto de 2004, obró a título personal como poseedor regular del predio descrito en el hecho primero, con la aquiescencia de su progenitora Cecilia Herrera de Herrera y hermanos, sin reconocer para ellos posesión alguna”*.

No obstante, al esgrimir el supuesto fáctico de su medio de defensa rotulado como prescripción extintiva, en forma reiterativa afirma que su procurada viene en posesión continua e ininterrumpida por espacio superior a los 20 años anteriores a la presentación de la demanda. La contradicción es evidente, si en cuenta se tiene que se afirmaba que el poseedor de todos los bienes lo fue hasta el día de su muerte el señor Orlando Herrera, cuyo deceso ocurrió el 5 de agosto de 2004.

6.2.- No está sometido a cuestionamiento alguno y, de opuesto modo, es un hecho admitido por ambas partes, que la demandada entró en contacto material con los inmuebles, por la aquiescencia, liberalidad o consentimiento de su propietario y poseedor, habida cuenta que ella había iniciado una relación marital con el señor Orlando Herrera Herrera, y es por esta especial circunstancia que llegó a habitar u ocupar estos predios, vale decir, llegó como tenedora y jamás cuestionó o desconoció la ajenidad de los mismos, ni la titularidad de ellos en cabeza uno de ellos de su compañero, al paso que el otro integraba el acervo hereditario dejado por José Ángel Herrera Mora, y uno de sus herederos forzosos era el ahora fallecido Orlando, quien reconocía que pasó a detentar ese inmueble con aquiescencia de Cecilia Herrera, su madre, y también sus hermanos, lo que de suyo detracta la sedicente posesión.

6.3.- Los artículos 777 y 780 del Código Civil establecen que el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión y que, si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega. Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se

presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas, y que iniciada la tenencia el simple paso del tiempo no la convierte en posesión, lo anterior no es más que un simple reconocimiento del principio de inercia.

No obstante, también puede acontecer que un tenedor pueda mutar su condición a poseedor, en lo que se ha dado en llamar interversión del título, pero para ello se requiere que la prueba ofrecida sea concluyente, sólida, rotunda, que no ofrezca dudas, ni porosidades.

Ciertamente, nuestro Tribunal de Casación ha sostenido invariablemente y sin fisuras que es probable que el mero tenedor cambie su posición jurídica de tal por la de poseedor, pero es del mismo modo palmario que esta interversión del título no pueda tener eficacia sino desde el momento en que el tenedor, rompiendo por sí y ante sí todo nexo jurídico con la persona de quien deriva su título de mera tenencia, se rebela expresa y públicamente contra el derecho de esta desconociéndole, desde entonces, su calidad de señor y empezando una nueva etapa de señorío ejercido no sólo a nombre propio sino con actos nítidos de rechazo y desconocimiento del derecho de aquel a cuyo nombre con antelación ejercía la tenencia.

La prueba sobre el cambio del título, se itera, debe ser sólida y rotunda que no deje margen de duda, pues el tenedor debe exteriorizar públicamente su ánimo de señor y dueño y rebelarse frente al propietario, con la ejecución de actos inequívocos de su nueva condición, se repite, igualmente, que la clandestinidad o conducta soterrada no puede tener virtualidad jurídica para trocar la condición de tenedor a poseedor, por obvias y legítimas razones.

6.4.- En asunto que guarda estrecha semejanza con el abordado ahora por la Sala, la Corte Suprema ha insistido que en casos como el de esta especie, en orden a la acreditación de la variación de tenedor a poseedor, la prueba no debe ofrecer ambigüedad alguna, pues los dos factores axiales deben quedar acreditados irrefragablemente, esto es, los actos públicos constitutivos de posesión y la fecha o hito a partir del cual se rebela contra el titular de los derechos, así ha sentenciado:

*“Además, cuando la persona que acude a dicha acción, acepta haber ejercido **actos de tenencia sobre el bien objeto de la misma, una posesión compartida o la de heredero**, y alega que transformó cualquiera de esas situaciones porque actualmente se considera único detentador con ánimo de señorío, **también es menester que acredite la fecha de esa mutación**, habida cuenta que la jurisprudencia ha establecido:*

*(...) puede ocurrir que el tenedor cambie su designio, transmutando dicha calidad en la de poseedor, mediante la interversión del título, caso en el cual, se ubica en la posibilidad jurídica de adquirir la cosa por el modo de la prescripción. Si ello ocurre, esa mutación debe manifestarse de manera pública, **con verdaderos actos posesorios a***

nombre propio, con absoluto rechazo del titular y acreditarse plenamente por quien se dice ‘poseedor’, tanto el momento en que operó esa transformación, como los actos categóricos e inequívocos que contradigan el derecho del propietario, puesto que para efectos de la prescripción adquisitiva de dominio, no puede computarse el tiempo en que se detentó el objeto a título precario, dado que éste nunca conduce a la usucapión; sólo a partir de la posesión puede llegarse a ella, por supuesto, si durante el periodo establecido en la ley se reúnen los dos componentes a que se ha hecho referencia. (...) empero, si originalmente se arrogó la cosa como mero tenedor, debe aportar la prueba fehaciente de la interversión de ese título, esto es, la existencia de hechos que la demuestren inequívocamente, incluyendo el momento a partir del cual se rebeló contra el titular y empezó a ejecutar actos de señor y dueño desconociendo el dominio de aquel, para contabilizar a partir de dicha fecha el tiempo exigido de ‘posesión autónoma y continua’ del prescribiente.”²

7.- Bajo este tenor, esto es, si la demandada acepta haber sido tenedora de los bienes y ahora aduce ser poseedora de los mismos estaba compelida a acreditar con suficiencia y más allá de toda duda razonable desde cuándo se produjo dicha mutación y en qué han consistido esos actos indicativos de rechazo franco, abierto y público en relación con los verdaderos dueños o antecesores, como lo recaba la jurisprudencia doméstica, como se dejó reseñado, pero bien se ve que estos supuestos axiológicos se dejaron expósitos y no evidencia la foliatura conato probatorio alguno.

Quizá ello obedezca a la deficitaria formulación del medio exceptivo de la prescripción extintiva toda vez que el ilustre personero judicial se limitó a sostener que su procurada venía en posesión por tiempo superior a los veinte años, sin indicar en qué habían consistido dichos actos positivos de posesión, su publicidad, su rebeldía y el desconocimiento franco de los derechos que les asistían a los ahora demandantes; igualmente omite precisar fecha o época a partir de la cual podía iniciarse a contabilizar dicho término para la suerte de su prescripción adquisitiva y su consiguiente correlato de la extinción de dominio.

De opuesto modo, lejos de reafirmar su eventual posesión, el comportamiento exhibido y la conducta desplegada es claramente indicativa que no se asume como tal, sino que reconoce sin ambages dominio ajeno. En efecto, todo su discurso argumentativo gira en torno de su condición de compañera de Orlando Herrera y que por tal motivo le correspondería el 50% de los bienes, en tanto que la otra mitad correspondería a los hermanos del fallecido, por cuanto el *de cuius* no dejó descendencia.

² Ibídem. Sentencia del 28 de agosto de 2017, M.P. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Siempre sus pretensiones estuvieron dirigidas en esa dirección y con el invariable soporte de ser compañera permanente, mas nunca adujo, ni tangencialmente, que estuviera al frente de los bienes en condición de dueña y señora, esto es, de poseedora. Situación que se mantuvo incólume hasta la presentación de la demanda ante la especialidad de familia en orden a la declaración de unión material de hecho, cuyo propósito no se alcanzó por cuanto terminó por desistimiento tácito.

Ahora, con ocasión de esta contención se afirma que ella acudió tardíamente ante la administración de justicia, por cuanto fue mal asesorada por José Guillermo Herrera Herrera, hermano del causante Orlando, quien dilató la formulación de la demanda. Aparte de estas consideraciones, que están al conocimiento de la Fiscalía, es irrecusable que ante los demás coherederos siempre se presentó como titular de eventuales derechos por su condición de compañera marital, pero jamás por ser poseedora de los bienes. Esta postura sella la suerte adversa de su posesión, que ahora enarbola con tanta vehemencia, pero que frontalmente es detractada por el conjunto de actos desarrollados que nunca pueden ser tomados como constitutivos de posesión, sino de tenedora, simplemente. Los hechos son bastante elocuentes.

Para abundar en razones creemos pertinente y útil transcribir unos pasajes jurisprudenciales de nuestra Corte Suprema, en tanto se ocupa de la mutación de tenedor a poseedor y la prueba irrefragable que debe obrar en el plenario, así, sostuvo: *“Al efecto cabe recordar que, establecidos los elementos objetivo, subjetivo y vincular de la posesión, ha de pasarse a inquirir por la causa de su adquisición, que bien pudo ser inicial, tal, **cuando en el mismo poseedor hay ausencia de anterior tenencia, o, por el contrario, convertida, cual acontece en el evento de que el original vínculo precario, sea principal, como el del arrendatario, sea accesorio o especial como el derivado de las relaciones familiares, contrato de trabajo o similares, es transformado por el tenedor, quien pública e inequívocamente cambia ese título por el de poseedor, no desde luego de manera subjetiva y circunstancial, pues ni la mera voluntad ni el simple paso del tiempo bastan a ello, sino en forma objetiva y fáctica, ya por causa proveniente de un tercero, o por sí mismo mediante oposición pública y unívoca hecha al propietario, según criterio que esta Sala plasmó en sentencia de 11 de diciembre de 1987.***

*De allí, de esa conversión, surge esa especial exigencia que se viene comentando, que en caso similar llevó recientemente a la Corte a reiterar cómo **“la posesión que han debido acreditar los demandantes, vistas las condiciones en que según el juzgador arribaron al inmueble controvertido, tenía que caracterizarse especialmente por su exclusividad; pues si se trataba de probar la interversión del título, la posesión había de traducirse en actos que la revelasen inequívocamente, que señalasen que la misma nada tenía que ver con la tenencia que le antecedió; pues arrancando de una situación precaria, el cambio en la disposición mental del detentador***

necesita ser manifiesto, de entidad tal que no deje lugar a duda, que ostente, en fin, un perfil irrecusable en el sentido de indicar irrefragablemente la transformación de la tenencia en posesión".³

Para cerrar esta discusión no está de más memorar que el señor Orlando Herrera entró en contacto con la bien raíz que a su muerte había dejado José Ángel Herrera Mora, y según lo confiesa el personero judicial de la demandada ello ocurrió ***“con la aquiescencia de su progenitora Cecilia Herrera de Herrera y hermanos”*** lo que de suyo desnaturaliza la supuesta posesión que venía desarrollando Orlando y de contera la que ahora pretende hacer valer vanamente la excepcionante, toda vez que los actos positivos que debe desplegar no tienen que estar supeditados a la aquiescencia o beneplácito de otro, como lo tiene decantado la jurisprudencia y la doctrina y lo dicta el sentido común.

En una interpretación libérrima podría afirmarse que Orlando a lo sumo ejerció una posesión de heredero sobre el bien dejado por su padre José Ángel, empero el plenario no suministra ningún indicio, por débil que fuera, que cambió igualmente su posesión de heredero por una personal y excluyente con aptitud para prescribir, como lo recaba sin dubitaciones la jurisprudencia.

Ha sostenido a porrillo la jurisprudencia patria de manera uniforme que: ***“Cuando se habla de posesión material, no se trata de actos de mera tolerancia (artículo 2520 del Código Civil), fundados en relaciones de amistad, de condescendencia, de parentesco, de coparticipación o de comunidad, de vecindad, de familiaridad, de benevolencia, de ocasión, o de licencias que otorga el titular del derecho de dominio; todos los cuales no tienen eficacia posesoria, por su carácter circunstancial, temporal o de mera cortesía, por su naturaleza anfibológica o ambigua”***⁴.

7.1.- Al comportamiento errático asumido por la demandada, Luz Mayerly Duque Sierra, ya advertido, debemos agregar las confesiones brindadas tanto en su contestación al libelo introductorio como en la demanda presentada en el mes de diciembre de 2010, en procura de lograr la declaración de unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales regulada por la Ley 54 de 1990.

En efecto, en el escrito de contestación en forma tautológica refiere que ella en su condición de compañera permanente de Orlando Herrera por tiempo superior a los 11 años, tiene derecho en un 50% de los bienes dejados por él a su muerte, ocurrida el 5 de agosto de 2004, y sobre la restante mitad tendrían vocación hereditaria sus hermanos, ante la ausencia de posteridad y la muerte de sus progenitores⁵.

³ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias de 18 de noviembre y 9 de diciembre de 1999. M.P. Dr. Manuel Ardila Velásquez.

⁴ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2014. M. P. Dr. Luis Armando Tolosa, que no es más que reiteración de su doctrina.

⁵ Sobre el punto suficiente es una lectura desprevenida de la contestación de la demanda.

La misma versión sostiene, en forma obstinada, en la demanda presentada en diciembre de 2010 propendiendo por la declaratoria de unión material de hecho y la consiguiente presunción de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, importa remarcar que dentro de dicha actuación judicial se profirió sentencia anticipada acogiendo el medio exceptivo de la prescripción de la acción, según relata el procurador de la demandada, pero la verdad exacta es que en segunda instancia se declaró una nulidad, por falta de notificación de uno de los herederos, el expediente retornó así al juzgado de conocimiento, y ante el abandono del mismo finalmente se decretó su terminación por desistimiento tácito⁶.

Conviene destacar, entonces, que por lo menos hasta el mes de diciembre de 2010, nunca blandió su condición de poseedora para hacerse a los bienes o una porción de los dejados por Orlando Herrera, sino que lo hizo siempre en su calidad de compañera permanente, esta construcción dialéctica implica que tácitamente está reconociendo que los bienes le pertenecían a su compañero fallecido y que a ella le correspondería la mitad, en tanto a los hermanos la otra mitad; se itera, esto en su esgrimida condición de compañera marital, pero nunca se reputó poseedora exclusiva y excluyente, pues de haberlo hecho la situación hubiese cambiado radicalmente. Olvida de paso que para el año 2004 la madre de los hermanos Herrera Herrera no había fallecido, suceso que solo vino a presentarse en el mes de julio del año 2010, y que, en conformidad con el artículo 1046 del C. C., modificado por el artículo 5° de la Ley 29 de 1982, al ocuparse del segundo orden hereditario consagra que: *“Si el difunto no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sus padres adoptantes y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabezas”*. Es decir, si a la muerte de Orlando no había dejado hijos, ni tenía cónyuge, entonces los bienes dejados los heredaría su ascendiente más próximo, en este caso, su madre que le sobrevivía.

Huelga aclarar que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-238 de 22 de marzo de 2012, al examinar la constitucionalidad del artículo 1046 del C. C., declaró exequible la expresión “cónyuge”, siempre y cuando se entienda que ella comprende al compañero o compañera permanente de distinto sexo o del mismo sexo que conformó con el causante, a quien sobrevive, una unión de hecho⁷. El trámite sucesoral de Orlando Herrera, en todo caso es anterior a esta determinación si en cuenta se tiene que terminó en el año 2011.

Se impone relieves que la susodicha demanda fue presentada 6 años después de la muerte de Orlando, marginando que las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, prescriben en un año, a partir de la separación física y definitiva

⁶ Fls. 29 al 38 y 185 al 186 del Cdno. 1° dentro de las copias remitidas por el Juzgado Once Civil de Familia de Cali, con radicación Nro. 76001-31-10-011-2011-003, y los folios 8 al 14 y el 16 del Cdno. Nro. 2° del mismo radicado,

⁷ H. Corte Constitucional. Sentencia C-238 de 22 de marzo de 2012. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o de ambos compañeros, cual lo consagra el artículo 8° de la Ley 54 de 1990. Como si no fuese suficiente lo anterior, se tiene que dicho proceso terminó anormalmente por la figura de desistimiento tácito (abandono), por tanto, nunca se alcanzó la declaratoria de la pretendida unión marital, y de haberlo hecho necesariamente se tendría que haber declarado que no había lugar a sus efectos patrimoniales, por cuanto habría operado el fenómeno de la prescripción, como se dispuso en sentencia anticipada que inicialmente fue proferida, pues la jurisprudencia tiene establecido que la declaratoria de unión marital de hecho por estar referida al estado civil de las personas es imprescriptible, *“no así lo concerniente a la declaración judicial de existencia de **sociedad patrimonial derivada de la unión marital que sí es prescriptible**”*⁸.

Iteramos, la declaratoria de unión marital de hecho no se alcanzó por ninguno de los mecanismos contemplados en la Ley 54 de 1990, modificados a su vez por el artículo 2° de la Ley 979 de 2005, pues no se corrió escritura pública por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes; no milita o se exhibe acta de conciliación celebrada ante centro legalmente autorizado, y, por último, nunca se profirió sentencia judicial que la declarara, por lo reseñado en precedencia.

Bajo este contexto, no puede seguir sosteniéndose que entre Luz Mayerly Duque Sierra y Orlando Herrera Herrera haya existido una sociedad marital de hecho, pues ningún medio de prueba de su constitución milita en esta foliatura, según se dejó visto, y menos que haya presunción de la existencia de una sociedad patrimonial derivada de esta unión marital. Por último, si en gracia de discusión se aceptase la existencia de esta sociedad patrimonial, lo que se lograría es ratificar o corroborar que la demandada Duque Sierra jamás ha sido poseedora, como ahora lo sostiene, desde luego, infructuosamente.

7.2.- En ese orden, no puede ensayarse siquiera que se ha presentado lo que se conoce como posesión compartida o coposesión, o posesión de heredero o comunero, por la simple pero potísima razón que ella con su comportamiento nunca se atribuyó la calidad de poseedora y menos se rebeló frente a los cotitulares, a quienes, iteramos, siempre les reconoció sus derechos, por tanto la Sala se inhibe de adentrarse en el estudio y análisis de los fenómenos descritos, por su notoria impertinencia.

7.3.- La Sala no desconoce la prueba testimonial recaudada, declaraciones de Maximiliano Suárez y Esver Martín Gámez, que nos hablan de las mejoras ejecutadas sobre la referida unidad habitacional y que según ellos fueron asumidas en conjunto con la señora Luz Mayerly Duque Sierra, quien ayudaba con la compra de materiales, contratación de obreros, y además se encargaba de cobrar los cánones de arrendamiento por autorización y en

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 11 de marzo de 2009. M.P. Dr. William Namén Vargas.

nombre y representación de su compañero, el señor Edgar Orlando, relatos que en lo esencial dan cuenta de la relación material de la demandada con los bienes reclamados, es decir deponen sobre el corpus como elemento integral de la posesión, pero en cuanto al elemento subjetivo, esto es, el animus que es un ingrediente interno que escapa a la percepción de los sentidos y deberá deducirse del comportamiento y actitud del pretense poseedor, luce totalmente ausente y refutado, por todo lo ya reseñado.

No debe perderse de vista que, objetivamente es difícil sino imposible diferenciar la tenencia de la posesión, calificación de poseedor que no le corresponde en todo caso hacer al testigo sino al juez, como lo tiene sentado la jurisprudencia.

Ciertamente, la Corte Suprema se ha encargado de decantar el contenido y el grado de eficacia respecto de la prueba testimonial en punto de querellas que giren en torno a la tenencia o posesión de bienes, así ha sostenido:

*“...los medios probatorios aducidos en proceso para demostrar la posesión, deben venir, dentro de las circunstancias particulares de cada caso, revestidos de todo el vigor persuasivo, **no propiamente en el sentido de conceptuar que alguien es poseedor de un bien determinado, pues esta es una apreciación que sólo al juez le compete, sino en el de llevarle a este el convencimiento de que esa persona, en realidad, ha ejecutado hechos que, conforme a la ley, son expresivos de la posesión, lo cual, por supuesto, ha debido prolongarse durante todo el tiempo señalado en la ley como indispensable para el surgimiento de la prescripción adquisitiva del dominio, sea esta ordinaria o extraordinaria.***

*Con apoyo en esos hechos, al juez debe quedarle nítidamente trazada la línea divisoria entre la **posesión y la mera tenencia** puesto que, al fin y al cabo, y sin embargo de que externamente sea percible cierto paralelismo, que no confluencia, entre las manifestaciones de una y otra, de lo que se trata es de que aquel encuentre que en la primera, quien la hace valer, ha tenido con el bien objeto de la misma un **contacto exclusivo, vale decir, no supeditado a la aquiescencia o beneplácito de otro**, para que por tal vía pueda llegar a la conclusión que el suyo ha sido el comportamiento característico del propietario de la cosa.⁹*

Lo anterior para significar que, si bien los testimonios deponen sobre la detentación material del bien por la señora Duque Sierra, al no concurrir el factor subjetivo o ánimo de señor y dueño en dicha relación, desnaturaliza la posesión que dice ejercer y de contera condena al fracaso el medio defensivo izado para frustrar la reivindicación.

⁹Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Sentencia de 15 de marzo de 1999. M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

8.- Por todo lo analizado, en el mejor de los casos, la posesión ejercida por la demandada comenzaría a partir del mes de febrero de 2014, data que coincide con la terminación del proceso de declaración de existencia de unión marital de hecho y disolución y liquidación de la sociedad patrimonial, calenda desde la cual la parte demandada asumió un papel activo, franco y revelador de su ánimo dominical sobre los bienes a reivindicar, es decir que convertiría su tenencia en posesión; sin embargo, es irrecusable que el factor temporal recabado legalmente está lejos de ser colmado, puesto que si a la fecha de este fallo luce ostensiblemente insuficiente, *a fortiori* lo era para la época de la contestación de la demanda, cuando propuso la prescripción extintiva.

En efecto, si asumimos que la posesión viene desde el mes de febrero de 2014, y la demanda se presentó el 16 de noviembre de 2016, este acto procesal tuvo la virtualidad de interrumpir civilmente la prescripción, si de otra parte se atiende que el extremo pasivo fue notificado personalmente del auto admisorio el 28 de abril de 2017, esto es dentro del año que recaba la norma para que la presentación de la demanda tenga los efectos de interrupción del mencionado instituto (art. 94 CGP).

Si la prescripción extraordinaria exige un lapso de 10 años para su buen suceso, bien pronto se advierte que en este singular caso es manifiestamente exiguo el aquilatado, que apenas supera los tres años, y por tanto insuficiente para enervar los títulos dominicales que ostentan los demandantes, mismos que vienen desde el año 2011, y por tanto anterior a la sedicente posesión alegada, sin dejar de lado, además, que acreditan la cadena ininterrumpida de los títulos de sus antecesores que respaldan sin ninguna mácula su titularidad.

8.1.- Sin perjuicio de lo anterior, y como un presupuesto axiológico de la pretensión recaba sobre la posesión del demandado, al efecto diremos que cuando el extremo pasivo en acción dominical, al descorrer el traslado de la demanda, admite confesando ser el poseedor de los bienes que son materia de conflicto judicial, esa confesión releva a la Sala de acudir al restante haz probatorio para demostrar la posesión de la demandada y la identidad de las cosas frente a las cuales se persigue su reintegro, como acontece en este caso, así ha sentenciado sobre este tópicó en reiteradas ocasiones la Corte Suprema:

*“3º Como de vieja data lo viene diciendo la Corte en jurisprudencia que por su legalidad no es posible desconocer, cuando el demandado en acción de dominio, al contestar la demanda inicial del proceso, confiesa ser el poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene la virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión del demandado y la identidad del bien que es materia del pleito. La citada confesión releva al demandante de toda prueba sobre estos extremos de la acción y exonera al juzgador de analizar otras probanzas tendientes a demostrar la posesión”.*¹⁰

¹⁰ H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 16 de 1982.

Por todo lo considerado y expuesto la única conclusión posible es que el medio defensivo de marras está condenado al fracaso, y por tanto sí acuden a esta disputa los presupuestos necesarios para el éxito de la pretensión reivindicatoria, a despecho de lo estimado por el alzado.

9.- Superado este valladar deberá examinarse la inconformidad del extremo actor respecto del reconocimiento y pago de los frutos, habida consideración que la demandada a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda debe calificarse como poseedora de mala fe y por tanto responsable de tales rubros.

Impera señalar que, si bien la parte actora en el acto inaugural estimó y peticionó bajo juramento el reconocimiento de este rubro desde el mes de enero de 2014, ahora, en su recurso de apelación, en ejercicio pleno de su derecho dispositivo, renuncia a los mismos, y se limita a peticionar que se reconozcan los causados a partir de la fecha en que se trabó el contradictorio. Por tanto, en aras de conservar la congruencia del fallo, la Sala se remitirá únicamente al estudio de ello: nada más.

Al tenor del artículo 964 del Código Civil, *“el poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder”*, que *“si no existen frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción; se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder”*, y sigue, *“el poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores”*.

Está fuera de toda discusión que la posesión ejercida por la parte demandada sobre los bienes desde el mes de enero de 2014 hasta antes de formularse la presente demanda fue de buena fe, pues fue un hecho definido por el juez de primera instancia y que no mereció glosa alguna por la parte demandante, además de ser una pretensión que durante ese lapso fue expresamente renunciada, como se dejó sentado a espacio. Por tanto, en esta particular especie, únicamente estaría obligada la parte demandada a restituir los frutos civiles causados con posterioridad a la notificación de auto admisorio de la demanda, como así lo tiene precisado la jurisprudencia patria, indicando que *“cuando los artículos 964 y 966 del Código Civil, hablan de ‘contestación de la demanda’ no se refieren al hecho material de la respuesta de la misma, respuesta que inclusive puede llegar a no existir, sino al fenómeno de la litis contestatio, o sea la formación del vínculo jurídico-procesal que nace con la notificación de la demanda”*¹¹.

¹¹ Sala de Casación Civil, sentencia de 1° de julio de 1971.

Criterio jurisprudencial reiterado, entre muchas otras, en sentencia del 25 de abril de 2005, donde se sostuvo que *“al poseedor de buena fe, por el contrario, se le reconoce el derecho de hacer suyos los frutos percibidos mientras estuvo en esa condición, es decir, bajo el convencimiento de ser dueño de la cosa y por tanto de los frutos que ella produce, por haberla adquirido por medios legítimos, exentos de todo vicio, estado que se entiende subsistente hasta el momento de producirse la litis contestación, porque para esa oportunidad ya es sabedor de que un tercero está alegando dominio sobre la cosa que posee”*¹².

Así las cosas, se establece que los frutos cuya restitución aquí procede, serían solamente los percibidos o los que con mediana inteligencia y actividad hubieran logrado percibir los dueños durante el lapso en que estuvieron privados de la posesión de las cosas, los cuales en esta causa solamente corresponderían a los causados con posterioridad a la fecha en que la parte demandada recibió la notificación del auto admisorio de la demanda generadora del conflicto judicial, que conforme a los contornos de la controversia, corresponde a los cánones de arrendamiento dejados de percibir por los titulares de los derechos de propiedad durante ese interregno. Los cuales deben comenzarse a computar desde el 28 de abril de 2017 (fl. 256 Cdo. Ppal).

Ahora, para efectos de determinar el *quantum* que debe reconocerse a favor de la parte demandante, debemos acudir a la regla legal contenida en el canon 206 del CGP que dispone que *“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonablemente bajo juramento en la demanda...”*, a reglón seguido prevé que *“El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda”*.

De este modo, debemos acogernos a las cifras a la que arribó el auxiliar de la justicia que fue debidamente posesionado por el Despacho de primer grado, quien visitó y conoció de primera mano los detalles de las infraestructuras, sus condiciones de uso, ubicación, entre otras aristas necesarias para determinar el monto de los cánones de arrendamiento mensual que se cobraría según las condiciones particulares de cada uno de los inmuebles y las variables del mercado, probanza que por demás, la Sala encuentra que goza de firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, por lo que se atenderá para estos efectos, salvo una precisión que se anotará ulteriormente.

Así, los frutos civiles que deben reconocerse a favor de la parte demandante por cada uno de los inmuebles son las siguientes sumas, que para todos los efectos de la liquidación tienen en común las cotas temporales que van desde el 28 de abril de 2017 hasta el 28 de septiembre del año en curso:

¹² Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de abril de 2005.

a.- Casa habitacional ubicada en la calle 23 número 17G – 29 de la actual nomenclatura de Cali, identificada con folio de matrícula inmobiliaria Nro. 370-605684; considerándose un canon mensual de \$1.754.477 de pesos, para un total de \$50.966.833.

b.- Apartamento 101, ubicado en el Edificio José Ángel P.H., en la Calle 3D Nro. 75 – 10 del Barrio Alférez Real de la Ciudad de Cali, identificado con matrícula inmobiliaria Nro. 370-567721; teniéndose en cuenta la suma de \$453.744 de pesos, como canon mensual, para un total de \$13.158.576.

c.- Apartamento 201, ubicado en la misma edificación del anterior inmueble, identificado con folio de matrícula inmobiliaria Nro. 370-567728; con base en un canon mensual de \$425.385 de pesos, para un total de \$12.336.165.

d.- Apartamento 301, que también se encuentra ubicado en la mencionada construcción, identificado con folio de matrícula Nro. 370-567729; teniendo en cuenta un canon mensual de \$ 378.120 de pesos, para un total de \$10.965.480.

e.- Y el apartamento 501, de la señalada edificación, identificado con matrícula inmobiliaria Nro. 370-567731, con un canon mensual de \$360.000 de pesos, para un total de \$10.440.000.

Cabe agregar que en cuanto a tales montos, es improcedente disponer su actualización a valor presente, como de manera heterodoxa lo consideró el perito designado, que por ello, se tomó el valor del canon mensual aplicable a cada una de la unidades habitacionales estimada para el año 2017, data en que se consideró a la demandada como poseedora de mala fe, puesto que según lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia, *“no hay lugar a imponer actualización monetaria por el indicado concepto, ya que, como lo tiene dicho, respecto de frutos ‘es ciertamente extravagante la condena a pagar la corrección monetaria..., pues la restitución de frutos debe limitarse a su valor, conforme al artículo 964 del Código Civil, es decir, a lo que valían o debieron valer al tiempo de la percepción, debiéndose deducir al obligado lo que gastó en producirlos, y ese valor, y no otro adicional, es el que debe satisfacer el poseedor”*¹³.

Los frutos que se generen desde el 29 de septiembre del año en curso hasta que se logre la entrega definitiva de cada uno de los precitados inmuebles, deberán liquidarse por la vía incidental como lo recaba el inciso 2º del precepto 284 del CGP.

Por las razones precedentes, se accederá a los frutos civiles peticionados en los montos que fueron liquidados atendiendo el marco temporal aplicable a este asunto, conforme a las explícitas peticiones enarboladas por el censor.

¹³ Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de junio de 2007, expediente No. 7892. Reiterada en la sentencia del 22 de julio de 2010. M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

9.- Ante el triunfo del recurso de la parte demandante y el fracaso del enarbolado por la parte demandada, se dispondrá condena en costas en contra de esta última al tenor de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

En razón y mérito de lo expuesto, esta Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar el numeral 5° del fallo. En su lugar, accedése al reconocimiento de los frutos civiles que debe pagar la parte demandada a la parte demandante, por cada uno de los bienes objeto de controversia, en las siguiente sumas, liquidadas desde el 28 de abril de 2017 hasta el 28 de septiembre del año que avanza, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, así:

Por la casa habitacional ubicada en la calle 23 número 17G – 29 de la actual nomenclatura de Cali, un total de \$50.966.833.

Por los inmuebles ubicados en el Edificio José Ángel P.H., en la Calle 3D Nro. 75 – 10 del Barrio Alférez Real de la Ciudad de Cali.

Apartamento 101, un total de \$13.158.576.

Apartamento 201, un total de \$12.336.165.

Apartamento 301, un total de \$10.965.480.

Apartamento 501, un total de \$10.440.000.

Los frutos civiles que se generen desde el 29 de septiembre del año en curso hasta que se logre la entrega definitiva de cada uno de los anotados inmuebles, deberán liquidarse por la vía incidental como lo recaba el inciso 2° del precepto 284 del CGP.

Confirmar en lo demás.

SEGUNDO: Condenar en costas de la instancia a la parte demandada a favor de la parte demandante. Inclúyase en la liquidación la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000) por concepto de agencias en derecho.

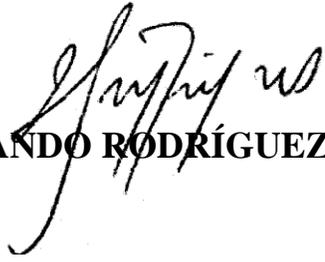
TERCERO: Devolver el expediente a la oficina de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



HOMERO MORA INSUASTY



HERNANDO RODRÍGUEZ MESA



CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ