

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Jurisdicción Ordinaria



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali
Sala Civil

REFERENCIA COMPLETA:

Rad. Única Nal: 76001-31-03-005-2019-00054-01

Radicación interna: 4470

Proceso: Reivindicatorio de dominio

Demandante: Eduardo José Azcarate Sanclemente

Demandado: Gerardo Azcarate Cabal

Procedencia: Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali

Motivo: Apelación Sentencia

Magistrado Sustanciador:

JULIÁN ALBERTO VILLEGAS PEREA

Santiago de Cali, primero (1) de julio de dos mil veintiuno (2.021)

Discutido y aprobado mediante Acta No.1304 de la Sala Virtual de la fecha.

1. INTROITO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 18 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Civil Del Circuito de Cali dentro del proceso de la referencia, que accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandado.

2. ESCENARIO DESCRIPTIVO

2.1. HECHOS RELEVANTES

2.1.1 En los Antecedentes

2.1.1.1 Actuando mediante apoderado judicial, el señor EDUARDO AZCARATE SANCLEMENTE formuló demanda reivindicatoria

de dominio en contra de GERARDO AZCARATE CABAL, a través de la que pretende la reivindicación del apartamento 502 y garaje doble No. 11 y 11A del Edificio Emir, ubicado en la Calle 7 Oeste # 2-153 de Cali, cuyos linderos se hallan contenidos en la Escritura Pública No. 2687 del 24 de octubre de 1996 de la Notaría Quinta del Círculo de Cali.

2.1.2 En la demanda

2.1.2.1 Mediante escritura pública No. 2.687 del 24 de octubre de 1996 de la Notaría Quinta del Círculo de Cali, el señor EDUARDO JOSÉ AZCARATE SANCLEMENTE adquirió de parte de Bernardo Atehortúa Arango, los derechos de dominio sobre los inmuebles identificados con folios de matrícula inmobiliaria números 370-0345744 y 370-0345711.

2.1.2.2 El señor EDUARDO JOSÉ AZCARTE SANCLEMENTE “no ha enajenado, ni tienen prometido en venta” los inmuebles objeto de reivindicación, razón por la que “se encuentra vigente el registro de su título”.

2.1.2.3 el Juzgado 10 Civil del Circuito de Cali, mediante sentencia del 15 de noviembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda de restitución de tenencia de los bienes entregados en comodato precario que en su momento adelantó Eduardo José Azcarate Sanclemente en contra de Gerardo Azcarate Cabal para obtener la restitución de los inmuebles objeto de esta Litis, al encontrar que para la fecha de presentación de la demanda el demandado no ostentaba la calidad de comodatario al quedar probado que a partir del mes de noviembre del 2016, éste “intervirtió el título de tenedor de los inmuebles dados en comodato precario”, “convirtiéndose en poseedor”.

2.1.2.4 En la actualidad el demandante EDUARDO JOSÉ AZCARATE SANCLEMENTE se encuentra privado de la posesión material de los inmuebles de los que es propietario, desde el mes de noviembre de 2016, según lo dicho en la sentencia anterior, aquella se encuentra en posesión del demandado quien “intervirtió su título de comodatario precario a poseedor”.

2.1.2.5 La posesión del demandado GERARDO AZCARATE SANCLEMENTE “*se derivó de los actos de entrega voluntaria que le hizo su padre hoy demandante señor, Eduardo José Azcarate Sanclemente, a título de comodato precario*”.

2.1.2.6 El demandado “*viene poseyendo los inmuebles irregularmente y de mala fe, durante el lapso de 2 años*”, y “*no cumple con los requisitos exigidos por la ley*” para pretender su prescripción.

Con base en los anteriores hechos el demandante solicita que se declare que a él le pertenece el dominio pleno y absoluto de los inmuebles objeto de la Litis, se ordene al demandado a restituirlos a su favor y se lo condene al pago de frutos naturales o civiles, conforme el juramento estimatorio presentado en la demanda.

2.1.3 En la contestación

2.1.3.1 Notificado del trámite de la demanda, el demandado Gerardo Azcarate Cabal la contestó, negó los hechos expuestos en la demanda frente a la existencia del comodato precario, ratificó su calidad de poseedor y se opuso a las pretensiones del actor.

Expuso que “*las partes trabaron proceso mediante el cual el demandante procuró demostrar que el inmueble objeto hoy, nuevamente, de disputa le había sido entregado al demandado a título de comodato precario*”. No obstante, que, “*contrario a lo pretendido por la coincidente parte actora, no sólo no resultó probado el comodato, sino que obedeciendo a la realidad se demostró que el demandado goza del inmueble, lo ha ocupado y ha hecho uso de este, del garaje y de sus anexidades con ANIMO DE SEÑOR Y DUEÑO y así se ha erguido y presentado ante la comunidad; ha sido un poseedor de buena fe*”.

Afirma que ocupó los inmuebles desde el primer día en el que

fueron adquiridos, que dicha ocupación la realizó precedida de una negociación en la que el señor Eduardo José Azcarate Sanclemente le “entregaría” el apartamento a cambio de otras propiedades de las cuales el demandado era nudo propietario, y que, no obstante estar cumplidas la condiciones para efectuar la negociación, dentro de las que se encontraba la formalización de su separación con su ex pareja sentimental, el demandante se ha negado a materializarla.

Reitera que ha fungido como poseedor de buena fe, que los residentes, la administración y los trabajadores del edificio, lo reconocen como “dueño del inmueble, al punto que ha hecho y a la fecha hace parte del consejo de administración del edificio, dignidad reservada sólo para propietarios”, así como que, “es cierto que en virtud del proceso adelantado ante el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Cali, entre las mismas partes e identidad de inmueble, cuya vocación era la *RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ENTREGADO A TÍTULO DE COMODATO PRECARIO*, se PROBÓ que contrario a la tesis del comodato precario, LO QUE HAY ES UNA POSESIÓN PACÍFICA, ININTERRUMPIDA, Y DE BUENA FE DESDE HACE VARIOS AÑOS”. (Subraya del texto original)

Manifiesta que durante el tiempo de su posesión sobre el bien ha efectuado mejoras “con su propio peculio” y anexa pruebas para probar sus actos de señor y dueño.

Finalmente aduce que, debería ser declarado propietario del bien al cumplir los requisitos de la prescripción adquisitiva y poseer los inmuebles por más de 5 años.

2.1.4 En el trámite procesal

2.1.4.1 Al descorrer el traslado de la demanda la parte actora señaló que no es cierto que el demandante hubiese realizado ningún negocio jurídico con su hijo respecto la propiedad del inmueble, que éste último acepta la calidad de propietario de su padre, así como la interrupción de su permanencia en el inmueble cuando afirma que en el año 2000 se fue a vivir a otro lugar con su

esposa y regresó en el 2009, que las obras de adecuación y enlucimiento en el apartamento no fueron autorizadas por el demandante propietario del bien, y en todo caso, que no existe prueba de las mismas.

Aduce igualmente que el demandado califica su posesión como de buena fe, no obstante que la interversión de su título de tenedor a poseedor de los bienes descarta tal supuesto. Aunado a ello, indica que “*deberá mediar título que lo acredite*”.

Señala igualmente que la fecha a partir del cual el demandado comenzó a ejercer actos de posesión (noviembre del año 2016) fue definida por el Juzgado 10 Civil del Circuito de Cali, así como que, la parte demandada desconoce que para que obre de pleno derecho la prescripción adquisitiva de dominio no “*solo debe iniciar la acción judicial correspondiente sino que deber tener completo el lleno de los requisitos que actualmente establece un mínimo de 10 años*”, tiempo que afirma “*no cumple el demandado*”.

Finalmente cuestionó las facturas, cotizaciones y demás documentos con los que el demandado pretende probar las mejoras relacionadas en la demanda, en tanto afirma, no es claro que los elementos y materiales allí descritos fueron adquiridos, y si efectivamente iban destinados a formar parte de los inmuebles.

2.1.4.2 Dentro de las pruebas relevantes recaudadas dentro del proceso se encuentran las documentales aportadas por ambas partes, la diligencia de inspección judicial, la declaración de testigos e interrogatorios de parte, copia de la audiencia en la que el Juzgado 10 Civil del Circuito de Cali profirió sentencia dentro del proceso verbal de restitución de tenencia y un dictamen pericial sobre frutos y las mejoras.

2.1.5 En la Sentencia apelada

2.1.5.1 El Juez Quinto Civil del Circuito de Cali, luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial de los requisitos de la acción reivindicatoria de dominio, y encontrarlos acreditados, accedió a las pretensiones de la demanda.

En cuanto a la posesión del demandando afirmó que ésta fue aceptada por aquel, tanto en la contestación a la demanda a través de apoderado judicial (artículo 193 del C.G.P.), como en el interrogatorio de parte que le efectuó el despacho.

Frente a los argumentos de la defensa y pretensión adquisitiva, afirmó que si bien el demandado aduce ser poseedor de buena fe de los inmuebles por más de 5 años *“con base en un compromiso familiar que hizo con el actor”*, lo cierto es que las pruebas allegadas al proceso, concretamente, la sentencia proferida por la Juez Décima Civil del Circuito de Cali dentro del proceso de restitución de tenencia de los inmuebles entregados en comodato precario, da cuenta que la posesión que afirma tener el demandado sólo vino a configurarse a partir del mes de noviembre del año 2016, y en tal sentido que *“mal se haría al considerar que la posesión del demandado ha sido por un término mayor como lo alegó aquel en el presente pleito”*.

En cuanto a la sentencia proferida dentro del proceso de restitución de tenencia, afirma que tal decisión judicial constituye un pronunciamiento de la judicatura frente al mismo hecho, que deber ser tenido en cuenta por el fallador *“en observancia de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, premisas sobre las cuales deben versar las actuaciones judiciales, el operador judicial debe precaver o evitar que sus decisiones judiciales resulten en contraposición o contradictorias con respecto de otras, sean suyas o de funcionario distinto, pues como bien lo ha referido la jurisprudencia constitucional, “la igualdad, como uno de los objetivos de la administración de justicia, no solo se nutre de la seguridad jurídica y el debido proceso, sino también de otros principios que los complementan como la buena fe, que obliga a las autoridades del Estado -los jueces entre ellas- a proceder de manera coherente y abstenerse de defraudar la confianza*

que depositan en ellas los ciudadanos (art. 83 superior)”, adicionando que, “En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. (...)” .

Lo anterior, afirmó, más cuando las demás pruebas que obran en el proceso prueban que fue sólo a partir del año 2016 que el demandado varió su condición de tenedor a poseedor.

De lo anterior dijo, da cuenta la propia contestación de la demanda en la que la parte demandada indicó que la supuesta condición para que el demandante le “*entregara el bien*” o “*se formalizara la negociación*”, a raíz del supuesto acuerdo que hizo con su padre “*se dio a finales del año 2016 cuando el demandado resolvió su situación legal con su excompañera sentimental*”, y no antes. Hecho que dijo, permite concluir que “*en el interregno previo al mes de noviembre de 2016, en el que estuvo habitando el apartamento, lo hizo en calidad de tenedor o comodatario, ante un acto de benevolencia o mera tolerancia del titular del derecho*”.

Agregando a lo anterior que del análisis de las demás pruebas, en este caso tampoco “*se avizora posesión mayor a la fecha señalada para alegar por medio exceptivo, como en efecto se hizo, derecho de propiedad alguno*”, pues, “*aun cuando fueron allegados al plenario algunos recibos de servicios públicos cancelados por el demandado, así como algunos otros recibos de caja, facturas y documentos que dan cuenta de arreglos que se hicieron en el inmueble antes del mes de noviembre de 2016, estos per se no constituyen plena prueba de que hayan sido costeados por él con ánimo de señor y dueño, pues ninguna otra prueba más allá de la documental puede dar cuenta de ello, verbi gracia, testimonial, quedando en duda entonces si las erogaciones alegadas se hicieron en su condición de comodatario, atendiendo el hecho de que no pagaba contraprestación alguna por el uso y goce de los inmuebles, o inclusive, como lo indicó el actor en su interrogatorio, que sí eran cancelados por*

su hijo pero con dineros de peculio suyo, una vez este último le llevaba los respectivos recibos”

“(…) que el mismo señor GERARDO AZCÁRATE reconoció en su interrogatorio de parte, que sólo ha venido pagando el impuesto predial en los últimos dos años aproximadamente, y que antes de ello lo hacía su padre “con base en el acuerdo que tenían”, lo que refuerza el hecho de que sólo finalizando el año 2016, es que se le haría presuntamente la entrega del inmueble, pero que, al no realizarse, se reveló ante su progenitor, considerándose desde entonces dueño y señor de los bienes ya tantas veces aludidos.”

Y que, el testimonio del señor MAURICIO VELÁSQUEZ, portero de la unidad residencial donde se ubican los inmuebles, no tiene la entidad suficiente para acreditar una presunta posesión mayor a 5 años en cabeza del demandado, *“pues aquel refirió que sólo labora en la propiedad horizontal desde hace aproximadamente 2 años, de ahí que solo da cuenta de algunas remodelaciones que ha hecho el sujeto pasivo de este proceso durante dicho periodo de tiempo, y que ha sido este quien ha alquilado el apartamento en ese mismo interregno, más nada.”*

Bajo las anteriores condiciones, expuso que no se avizora posesión mayor a la fecha señalada para alegar por medio exceptivo la pretensión de prescripción ordinaria adquisitiva de dominio.

Finalmente, ante la prosperidad de la acción reivindicatoria, calificó la posesión del demandado como de mala fe dado, no sólo el título de mera tenencia (artículo 2531 del C.C.), sino, además, la retención injustificada del bien ante un supuesto incumplimiento contractual, condenándolo a pagar los frutos civiles producidos por el inmueble por valor de \$162.261.386.

De otro lado, reconoció a favor del demandado las mejoras necesarias probadas por valor de \$4.250.632.

No obstante, en cuanto a las mejoras útiles relacionadas en la contestación de la demanda, señaló que la mala fe del demandado torna en improcedente su reconocimiento, ello, señaló, sin perjuicio de la aplicación de la regla dispuesta en el artículo 966 del C.C. en torno a la posibilidad de que el demandado pueda llevarse los materiales en ellas invertidos, siempre que puedan ser separados sin detrimento de la cosa reivindicada y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían aquellos después de separados.

2.1.6 La apelación - reparos concretos

El apoderado judicial de la parte demandada apeló la sentencia anunciando como reparo concreto que:

“El fallo recurrido además de ser lesivo a los intereses de mi prohijado desconoce elementos probatorios no solo aportados, sino ventilados, sustentados y debatidos en el tracto procesal, mismos que configuran la razón y base del derecho que le asiste al demandado; todo ello, finalmente para indicar que la providencia recurrida es, a nuestro leal saber y entender una clara denegación de justicia.”

2.1.7 En la sustentación del recurso.

2.1.7.1 En aplicación de lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, el apelante sustentó la alzada por escrito señalando que el juez incurrió en una vía de hecho, en tanto sus decisiones se fundaron en una hermenéutica visiblemente equivocada del artículo 303 del Código General del Proceso, de la jurisprudencia y de los elementos que estructuran la institución de la cosa juzgada.

Indica que el juez fundó su sentencia bajo la consideración de tener como “UN CASO JUZGADO” que la condición de poseedor del demandado, señor GERARDO AZCARATE CABAL, sólo se materializó a partir del mes de noviembre del año 2016 conforme lo dicho por la Juez Décima Civil del Circuito de Cali en la sentencia que resolvió la demanda de restitución de

tenencia de los bienes dados en comodato precario trabada entre las mismas partes, sin tener en cuenta que en el presente asunto “*no se dan los supuestos de configuración del fenómeno jurídico de la cosa Juzgada*”.

Sobre el punto aduce que la demanda trabada en el Juzgado 10 Civil del Circuito del Cali y la que es objeto de la preste Litis, no comparten el **mismo objeto**, tampoco se fundan en la **misma causa** ni hay **identidad jurídica entre las partes**.

Ello por cuanto afirmó:

1. Frente al objeto, en el primer proceso se persiguió la restitución de la tenencia de los bienes dados en comodato, y en el segundo la reivindicación de la posesión a su propietario;

2. frente a la causa, que en el primero de ellos la restitución se pidió “*para que el propietario viviera*” en el inmueble, y en el segundo, para que su propietario pudiera “*disponer de él*”; y,

3. En cuanto a la identidad jurídica de partes, que en el primer proceso el demandante dirige su acción en calidad de comodatario, y en la segunda de propietario, al tiempo que el demandado obró frene al primer asunto como tenedor de los bienes, y en el segundo, como poseedor de los mismos.

Al respecto, expuso que “*el Juez Quinto Civil del Circuito tomó en la sentencia objeto de apelación, como identidad de las partes, su aspecto físico y su nombre personal, NO hizo diferencia a su aspecto jurídico legal, y simplemente expresó que las partes en las dos procesos, esto es, en el de RESTITUCION DE BIEN DADO EN COMODATO y el proceso REIVINDICATORIO eran las mismas, y con este fundamento estimó en forma errada que se estaba ante una cosa juzgada.*”

2.1.7.2 Por su parte, el apoderado judicial de la demandante replicó a los mismos exponiendo, en síntesis, que la parte pasiva no formuló

excepciones concretas que demeriten las pretensiones de la demanda, que no formuló demanda de reconvención para solicitar la prescripción adquisitiva a su favor, y que dice ejercer derecho de posesión sobre los bienes sin allegar material probatorio suficiente que así lo demuestre.

3. PROBLEMAS JURÍDICOS

Con base en lo expuesto, le corresponde a la Sala determinar:

i) ¿Otorgó el *a quo* a la consideración del tiempo de posesión del demandado hecho en la sentencia proferida dentro del proceso de restitución de tenencia de los bienes entregados en comodato precario tramitado en el Juzgado 10 Civil del Circuito de Cali los efectos de cosa juzgada frente a la pretensión de pertenencia adquisitiva formulada dentro del presente proceso reivindicatorio? o, por el contrario,

ii) ¿El material probatorio allegado el presente asunto y su valoración resultó suficiente para permitirle al juez concluir que el tiempo de posesión necesario para usucapir no se encuentra acreditado?

4. ESCENARIO PRESCRIPTIVO.

4.1 Presupuestos procesales

En punto de los presupuestos procesales, en tanto criterios indispensables para la validez de la relación jurídico-procesal, esto es, competencia del Juez, capacidad para ser parte, capacidad procesal y demanda en forma se advierten cumplidos a cabalidad.

4.2 Presupuestos materiales de la sentencia de fondo (legitimación en la causa)

4.2.1 Por sabido se tiene que la legitimación es una figura de derecho procesal y tema de obligado estudio por parte del juzgador al momento de desatar la *Litis* como presupuesto material de la sentencia, y que, se traduce por activa en ser el titular que conforme a la Ley sustancial está llamado a reclamar el derecho violado o a satisfacer el interés que legalmente se tiene, y por lo pasivo, en la persona que, según la misma ley, es la llamada a responder por tales derechos o intereses.

4.2.2 En línea de principio, está legitimada para pretender la indemnización de perjuicios toda persona a quien se causa un daño de manera directa. En el caso que nos ocupa, de acuerdo con los hechos narrados en la demanda, la legitimación por activa está en cabeza del demandante al ser éste el propietario de los inmuebles cuya reivindicación se solicita.

4.2.3 En punto a la legitimación en la causa por pasiva, la demanda inicial se dirige en contra de quien se reputa como poseedor de los bienes.

4.3 Presupuestos normativos

4.3.1 Código Civil

4.3.1.1 De la prescripción.

Definida por el Código Civil en el artículo 2512 como:

“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...”

Nuestra legislación consagra dos clases de prescripción: la usucapión o adquisitiva (*usucapio est adiectio dominio per continuationem possessionis temporis lego definiti*) y la extintiva.

Frente a la prescripción adquisitiva ordinaria, **el artículo 2528 del Código Civil establece que:**

“Para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren.”

“Artículo 764. tipos de posesión. La posesión puede ser regular o irregular.

Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión.

Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.

Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición.

La posesión de una cosa, a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición, a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título.”

“Artículo 2529. tiempo para la prescripción ordinaria.

El tiempo necesario a la prescripción ordinaria es de tres (3) años para los muebles y de cinco (5) años para bienes raíces.”

4.3.1.2 De la posesión material y la usucapión a que ella da lugar.

Reza el artículo 762 del Código Civil: *“La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.”*

La posesión hace presumir en cabeza de quien la detenta, la existencia del derecho de propiedad; como presunción solamente legal, admite prueba en contrario enderezada a la acreditación respecto de que el dominio está radicado en cabeza de otra persona.

Los elementos indispensables para su existencia son:

a) Los actos materiales o externos efectuados por una persona sobre un bien determinado, elemento objetivo al que se denomina “*Corpus*”.

b) La intención o posición intelectual y volitiva enfrente de la cosa como dueño; elemento este de carácter psicológico, subjetivo e interno (“*animus domini*” o la voluntad de hacerse dueño, conocida también como “*Animus rem sibi habendi*”) que, por provenir de la intención directa del poseedor, puede ser presumido de los hechos externos a manera de indicios, mientras no aparezcan otros componentes que demuestren lo opuesto.

4.3.1.3 Por su parte, la acción reivindicatoria o acción de dominio es una acción real que tiene el dueño de una cosa singular de la cual ha perdido la posesión para que el poseedor sea condenado a restituirla (Art. 946 del C.C.); esta acción corresponde a quien tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa a reivindicar (Art. 950 del C.C.), también la puede ejercer el copropietario de una cuota determinada en la comunidad de una cosa singular (Art. 949 del C.C.); a través de su ejercicio es posible reivindicar bienes muebles e inmuebles (Art. 947).

Así entonces, la acción reivindicatoria se dirige contra el actual poseedor según las voces del artículo 952 *ibídem* y a través de su ejercicio es posible reivindicar las cosas corporales, raíces y hasta los bienes muebles.

4.3.2 Código General del Proceso

“Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos...”

4.4 Presupuestos Jurisprudenciales

4.4.1 De la acción reivindicatoria.

La doctrina y la jurisprudencia nacional han reconocido que para obtener el resultado esperado en un proceso reivindicatorio, es necesario que se pruebe la existencia de los siguientes elementos estructurales: **a)** que el demandante tenga derecho de dominio sobre la cosa que persigue; **b)** que el demandado tenga la posesión material del bien; **c)** que se trate de una cosa singular o cuota determinada de la misma; **d)** que haya identidad entre el bien objeto de controversia con el que posee el demandado; y, **e)** que los títulos del demandante sean anteriores a la posesión del demandado.

Sobre estos elementos de tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

“1.2.2.- En lo que toca con el primer elemento enunciado, vale decir, la obligación del demandante de demostrar que es el propietario de la cosa cuya restitución busca, tiene su razón de ser en que debe aniquilar la presunción de dominio que conforme al artículo 762 del C.C., ampara al poseedor demandado, pues para estos efectos, defendiendo aquella, se defiende por regla general esta. Luego, mientras el actor no desvirtúe el hecho presumido, el poseedor demandado en reivindicación seguirá gozando de la presunción de dueño con que lo ampara la ley.

'1.2.3.- El segundo elemento, esto es, la posesión material del bien por parte del demandado, al decir del artículo 952 del C.C. que 'la acción reivindicatoria se dirige contra el poseedor' implica que corre por cuenta del demandante demostrar que su oponente ostenta la calidad de poseedor del bien que pretende reivindicar, para que así este tenga la condición de contradictor idóneo.'

'1.2.4.- También se requiere, como tercer elemento de la acción reivindicatoria que recaiga sobre cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular, lo que quiere decir que el bien sobre el cual el actor invoca la propiedad, sea o se encuentre particularmente determinado y el título de dominio que invoca abarque la totalidad del mismo, y si se trata de cuota de la cosa singular, el título ha de comprender la plenitud de la cuota que reivindicada.'

'1.2.5.- Como último elemento axiológico de la acción reivindicatoria está el de la identidad del bien que persigue el actor con el que posee el demandado, esto es, que los títulos de propiedad que exhibe el reivindicante correspondan al mismo que el opositor posee. Sobre la necesidad de acreditar este requisito tiene dicho la Corte que 'en tratándose de hacer efectivo el derecho, ha de saberse con certeza cuál es el objeto sobre el cual incide. Si el bien poseído es otro, el derecho no ha sido violado, y el reo no está llamado a responder¹.'

4.4.2 En relación con tales presupuestos, corresponderá al demandante demostrar que es titular del derecho de dominio sobre el bien que pretende reivindicar de conformidad con el artículo 946 del Código Civil, o de una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, a tono con lo dispuesto por el artículo 949 de la misma obra, disposiciones de las cuales surge que el propietario exclusivo podrá demandar la restitución de la totalidad del bien, como cuerpo cierto; mientras que el dueño de una cuota determinada solo está facultado para solicitar la reivindicación de aquella de la que es propietario y de la que no está en posesión.

¹ Cas.27 de abril de 1955, LXXX, 84, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de diciembre dos (2) de mil novecientos noventa y siete (1997), expediente No. 4987, Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta.

Así lo explica la Corte Suprema de Justicia:

“2. Puestas en ese orden las cosas, débese acometer que el legislador para proteger el derecho de dominio instituyó la acción reivindicatoria, por la cual habilitó al propietario de una cosa singular desprovisto de la posesión, para procurar su restitución de quien la detenta con ánimo de señor y dueño, sin serlo (artículo 946 del C. C.). Igualmente, estatuyó que la aludida acción puede ejercitarse para reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular (artículo 949 Ibídem).

“Significa, entonces, que no sólo el dueño de una cosa singular puede ejercer la referida acción de dominio, sino, también, quien es propietario de una cuota determinada proindiviso de un bien; empero, a este último no le es dable reivindicar para él, en los términos del citado artículo 946, la totalidad del bien o parte específica del mismo, como si se tratase de un cuerpo cierto. Así, lo ha entendido la jurisprudencia, pues invariablemente ha sostenido que “no siendo el actor dueño de todo el predio sino de una parte indivisa, su acción no podía ser la consagrada en el artículo 946 del Código Civil sino la establecida en el artículo 949 de la misma obra, ya que el comunero no puede reivindicar para sí sino la cuota de que no está en posesión, y al hacerlo debe determinarla y singularizar el bien sobre el cual está radicada” (G.J.XCL. Pág.528).”

“Y es que, si la titularidad del derecho de propiedad de un bien está fraccionada entre dos o más sujetos, resulta palmario que la cuota que a cada uno de ellos le corresponde constituye la expresión del derecho de dominio adscrito al respectivo copartícipe, de ahí que su titular puede reivindicar para sí solamente dicha cuota y no todo el bien como cuerpo cierto”.

(...)

“Entonces quien es dueño de una parte del bien que se pretende reivindicar debe ejercer la acción solo respecto de lo que le corresponde y no frente a la totalidad, caso contrario estaría reclamando derechos que no tiene y atribuyéndose facultades que solo al titular del dominio pleno competen...”².

² CSJ SC, sentencia del 14 de agosto de 2007, MP. Pedro Octavio Munar Cadena, Expediente 15829

4.5 Aplicación al caso en concreto.

4.5.1 Verificada la ausencia de irregularidades que impidan proferir decisión de fondo, así como que la sustentación de la apelación efectuada ante esta Corporación guarda relación en lo pertinente con el reparo presentado de manera general por el apelante en primera instancia respecto del desconocimiento de “*elementos probatorios*”, pasa la Sala a pronunciarse sobre la apelación en los siguientes términos:

Aduce el apelante que en el presente asunto el Juez Quinto Civil del Circuito incurrió en una vía de hecho “*al trasladar sin más miramientos a su sentencia del 18 de diciembre de 2020, los resultados del proceso de RESTITUCION DE COMODATO de fecha noviembre 15 de 2018 del Juzgado Decimo Civil del Circuito de Cali, como si se trataran de la misma causa, objeto y partes*”, “*Dejando de lado y sin resolver de fondo lo pretendido*” respecto de la pretensión de pertenencia del demandado GERARDO AZCARATE CABAL, quien en su sentir, probó que se reputa como señor y dueño de los bienes objeto de reivindicación.

No obstante, revisado el contenido del anterior reparo frente a lo decidido por el *a quo* en la sentencia de primera instancia, no se ve que éste hubiese tenido por acreditada la figura jurídica de la cosa juzgada dentro del presente asunto, ni aplicado sus efectos a la pretensión de usucapión formulada por el demandado.

En efecto, si bien obran dentro del presente asunto pruebas documentales que dan cuenta de la existencia del proceso de restitución de tenencia del bien dado en comodato precario que en su momento se trabó en el Juzgado 10 Civil del Circuito de Cali entre los señores Eduardo José Azcarate Sanclemente en calidad de comodante, y Gerardo Azcarate Cabal como comodatario, en el que ciertamente, al proferir la sentencia la Juez 10 Civil del Circuito de Cali señaló que éste último se reputa como poseedor de los bienes

desde el mes de noviembre de 2016, fecha en la que dijo, se acreditó la interversión de su título de mero tenedor a poseedor, lo cierto es que tal consideración sólo fue mencionada por el *a quo* en la sentencia que desató el presente asunto como un argumento adicional o de paso de lo que más adelante éste expuso respecto de los motivos por los cuales no encontró acreditado el tiempo necesario para que el demandado pudiera adquirir por usucapión los inmuebles objeto de la Litis.

Obsérvese cómo el *a quo* no sólo apoyó su decisión de no tener por acreditado el tiempo de posesión del demandado en el hecho de que éste mismo reconoció que la condición para que el demandante le entregara los bienes o se “*formalizara*” la supuesta negociación respecto de la propiedad de los mismos, sólo vino a darse a finales del año 2016 cuando el demandado resolvió su situación legal con su ex compañera sentimental, sino además, en el hecho de que las pruebas documentales con las que el actor pretendió demostrar sus actos de poseedor no dan cuenta que realmente éstos hayan sido sufragados por él en calidad de poseedor y no como mero tenedor.

Al respecto, el juez señaló que: “*del análisis de las demás pruebas, en este caso tampoco se avizora posesión mayor a la fecha señalada para alegar por medio exceptivo, como en efecto se hizo, derecho de propiedad alguno*”, pues, “*aun cuando fueron allegados al plenario algunos recibos de servicios públicos cancelados por el demandado, así como algunos otros recibos de caja, facturas y documentos que dan cuenta de arreglos que se hicieron en el inmueble antes del mes de noviembre de 2016, estos per se no constituyen plena prueba de que hayan sido costeados por él con ánimo de señor y dueño, pues ninguna otra prueba más allá de la documental puede dar cuenta de ello, verbi gracia, testimonial, quedando en duda entonces si las erogaciones alegadas se hicieron en su condición de comodatario, atendiendo el hecho de que no pagaba contraprestación alguna por el uso y goce de los inmuebles, o inclusive, como lo indicó el actor en su interrogatorio, que sí eran cancelados por su hijo pero con dineros de peculio suyo, una vez este último le llevaba los respectivos recibos*”

Agregando además que, “(...) que el mismo señor GERARDO AZCÁRATE reconoció en su interrogatorio de parte, que sólo ha venido pagando el impuesto predial en los últimos dos años aproximadamente, y que antes de ello lo hacía su padre “con base en el acuerdo que tenían”, lo que refuerza el hecho de que sólo finalizando el año 2016, es que se le haría presuntamente la entrega del inmueble, pero que, al no realizarse, se reveló ante su progenitor, considerándose desde entonces dueño y señor de los bienes ya tantas veces aludidos.”

Lo anterior demuestra que la cita de la socorrida sentencia proferida por la Juez 10 Civil del Circuito de Cali, constituyó un elemento complementario adicional a la razón en la que se fundó la decisión final de la sentencia, y que en todo caso, no podría pensarse que desplaza los demás razonamientos hechos por el fallador para decidir sobre el punto específico, en este caso, sobre la acreditación el tiempo de posición, el cual sólo vino a encontrar acreditado a partir del año 2016.

Siendo ello así, y como quiera que el sólo hecho del que el juez fustigado hubiese dicho que la consideración efectuada por la Juez 10 Civil del Circuito de Cali frente al hecho particular de la fecha en la que inició la posesión del señor Gerardo Azcarate debe observarse en aras de propender por respeto a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, no constituye, per se, la aplicación del fenómeno jurídico de la cosa juzgada pues ello jamás fue abordado en tal sentido, es claro que no hay lugar a declarar próspero el reparo de la apelación.

Lo anterior se insiste, no sólo por cuanto no se hallan acreditados los supuestos materiales para poder aplicar los efectos de dicha figura procesal dada la disimilitud de pretensiones, acciones y partes, sino además, porque como ya se vio, el *a quo* jamás hizo referencia a tener como “un caso juzgado” el tiempo de posesión del demandado a partir de lo dicho por la Juez 10 Civil del Circuito de Cali, sino que para llegar a tal conclusión, analizó para el caso concreto las demás pruebas obrantes en el expediente, las cuales terminaron por

concluir en un tiempo de posesión menor al necesario para acceder por prescripción ordinaria adquisitiva de dominio.

4.5.2 Ahora, y esto en amplia gracia de consideración con el apelante, se debe decir que, aun revisados los argumentos y pruebas allegadas por la parte demandada para entorpecer la reivindicación, so pretexto de alegar la materialización de la prescripción ordinaria a su favor, no se ve que las mismas acrediten la existencia de tal derecho en cabeza del demandante, y con ello, que no erró el *a quo* al ordenar la reivindicación solicitada en la demanda.

Lo anterior, no sólo por cuanto como bien lo dijo el juez de primera instancia, existe confesión de la parte demandada respecto del momento en el que empezó a reputarse como poseedor de los bienes a finales del año 2016 (contestación al hecho primero de la demanda), sino porque además, en el interrogatorio absuelto por el demandado señor Gerardo Azcarate Cabal, éste no pudo desvirtuar ni probar los dichos del demandante acerca de que éste jamás prometió que le transferiría la propiedad de los bienes, ni tampoco allegó prueba que demuestre que efectivamente existió entre ellos un acuerdo o negociación del que pueda derivar su justo título y consecuente posesión regular (arts.753, 764 y 765 C.C.).

4.5.3 En conclusión, como quiera que el presente asunto los reparos planteados no se encuentran llamados a prosperar, y que de la revisión oficiosa de las restituciones mutuas ordenadas se encuentra que se hallan ajustadas a derecho, se confirmará la sentencia apelada y condenará en costas procesales de segunda instancia al demandado.

5. RESOLUCIÓN

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

RESUELVE:

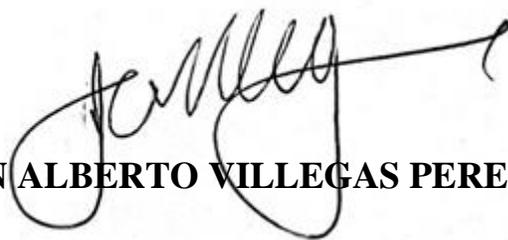
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia del 18 de diciembre de 2020, proferida por el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO. - CONDENAR en costas procesales de esta instancia a la parte demandada apelante. Para tal efecto, el Magistrado Sustanciador fija el valor de cuatro (4) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes como agencias. Liquídense de manera concentrada por la Secretaría del juzgado de origen conforme la regla dispuesta en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO. - DEVOLVER el expediente al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali para lo de su cargo.

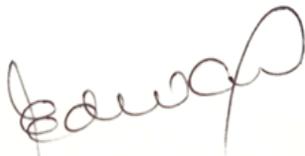
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Magistrado Ponente,



JULIÁN ALBERTO VILLEGAS PEREA

Los demás Magistrados integrantes de la Sala,



FLAVIO EDUARDO CÓRDOBA FUERTES



JOSE DAVID CORREDOR ESPITIA