



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, catorce (14) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Ref.: Exp.: 05001 31 03 006 2014 01218 02

Magistrado Ponente: JOSE OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS

Proceso: Declarativo
Demandante: CLUB CAMPESTRE EL RODEO S.A..
Demandado: TITO GÓMEZ MÉNDEZ.
Extracto: 1) Para que prospere la disolución de un negocio jurídico por mutuo disenso tácito, además de acreditarse el incumplimiento de ambas partes, es necesario probar que las mismas no tenían la intención inequívoca de continuar con el contrato.
2) La acción de dominio es del orden extracontractual, por lo que si a quien se demanda en reivindicación posee el bien mediando un contrato celebrado con el titular del dominio, ello se constituye en obstáculo para la estimación de ese tipo de pretensiones.
3) La promesa de compraventa no es justo título, pues no transfiere el dominio; por ende, las súplicas de prescripción adquisitiva deben dirigirse por la senda extraordinaria.
4) Para la prosperidad de la usucapión es requisito *sine qua non* que se satisfagan los presupuestos axiológicos de la acción, como son: a) Posesión material en el demandante; b) Que la posesión se prolongue por el tiempo que exige la ley; c) Que dicha posesión ocurra ininterrumpidamente; y, d) Que la cosa o derecho sobre la cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por prescripción; satisfechos los mismos, las correspondientes súplicas están llamadas a la prosperidad. Confirma.

ASUNTO A TRATAR

Con fundamento en lo prescrito por los artículos 322, 327 y 373 del C. G. del P., vistos en armonía con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, se procede a resolver por escrito el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del diez (10) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por el

Juzgado Sexto Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, previos los siguientes;

ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA

EI CLUB CAMPESTRE EL RODEO S.A., demandó a TITO GÓMEZ MÉNDEZ, con las siguientes pretensiones principales:

1. Se declare que el demandado ha incumplido el contrato de promesa celebrado con la actora sobre el inmueble relacionado en los hechos, al no haber pagado la suma de \$12'500.000,00.
2. Que en consecuencia, se declare terminado el contrato de promesa, y se ordene al demandado restituir el inmueble objeto del contrato.
3. Se condene al demandado al pago de los perjuicios causados.

Subsidiariamente presentó como primeras y segundas, respectivamente, las siguientes:

1. Se declare que entre las partes se configuró mutuo disenso tácito del contrato de promesa de compraventa, por el no cumplimiento de las obligaciones pactadas.
2. Como consecuencia, se declare la terminación del referido contrato, y se ordene al demandado restituir el bien inmueble.
3. Que se condene al demandado al pago de los perjuicios causados.

1. Se declare que pertenece a la demandante el dominio pleno y absoluto del bien inmueble identificado con matrícula

inmobiliaria (M.I.) 001-268728, que cuenta con un área aproximada de 1985 metros cuadrados y que linda así: por el Norte con el predio N°1 de propiedad del aeropuerto OLAYA HERRERA; por el Sur con el predio N° 11 propiedad del municipio de Medellín; por el oriente con la carrera 67; y por el Occidente con el predio N° 23 de propiedad de OSCAR ANTONIO PICÓN HERNÁNDEZ.

2. Que como consecuencia se ordene a este restituir en favor de la actora el inmueble.
3. Que se condene al demandado al pago de los frutos civiles percibidos y que hubiere podido percibir.

Como soporte fáctico de la acción se indicó que el 21 de abril de 2005, demandante y demandado celebraron contrato de promesa de compraventa sobre un lote de terreno tomado de otro de mayor extensión ubicado en la ciudad de Medellín, con un área aproximada de 1985 metros cuadrados, y que linda por el Norte con el predio N°1 de propiedad del aeropuerto OLAYA HERRERA; por el Sur con el predio N° 11 propiedad del municipio de Medellín; por el oriente con la carrera 67; y, por el Occidente con el predio N° 23; el cual se identifica con folio de matrícula inmobiliaria 001-268728.

Que como precio de la venta se pactó la suma de \$12'500.000,00, de los cuales \$2'500.000,00 se cancelarían con la firma de la promesa y el resto se sumaría a una deuda por impuesto predial que tenía el accionado con la demandante por valor de \$33'662.199,00, de lo cual se condonó una parte quedando un saldo a pagar de \$36'000.000,00, pagaderos en cuotas de \$600.000,00 mensuales.

Como fecha de otorgamiento de la Escritura Pública se fijó el 1º de junio de 2005 en la Notaría 29 de Medellín, pero que ninguna de las partes compareció a este Despacho para esos fines pertinentes.

Que el inmueble fue entregado al demandado en el entendido que cumpliría lo pactado, momento desde el cual lo viene poseyendo y explotando comercialmente con un negocio de matas y materos (viviero); pero el promitente comprador no pagó la cuota inicial ni cumplió con ninguna de sus obligaciones, y que como las partes no acudieron a la Notaría, se está ante un mutuo disenso tácito.

Que la parte demandante ha requerido en diversas oportunidades al demandado para que le restituya el bien, encontrando solo evasivas.

Que la sociedad demandante efectuó varias ventas parciales del inmueble de 609.300 m², que hace parte de la finca conocida con el nombre de EL RODEO o EL PIÑON.

Que luego de la construcción de la avenida 80-81 y del intercambio vial de la calle 70, la demandante mediante la Escritura Pública 2.782 del 2 de octubre de 1981 de la Notaría 11 de Medellín, hizo declaraciones respecto a unos inmuebles, originándose entre otros el predio EL RODEO N° 3, con un área aproximada de 16.275,30 m², de los cuales se realizaron ventas parciales, luego de las cuales en la Escritura Pública N° 1.900 del 31 de marzo de 2006 se declaró que al CLUB EL RODEO S.A. le quedó un lote de terreno tomado de otro de mayor extensión con un área aproximada de 1.985 m², con los linderos atrás descritos e identificado con M.I. 001-268728.

Que la posesión del demandado es de mala fe, toda vez que desde el momento que entró a poseer el bien con fundamento en el contrato tenía el fin perverso de no cumplirlo, pues desde el comienzo dejó de honrar las prestaciones a su cargo; además para ser poseedor de buena fe, se necesita tener un título traslativo o constitutivo de dominio, lo que aquí no se da.

Que el demandado no ha cancelado el valor del bien ni de los frutos que ha producido.

La parte demandante adelantó ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín proceso de resolución del contrato de promesa de compraventa, en el que se negaron las pretensiones de la demanda (radicado 05001310300520110081000).

Que la actora es quien ha cancelado el impuesto predial del bien.

DE LA CONTRADICCIÓN:

El demandado respondió a los hechos indicando que el inmueble referido no tiene matrícula inmobiliaria propia, y la citada no es la correcta, estando solo contenida en la anotación 17 de la correspondiente matrícula, pero como declaración de parte de área; por lo que entre el contenido de la promesa de compraventa y la citada matrícula no hay coincidencia, pues en el mismo texto se dice que no tiene matrícula inmobiliaria (anotación 17).

Que en la cláusula 4ª del contrato de promesa se dice que el promitente vendedor recibió el dinero a satisfacción. El demandante no probó que cumplió con sus obligaciones.

Que desde el 17 de agosto de 1999 se le hizo entrega real y material del inmueble a título oneroso, por valor de \$12'500.000,00, y está contenido en la Escritura Pública 3393 de la Notaría 29 de Medellín, y que quien incumplió el contrato fue la parte demandante.

Adicional que no hay identidad entre lo que se reclama y el contenido del folio de matrícula 001-268728.

Que el 21 de abril de 2005, la actora mediante engaños llevó al demandado a firmar la escritura de resciliación N° 1996 de la Notaría 29 de Medellín, pero nunca entregó la posesión material del

terreno, y en esa misma fecha se firmó contrato de promesa de compraventa sobre el mismo lote, con una ligera modificación en cuanto a su área, y cambió la M.I en la que se encontraba ya contenido.

Así presentó las excepciones que denominó:

1. “COSA JUZGADA”. Argumentando que frente al incumplimiento contractual, hubo sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín y confirmada por el Tribunal Superior, donde se negaron las pretensiones de la demanda.
2. “CONTRATO NO CUMPLIDO”. Diciendo que el demandado no está en mora mientras la demandante no cumpla con su parte.
3. “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”. Alegando que han transcurrido más de diez (10) años desde que se celebró la promesa de compraventa, sustentándose en los artículos 2535 y 2536 del C.C..
4. “NO HABERSE PRESENTADO LA ESCRITURA PÚBLICA, LA MATRÍCULA INMOBILIARIA Y CERTIFICADO CATASTRAL COMO PRESUPUESTOS DOCUMENTALES NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA O DE DOMINIO”. Sosteniendo que el lote que se reclama de 1.985 metros cuadrados, corresponde a una declaración de parte restante a la cual no se le ha abierto matrícula inmobiliaria, no tiene escritura pública, ni resolución catastral para actualización de área y linderos.
5. “INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DEL REQUISITO FORMAL DE CONCILIACIÓN COMO PRESUPUESTO PARA LA ACCIÓN, ILEGALIDAD DE LA ACCIÓN”. Afirmando

que el demandado no se encuentra registrado como propietario del inmueble por lo que no procedían medidas previas, y en ese sentido se debía agotar el requisito de la conciliación prejudicial.

6. "INDETERMINACIÓN DEL INMUEBLE". Indicando que el inmueble reclamado no corresponde con los documentos aportados ni con el poseído. La matrícula señalada corresponde a la del lote de mayor extensión.
7. "PAGO Y CONDICIONES DE CUMPLIMIENTO". Aludiendo que en la cláusula 4ª del contrato de promesa de compraventa, se dijo que el promitente comprador entregó la suma de \$2'500.000,00. La primera cuota sería cancelada el día que la Escritura Pública fuera inscrita en la oficina de registro, lo cual no fue cumplido porque hasta la fecha el inmueble no tiene matrícula inmobiliaria, y al no poder cumplir con el perfeccionamiento del título, el demandado no tenía como cumplir con la segunda cuota.
8. "TEMERIDAD Y MALA FE". Arguyendo que el actor conoce que hay cosa juzgada, y pese a ello decide demandar de nuevo. Se alegan hechos diferentes a la realidad, aunado que propuso reforma a la demanda sin fundamento fáctico ni jurídico.
9. "FALTA DE CONSENTIMIENTO EXPRESO PARA EL DISENSO". Indicando que el demandado no ha manifestado expresa o tácitamente para poner fin al contrato; siempre estuvo presto a cumplir esperando que el demandante cumpliera su parte. No se dan los presupuestos para el mutuo disenso.
10. "INEPTA DEMANDA Y ACUMULACIÓN INDEBIDA". Diciendo que las acciones de incumplimiento contractual,

acción de terminación por mutuo disenso, y acción reivindicatoria son excluyentes.

11. “FALTA DE MATRÍCULA INMOBILIARIA EN EL LOTE DEMANDADO”. Argumentando que en la demanda se citó la matrícula inmobiliaria 001-268728, pero en la anotación 17 de ese certificado se dice que es una aclaración de resto de área, por lo que ese lote no tiene matrícula inmobiliaria. Lo pretendido se segrega de un lote de mayor extensión.

12. “PRESCRIPCIÓN ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA”. Alegando que mediante la Escritura 3393 del 17 de agosto de 1999, la sociedad demandante entregó al demandado un lote de terrero tomado de otro de mayor extensión que hace parte del predio Rodeo N°2, en la carrera 80 con la calle 2 M2, y que linda: por el Norte en 70 metros a partir del vértice que hace el triángulo de la malla y siguiendo la misma malla que delimita el aeropuerto OLAYA , hasta el mojón; por el sur en 90 metros con la carrera 80 – 81 hasta el mojón; por el Oriente en 25 metros aproximadamente con fondos comunes del Municipio de Medellín, y por el Occidente en 13.70 metros con OSCAR PICÓN. Contenido para esa fecha dentro de la matrícula 001-7008471, transacción que se hizo por un valor de \$12´500.000,00 fecha desde la cual el demandado ha actuado como señor y dueño de lote, adecuándolo como un vivero.

Que en esencia ese es el mismo lote que se pretende reivindicar, aumentado en su área y otras características físicas, actualizado luego de varias ventas. Que en la Cláusula 5ª de esa promesa se indicó que el bien se le había entregado al demandado desde el 17 de agosto de 1999.

Que el bien está contenido en la Escritura 1900 del 31 de marzo de 2006 con un área de 1985 m2, y los linderos

señalados en los hechos; actualmente se ubica entre la calle 2 sur, llamada calle 80 y la carrera 67 con ingreso de servidumbre por la calle 2 sur N° 67-210 de Medellín.

Que para la prescripción ordinaria tiene justo título, precedido de escritura, contrato de promesa, posesión por más de cinco años y la buena fe; mientras que para la extraordinaria, aunque no requiere justo título, posee escritura pública y el lapso del tiempo de posesión.

Que se configura igualmente la prescripción extintiva, porque conforme el artículo 2538 del C.C., toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por ese motivo.

13. “MEJORAS Y DERECHO DE RETENCIÓN”. Para el efecto aporta pericia donde se relacionan las mejoras realizadas en el inmueble para su reconocimiento; y se invoca derecho de retención hasta que le sean canceladas.

DE LA RECONVENCION:

El señor GÓMEZ MONTES vía reconvención promovió demanda de usucapión, incluyendo a los indeterminados, pretendiendo se declare que por prescripción (ordinaria o en subsidio extraordinaria), adquirió el dominio del inmueble disputado, ordenándose la correspondiente inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Como sustento de lo anterior indicó que por preacuerdo previo de oferta y demanda, mediante la Escritura Pública de venta 3393 del 17 de agosto de 1999, el CLUB CAMPESTRE EL RODEO S.A. le entregó materialmente a GÓMEZ MONTES un lote de terreno

tomado de otro de mayor extensión situado en Medellín, el que describió así:

“... hace parte del predio Rodeo N° 2, en la carrera 80 con calle 2 Sur, con un área aproximada de 1.623,13 m², y que linda: Por el Norte en 70 metros a partir del vértice que hace el triángulo de la malla y siguiendo la misma malla que delimita el aeropuerto Olaya, hasta el mojón; por el Sur en 90 metros con la carrera 80-81 hasta el mojón; por el Oriente en 25 metros aproximadamente con fondos comunes del municipio de Medellín, y por el Occidente en 13.70 metros con Oscar Picón. Contenido para esa fecha dentro de la matrícula N° 001-7008471.”

Que esa transacción se hizo por la suma de \$12'500.000,00, y desde esa fecha GOMEZ MONTES adquirió la posesión del inmueble, comenzando trabajos de adecuación y mejoramiento del terreno, posesión ostentada sin interrupciones con ánimo de señor y dueño.

Que este es el mismo lote que se pretende reivindicar, aumentado en su área y otras características físicas y jurídicas.

Que el 21 de abril de 2005 la actora mediante engaños, llevó al demandado a firmar la escritura de resciliación N° 1996 de la Notaría 29 de Medellín, pero este nunca devolvió la posesión material del terreno. Que esa misma fecha se firmó contrato de promesa de compraventa ídem lote, con una ligera modificación en cuanto a su área, y cambió la M.I en la que se encontraba ya contenido.

Que en la Cláusula 1ª de esa Escritura se expresa que la posesión se adquirió desde el 17 de agosto de 1999, la que ha sido libre, no clandestina, pacífica e ininterrumpida por más de cinco años.

Que el inmueble en mención, hoy está contenido en la anotación 17 de la M.I. 001-268728, que corresponde a la cláusula 7º de la Escritura 1900 del 31 de marzo de 2006, que fue lo que le quedó a la demandante después de unas ventas parciales. Actualmente se

ubica entre la calle 2 sur, llamada calle 80 y la carrera 67 con ingreso de servidumbre por la calle 2 sur N° 67-210 de Medellín.

Que como poseedor ha efectuado como mejoras: cambio de paisajismo, movimiento de tierra, explanación, adecuación de terreno, muros de piedra y decorativos, tanques, posos, ramada piso en cemento, kiosco, caminos peatonales, desagües, sembrado de diferentes árboles, casa campesina, cerca de tubos y malla galvanizada, celaduría y pago de servicios públicos; lo que está complementado con dictamen pericial.

Que el justo título para adquirir por prescripción ordinaria es la Escritura Pública, contrato de promesa, el lapso de más de cinco años y la buena fe. Igual para la extraordinaria posee los mismos requisitos más el lapso del tiempo superior a los diez años.

RÉPLICA A LA RECONVENCIÓN:

Indica que como el actor en reconvencción suscribió la escritura de resciliación 1996 del 21 de abril de 2005 de la Notaría 29 de Medellín y el contrato de promesa de compraventa, reconoció dominio ajeno, por lo que se interrumpió cualquier posesión anterior, la que comenzó a partir de dicha fecha y la califica de irregular al no tener justo título. Por lo mismo presentó los medios de defensa que denominó:

1. “FALTA DE LOS ELEMENTOS AXIOLÓGICOS PARA GANAR POR PRESCRIPCIÓN-TIEMPO”. Argumentando que no se cumple con el tiempo requerido, toda vez que con la Escritura Pública de resciliación N° 1996 del 21 de abril de 2005 de la Notaría 29 de Medellín y al suscribir el contrato de promesa de compraventa, se reconoció dominio ajeno, por lo que se interrumpió la posible posesión anterior.

2. "INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN", indicando que GOMEZ al suscribir la escritura de resciliación, renunció a la prescripción a la par que reconoció dominio ajeno.
3. "FALTA DE IDENTIDAD ENTRE EL BIEN DE PROPIEDAD DE MI MANDANTE Y EL BIEN QUE SE PRETENDE ADQUIRIR POR PRESCRIPCIÓN". Alegando que no existe identidad entre el lote actual y el que se dice se empezó a poseer en el año 1999; sus áreas no corresponden y no se indica la forma en que hubo tal mutación de áreas.
4. "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA". Exponiendo que no se configuran los elementos que estructuran la posibilidad que el dominio del bien objeto del proceso haya dejado de ser de la reconvenida.
5. "INOPONIBILIDAD". Diciendo que no se dan los presupuestos para que la demandante pierda el derecho de dominio.
6. "FALTA DE CAUSA Y OBJETO PARA PEDIR". Arguyendo que no le asiste al demandante el derecho para pedir la prescripción adquisitiva de dominio.
7. "IMPOSIBILIDAD JURÍDICA Y FÍSICA DE CUMPLIR LO PEDIDO". Afirmando que no se dan los presupuestos para que prospere la acción.
8. "TEMERIDAD Y MALA FE". Alegando que al demandante no le asiste ningún interés jurídico para iniciar la acción.

9. "INEXISTENCIA DEL DERECHO DEL DEMANDANTE". En la medida que lo deprecado no tiene fundamento legal o constitucional.
10. "IMPROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN". Para lo que expuso que en el demandante no concurren los elementos axiológicos para la prescripción.

Así mismo objetó el juramento estimatorio, porque los perjuicios o frutos reclamados no es razonada, ni discrimina los diferentes conceptos.

El Curador *Ad Litem* de las personas indeterminadas, dijo no constarle los hechos de la demanda y propuso como excepciones de mérito:

1. "FALTA DE CAUSA Y OBJETO PARA PEDIR". Diciendo que al demandante no le asiste derecho para pedir la prescripción.
2. "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA". Exponiendo que falta de elementos que posibiliten el dominio del bien.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El *a quo* comenzó por señalar que se encuentra satisfecho el requisito de la legitimación en la causa por activa y pasiva, tanto en la demanda principal como en la de reconvención; y como problemas jurídicos señaló en primer lugar lo que atañe a la resciliación de un convenio de promesa de compraventa que se habría celebrado entre las partes por mutuo disenso tácito, lo que tendría incidencia en las peticiones de reivindicación y pertenencia.

Citando el artículo 1611 del C.C., señala que el contrato de promesa de compraventa se relaciona con el ofrecimiento que hace una parte frente a otra de la futura adquisición de un bien, para que cumplidas las condiciones se otorgue la correspondiente Escritura Pública.

Para el mutuo disenso tácito, es necesario que exista una conducta inequívoca de ambos contratantes dirigida a desistir del contrato por el abandono recíproco de sus prestaciones, en caso que se presente mutuo incumplimiento no sería viable una resolución contractual por mutuo disenso tácito, porque esta última exige una conducta inequívoca de ambos contratantes dirigida a desistir del convenio.

Se presenta discusión frente al contrato de promesa de compraventa celebrado el 21 de abril de 2005, y con el fin de determinar si se cumplió o no lo en él pactado, es importante tener en cuenta el documento que aparece a folio 17 del C. 3º de la demanda de reconvención, que corresponde al acta N° 3 expedida por la Notaría 29 que indica que el 6 de mayo de 2008 se expidió constancia referente a que el 1º de junio de 2005 el representante legal o apoderado del CLUB CAMPESTRE EL RODEO S.A., no se presentó a cumplir con el contrato prometido.

El señor GOMEZ indicó que no se presentó a la Notaría para el otorgamiento de la escritura, porque de la vendedora lo llamaron para decirle que no se presentara porque aún no reunían los requisitos necesarios para la correspondiente firma, a lo que el *a quo* dijo que no existía otro medio de prueba que confirmara o desvirtuara de manera directa esa manifestación del demandado, además que el hecho que aquel hubiera comparecido a la Notaría a solicitar esa acta, demuestra que tenía interés en la celebración del contrato.

Además en el interrogatorio GOMEZ señaló que para esa época sí tenía interés en que se cumpliera el contrato para legalizar su situación en el inmueble, legalización que tendría la calidad de tenencia a título de posesión como se le estaba indicando en el propio documento en el párrafo 1º de la cláusula 4ª de la promesa.

Por eso, para el mutuo disenso tácito conforme la jurisprudencia, debe existir un propósito inequívoco de ambos contratantes para no cumplir las obligaciones del contrato, lo que no se da en este caso porque para la época el promitente comprador tenía interés en que la promesa se pudiera consolidar a través del otorgamiento de la escritura; y quien no desplegó actividades tendientes para que ello fuera factible fue la demandante, quien le aviso al señor GOMEZ que no podían cumplir y que no compareciera a la Notaría en esa fecha.

De esa manera, la cláusula que exigía que debía existir una prórroga por escrito, no era posible que el señor GÓMEZ la obtuviera, porque ya se le había manifestado verbalmente, lo que se corrobora con el acta de no comparecencia, por lo que no procede el mutuo disenso tácito, porque lo que se evidencia fue el incumplimiento de la demandante primigenia por razones no imputables al promitente vendedor, de donde la pretensión en cita no está llamada a prosperar.

Frente a las demás pretensiones, de reivindicación y pertenencia, en la reconvención señaló que son excluyentes, pero que algunos requisitos para la viabilidad de una u otra son concurrentes, es decir, deben analizarse de manera común.

Para tener la calidad de poseedor se exige la presencia del animus y el corpus, siendo claro para el *a quo* que desde el año 1999 TITO GÓMEZ ostenta la tenencia física del inmueble, lo que incluso se indicó en el contrato de promesa de compraventa y en la escritura

3393 de agosto de 1999, existiendo pruebas documentales y testimoniales que dan cuenta que desde esa época el demandado comenzó a efectuar obras de transformación y adecuación del predio.

Refuerza lo anterior el dictamen pericial que obra en el cuaderno 6º, en el que se dejó constancia que se hicieron implantaciones con una anterioridad de 15 años, y en la inspección judicial se encontraron instalaciones propias de la actividad comercial de vivero en la extensión del bien, habiendo construcciones necesarias para ello.

Respecto al *animus*, se tiene en cuenta la declaración del demandado quien señala que se considera dueño del inmueble desde que le fue entregado en el año 1999. Y así se lo ha expresado a las personas de su entorno.

Igualmente, en el párrafo 1º de la cláusula 4ª del contrato de promesa de compraventa del 21 de septiembre de 2005, se indica que GOMEZ tomó posesión desde el 17 de agosto de 1999. Allí se consignó que sería responsable del pago del impuesto predial desde esa fecha, y si es así es porque la parte demandante estaba reconociendo esa calidad en ese documento, condición que conservó con posterioridad a la firma del documento en el 2005.

Así consideró como poseedor al señor GÓMEZ, y señaló que se probó que el inmueble se encontraba registrado como propiedad de la sociedad demandante, porque esa zona había sido objeto de segregación mediante varios actos jurídicos, de los cuales el último de ellos fue la escritura 1996 de 2005, donde se enajenó una porción dejándose excluida la zona que es objeto de posesión.

Frente a la afirmación de la demandante sobre que en la resciliación de la Escritura 3393 de 1999 el señor GÓMEZ reconoció dominio ajeno, ello no es así porque en ese documento se le dijo al

demandado que se le entregaba materialmente en ese momento, y en el convenio de promesa de compraventa posterior se le reconoce la calidad de poseedor desde esa época, por lo que la resciliación no incide en la posesión, porque esa es una condición propia y personal en su intención de adquirir el bien como dueño a través de actos materiales de posesión como la explotación económica desde 1999.

Del elemento que el bien sea prescriptible o reivindicable, se tiene respecto a su alinderamiento y cabida, se pudo corroborar que el predio tiene un área de 1.712,92 m², y la explicación en cuanto a la diferencia de cabida con el poseído la dio el demandado en su interrogatorio, cuando dijo que cuando le entregaron el bien hubo una parte que no encerró porque sobre eso había una discusión, por lo que puso la malla más hacía adentro, además en la escritura de venta parcial del lote contigo al terreno objeto de discusión y que se le vendió al municipio de Medellín, se indicó una cabida diferente lo que también pudo influir en el área del lote entregado al aquí demandado, y ello incidió en la forma como se hizo el cercamiento.

Que el bien no es de uso público ni perteneciente a la nación, por lo que puede ser prescriptible, y en relación con los límites del predio, se tiene que la descripción de los linderos se encuentra actualizada en la visita que hizo el perito EDISON LONDOÑO y que está referido a folio 7 del C. 3, e igualmente se aporta plano, por lo que fue debidamente alinderado y coincide con lo expresado por las partes.

Sobre si es viable la reivindicación o pertenencia, que los requisitos excluyentes tienen que ver frente a la reivindicación que el dueño haya sido privado de la tenencia material del bien sin justa causa legal, y en este caso la demandante no fue privada de esa tenencia ya que hizo un convenio jurídico mediante el cual le entregó materialmente el bien, y en el 2005 reconoció que el demandado era

poseedor, por lo que ante el incumplimiento de ese requisito, no es viable reconocer la reivindicación del inmueble.

Frente a la prescripción además del corpus y animus, la posesión debe ser pública, pacífica e ininterrumpida, y se encuentra de las declaraciones de DIANA y RAMIRO, la posesión de TITO GÓMEZ ha sido pública desde el año 1999, con su transformación y actividades comerciales y de explotación económica; pacífica porque no se encontró que hubiere existido algún ingreso violento, y no se ha presentado interrupción por reclamación de alguna persona o entidad, circunstancias que se daban incluso para el momento de la inspección judicial, aunado a lo ininterrumpida en el tiempo.

Así se cumplen los requisitos de la posesión, temporalidad -desde el año 1999-, y a pesar que se dejó sin efectos la escritura pública N° 3393 de 1999, dicha calidad de poseedor no se desconoció porque así se reconoció en esa escritura. Por lo que se cumplen los presupuestos para adquirir por prescripción extraordinaria.

Así declaró próspera la pretensión de pertenencia de la demanda de reconvención y dispuso la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro pertinente¹, y condenó en costas a la demandante principal.

Tal decisión fue apelada por la parte demandante principal y demandada en reconvención.

¹ El inmueble lo precisó como con nomenclatura calle 2 sur #67-110, alinderado: por el Norte con el predio # 7 propiedad el AEROPUERTO ENRIQUE OLAYA HERRERA, con malla que lo separa con la cabecera sur del aeroparque en una extensión aproximada de 162,83 metros, por el Sur con el predio # 11 propiedad del municipio de Medellín en línea poligonal que lo separa de dicho predio con una extensión aproximada de 165,97 metros, y de conformidad con el plano anexo protocolizado con la escritura pública 855 de mayo 11 de 1996 de la notaría 8 de Medellín, según los puntos que delimitan dicho lindero, por el Oriente con la carrera 67 en línea oblicua o quebrada con una extensión aproximada de 23,25 metros, por el Occidente con el predio # 23 propiedad de OSCAR PICÓN HERNÁNDEZ en línea recta con extensión aproximada de 14,76 metros. El predio tiene un área total aproximada de 1.712,93.

DE LA APELACIÓN:

Como reparos a la decisión de primera instancia, la recurrente presentó los siguientes:

1. Valoración probatoria: Principalmente cuestionó la que se diera al interrogatorio de TITO GÓMEZ MONTES, al Contrato de Promesa de Compraventa del 21 de abril de 2005, a la Escritura de Resciliación 1996 de 2005, al Acta No. 03 del 06 de mayo de 2008, y a los testimonios recaudados, entre otras pruebas.
2. Calificación de las conductas procesales del demandado en cuanto a confesiones, inferencias probatorias, y versiones disímiles.
3. Análisis e interpretación de los requisitos axiológicos de la acción reivindicatoria y de pertenencia.
4. Razonamientos legales: Sobre algunas normas y jurisprudencia en que se sustentó la decisión.

Admitida la apelación y corridos los traslados para alegar, se obtuvieron los siguientes pronunciamientos:

La recurrente indicó que para negar la pretensión de mutuo disenso tácito, se consideró el acta N° 3 expedida por la Notaría 29 el 6 de mayo de 2008, donde se indica que a petición del señor GÓMEZ se revisó el libro de comparecencias sin que encontrara que el 1º de junio de 2005 el representante legal de la actora hubiese comparecido para cumplir el contrato, documento este que no es prueba que el demandado hubiese comparecido con la intención de cumplir el contrato; además que tal acta de lo que da cuenta es del

tardío interés del GOMEZ en indagar tal circunstancia, sin ser prueba idónea de su intención de continuar con el negocio.

La no comparecencia fue un hecho admitido por ambas partes en la demanda y contestación, resultando novedosa la afirmación del demandado (promitente comprador) en el interrogatorio, sobre que no asistió a la Notaría ya que de la promitente vendedora lo llamaron telefónicamente a decirle que no asistiera, porque esta no tenía los requisitos necesarios para cumplir con el contrato, sin que la actora hubiese podido realizar manifestación frente a ese nuevo argumento, y sin que se probara tal afirmación, invirtiéndose la carga de la prueba que tenía el demandado de acreditar esa circunstancia, y por el contrario el *a quo* dijo que no había prueba que la desvirtuara.

Resaltó que en el contrato de promesa de compraventa se acordó que para acreditar el cumplimiento o la voluntad de cumplir las obligaciones de él derivadas, se requería como prueba "*insustituible*" el acta de presentación ante el Notario en la fecha y hora señalada para el otorgamiento de la escritura, pero el *a quo*, a su arbitrio la sustituyó por un acta de no comparecencia expedida tres años después, justificando la inasistencia del demandado en una razón esbozada solo para el momento del interrogatorio y frente a la cual la actora no se pudo pronunciar.

Que el señor GÓMEZ no le solicitó al actor por escrito la prórroga del contrato, tal y como se estipuló en la promesa, situación que hubiera denotado su intención de continuar con el negocio; aunado que la demanda de resolución impetrada hace nueve años, da cuenta de la intención de no cumplir con el negocio, que además luego de la fecha para la suscripción de la escritura pública ninguna de las partes realizó actos demostrativos de querer continuarlo.

Discrepa del argumento sobre que no se podía dejar sin valor la promesa, porque no se presentó voluntad de ambas partes de cumplir con sus obligaciones, pues de manifestarse esa intención se estaría ante el mutuo disenso expreso y no sería necesaria la demanda.

Reitera la súplica de mutuo disenso tácito, porque: 1) los contratantes no comparecieron el 1º de junio de 2005 a la Notaría para firmar la escritura que perfeccionara la promesa; 2) el demandado no probó el pago del precio según lo pactado; 3) el contrato no se perfeccionó mediante escritura; 4) ninguna de las partes hizo nada para materializar el convenio prometido, y no hay prueba de ello; 5) las partes no se buscaron para lograr ese propósito; y, 6) el artículo 1546 del C.C. no es el aplicable al caso, y la decisión se debe sustentar en el 1602 de esa codificación.

Respecto a la reivindicación y pertenencia, que se desechó por completo los efectos legales que produce la figura de la resciliación, desconociendo absolutamente la finalidad del contrato de promesa de compraventa, y echando de menos el principio de autonomía privada de la voluntad de las partes.

Que para el *a quo* la Escritura 1996 de 2005 mediante la cual se rescilió su similar 3393 de 1999, solo se tuvo en cuenta para ciertas cosas, desconociéndose que aquella sí incidía en el reconocimiento de dominio ajeno; pero sí consideró para decir que allí se reconoció que desde el año 1999 el bien se entregó al demandado, sin advertir que en el numeral 4º de la escritura de resciliación se declaró que al dejar sin efecto la compraventa de 1999 (no registrada), por lo que las partes quedaban a paz y salvo entre sí “(...) *por cualquier motivo, que del contrato contenido en ella pudiera derivarse.*”; es decir, dejaron sin valor alguno dicho acto y todo lo que de él pudiera derivarse, desconociéndose los efectos de esa resciliación.

Que era lógico que el bien se entregara en virtud de la negociación efectuada en el año 1999, y era apenas obvio que se mantuviera esa entrega al celebrar la nueva negociación en 2005, pues no tenía sentido devolverlo para inmediatamente volverlo a entregar.

Que el indicarse en la promesa el valor adeudado por el promitente comprador al promitente vendedor, solo refleja la deuda y sus extremos temporales, y no es prueba del reconocimiento de la calidad de poseedor del demandado. El contrato de promesa de compraventa le daba la calidad de mero tenedor, porque ahí estaba reconociendo dominio ajeno.

Es decir, la posesión fue entre el año 1999 y el 2005, fecha en la cual se rescilió el negocio, quedó desecho por la misma voluntad de las partes, y ello implica renuncia a la prescripción adquisitiva, aunado que si GÓMEZ se consideraba dueño, debió cancelar el impuesto predial para todos esos años.

Afirmó que para que la mera tenencia mute a posesión, se deben probar unos requisitos que aquí no están acreditados, además que al rescindir el contrato celebrado en 1999 y no haberse cumplido la promesa, no existe causa legal para que GÓMEZ esté en poder del bien, con lo que se cumple ese requisito para la reivindicación.

Que no se dan los requisitos para la prescripción ordinaria o extraordinaria, porque al firmar la resciliación y la promesa de compraventa, el señor GÓMEZ reconoció dominio ajeno y se convirtió en mero tenedor, sin que haya probado que invirtió esa calidad, mucho menos el momento. Indicó que la promesa no es justo título.

La parte demandada señaló que en los reparos no se hizo alusión al mutuo disenso tácito, y por esa razón no se pronunciará frente a él, y que el *a quo* realizó un análisis adecuado de las pruebas y de los marcos normativos.

Frente a la reivindicación no se encontró acreditado el requisito que el propietario hubiera sido privado injustamente de la posesión, porque no fue desarraigado de la misma, ni se le arrebató, sino que él mismo fue quien la entregó en virtud de los contratos celebrados y el pago de un dinero, sin que se analizaran los demás requisitos porque no era necesario.

Que la pertenencia se concedió acertadamente al realizarse un análisis de toda la prueba documental, incluyendo las Escrituras Públicas 3393 del 17 de agosto de 1999 y 1996 del 21 de abril de 2005, el contrato de promesa de compraventa, el acta N° 3 del 6 de mayo de 2008; la prueba testimonial, el interrogatorio del demandado y la inspección judicial, para concluir que el señor GÓMEZ tuvo la posesión material del inmueble desde el 17 de agosto de 1999.

Frente a lo dicho por el demandado en el interrogatorio, la parte actora debió proponer una tacha y no esperar a alegarla en la apelación; que el relato del señor GÓMEZ fue transparente y espontáneo, sumado a que los documentos dan cuenta que el actor recibió la suma de \$12'500.000,00; y la escritura de resciliación y el contrato de promesa de compraventa son prueba de que el comprador nunca se desprendió de su calidad de poseedor.

Refiere que el *a quo* realizó un análisis del conjunto de pruebas y las concatenó con todo el acontecer fáctico, e hizo una adecuada interpretación del contrato de promesa de compraventa, de donde se desprende que a pesar de la resciliación el señor GÓMEZ no se desprendió de la posesión del bien, pues el fin perseguido con ese contrato fue canalizar el desarrollo de lo que sería el negocio jurídico que inició en 1999.

Manifestó que del Acta N° 3 del 6 de mayo de 2008, se desprende que la voluntad del señor GÓMEZ era continuar con la legalización

del inmueble, lo que destruye la intención de querer finiquitar el negocio. Hay pruebas que acreditan querer continuar con el asunto.

Así, surtido el trámite de segunda instancia, se procede a desatar la misma, previas;

CONSIDERACIONES

INTROITO:

Los presupuestos procesales se encuentran reunidos y sobre ellos no hay lugar a reparo alguno; así mismo, examinada la actuación procesal en ambas instancias no se observa irregularidad que pueda invalidar lo actuado, por lo que están presentes las condiciones necesarias para proferir sentencia de segunda instancia.

Valga precisar que como estamos ante apelante único, no se podrá enmendar la providencia en lo que no fue objeto de recurso, por lo que nos limitaremos a estudiar los puntos objeto de inconformidad, tal como lo establece el inciso 1º del artículo 328 del C. G. del P..

También hay que considerar que mediante sentencia anticipada del 2 de mayo de 2016 se declaró probada la excepción previa de cosa juzgada frente a la pretensión principal de incumplimiento contractual de la promesa de compraventa, providencia confirmada por esta Sala de Decisión el 21 de marzo de 2019, lo que nos releva de referirnos sobre este punto.

De otro lado, dados los reparos presentados, entre los que al contrario de lo dicho por la parte no recurrente se encuentra el mutuo disenso tácito, los problemas jurídicos a resolver se formulan

así: ¿están dados los presupuestos para declarar el mutuo disenso tácito?; donde de no ser así, ¿se cumplen los elementos axiológicos para ordenar la reivindicación? o en su defecto, ¿se satisfacen los presupuestos para declarar la pertenencia adquisitiva en favor del demandado?.

DEL MUTUO DISENSO TÁCITO:

Cuestiona la recurrente la no estimación del mutuo disenso tácito, alegando básicamente que el acta número tres (3) expedida el 6 de mayo de 2008 por la Notaría 29 de Medellín, no prueba la intención del señor GÓMEZ de continuar con el negocio; y la afirmación de este para justificar su no comparecencia a la Notaría, fue que lo llamaron del CLUB EL RODEO a decirle que no asistiera porque estos no tenían los documentos para suscribir la escritura, argumento que solo se presentó en el interrogatorio de parte y frente al cual actora no tuvo la oportunidad de pronunciarse.

El mutuo disenso tácito deviene de los artículos 1602 y 1609 del C. C., los cuales en su orden señalan;

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”;

Y,

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

A partir de dichas normas, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha construido un referente jurisprudencial, conforme al cual el denominado mutuo disenso tácito o también llamado “*distracto contractual*”, puede salir avante siempre y cuando se advierta:

“En esas hipótesis, al decir de la Corte, “(...) se hace necesario detallar que de configurarse a cabalidad el supuesto de hecho en que ninguno de los contratantes cumple sin tener al propio tiempo la debida justificación, en principio debe descartarse el derecho legal de resolución que cualquiera de ellos pretende invocar con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil (...).”

“A la disolución de dicho nexo es posible llegar por el camino del mutuo disenso o ‘distracto contractual’ que deriva de lo dispuesto en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, el cual se traduce en la prerrogativa de que son titulares las partes en un contrato para convenir en prescindir del mismo y dejarlo sin efectos, resultado éste que puede tener origen en una declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido -caso en el cual se dice que el mutuo disenso es expreso-, o en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anular su fuerza obligatoria, evento en el que el mutuo disenso es tácito.

“Se trata, pues, de una figura singular cuyos perfiles institucionales, muy precisos por cierto dentro de la variada gama de circunstancias que pueden dar lugar a la extinción sobreviniente de relaciones jurídicas de fuente contractual dotadas de plena validez, no permiten mezclarla en ninguna forma con la resolución del artículo 1546 del Código Civil, toda vez que en tanto ésta última se produce por razón del cumplimiento de una condición a la cual el ordenamiento positivo le atribuye ese alcance, vale decir por una causa legal, en la hipótesis del mutuo disenso, por definición, esa causa radica exclusivamente en la voluntad coincidente de las partes interesadas (...)” . En otras palabras, que haya inocultable deseo de las partes por disentir del contrato.

“En ese orden de ideas, surge claro, la desatención recíproca de las partes, inclusive en el caso de ser concomitante, no autoriza la resolución de un contrato, cuando se invoca, sin más, como fundamento del mutuo disenso, porque como ha quedado explicado, se requiere de algo adicional, como es que el abandono recíproco de las prestaciones correlativas, sea el fruto de un acuerdo expreso o tácito, obviamente, dirigido de manera inequívoca a consentir la disolución del vínculo.”²

Con posterioridad la misma alta Corporación, en similar sentido, dijo:

“Sobre ésta temática pertinente es precisar que, como en pretéritas oportunidades lo ha explicado la Corte, el simple incumplimiento no traduce, sin más, intención de disolver el pacto (SC de 7 dic. 1982), pues habrá casos en que dicha infracción obedecerá a circunstancias especiales, muchas de las veces consentidas o auspiciadas por los mismos contratantes.

“Sin embargo, en cada caso la prueba de los hechos que rodearon la contravención será la determinante a fin de establecer si el incumplimiento estuvo acompañado de la voluntad de desistir del negocio o no.”³

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 6906-2014.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 2307-2018.

De lo anterior queda claro que para que prospere el mutuo disenso tácito no es suficiente acreditar el incumplimiento de ambas partes de las obligaciones derivadas del negocio jurídico, sino que es indispensable que se encuentre probada la intención inequívoca de los contratantes de no continuar con el pacto, en decir de la Corte:

“(...) [n]o basta pues el recíproco incumplimiento, sino que es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución sean expresivos, tácita o expresamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato (...)” (Sentencia SC 6906-2014).

Dicho esto, en el caso que nos ocupa, se tiene que el 21 de abril de 2005, se suscribió contrato de promesa de compraventa entre el CLUB CAMPESTRE EL RODEO S.A., como promitente vendedor, y el señor TITO GÓMEZ MONTES como promitente comprador⁴, pacto que en su cláusula 6ª estableció que la Escritura por medio de la cual lo perfeccionaría se otorgaría a las 2:00 pm. del día 1º de junio de 2005, en la Notaría 29 de Medellín.

El *a quo* negó las súplicas del mutuo disenso tácito basado en que el señor GÓMEZ no tenía intención de finiquitar el negocio, para lo que consideró que el 6 de mayo de 2008 este fue a la Notaría 29 de Medellín, solicitando copia del acta de comparecencia del CLUB CAMPESTRE EL RODEO S.A. a suscribir la escritura pública de compraventa en la fecha convenida (1º de junio de 2005); adicional, que también se tiene como prueba la afirmación que el demandado hizo en su interrogatorio de parte, donde manifestó que no asistió a la Notaría el día y hora convenidos porque de la Sociedad demandante lo llamaron a decirle que no fuera, ya que la promitente vendedora no cumplía con los requisitos para poder extender la escritura, teniéndose por justificada la conducta del hoy demandado.

⁴ El objeto del contrato fue “*Un lote de terreno tomado de otro de mayor extensión situado en la ciudad de Medellín, con un área de 1.985 M² aproximadamente, y que linda: por el Norte: Predio Número Uno, Aeropuerto Olaya Herrera, Por el Sur, con el predio número 11 propiedad del Municipio de Medellín, Por el oriente con la Carrera 67 y Por el occidente con el predio número 23; todo esto de acuerdo a la ficha Predial que se anexa para el protocolo elaborada por el Municipio de Medellín, Subsecretaría de Catastro.*” (Cláusula primera promesa de compraventa, fl. 71 C. 1).

Lo cierto del caso, y así quedó establecido, fue que ambos contratantes incumplieron con la obligación de asistir a la Notaría el día y hora acordado en la promesa, lo que no fue desconocido por ninguna de las partes.

Ahora, ¿qué incidencia tiene que el promitente comprador tres (3) años después de la fecha en que debía correrse la Escritura, hubiera ido a la Notaría y solicitara un acta?. Para el *a quo* ello demostraba el ánimo de perseverar en el negocio, interpretación con la que coincide la Sala, en la medida que si bien tal actitud demuestra un alto grado de incuria de cara a la celebración del negocio jurídico, también lo es que el ordenamiento jurídico no prevé un tiempo específico para realizar ese tipo de diligencias.

En ese punto también hay que considerar que el demandante primigenio no inició, al menos no demostró, que hubiera emprendido acciones de desistimiento mutuo del negocio, elementos con los cuales no se satisface el elemento que la jurisprudencia ha denominado el *“inocultable deseo de las partes por disentir del contrato”*, el cual debe venir de ambos.

Es más, el hecho que el accionado primigenio hubiera permanecido en el predio hasta estos días, es indicio de perseverar en el negocio, ya que las reglas de la experiencia lo que indica es que quien no quiere un negocio, abandona los bienes que fueron objeto del pacto; contrario sensu, quien lo quiere, permanece en ellos.

Refuerza la anterior idea el solo hecho que una de las partes contractuales en este asunto se haya resistido a la mutua resolución, por lo que si tal conducta –el ánimo de desistir- debe aflorar y ser nítida e inequívoca, al no cumplirse tal condición el distracto contractual está llamado al fracaso.

Respecto a la excusa del promitente comprador sobre que no asistió a la Notaría debido a una llamada que le hicieron de la sociedad demandante, si bien ello es un argumento que apenas se esbozó en el interrogatorio de parte, ya que nunca se arguyó en la contestación a la demanda o frente a su reforma y tampoco se expuso en la demanda de reconvención, también lo es que del mismo no se puede colegir ánimo de desistir en el negocio, elemento ineludible para la prosperidad de las pretensiones de tal laya.

Ahora, es elemento de discusión que en la cláusula 8ª de la promesa se acordó:

“Para acreditar el cumplimiento o la voluntad de cumplir por las partes las obligaciones del contrato, se requerirá como prueba insustituible el Acta de presentación ante el Notario 29 de Medellín, donde se prometió otorgar la escritura.

“PARÁGRAFO: Para la obtención del Acta de comparecencia (requisito indispensable para el cobro judicial de la cláusula penal y/o el cumplimiento del contrato) es indispensable que se presente ante el Notario respectivo en la fecha y hora señalada con los documentos idóneos que permitan suponer la voluntad de allanarse a cumplir, a saber: EL PROMITENTE VENDEDOR, los respectivos paz y salvos (predial, valorización), representación legal, título de adquisición y certificado de Libertad de la propiedad. EL PROMITENTE COMPRADOR, cédula de ciudadanía, efectivo, cheque u otro documento de pago.” (fl.72 -73, C. 1).

En el asunto en estudio ninguna de las partes contractuales asistió a la Notaría 29 de Medellín en la fecha y hora previstas para otorgar la escritura prometida; sin embargo, la ley contractual –contrato-, no puede crear pruebas “insustituibles” para demostrar la voluntad de cumplir, sobre todo en un sistema como el nuestro que es de libertad probatoria.

A lo anterior se suma que el acta de comparecencia se limitó para “el cobro judicial de la cláusula penal y/o el cumplimiento del contrato”, mas no previó efectos de desistimiento tácito, que como ha dicho la jurisprudencia, requiere de una voluntad inequívoca con tales fines.

Del contexto de la citada promesa, no se le puede limitar el acta de comparecencia como la única prueba de la intención de continuar con el negocio, pues para ello pueden emerger otros elementos como los que hemos aludido.

Es más, de cara al mutuo disenso tácito, lo que ha de probarse es el ánimo del distracto contractual no la intención de perseverar en el negocio, donde en el caso en estudio de todos modos de la misma conducta procesal de demandado primigenio, lo que quedó claro fue su voluntad de insistir en el pacto, que como se ha dicho, se vislumbra de, entre otros, resistirse a la pretensión, haber permanecido en el bien, y con la constancia notarial a la que se ha aludido.

Según la doctrina probable atrás citada, el simple incumplimiento no es prueba de la intención de dimitir del negocio, y como se dijo líneas atrás, el acta de comparecencia no constituye la única prueba plausible de la intención de continuar el contrato, pues existen otros elementos tales como los que hemos identificado.

En tal orden de ideas, no se encuentra configurado el mutuo disenso tácito, por lo que la decisión será de conformidad.

DE LA ACCION REIVINDICATORIA:

Según el artículo 946 del C.C. la acción reivindicatoria consiste en; *“la que tiene el propietario de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla”*, tópico del que la jurisprudencia ha señalado;

“Ahora, para la efectividad de la “reivindicación” han de concurrir como elementos, la “singularidad de la cosa que se reivindica y la identidad entre ésta y la que se halla bajo el poder de hecho del demandado”, como se desprende del contenido de los artículos 946 a 952 ejusdem, a más de

que para el momento de presentación del libelo incoatorio, debe hallarse estructurada la actualidad de la posesión del llamado, debido a que en principio, la pretensión objeto del juicio lo constituye dicha circunstancia, requiriéndose por tanto, la acreditación del derecho del accionante y la “posesión” del convocado.

“En punto de los presupuestos de esta clase de acciones, la Sala, en Sentencia de 28 de febrero de 2011, exp. 1994-09601-01 reiteró: “(...) la acción reivindicatoria compete tanto al dominus cuanto al poseedor regular de todo el tiempo para la usucapión, esto es, quien adquirió la posesión con justo título, buena fe inicial, y tradición si es traslativo de dominio, consumado el plazo legal para la adquisición de la propiedad por prescripción no declarada judicialmente (cas. civ. 3 de marzo de 1954, LXXVII, Nos. 2138-2139, p. 75).

“En uno u otro caso, es menester prueba idónea de la calidad invocada o legitimatio ad causam activa y de las exigencias normativas de la reivindicación (cas. civ. sentencia 031 de 30 de julio de 1996, CCXLIII, pp. 154 ss.), a saber: a) derecho de propiedad del demandante o, en la actio publiciana, posesión regular (artículo 764, Código Civil) durante el plazo legal para adquirir por prescripción (artículo 951, ibídem); b) cosa singular o cuota determinada de ella; c) posesión material del demandado, y d) identidad entre el bien pretendido por el actor y el poseído por el demandado”⁵.

El anterior precedente, deja por sentados los requisitos axiológicos para que prospere la acción reivindicatoria, donde: en primer lugar, el actor ha de probar su derecho de propiedad frente al bien; en segundo término, que la cosa esté claramente singularizada o determinada; de tercero, que la posesión material de lo reclamado la ejerza el demandado; y, finalmente, que exista coincidencia entre el bien pretendido por el demandante actor y el poseído por el demandado.

No obstante lo anterior, debe recordarse que la acción de dominio en cita, tiene un linaje extracontractual, encontrando serios obstáculos para su prosperidad cuando el demandado-poseedor, está en el bien amparado en un contrato celebrado con el titular del derecho de dominio, pues como ha indicado la jurisprudencia:

“En verdad, admitirse la acción reivindicatoria con prescindencia de la relación jurídica contractual entre el dueño de la cosa y el poseedor, conduce al desconocimiento del acuerdo dispositivo de las partes, en grave atentado de la imprescindible seriedad, estabilidad y certeza del tráfico jurídico, dejando el vínculo intacto y sin solución.

⁵ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, sentencia 13 de octubre de 2011 expediente 11001-3103-010-2002-00530-01 M.P. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA.

“Conformemente, cuando la fuente generatriz de la posesión es una relación jurídica negocial o contractual, su presencia excluye el ejercicio autónomo, directo e inmediato de la acción reivindicatoria en procura de la restitución de la cosa, que en tal hipótesis, únicamente puede obtenerse a través de las respectivas acciones contractuales inherentes al vínculo que ata a las partes y de la cual dimana.

*...
“Cuandoquiera que alguien posea en virtud de un contrato, es decir, no contra la voluntad del dueño que contrató, sino con su pleno consentimiento, la pretensión reivindicatoria queda de suyo excluida, pues sólo puede tener lugar en los casos en que el propietario de la cosa reivindicada ha sido privado de la posesión sin su aquiescencia. La acción de dominio es por su naturaleza una pretensión extracontractual, que repugna en las hipótesis en que los interesados han convenido en que uno de ellos autoriza al otro para poseer en virtud de un determinado contrato celebrado entre el uno y el otro.”⁶*

Así pues, ante la promesa de compraventa suscrita el 21 de abril de 2005 entre demandante y demandado, la cual está en firme como ya se expuso, al menos en los términos aquí reseñados, ello inviabiliza las súplicas reivindicatorias.

Ahora bien, como en el caso en estudio se propuso por parte del demandado la excepción de prescripción, hemos de entrar a estudiar la misma, máxime cuando el accionado también presentó pretensiones propias vía reconvenición, específicamente la de usucapión del predio en controversia⁷.

DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN (prescripción adquisitiva):

De antaño y sobre lo intitulado, la doctrina ha sido clara en enunciar:

“Sabido se tiene que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos de otro, por haberse poseído y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un lapso de tiempo (Art. 2512).”⁸

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia 11001 del 30 de julio de 2010, M.P. WILLIAM NAMÉN VARGAS.

⁷ El artículo 2513 del C.C. inciso 2º, deja en claro: *“La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción...”*

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia SC21822-2017. 15 diciembre de 2017.

Lo anterior, derivado del artículo 2512 del C. C., que define la prescripción, 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 de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales...*”; donde tratándose de la adquisitiva, el artículo 2518 ídem, señala: “... *se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído en las condiciones legales*”.

Tal prescripción adquisitiva, según el artículo 2527 ídem, es ordinaria o extraordinaria, las cuales difieren en los elementos necesarios para su configuración, donde el trámite que nos ocupa se incoó en ambas modalidades, una principal y otra subsidiaria, donde tratándose de la primera, el tiempo necesario para su configuración en relación a los bienes raíces es de cinco (5) años, mientras que la segunda son diez (10) años, tal como lo establecen los artículos 2529 y 2532 del C.C., respectivamente.

En todo caso, para que proceda la usucapión, según inveterada doctrina deben reunirse los siguientes requisitos; “1. *Posesión material en el demandante. 2. Que la posesión se prolongue por el tiempo que exige la ley. 3. Que dicha posesión ocurra ininterrumpidamente, y 4. Que la cosa o derecho sobre la cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por prescripción*”; acreditados en su integralidad los anteriores, las pretensiones adquisitivas están llamadas a prosperar, en el evento contrario, su fracaso.

Ahora bien, suele suceder en la práctica judicial que frente a una pretensión reivindicatoria, se intente contrarrestar con la prescripción adquisitiva, de lo que recientemente la Corte Suprema de Justicia en Sala Civil, siguiendo sus propios precedentes, ha indicado:

“Sobre el particular, en SC 12 dic. 2001, rad. 5328, se expuso,

“Cuando el demandado en la acción de dominio, dice la Corte, “confiesa ser poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión del demandado y la identidad del inmueble que es materia del pleito”, salvo claro está, siempre y cuando no se introduzca discusión alguna sobre el elemento de la identidad, o el juzgador motu proprio halle elementos de convicción que lo lleven a cuestionar dicho presupuesto. Conclusión que igualmente se predica en el caso de que el demandante afirme “tener a su favor la prescripción adquisitiva de dominio, alegada...como acción en una demanda de pertenencia y reiterada como excepción en la contestación a la contrademanda de reivindicación, que en el mismo proceso se formule”, porque esto “constituye una doble manifestación que implica confesión judicial del hecho de la posesión” (sentencia de 22 de julio de 1993, CCXXV-176).

...

“Al tenor de los artículos 946 y 952 del Código Civil, “la acción reivindicatoria debe dirigirse contra el actual poseedor del inmueble pretendido, por ser el único «con aptitud jurídica y material para disputarle al demandante el derecho de dominio alegado, en cuanto no sólo llega al proceso amparado por la presunción de propietario (artículo 762, ibídem), sino porque su situación de hecho le permitiría consolidar un derecho de propiedad cierto, ganado por el modo de la prescripción adquisitiva» (SC 12 dic. 2001, rad. 5328).”⁹. Citas y cursivas dentro del texto.

De lo anterior queda claro que quien demanda en reconvención le confiere a su contraparte la calidad de poseedor, mientras el accionado, parafraseando a la Corte, admite ser *“poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión del demandado y la identidad del inmueble que es materia del pleito”*, es decir, son dos elementos axiológicos que confluyen ahí, posesión e identidad del predio.

Entonces, como el reparo del recurrente de cara a la prosperidad de la usucapión, consiste en que la promesa de compraventa suscrita en 2005 pone en entredicho el elemento posesión, pues tal acto coloca al demandado en condición de tenedor, y como se sabe, quien detenta un bien a título de tenencia, no es factible que lo adquiera por prescripción.

⁹ SC4046-2019. 30 de septiembre de 2019.

De la posesión:

La posesión como el primer elemento de cara a la prescripción adquisitiva, ha sido definida por el artículo 762 del C. C. así; “... *la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño...*”, donde para que exista tal situación, se deben dar simultáneamente los dos elementos: el subjetivo que es el ánimo de señor y dueño; y el otro objetivo, que es la tenencia física del bien. Eso es lo conocido como “*ánimus*” y “*corpus*”, respectivamente.

Volviendo a la sentencia SC4046-2019 del 30 de septiembre de 2019, de la que en líneas anteriores se hizo copiosa cita, de ella se colige que cuando el actor primigenio demandó al señor GOMEZ en reivindicación, por ese solo hecho le atribuyó a este la condición de poseedor, por lo que no es entendible que cuando *ab initio* el mismo demandante le reconoció tal estatus, al responder a la reconvención ahí sí lo tiene como tenedor. Pues no, para que prosperara la reivindicación, necesariamente se atribuyó al demandado la condición de poseedor como se desprende del precedente atrás citado.

Ahora, claro que en principio cuando la entrega de un bien se hace mediante promesa de compraventa, ello es a título de tenencia; sin embargo, es factible que en el mismo instrumento ello se haga en posesión, pues como como ha dicho la jurisprudencia:

...“Contrario sensu, la promesa de compraventa, per se, envuelve reconocer dominio ajeno, pues en su virtud, las partes contraen recíprocamente la prestación calificada de hacer consistente en la celebración del posterior contrato definitivo de compraventa, por cuya inteligencia se obligan a transferir y adquirir la propiedad del dueño (titulus), lo que se produce con la tradición (modus), resultando elemental por ineludibles principios lógicos, el reconocimiento de esa calidad, que por su naturaleza y concepto legal, es incompatible con la posesión. (...)

“No obstante, la figura legis, admite pactos expresos (accidentalía negotia) y en desarrollo de la autonomía privada dispositiva, libertad contractual o de contratación reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes, nada se

opone a la ejecución anticipada de algunas prestaciones propias del contrato definitivo, verbi gratia, tratándose de promesa de compraventa, en el tráfico jurídico negocial, es frecuente el pago anticipado de todo o una parte del precio y, también, es usual la entrega anticipada del bien, incluso a título de posesión».

“En este orden de ideas, cuando los promitentes contratantes con anticipación a realizar la obligación de celebrar el contrato prometido, en forma clara e inequívoca acuerdan expressis verbis la entrega antelada de la posesión de la rex prometida en venta, se entiende adjudicada y recibida a título de posesión; en los demás eventos, cuando el pacto se halla desprovisto de esa estipulación, lo que se otorga es la mera tenencia, porque al prometerse con la celebración del negocio definitivo, transferir y adquirir la propiedad de su dueño, se reconoce dominio ajeno, y tal reconocimiento, excluye ánimo de señorío.” (Sala civil, sentencia SC16993-2014, 12 diciembre de 2014).(Sentencia de Casación de 18 de abril de 1989, reiterada en la de 24 de junio de 2005, exp. 0927, SC. 8 Ago de 2013. Rad. 2044-00255-01, y la SC4275-2019 del 9 de octubre de 2019.

Se concluye parcialmente, si en la promesa se transfiere la posesión, ella es una ley contractual llamada a ser cumplida (artículo 1602 del C.C.), quedando claro que entonces el promitente comprador no será un mero tenedor, sino, habrá de tenersele como poseedor.

En esos términos, resulta necesario determinar qué se dijo en la promesa sobre el particular:

“Entre los suscritos a saber: **JORGE HUMBERTO ACEVEDO VASQUEZ**, mayor de edad, vecino de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía número 8.271.496 expedida en Medellín, quien en el presente acto obra en nombre y representación en calidad de Gerente General del “CLUB CAMPESTRE EL RODEO S.A.”, sociedad legalmente constituida por escritura pública número 8.600 otorgada en la Notaría 1ª de Medellín, el 17 de octubre de 1952, debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de Medellín, y quien para los efectos de este contrato se denominará **EL PROMITENTE VENDEDOR**, de una parte y de la otra **TITO GOMEZ MONTES**, mayor de edad, de estado civil casado con sociedad conyugal vigente, identificado con la cédula de ciudadanía número 14.245.047 expedida en Melgar, y quien para los efectos de este contrato se llamará **EL PROMITENTE COMPRADOR**, hemos celebrado una promesa contenida en las siguientes cláusulas: **PRIMERA: EL PROMITENTE VENDEDOR**, se obliga a vender **AL PROMITENTE COMPRADOR**, y éste se obliga a comprar mediante escritura debidamente registrada, el siguiente bien inmueble: Un lote de terreno tomado de otro de mayor extensión situado en la ciudad de Medellín, con un área de 1.985 M² aproximadamente, y que linda; Por el Norte: Predio Número uno, Aeropuerto Olaya Herrera, Por el Sur, con el predio número 11 propiedad del Municipio de Medellín, Por el Oriente con la Carrera 67 y Por el occidente con el predio número 23; todo esto de acuerdo a la ficha de Predial que se anexa para el protocolo elaborada por el Municipio de Medellín, Subsecretaría de Catastro. Matrícula inmobiliaria número 001-268728. No obstante la mención de la cabida y sus linderos, la venta recae sobre cuerpo cierto. **SEGUNDA: EL CLUB CAMPESTRE EL RODEO S.A.**, adquirió dicho lote de terreno en mayor extensión según

aclaración en la escritura pública número dos mil setecientos ochenta y dos (2782), del dos de octubre de 1981, debidamente registrada. **TERCERA:** Dicho inmueble se encuentra libre de toda clase de gravámenes tales como censo, hipoteca, embargo, judicial, pleitos pendientes, condiciones resolutorias, patrimonio de familia inembargable, arrendamiento por escritura pública, etc. **CUARTA:** El precio del presente contrato de promesa de compraventa lo constituye la suma de DOCE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMIANA (\$12.500.000), dinero que el promitente comprador cancela así la cantidad de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2.500.000) que el promitente vendedor manifiesta haber recibido a entera satisfacción y el resto, en la forma que se indica seguidamente. **PARÁGRAFO 1:** El comprador a la fecha adeuda al vendedor la suma de TREINTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CIENTO NOVENTA Y NUEVE PESOS M.L. (\$33.662.199) por concepto de IMPUESTO PREDIAL desde el 17 de agosto de 1999, fecha en el cual tomo posesión del Lote descrito anteriormente hasta el segundo trimestre del año 2005. EL CLUB CAMPESTRE EL RODEO S.A. Le condona al Señor TITO GOMEZ MONTES, de esta deuda el de valor de SIETE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CIENTO NOVENTA Y UEVE PESOS (\$7.662.199), para un saldo a favor de CLUB CAMPESTRE E RODEO S.A., de VEINTISEIS MILLONES DE PESOS M.L. (\$26.000.000). **PARÁGRAFO 2:** El comprador adeuda en total al CLUB CAMPRESTRE EL RODEO S.A., la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M.L. (\$36.000.000), los cuales serán cancelados en Sesenta (60) cuotas mensuales de SEISCIENTOS MIL PESOS M.L. (\$600.000) más intereses de cero punto siete por ciento (0.7%) mensual sobre saldos insolutos, **la primera de estas cuotas deberá ser cancelada el día que la escritura pública sea inscrita en la oficina de instrumentos públicos;** y así sucesivamente cada mes hasta la cancelación de la deuda. Esta deuda será respaldada con hipoteca de primera grado a favor del promitente vendedor hoy. **QUINTA:** La entrega material del inmueble se hizo desde el diecisiete (17) de agosto del año mil novecientos noventa y nueve (1999), con todas sus mejoras y anexidades, por los linderos expresados, con sus usos, costumbres y servidumbres activas y pasivas que tenga legalmente constituidas o que consten en títulos anteriores y se obliga al saneamiento de lo prometido en venta en todos los casos de ley... En señal de conformidad leyeron y se firma por los interesados en dos (2) ejemplares de igual valor y tenor, a los veintiún (21) días del mes de abril del año dos mil cinco (2005), y lo presentamos para reconocimiento de contenido y firmas...". Negrilla en el texto, subrayado intencional.

Del subrayado intencional que se realizara al anterior texto, haciendo una interpretación en los términos del artículo 1618 del C.C., queda claro que desde el 17 de agosto de 1999, el demandado tomó posesión del lote de marras, posesión que se prorrogó, y como dice el acuerdo, "*hasta el segundo trimestre del año 2005*", y si el pacto se suscribió el 21 de abril de 2005, fecha que claramente está comprendida en el segundo trimestre de 2005 (que llegaría hasta el último día del mes de junio de ese año), se entiende que el bien continuaba en ídem condiciones en cuanto a la posesión se refiere, y sin que se hubiera puesto término a lo mismo.

Si ello es así, el demandante en la mencionada promesa más que conferirle la calidad de poseedor al demandado, lo que hizo fue ratificar que la venía ejerciendo, y así la continuó.

De lo anterior queda claro que el demandante en reconvención, dado el reconocimiento que se le hace en la demanda como la propia confesión, “*desde el 17 de agosto de 1999*” posee el bien que le fuera primigeniamente entregado en venta efectuada mediante la escritura pública N° 3393 de esa fecha, otorgada en la Notaría 29 de Medellín, acto escritural que decayó con la resciliación que se hiciera por el también instrumento público N° 1996 del 21 de abril de 2005, habiéndose mantenido el acto posesorio, incluso hasta nuestros días, tal como se continuará exponiendo.

El actor recibe el bien en posesión el 17 de agosto de 1999, donde independientemente de la Escritura 1996 del 21 de abril de 2005, siguió en posesión del bien, lo que es ratificado por la promesa hoy cuestionada, entonces pese a la posición dominante del Club demandante, que en la mentada promesa atribuyéndose facultades fiscales cobraba el impuesto predial al señor GOMEZ, de esta manera reforzó la idea que este era poseedor, pues hasta le achacó pagar los impuestos.

La resciliación hizo que decayera una escritura primigenia que pudo constituir justo título, mas no el hecho que el accionado se comportara como poseedor. En ello no hubo interrupción, y queda claro que en la promesa del 21 de abril de 2005, lo que se reforzó fue la idea que GOMEZ mantenía *ánimus y corpus* respecto al bien en disputa. La trapisonda que hace la persona jurídica dominante con la resciliación, no es suficiente para que se desdibuje el elemento posesorio.

El íter no se interrumpe, pues si bien mediante la escritura de resciliación se quiso desdibujar la calidad de poseedor del

demandado, de todos modos paralelamente se suscribió la promesa aludida, lo que se hizo fue dejar en claro que este fungió y seguía fungiendo como poseedor. Como dirían los romanos, "*veritas nunquam peret*"

Refuerza la anterior idea que en el interrogatorio de parte recepcionado al demandado, de entrada señaló que canceló por el bien \$12'500.000,00, siendo relevante que adujo que desde 1999 está esperando que le legalicen las escrituras del inmueble (minuto 19:50, 30:56. Archivo 07-audiencia5), cuestión que no excluye el ejercicio posesorio que ha quedado de presente.

Igualmente el señor GÓMEZ manifestó que últimamente el demandante le ofreció darle setecientos (700) metros de terreno, a lo que él está dispuesto, poniendo su palabra para entregar esperando que su contraparte cumpliera lo prometido, pero de ello no hubo resultado (minuto 41:58 archivo 07-audiencia5), lo que tampoco desdice de la posesión que quedó dilucidada como se argumentó en líneas anteriores.

Ahora bien, como testigo compareció DIANA PATRICIA GIL ECHEVERRI, quien manifestó que hace aproximadamente veinte años trabaja como contadora del señor GÓMEZ, y que desde esa época ha visto como mejoró el lote adecuándolo para un vivero. Indicó que no conoce ningún documento referido a la propiedad del bien, porque al parecer para la fecha en que comenzó a laborar con él ya se había negociado el lote. (minuto 23:31 – 23:36 archivo 09-audiencia7). Claramente le atribuye la calidad de poseedor.

Por su parte, el testigo RAMIRO ÁLVAREZ BEDOYA, señaló que desde el 2006 hasta ahora, a quien ha visto al frente de la explotación de ese terreno es a don TITO, e igualmente refirió que no sabe quién o quiénes se consideran dueños de esa franja de terreno; que sabe que hay un litigio, pero que en últimas es un fallo judicial el que lo determina, aunque precisa que es don TITO quien

está a cargo del negocio (vivero), por lo que asume que él es el dueño del mismo (minuto 15:53 – 29:28 – 30:34 archivo10-audiencia8).

Como se puede observar, dichos testigos también develan el elemento posesorio al enfatizar la explotación económica del predio por parte del reconviniente, pues de lo mismo se desprenden actos de señor y dueño, como es la realización de cuantiosas construcciones realizadas por el demandado que se probaron pericialmente, por lo que visto en contexto con los medios probatorios y conductas procesales atrás mencionadas, hacen que el elemento posesorio esté satisfecho.

Como corolario parcial, entre el 17 de agosto de 1999 al 21 de abril de 2005, el señor GOMEZ fue poseedor del predio en disputa, y al suscribirse la promesa del 21 de abril de 2005, lo que se hizo fue corroborar y ratificar tal condición.

Del elemento temporal para la usucapión:

Aparte del lapso temporal, otra de las diferencias entre la prescripción adquisitiva ordinaria de la extraordinaria, estriba en que la primera requiere de un justo título mientras que la segunda no (artículo 2531 C.C.), donde en el caso en estudio la resciliación que se hiciera por la escritura 1996 del 21 de abril de 2005 del negocio figurante en el acto escritural 3393 del 17 de agosto de 1999, hace que el demandante en reconvención careciera del correspondiente justo título, por lo que la contabilización temporal axiológica ha de tomarse desde la óptica extraordinaria.

En esos términos, en aplicación del artículo 41 de la Ley 153 de 1887¹⁰, pese a que el señor GOMEZ ejerce la posesión del bien en disputa desde el 17 de agosto de 1999, al haberse acogido a la nueva ley, los diez años se contarán a partir del 27 de diciembre de 2002, pues esa fue la fecha de promulgación de la ley 791 de 2002¹¹.

Entonces, del 27 de diciembre de 2002 al 7 de octubre de 2014 (fl. 89, C. 1), fecha esta en la que se presentó la demanda, transcurrieron más de los diez años previstos en el artículo 2532 del C.C., por lo que también se satisface el presupuesto axiológico atrás intitulado, sin que tampoco operara la interrupción civil de la acción en los términos del inciso 1° del artículo 94 del C. G. del P.¹².

¹⁰ Tal norma expresa: *“La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.”*

¹¹ Sobre el particular, en juicio de constitucionalidad se ha dilucidado que: *“El artículo 41 de la Ley 153 de 1887. (1). Esta norma regula a partir de cuando comienza la adquisición de un derecho sustancial, sobre un objeto corporal (mueble o inmueble) que se logra por el transcurso del tiempo. (2) La norma demanda prevé que si hay cambio de legislación, el derecho del prescribiente no podrá ser vulnerado. Por tanto, la disposición establece una opción para el prescribiente que no hubiese podido completar su prescripción bajo la vigencia de una ley, en razón a la expedición de una nueva norma relativa al tiempo necesario para prescribir. (3). Así, la ley (art., 41) prevé que el prescribiente puede optar por continuar la prescripción con la ley anterior que regía o con la nueva que la modifica, pero a partir de su entrada en vigencia. Se trata de entonces, de una norma que permite la realización de un derecho sustancial, el derecho a la propiedad. En adelante entonces, se desarrollarán cada una de las partes que se extractan de la norma demandada. ... “De manera precisa comenta la Sentencia, de la Sala de Casación Civil, que las (...) mutaciones en la legislación ocasionan como es obvio, conflictos para la aplicación de leyes en el tiempo, para cuya solución el propio legislador establece reglas específicas de imperativo cumplimiento como ocurre con los artículos 41 y 42 de la ley 153 de 1887. En efecto, en virtud de la primera de las normas citadas, si el tiempo de posesión exigido por la legislación positiva anterior para la prescripción adquisitiva, “no se hubiere completado” al promulgarse la ley que lo modifica, podrá el prescribiente acogerse a una u otra ley según su voluntad, más si opta por la posterior “la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir...”* Aún más, se insiste en que el requisito fundamental para adquirir el dominio por medio de la prescripción, ordinaria o extraordinaria, es el de la posesión del bien por el prescribiente por el tiempo señalado en la ley”. Corte Constitucional, Sentencia C-398/06.

¹² Reza así el supuesto normativo: *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado...”*

Sobre la individualización del bien:

Los reparos frente a la sentencia de primera instancia estuvieron dirigidos a atacar el presupuesto axiológico “posesión”, afirmándose vía alzada que con la resciliación y la firma de la promesa de compraventa se reconoció dominio ajeno, desvirtuándose la posesión en cabeza del demandado; sin embargo, ello ya se dilucidó y superó como se indicó en líneas anteriores.

En cuanto a la identificación, individualización y determinación concreta del bien objeto del litigio, pues no de otra forma podría establecerse una identidad entre lo poseído y lo pretendido, requisito del que la Corte Suprema de Justicia, ha indicado:

“Pero, además de no coincidir la extensión de las distintas líneas divisorias del terreno, ni, desde luego, el área de su superficie, tampoco concuerdan algunos de los colindantes, puesto que, de una parte, en la demanda se indicó que por el lado “ESTE” el lote limitaba con terrenos de “MARIELA PACHECO FLOREZ Y ALONSO RAMIREZ TORRES”, al paso que en la peritación se estableció que lo era con predios de “VICTOR ABELLO NOGUERA”.

“En síntesis, pues, no solo no coincide el lindero oriental anotado en la demanda, con el verificado por el Juez en la inspección respectiva y por los peritos en su dictamen, sino que, además, las dimensiones y medidas calculados por estos, son muy distintas a las anotadas en la demanda, inconsistencias todas estas que desembocan en que no está suficientemente especificada la heredad reclamada por los demandantes, ni, por consiguiente, la posesión por ellos alegada, puesto que, como lo tiene dicho la Corte, “Para poder afirmar que alguien posee un bien determinado, que tiene la tenencia de él con ánimo de señor y dueño, precisa saber de qué bien se trata; mas si resultare, como en el caso de autos, que el bien no puede identificarse, palpase en su contenido, no puede atribuirse, en principio, posesión alguna, porque esta sólo puede predicarse de los entes que se conozcan o se ven, ya que la posesión material, ..., se comprueba con hechos perceptibles por el sentido de la vista y como atributo de algo corporal, delimitado e identificado, perceptible en su realidad externa” (G.J. L, Pág.416).

...

“No le era dable al sentenciador ajustar a su antojo en la parte resolutive de la sentencia la extensión del lote, para hacerla concordar con las medidas anotadas en la demanda, so pretexto de conceder la usucapión únicamente hasta lo pedido, pues en tal caso habría que preguntarse a cual extremo de cada lindero debía aplicársele la reducción de la extensión y cómo sumarle el faltante al lindero oriental, pues de los 40.23 metros que según la

experticia tiene, pasa a tener los 70 metros indicados en la sentencia."(CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CIVIL. Expediente 5311. 4 de abril de 2000).

Bajo tales criterios, para la prosperidad de las pretensiones, el actor ha de probar la individualidad, identificación y alindamiento de los bienes que pretende usucapir, pues lo mismo va íntimamente vinculado a los presupuestos axiológicos de la acción, tal como es el elemento posesión.

En tales términos, téngase en cuenta que en la demanda de reconvención se indicó que el inmueble pretendido se encuentra ubicado entre la calle 2 Sur (llamada carrera 80) y la carrera 67, con ingreso de servidumbre por la calle 2 Sur N° 67-210 de Medellín. Que linda, por el Norte con el predio N° 1, propiedad del Aeropuerto Olaya Herrera; por el Oriente con la carrera 67; por el Sur con el predio N° 11, propiedad del Municipio de Medellín; por el Occidente con predio N° 23, propiedad de OSCAR ANTONIO PICÓN HERNÁNDEZ, e Identificado con folio de matrícula inmobiliaria 001-268728 (Hechos 1º y 6º demanda de reconvención).

En cuanto a la ubicación e identificación, corresponde con la registrada en la promesa de compraventa celebrada el 21 de abril de 2005 (folio 14, demanda de reconvención); con la descrita en el dictamen pericial obrante a folio 3 y siguientes del cuaderno 6º y que igualmente fue verificada por el Despacho en la diligencia de inspección judicial practicada el 11 de agosto de 2017.

Así las cosas, se tiene que el bien que se pretende usucapir se encuentra debidamente identificado e individualizado, tanto jurídica como materialmente, guardando plena correspondencia con el descrito en la demanda de reconvención y con el que es poseído por el señor GOMEZ.

Que el bien sea susceptible de prescripción:

De lo analizado en el anterior acápite, se extrae que el bien es privado, lo cual es corroborado en el folio de matrícula inmobiliaria pertinente, por lo que también se tiene como satisfecho el requisito en mención.

A esta altura, están satisfechos los presupuestos axiológicos para usucapir, pero como frente a la demanda de reconvención se presentaron excepciones por parte del actor primigenio, resulta necesario pronunciarnos frente a las mismas, tal como se desprende del artículo 282 del C. G. del P., y como seguidamente se hace:

DE LAS EXCEPCIONES FRENTE A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

Respecto a la intitulada “FALTA DE LOS ELEMENTOS AXIOLÓGICOS PARA GANAR POR PRESCRIPCIÓN-TIEMPO”, para lo que se argumentó que no se cumple con el tiempo requerido, toda vez que con la Escritura Pública de resciliación 1996 del 21 de abril de 2005 de la Notaría 29 de Medellín y al suscribirse el contrato de promesa de compraventa, se reconoció dominio ajeno, por lo que se interrumpió la posible posesión anterior.

Sobre el punto, tal medio de defensa no está llamada a prosperar, pues como se explicó, así hayamos tomado el lapso previsto para la extraordinaria, tal elemento se cumple.

Se dice lo anterior en cuanto que la promesa de compraventa de marras, no interrumpió la prescripción. Todo lo contrario, de la misma se desprende, y allí quedó claramente establecido, que la posesión

se ejerce desde el 17 de agosto de 1999, y que con la promesa se seguiría ejerciendo.

No obstante, como en virtud del artículo 41 de la Ley 153 de 1887, tomamos como el momento a partir del cual se empieza a contabilizar el 27 de diciembre de 2002 (por la promulgación de la ley 791 de 2002), a la fecha de presentación de la demanda, 7 de octubre de 2014, había transcurrido los diez años necesarios para el efecto, razón por la cual el mencionado medio de defensa corre la suerte del fracaso, lo que también se aplica a la defensa titulada “INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN”, la que se basó en los mismos argumentos.

Sobre el medio de defensa titulado “FALTA DE IDENTIDAD ENTRE EL BIEN DE PROPIEDAD DE MI MANDANTE Y EL BIEN QUE SE PRETENDE ADQUIRIR POR PRESCRIPCIÓN”, del que se afirmó que no existe identidad entre el lote actual y el que se dice se empezó a poseer en el año 1999, no es así para lo que basta contrastar el inmueble pretendido e identificado con folio de matrícula inmobiliaria 001-268728 (Hechos 1º y 6º demanda de reconvención), siendo la ubicación e identificación la misma registrada en la promesa de compraventa celebrada el 21 de abril de 2005 (folio 14, demanda de reconvención).

La anterior concuerda con la descrita en el dictamen pericial obrante a folio 3 y siguientes del cuaderno N°6, y que fue verificada en diligencia de inspección judicial practicada el 11 de agosto de 2017.

Entonces, como lo dijimos líneas atrás al abordar el correspondiente presupuesto axiológico; *“... se tiene que el bien que se pretende usucapir se encuentra debidamente identificado e individualizado, tanto jurídica como materialmente, guardando plena correspondencia con el descrito en la demanda de reconvención y con el que es poseído por el demandado.”*.

En referencia al medio de defensa denominado “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, la que se basó en que el bien continúa siendo de propiedad del demandante primigenio, aparte del estudio de los presupuestos axiológicos ha de recordarse que la denominación del medio de defensa no corresponde con lo que se argumentó sobre la misma.

Sin embargo, en primer lugar, el reconvenido estaba llamado a resistir la pretensión, por cuanto es quien figura como titular del derecho de dominio, y así se desprende del numeral 5º del artículo 375 del C. G. del P.¹³, aunado que del artículo 2512 del C.C., el derecho se extingue por no haberse ejercido el derecho “*durante cierto lapso de tiempo*”, que en efecto fue la omisión del actor primigenio, mientras que el demandado y reconviniendo sí lo hizo, tal como se dejó en claro cuando líneas atrás se estudió el presupuesto axiológico pertinente, argumento con el que de paso se despacha el medio de defensa denominado “INOPONIBILIDAD”, puesto que el mismo se basó en ídem argumentos, es decir, en que no se dan los presupuestos para que la demandante pierda el derecho de dominio.

En lo que concierne a las defensas denominadas, “FALTA DE CAUSA Y OBJETO PARA PEDIR”, “IMPOSIBILIDAD JURÍDICA Y FÍSICA DE CUMPLIR LO PEDIDO”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO DEL DEMANDANTE”, e “IMPROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN”, nótese que todas ellas en su sustentación convergen en que según el reconvenido, en el reconviniendo no concurren los elementos axiológicos para la prescripción.

¹³ Sobre el Punto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Civil, ha dicho: “*Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)*”. M.P. NICOLAS BECHARA SIMANCAS. 14 de agosto de 1995. Referencia Expediente 4268.

Pues bien, contrario a ello, los presupuestos axiológicos posesión material del demandante, que la misma sea por el tiempo exigido legalmente, que hubiera sido ininterrumpida, y que el bien sea susceptible de adquirirse por prescripción, sí convergen y de ellos se hizo estudio, por lo que en aras de la motivación pero sin ser redundantes, nos remitimos a lo indicado en el acápite correspondiente.

Sobre el medio de defensa titulado “TEMERIDAD Y MALA FE”, lo que se mezcló con el interés jurídico del reconviniente, pues ni lo uno ni lo otro, pues se determinó que las súplicas reconventionales son serias y fundadas, la buena fe lo que es necesario es desvirtuarla pues ella se presume (artículo 83 C.P. y artículo 769 C.C.), además que en el señor GOMEZ la posesión inició con presunción de buena fe en los términos del inciso 2º del artículo 764 del C.C., independientemente que el título primigenio se hubiera resciliado, lo que incluso llevó a que se estudiara la usucapión extraordinaria. En ese sentido, tal medio de defensa está llamado al fracaso.

Ahora, el Curador *Ad Litem* de las personas indeterminadas, también propuso excepciones de mérito.

La primera fue “FALTA DE CAUSA Y OBJETO PARA PEDIR”, para lo que dijo que al demandante no le asiste derecho para pedir la prescripción. Contra ese argumento, la misma ley lo contradice, cuando en el artículo 2512 del C.C. deja en claro que tal figura “*es un modo de adquirir las cosas ajenas... por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales*”, exigencias que aquí concurren, tal como se ha explicado.

La segunda defensa de los indeterminados fue “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA”, donde si entendemos esta como que quien reclama un derecho sea su titular y el demandado sea el

llamado a contradecirlo, pues en el demandante confluyen los presupuestos axiológicos, tal como se ha analizado¹⁴, mientras que el demandado es el llamado a resistir según el numeral 5º del artículo 375 del C. G. del P., razones por la cual tal medio de defensa está llamado al fracaso.

Como conclusión parcial, ninguno de los medios de defensa analizados está llamado a prosperar.

CONCLUSIÓN:

Colofón de lo anterior, al no consolidarse los requisitos para declarar el mutuo disenso tácito contractual, en la medida que no bastaba que ambos contratantes incumplieran con las obligaciones derivadas del negocio, pues debió también satisfacerse que ninguno tenía la voluntad de continuar con el mismo, la decisión será de conformidad.

Respecto a la pretensión de reivindicación, al prosperar la reconvencción de usucapión, aquella no está llamada a prosperar, máxime cuando mediaba un contrato que legitimaba la posesión del demandado.

Así mismo, cuando se suscribió la promesa de compraventa en el año 2005, con ese hecho GOMEZ no mudó a la condición de tenedor, en la medida que en el último contrato se dejó por sentada la transferencia de la posesión, a lo que se suman los demás presupuestos axiológicos de la pretensión adquisitiva.

¹⁴ Refuerza tal idea reciente jurisprudencia, que indicó: “*En virtud de ello, afirmó que la prescripción tanto adquisitiva como extintiva podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, sus acreedores o cualquier persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella, según el inciso 2º del artículo 2513 del Código Civil, adicionado con el artículo 2º de la Ley 791 del 2002.*”. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-50652020 (50001310300120120043701), Diciembre 14 de 2020.

Así las cosas, se confirmará el fallo impugnado.

Finalmente, y en los términos del numeral 3º del artículo 365 del C. G. del P., se condena en costas a la parte recurrente, fijándose como agencias en derecho y en lo que a esta instancia corresponde, el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia calendada el 10 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, según lo motivado.

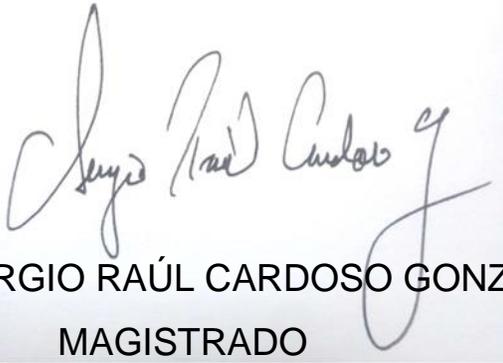
SEGUNDO: Se CONDENA en costas a la parte recurrente, fiándose como agencias en derecho y en lo que a esta instancia corresponde, el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: En firme ésta providencia vuelva el expediente al Despacho de origen.

Esta decisión se notifica por estados.



JOSÉ OMAR BOHÓRQUEZ VIDUEÑAS
MAGISTRADO



SERGIO RAÚL CARDOSO GONZÁLEZ
MAGISTRADO



MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ
MAGISTRADO