El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2ª Instancia -14 de marzo de 2018

Radicación Nro. : 2012-00252

Demandante: Aleyda Tabares Arboleda.

Demandado: Norma Valencia de López y otros

Proceso:                 Ordinario – Prescripción Extraordinaria Adquisitiva

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA / VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL / AVALÚO DE SEGUNDA PLANTA INMUEBLE / AVALÚO DEBE CORRESPONDER A LA FECHA EN QUE SE CUMPLE TÉRMINO DE POSESIÓN / VALOR SUPERIOR AL DETERMINADO PARA VIS / CONFIRMA / NIEGA /-**Para que un predio encuadre en este tipo de viviendas requiere que su avalúo, a la fecha de adquisición, equivalga a los smmlv que establezca para ese momento la ley que tenga definido el Plan Nacional de Desarrollo del Gobierno Nacional (Artículo 44 Ley 9/1989 derogado por el artículo 91, Ley 388), en cuyo contexto, la fecha de adquisición es aquella en la que haya operado el modo de usucapión, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la CSJ

(…)

Y de otra parte, porque el cálculo allí hecho corresponde a la segunda planta del inmueble, que aunque se dice coincidir con el cincuenta por ciento (50%) pretendido en prescripción, lo cierto es, que no necesariamente el segundo piso del predio corresponde a ese porcentaje, se trata de una unidad habitacional, que jamás ha sido desagregada o dividida por los medios jurídicos pertinentes y, por lo tanto, constituye un todo que debe ser valorado como tal.



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de segunda instancia - Civil

Tipo de proceso : Ordinario – Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio

 Demandante : Aleyda Tabares Arboleda

Demandado (s) : Norma Valencia de López y otros

Procedencia : Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 66001-31-13-003-2012-00252-02

Temas : Vivienda de interés social – Requisitos - Avalúo

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

En la ciudad de Pereira, Risaralda, hoy catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m), fecha y hora programadas en auto del 13-02-2018, para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 28-02-2017, el Magistrado Duberney Grisales Herrera, se declara constituido en Audiencia Pública, en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, Edder Jimmy Sánchez Calambás y Jaime Alberto Saraza Naranjo, conforme al artículo 327, CGP, en la sede donde habitualmente laboran en el Palacio de Justicia de la ciudad. Compareció la apoderada judicial de la parte demandante.

1. La síntesis de la apelación
	1. *Los reparos*. La parte actora, señaló que fueron probados los presupuestos para adquirir, el 50% del inmueble, a través de la usucapión y en lo relativo al avalúo dijo que debió tomarse como base el fijado en el dictamen pericial que corresponde a $35.000.000. En algunos apartes señala que el precio es correspondiente al del momento de presentación de la demanda.
	2. *La sustentación*. En la audiencia se dijo (…)
2. El resumen de la sentencia apelada

En su parte resolutiva: (i) Denegó las pretensiones; (ii) Ordenó levantar la cautela; y, se (iii) Abstuvo condenar en costas. Llegó a esa decisión, luego de examinar si se trataba de una vivienda interés social- En adelante VIS-, a la luz de: (i) Las normas pertinentes (Leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997); así como, de los datos para el año 2010 sobre: (i) El número de habitantes de esta localidad; y, (ii) El avalúo catastral del inmueble; empero, hecho el cálculo a partir de 120 salarios mínimos mensuales legales vigentes –En adelante smmlv- encontró que el avalúo era superior para catalogarlo en ese tipo de bienes y el tiempo probado era insuficiente para la prescripción extraordinaria del CC.

## la fundamentación jurídica para decidir

## La competencia en segundo grado. La tiene esta Sala para resolver el litigio al tener la calidad de superiora funcional del Despacho emisor del fallo apelado.

## Los presupuestos de validez y eficacia. Ningún reparo se advierte, con entidad suficiente para invalidar lo actuado; la demanda es idónea y las partes tienen aptitud jurídica para participar en el proceso.

* 1. Los presupuestos materiales. Esta revisión es oficiosa, por manera que con independencia de lo alegado por las partes, corresponde siempre analizar su concurrencia, así lo entiende la CSJ[[1]](#footnote-1), en criterio que acoge sin reparos este Tribunal[[2]](#footnote-2). La legitimación está cumplida en ambos extremos, tal como pasará a explicarse.

En tratándose de la pretensión de pertenencia, la legitimación por activa radica en cabeza de toda persona que pretenda haber adquirido el bien por el modo de la prescripción[[3]](#footnote-3)-[[4]](#footnote-4)-[[5]](#footnote-5), para el caso la extraordinaria, donde la actora se reputa poseedora (Artículo 407, numeral 1º, ibídem). En la parte demandada, deben figurar las personas titulares de algún derecho real principal sobre el bien (Artículo 407, numeral 5º, ibídem). En este evento lo son, acorde con el folio de MI No.290-34592, los señores Nelson Tabares (Anotación 9, folio 4, vuelto, cuaderno principal) y Norma Valencia de López (Anotación 23, folio 5) ambos en la condición de co-propietarios.

* 1. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe revocar, modificar o confirmar la sentencia desestimatoria, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, acorde con los argumentos esgrimidos en la apelación, por la parte actora?
	2. La resolución del problema jurídico planteado

Concretados por el marco argumental formulado en la alzada, en acatamiento del artículo 328, CGP, se examinará el asunto litigioso, con desarrollo de los precisos puntos cuestionados.

La declaración de dominio sobre un bien, por la ocurrencia del fenómeno de la prescripción adquisitiva se encuentra condicionada, para su buen suceso, a la prueba de sus presupuestos que, de manera tradicional y reiterada la doctrina de la CSJ (2017)[[6]](#footnote-6) ha hecho consistir en: (i) Que la cosa o derecho que se pretenda ganada por la prescripción, sea susceptible de adquirirse por ese modo[[7]](#footnote-7); (ii) Que el actor tenga posesión material sobre el bien; (iii) Que la posesión se haya cumplido por el tiempo exigido por la ley; y, (iv) Que la posesión haya tenido las características de pública e ininterrumpida.

La posesión material necesaria para configurar la prescripción adquisitiva, y tenida como elemento común de la ordinaria y extraordinaria, indudablemente es aquella a que alude el artículo 762 CC, entendida como la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño, que se pone de presente mediante la ejecución de actos a que solo da derecho el dominio, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión (Artículo 981, CC), que son los que evidencian el señorío de quien los ejecuta sobre el bien que recaen.

Consecuentemente, no son actos de posesión material para demostrar señorío en quien los ejerce, los omisivos o de mera facultad, y los de mera tolerancia, que ningún gravamen generan; entendiéndose por estos los que cada cual, puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro. La ejecución de actos de esta naturaleza carecen de entidad, por consiguiente para, dar fundamento a prescripción alguna en quien los ejecuta (Artículo 2520, CC).

Por supuesto, ha de entenderse que también debe haber una perfecta identidad entre el inmueble pretendido por el prescribiente y el que se dice poseído materialmente[[8]](#footnote-8), por ser precisamente los actos de posesión material ejercidos sobre el bien los que fundamentan la prescripción adquisitiva pretendida, que debe tener las características de señorío en quien los ejecuta, como ya se dejó dicho atrás.

Clasificada la prescripción adquisitiva en ordinaria y extraordinaria (Artículo 2527, CC), si bien los elementos antes enunciados, resultan comunes a ambas, los referentes a la naturaleza de la posesión y al tiempo requerido presentan algunas diferencias. Para este caso, se pide, la prescripción extraordinaria, pero especial con fundamento en las Leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997, relativa a los bienes catalogados como VIS, y que para adquirir es ineludible que hayan transcurrido más de cinco (5) años, desde la fecha en que se alega se entró en posesión.

Para que un predio encuadre en este tipo de viviendas requiere que su avalúo, a la fecha de adquisición, equivalga a los smmlv que establezca para ese momento la ley que tenga definido el Plan Nacional de Desarrollo del Gobierno Nacional (Artículo 44 Ley 9/1989 derogado por el artículo 91, Ley 388), en cuyo contexto, la fecha de adquisición es aquella en la que haya operado el modo de usucapión, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la CSJ[[9]](#footnote-9):

Esa comprensión de la usucapión, permite aseverar que cuando el artículo 44 de la Ley 9ª de 1989 consagró que son «viviendas de interés social todas aquellas soluciones de vivienda cuyo precio de adquisición o adjudicación sea o haya sido, en la fecha de su adquisición» (subrayas y negrillas no son del texto), equivalente a los salarios mínimos legales mensuales que el mismo precepto seguidamente señaló, en el evento de que la «adquisición» haya operado por el modo de la usucapión y, más exactamente, por la vía de la prescripción extraordinaria, ha de entenderse que ello tiene concreción con la consolidación de la señalada figura jurídica, esto es, al completarse el término de cinco años que fijó de manera muy especial el artículo 51 ibídem. Sublíneas propias.

Antes de verificar ese avalúo, no debe perderse de vista que, tal como lo ha recordado la citada Corporación, para que se pueda examinar la usucapión especial de VIS *(…) es necesario que acredite que el bien del cual se considera poseedor, tiene las características fijadas en la ley para estar comprendido dentro de esa especie de solución habitacional (…)[[10]](#footnote-10)”,* por lo que le competía a la actora, acreditar el cumplimiento de ese requisito.

En este asunto, según en la demanda y lo afirmado por los testigos presentados por la parte actora (Cuya valoración respecto de los actos posesorios, se hará más adelante de ser necesario), los cinco (5) años para que se consolidara la prescripción extraordinaria (Artículo 51, Ley 9 de 1989), comenzaron con el registro del remate que se cumplió el 08-08-2005 (Anotación 17, folio 4, vuelto) y, por lo tanto, transcurrieron hasta el 08-08-2010, así que el avalúo no podía exceder los ciento treinta y cinco (135) smlmv (Artículo 83, Ley 1151) o $69.525.000, porque, para ese año, estaba fijado en $515.000 (Decreto 5053 de 2009).

Refulge contundente, del certificado acercado en esta instancia, que el precio estimado catastralmente para el año 2010 era de $84.027.000 (Folio 20) y entonces, de ninguna manera, acorde con las anteriores premisas jurídicas, puede considerársele como VIS.

Ahora, considera la recurrente que la estimación del valor del inmueble, bien podría ser el fijado en el dictamen pericial recaudado en el proceso, pero ello es inviable, pues de una parte, esa experticia tasó el avalúo para el año 2013, no para el 2010 (Año en que se consolidó la usucapión).

Y de otra parte, porque el cálculo allí hecho corresponde a la segunda planta del inmueble, que aunque se dice coincidir con el cincuenta por ciento (50%) pretendido en prescripción, lo cierto es, que no necesariamente el segundo piso del predio corresponde a ese porcentaje, se trata de una unidad habitacional, que jamás ha sido desagregada o dividida por los medios jurídicos pertinentes y, por lo tanto, constituye un todo que debe ser valorado como tal. Además esa situación degeneraría en otro inconveniente para la actora, que ni siquiera se aborda por escapar a los límites de la alzada, referente a la perfecta identidad del bien como requisito para la prescripción, según la jurisprudencia de la CSJ y que se refiriera líneas atrás; ello por cuanto, una cosa es el porcentaje que se dice poseer y otra muy diferente la posesión de la segunda planta de la heredad.

Corolario de lo anterior, se estima incumplida la calidad de que se trata de una VIS, ya que aunque el avalúo por si solo no es la única característica para así catalogarlo, sí es uno de los aspectos que debe cumplir; en esas condiciones, resulta inane la revisión de los demás elementos axiológicos de la prescripción. En conclusión, insuficientes resultan los alegatos de la recurrente, como para salir airosos y por ello se impartirá confirmación a la decisión cuestionada.

Por último, amerita un comentario la afirmación de la sentencia reprochada, en torno a la improcedencia de revisar la usucapión de largo plazo. Más que una razón sustancial (Vigencia de la Ley 791), bastaría para abstenerse de emprender ese análisis, un argumento de cariz procesal, consistente en que la causa para pedir y las súplicas mismas, no se enderezaron por los cauces de tal figura, por ende, harto forzado sería acceder adentrarse en tales planteamientos, a riesgo de agraviar, derechos como el debido proceso y su derivado natural el derecho de defensa, caros al sistema procesal.

1. Las decisiones finales

Las premisas jurídicas ya enunciadas sirven para desechar la apelación y confirmar la decisión cuestionada, en razón a que las motivaciones aqu4í expuestas refuerzan la desestimatoria de las pretensiones de la demanda. Sin que haya lugar a condenar en costas a la parte demandante, pese a que ha fracasado en la alzada, por gozar de amparo de pobreza (Artículo 163, CPC).

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

F A L L A,

1. CONFIRMAR el fallo fechado el día 28-02-2017 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, R.
2. ABSTENERSE de condenar en costas a la parte demandante, por lo dicho en la parte motiva.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen, en firme esta providencia.

Esta decisión queda notificada en estrados. Las partes XXXXX. No siendo otro el objeto de la presente audiencia, a la hora de las XXX, se da por terminada.

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

 M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

DGH /DGD / 2018

1. CSJ. SC1182-2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. TSP, Civil-Familia. Sentencias del: (i) 03-05-2017; MP: Grisales H., Nos.2012-00269-01 y 2008-00653-01; (ii) 06-11-2014; MP: Arcila R., No.2012-00011-01; y, (iii) 19-12-2014; MP: Saraza N., No.2010-00059-02. [↑](#footnote-ref-2)
3. BEJARANO G, Ramiro. Procesos declarativos, 5ª edición, Bogotá DC, Temis, 2011, p.94. [↑](#footnote-ref-3)
4. VELÁSQUEZ G., Juan G. Los procesos civiles, comerciales y de familia, 6ª edición, Medellín, Señal editora, 2000, p.62. [↑](#footnote-ref-4)
5. ESCOBAR V. Édgar G. Prescripción y los procesos de pertenencia, 7ª edición, Medellín, Librería jurídica Sánchez Ltda, 2016, p.127. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ. Civil. SC19903-2017 [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ. Civil. Sentencia del 05-04-2006; MP: Villamil P., No.1996-04275-01. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ, Civil. Sentencia del 13-12-2006; MP: Munar C., No.2001-11627-01. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ, SC11641-2014 que reitera lo dicho en sentencias de (i) 12-04-2004; MP: Valencia C., No.7077; y (ii) 29-09-2010, No.1994-00949. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ, SC11641-2014. [↑](#footnote-ref-10)