

Pereira, mayo 2 de 2018

**SALVAMENTO DE VOTO**

Magistrado Ponente: Edder Jimmy Sánchez Calambás  
 Proceso: Pertenencia  
 Demandante: José Ancizar Herrera Posso  
 Demandada: Felipe Andrés Herrera y otros  
 Expediente No. 66001-31-03-003-2015-00294-01

1. A continuación expongo las razones por las que me aparté de la sentencia proferida por esta Sala, que confirmó la decisión de primera instancia, en la que se declaró que el señor José Ancizar Herrera Posso adquirió por prescripción extraordinaria el inmueble descrito en la demanda.

2. Ejerció el actor la acción de declaración de pertenencia o petitoria de dominio que consagra el artículo 375 del Código General del Proceso. De acuerdo con esa disposición y los preceptos que en el Código Civil regulan la prescripción adquisitiva de dominio, se requiere para la prosperidad de esa acción, la confluencia de los siguientes tres presupuestos: a) que verse sobre una cosa prescriptible legalmente; b) que sobre dicho bien se ejerza por quien pretende haber adquirido su dominio una posesión pacífica, pública e ininterrumpida y c) que dicha posesión se haya prolongado durante el tiempo previsto por el legislador.

El primero de tales requisitos se encuentra satisfecho en razón a que se alega la posesión sobre un inmueble, cuyo dominio constituye un derecho de naturaleza patrimonial y por ende, susceptible de adquirirse por usucapión. Sin embargo, considero que los demás presupuestos no se probaron, pues no se acreditó que el demandante lo hubiese poseído en forma inequívoca, pública y pacífica, sin reconocer dominio ajeno, por lo menos desde el 30 de junio de 2005,

ya que alegó una prescripción extraordinaria y la demanda se formuló el 1º de julio de 2015.

El artículo 762 del Código Civil define la posesión como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. Del contenido de tal disposición se desprende que son elementos esenciales de la posesión el corpus y el animus. El primero ha sido considerado el elemento material y que se traduce en el poder de hecho del hombre sobre la cosa. El segundo es elemento subjetivo, el comportarse como señor y dueño.

Es necesario empezar por decir que detentar la cosa no es suficiente para poseer en sentido jurídico, mientras de otro lado no se demuestre la intención de actuar como propietario. Cuando este último elemento no existe, es imposible tener como poseedor a quien solo ejerce un poder de hecho sobre el bien, por numerosos que sean los actos materiales que sobre él ejecute. La prueba sobre esa calidad resulta esencial, porque solo a partir de la fecha en que ocurre puede empezar a contarse el tiempo requerido para obtener el dominio de la cosa, por el fenómeno de la posesión material.

3. En la sentencia de la que me aparto, concluyeron la mayoría de mis compañeros, en relación con los testimonios escuchados a instancias del demandante, que *"se asentaron unos en su vecindad con el sector, por haber vivido allí por muchos años, conocedores de vista o trato al demandante, razón suficiente de su dicho; otros por haber intervenido directamente en la construcción de la vivienda a expensas del demandante; otro por ser el vigilante del sector más de 15 años, hace que sus aseveraciones sean merecedoras de credibilidad. Por supuesto que solo una persona conocedora de las partes y del predio puede dar cuenta de su composición, estado, así como destinación, como en efecto sucedió con los deponentes, lo que confirma su*

*cognición sobre los hechos materia de litigio. Dable es inferir entonces que la detentación con ánimo de señor y dueño principió hace tres décadas, pues la construcción de la vivienda, habitarla con su familia exclusivamente, pagar la vigilancia, pagar impuesto predial, estar presente en la diligencia de inspección judicial, son una clara manifestación de señorío, en virtud de lo cual se puede declarar la pertenencia”.*

No comparto esa conclusión, por las siguientes razones:

3.1 Dijeron los testigos: a) William Marín Alarcón, quien hizo los planos de la vivienda y supervisó la obra, contratado por el demandante, que la construcción se terminó en un año, entre 1987 y 1988; b) el señor Guillermo Valencia Molina, que el mismo actor lo contrató para instalar los vidrios en una obra recién hecha, hace como veintiocho años, es decir aproximadamente en 1989, teniendo en cuenta que declaró en marzo de 2017; c) Rubén Quenguan Granados que trabajó como oficial de construcción en la misma obra entre 1987 y 1988, durante catorce meses y fue quien terminó la edificación; d) Harby Daney Pantoja Moreno contó que trabajó durante ocho meses en la obra y e) Jesús Antonio López Alzate, que fue quien se ocupó de la parte eléctrica de la vivienda, en 1988 , más o menos.

Sin embargo, no se tuvo en cuenta en la sentencia, que como lo acreditan los documentos incorporados con la demanda, el accionante reconocía dominio ajeno para los años 1987 y 1988, precisamente aquella época a la que se refieren los aludidos deponentes, pues por sentencia del 11 de agosto de 1987, el Juzgado segundo Civil del Circuito aprobó el trabajo de partición que los interesados elaboraron, respecto de los bienes del causante Ángel Rafael Herrera, que incluye el lote de terreno en el que se edificó el inmueble a que se refieren los testigos, el que se adjudicó al demandante, a su hermano Benjamín y a su señora madre Faustina Posso de Herrera, y posteriormente, por escritura pública No. 3.796 del 8 de agosto de

1988, otorgada en la Notaría Primera del Circulo de Pereira, los señores Ancizar y Benjamín Herrera Posso vendieron a su mamá los derechos que sobre el mismo inmueble tenían.

No se analizó en la sentencia de este tribunal, si como comunero, durante aproximadamente un año, con su madre y hermano, el demandante dejó de reconocer esa calidad a los demás propietarios. Tampoco, cuándo dejó de reconocer como propietaria a su progenitora, a quien le vendió, junto con su hermano, los derechos sobre el bien.

Por tanto, para la fecha en que se construyó la vivienda, a pesar de que el actor fue quien contrató a las personas que se ocuparon de levantar la edificación y quien les pagaba, reconocía dominio ajeno y por tanto, esos testimonios, analizados en conjunto con las pruebas referidas, no logran demostrar la posesión alegada, por la fecha a que se hace mención.

3.2 Tampoco se probó con los demás testimonios, pues no acreditan cuándo dejó el actor de reconocer el derecho de dominio a su mamá, para así deducir la época en que empezó a ejercer la posesión.

De acuerdo con el artículo el 780 del Código Civil, si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esa posesión ha continuado hasta el momento en que se alega; si se ha poseído a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas y si alguien prueba haber poseído anteriormente y posee actualmente, se presume la posesión en el término intermedio. Sobre ese aspecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

*"Siendo la propiedad tan trascendente, toda mutación en la titularidad, y con mayor razón, cuando se edifica a partir de la posesión material, hecho que forja y penetra como derecho, apareja comprobar certera y límpidamente la concurrencia de los elementos axiológicos que la*

componen. De ahí, toda fluctuación o equivocidad, toda incertidumbre o vacilación en los medios de convicción para demostrarla, torna deleznable su declaración...

Si la posesión material, por lo tanto, es equívoca o ambigua, no puede fundar una declaración de pertenencia, con las consecuencias que semejante decisión comporta. Lo contrario llevaría a admitir que el ordenamiento jurídico permite alterar el derecho de dominio, así respecto de la relación posesoria medie cierta dosis de incertidumbre.

4.3. En ese orden, para hablar de desposesión del dueño y privación de su derecho, el contacto material de la cosa con quien pretende serlo, aduciendo real o presuntamente "animus domini rem sibi habendi"<sup>1</sup> requiere que sea cierto y claro, mayormente, si precede de un título precario, porque desde el punto de vista extrínseco, tanto el poseedor como el tenedor revelan sobre el bien un poder efectivo. La diferencia la hace, en palabras de esta Sala:

"(...) [el] frontal desconocimiento del derecho del dueño, mediante la realización de actos de explotación que ciertamente sean indicativos de tener la cosa para sí, o sea, sin reconocer dominio ajeno. En esta hipótesis, los actos de desconocimiento ejecutados por el original tenedor que ha transformado su título precario en poseedor, han de ser, como lo tiene sentado la doctrina, que contradigan, de manera abierta, franca e inequívoca, el derecho de dominio que sobre la cosa tenga o pueda tener el contendiente opositor, máxime que no se puede subestimar, que de conformidad con los artículos 777 y 780 del Código Civil, la existencia inicial de un título de mera tenencia considera que el tenedor ha seguido detentando la cosa en la misma forma precaria con que se inició en ella<sup>2</sup>"

<sup>1</sup> Ánimo de quedarse con la cosa

<sup>2</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 29 de abril de 2014, expediente 00771, reiterando fallos de 24 de junio de 2005 (expediente 0927) y de 20 de marzo de 2013 (expediente 00037).

La interversión del estatus jurídico, en consecuencia, necesita reflejarse en hechos de abierto rechazo al verdadero propietario. El tenedor debe abrogarse el señorío del cual carece y pasar a una actitud de total rebeldía contra el verus domini, en adelante como auténtico dueño, mediante el ejercicio de actos positivos propios del domino (artículo 981 del Código Civil), desconociendo y disputando el derecho frente a quien autorizó la tenencia.

...

4.5.2. Desde luego, la mutación debe ser inequívoca, porque de otra manera no puede inferirse el ánimos domini de quien procura detentar la cosa para sí, y no en nombre de otro, pues como la misma Corte lo tiene sentado: "(...) el que los testigos hubiesen calificado y tenido los actos del detentador como de posesión, es cuestión francamente irrelevante mientras éste, insístese, no hubiere intervertido su calidad de tenedor en la de poseedor, y, por supuesto, demostrada tal circunstancia (...)" (sentencia 016 de 22 de febrero de 2000)...<sup>3</sup>

En el proceso no existe prueba alguna de la que pueda deducirse con absoluta certeza que el demandante se haya rebelado contra la propietaria inscrita y hubiese empezado a poseer con ánimo de señor y dueño.

Esos otros deponentes, vecinos del accionante durante casi veinte años, dieron cuenta de la mera tenencia que ejerció sobre el inmueble, mas no de su ánimo de actuar como dueño.

En efecto, la señora Martha Lucia Castro de García dijo que el demandante ocupa el inmueble objeto de las pretensiones hace 29 o 30 años; sin embargo a esa vivienda solo entró en una oportunidad, cuando la esposa de aquel señor estuvo enferma y en otra, hasta el

---

<sup>3</sup> Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de diciembre de 2014, MP. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona, expediente 66001-31-03-005-2005-00037-01

garaje, sin indicar las fechas. Entonces cómo deducir de su declaración que se produjo la interversión del título y la fecha y determinar cuáles son los actos que le permiten decir que se comportaba como dueño?.

Sobre esos aspectos ni siquiera se le interrogó. Tampoco, siendo lo fundamental de la controversia, ni a ella, ni a los demás testigos, sobre quién es el poseedor del bien y sobre el tiempo de la posesión, asunto del que tampoco se preocuparon los apoderados de las partes.

John Villa Zapata dice que el actor vive como propietario porque él se lo dijo. Es pues un testigo de oídas que tampoco dio cuenta de actos posesorios ejecutados por el citado señor y aunque dijo que le ha hecho arreglos a la vivienda porque ha visto escombros afuera; otra cosa, sobre tal aspecto, dijo su también vecino desde hace diecinueve años, señor Edgar Deaza Criollo, quien relató que nunca ha visto escombros como de mejoras, y aunque lo ha visto vivir en el lugar, tampoco dio cuenta de los actos posesorios por el él ejercidos.

El señor José Rubiel Blandón Blandón, celador del sector hace quince años, también relató que en el inmueble vive el demandante con su familia desde entonces y es él quien le paga por su trabajo; sin embargo nunca ha entrado a la vivienda; se contradice con el testigo John Villa Zapata, pues dijo que ha visto que le hace arreglos porque veía que la pintaban y que sacaban escombros. Y la circunstancia de que le pague por sus servicios, es hecho de naturaleza equívoca, porque acto como ese lo puede ejecutar además de un poseedor, el mero tenedor interesado en la vigilancia del bien que ocupa.

Sobre las mejoras al inmueble se contradicen también algunos de los testigos citados con el señor Rubén Quenguan Granados, quien fue la persona que terminó la construcción de la vivienda en 1988 y quien dijo que hace un año regresó, es decir, en 2016, y la casa seguía igual.

El señor Rodrigo Antonio López afirmó que hizo unos trabajos en el inmueble y pintó la casa por dentro, en el año 1999 o 2000, por cuenta de Ancizar, pero nada más expreso sobre lo que era menester en esta causa, para deducir que fue poseedor durante el término previsto por la ley para adquirir por prescripción extraordinaria.

En conclusión, los testimonios referidos, analizados en forma individual o en conjunto, no permiten deducir el ánimo de señor y dueño en el demandante sobre el bien objeto de usucapión, pues para la época en que se construyó la casa reconoció dominio ajeno y se ignora cuándo y cómo dejó de hacerlo para convertirse en poseedor; además, se reitera, dejó de preguntarse a los testigos sobre los actos por él ejecutados que les permitieran inferir el elemento subjetivo de la posesión y la época en que lo fueron.

3.3 El actor se comprometió con la Secretaria de Hacienda del Municipio de Pereira el 31 de marzo de 2010, a cancelar el impuesto predial que adeudaba desde 2005 a 2009, como lo acredita la copia de la Resolución de Acuerdo de Pago No. 700-7143 que se aportó con la demanda. Ese puede ser considerado un acto de posesión, pero considero que no resulta suficiente para probarla porque debió demostrarse durante por lo menos diez años, es decir, desde el 30 de junio de 2005, pues como ya se indicara, se alegó una prescripción extraordinaria y la demanda se formuló el 1º de julio de 2015.

3.4 Tampoco la circunstancia de que se le haya encontrado en el inmueble cuando se practicó la inspección judicial, el 22 de marzo de 2017, acto en el que se limitó el juzgado a identificar el inmueble, pero no a establecer si el demandante lo ocupaba como propietario, y ante la ausencia de otras pruebas que demuestren la interversión del título y los actos posesorios por él ejecutados con ánimo de señor y dueño.



3.5 Con los testimonios que se escucharon a instancias de los demandados se pretendió demostrar que el actor no era poseedor del inmueble, y respecto de ellos se concluyó en la sentencia que no desvirtúan la posesión alegada. Más adelante se dijo que *"no permiten afirmar una detentación conjunta del inmueble, ni una ocupación solo de mera tenencia por parte del demandante"*. Respecto de algunos, sin citarlos, se indicó que *"se refirieron exclusivamente respecto de la construcción del inmueble, por allá en los años 1988-1990 y ello también fue el punto o centro de atención de la a quo al interrogarlos"*. Nada más se expresó en el fallo, en el que se dejó de tratar con el mismo rasero la prueba testimonial practicada a instancias de la actora, concretamente los dichos de las personas que también participaron en la construcción de la vivienda, en forma exclusiva, respecto de los cuales se estimó que sí demostraban la posesión.

En relación con los testimonios de las señoras María Elcira Pardo Vergara y Lucila Giraldo Ramírez, solo se indicó brevemente lo que dijeron en sus versiones, pero a mi juicio, no se valoraron sus dichos para concluir que no demostraban que el demandante fuera un mero tenedor.

4. Propuse que se ampliaran los testimonios oídos para interrogarlos como corresponde en un proceso de esta naturaleza, pero no tuve eco.

Atentamente,



Claudia María Arcila Ríos  
Magistrada

Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura

---

República de Colombia

