

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado ponente

SC1716-2018

Radicación n.º 76001-31-03-012-2008-00404-01

(Aprobado en sesión de veintiuno de noviembre de dos mil diecisiete)

Bogotá D. C., veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandada Nubi Ersi Jaramillo Bedón contra la sentencia proferida el 13 de febrero de 2015 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso ordinario instaurado por Lilia Patricia Jaramillo Bedón frente a la recurrente, quien formuló reconvención.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda inicial

1.1.1. **El *petitum*.** La actora solicitó el 28 de julio de 2008, declarar que es de su propiedad el predio ubicado en la carrera 82 #5-61, Urbanización Mayapan, III Etapa, de Cali, Valle, con matrícula inmobiliaria #370-70348; y condenar a la accionada a restituírselo.

1.1.2. **Causa petendi.** Enseguida se compendia:

a) Por compra a Pinsky y Asociados Limitada, adquirió el dominio del predio por escritura 1214 de 31 de marzo de 1980 de la Notaría Cuarta de Cali, inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y es su actual dueña.

b) Está desprovista de su posesión, porque, de mala fe, desde hace siete años la ostenta la contendiente, a quien *«(...) le permitió ocupar el inmueble por un tiempo, destruyendo el primer piso», entre otras cosas.*

1.1.3. **Contestación y oposición.** La convocada se opuso a las súplicas. Alegó no constarle algunos hechos, aclaró que el bien nunca ha sido poseído por la accionante y negó los restantes. Propuso la excepción de *«prescripción extintiva de la acción reivindicatoria».*

1.2. **Demanda de reconvención.**

1.2.1. **Petitum.** Nubi Ersi Jaramillo Bedón reconvino para obtener la declaración de pertenencia a su favor, por haber adquirido el inmueble, por prescripción extraordinaria.

1.2.2. **Causa petendi de la contrademanda.** Dijo ejercer posesión sobre la cosa, con ánimo de señora y dueña, en forma pacífica, pública e ininterrumpida a partir de marzo de 1980; desde entonces, ha ejecutado actos de

disposición, la ha ocupado con su familia, mejorado constantemente y explotado, ha pagado servicios públicos e impuestos desde 1981 y ha hecho obras que dan derecho al dominio¹.

1.2.3. **Réplica a la reconvención.** Lilia Patricia Jaramillo Bedón se opuso. De los hechos, solo admitió que el predio objeto de usucapión es el mismo pretendido en reivindicación; negó los restantes. Alegó que su hermana es tenedora por virtud de un comodato verbal. Las obras, mejoras y pagos de impuestos se realizaron con dineros suyos remitidos desde el exterior.

1.3. **Fallo de primer grado.** El 21 de abril de 2014 negó la reivindicación y accedió a la pertenencia. Según el *a-quo*, la razón estaba de lado de Nubi Ersi Jaramillo Bedón, la poseedora, no de Lilia Patricia Jaramillo Bedón, la propietaria teórica, pues los únicos testigos que refirieron los hechos alegados por ésta última, Alfonso Mosquera Bedón y Eva Antonia Jaramillo de Mateus, incurrieron en contradicciones respecto de la procedencia de los dineros aplicados a las mejoras.

En cambio, las demás pruebas acopiadas descubrían que la posesión ejercitada por Nubi Ersi Jaramillo Bedón, a partir de 1980, era propia, no en nombre de su hermana Lilia Patricia Jaramillo Bedón, cual lo declararon Yaneth Banguera Arredondo y Mery Izquierdo Miranda, entre otros.

¹ Folios 10-11 del cuaderno 2 del expediente.

1.4.1. Por virtud de la apelación, el 13 de febrero de 2015 el *ad quem* lo revocó al encontrar demostrada la posesión y, en su lugar: (i) desestimó la excepción de «*prescripción extintiva de la acción reivindicatoria*», (ii) negó las súplicas de la reconvención, (iii) accedió a la reivindicación, (iv) condenó a la demandada a restituir el predio.

1.4. **El fallo de segundo grado.** El Tribunal revocó la anterior decisión. En su lugar, negó la prescripción adquisitiva y acogió la acción de dominio.

Para el *ad-quem*, era “*tema pacífico*” la titularidad del dominio del predio controvertido en cabeza de Lilia Patricia Jaramillo Bedón, así como la posesión material de Nubi Ersi Jaramillo Bedón, en tanto, todo se reducía a establecer “*desde cuándo ha mutado la tenencia en posesión*”.

Esto, porque los distintos testimonios recaudados dieron a entender que la demandante en reivindicación no solo había permitido a su hermana “*vivir con su familia gratuitamente (comodato)*” en la casa, sino autorizado para realizar las mejoras, en beneficio de sus moradores.

De ahí, cuando la dueña del inmueble fue repelida, “*Antonio Casella, esposo de Nubia Ersi Jaramillo Bedón, al pedirle [a] Alfonso Mosquera Bedón, solucionar pacíficamente*

el problema, Casella le haya respondido que le den ciento veinte millones de pesos y que se iba”.

La interversión del título de tenencia en posesión, por tanto, ocurrió en el 2008, época en que Lilia Patricia Jaramillo Bedón, al ingresar con sus propias llaves al predio, luego de regresar del exterior, fue rechazada por los ocupantes, quienes procedieron a cambiar la chapa. Y en esta línea analítica remató, «(...) la posesión (...) únicamente vino a (...) ocurrir en enero de 2008, cuando Lilia Patricia fue repelida por (...) [Nubia Ersi y] su esposo y cambiada la chapa de la entrada, (...) [porque] doce o quince años antes como dicen los testigos (...) la demandada (...) a ciencia y paciencia de la demandante (...) constru[yó] la segunda planta (...), alentada por Lilia Patricia tal y como la misma Nubia Ersi lo declara»².

En ese orden, el Tribunal concluyó en el éxito de la reivindicación, porque el término de la posesión enfrentada era insuficiente para adquirir el dominio por el modo de la prescripción extraordinaria.

1.5. **El recurso de casación.** Se interpuso por la interpelada contrademandante y al sustentarlo formuló dos cargos, sin réplica de la otra parte. Se apoyó en el numeral primero del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte los resolverá en el orden propuesto.

² Folio 16 del cuaderno del tribunal.

2. CARGO PRIMERO

2.1. Denuncia la sentencia de violar, de manera indirecta, los artículos 762, por falta de aplicación, 946 y 950 del Código Civil, por aplicación indebida, como consecuencia de error de derecho al momento de apreciarse las pruebas constitutivas del título de dominio blandido.

Sostiene que con base en la copia de la escritura 1214 de 31 de marzo de 1980, de la Notaría Tercera de Cali, por la cual Pinski y Asociados Limitada le vendió a la demandante el predio involucrado, el Tribunal dijo que ésta era la propietaria del mismo.

Ese documento, dice la recurrente, es una copia simple. Al dar por acreditado ese presupuesto de la acción de dominio con un escrito carente de autenticidad, el *ad quem* transgredió los artículos 254 y 265 del Código de Procedimiento Civil, «(...) al valorar, más allá del mérito legal, las copias simples (...), pues les dio un valor (...) que la misma ley les niega. (...) [T]ratándose de la transferencia de dominio (...), debió aportarse la copia autenticada (...) y (...) la constancia que da cuenta de que dicho instrumento (...) fue inscrito en el registro inmobiliario (...)»³, por cuanto este último solo, no es suficiente para el efecto.

2.2. Solicita casar la sentencia y confirmar la del juzgado.

³ Folio 15 de este cuaderno.

CONSIDERACIONES

2.3. En la contestación de la demanda inicial, la interpelada no hizo reparo alguno al documento en cuestión. Por el contrario, ninguna duda le abrigó sobre la titularidad del dominio en cabeza de la demandante, su hermana, precisamente, como presupuesto para oponerle el tiempo de posesión material suficiente para prescribir, en apoyo de lo cual, igualmente, al formular la contrademanda, allegó el respectivo certificado de tradición.

2.4. La Corte, es cierto en el marco del C. de P. C., ha sostenido que las copias simples de documentos no tienen ningún valor probatorio, a menos que hayan cumplido los requisitos exigidos por el artículo 254 *ejúsdem*.

Esto es, *“autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada”*; o *“autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente”*; o *“compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa”*.

Sin embargo, se precisa, en la hora de ahora, la directriz jurisprudencial debe entenderse en un marco donde no exista certeza sobre la procedencia o el contenido del documento de que se trate, pero no cuando la conducta

procesal de los sujetos en contienda, tratándose de copias informales de documentos públicos, cejan la incertidumbre.

Con mayor razón, cuando respecto de los “*documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios*”, el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010, mediante el cual se modificó el inciso 4° del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, establece que “*se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación*”.

Las formalidades dichas, por lo tanto, resultan esenciales, respecto de copias simples, frente a la duda acerca del autor o del contenido del documento, sea público o privado, y dejan de serlo en caso contrario. En el sustrato, entonces, al tenor del artículo 252, inciso 1° del Código de Procedimiento Civil, lo importante es que el documento sea auténtico, cual ocurre “*cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado*”.

2.5. En ese orden de ideas, en el caso, el error de derecho probatorio denunciado, es inexistente, porque si para el Tribunal era “*tema pacífico*” todo lo asociado con el título y el modo del dominio, la conclusión, esto es, la calidad de auténticos de los documentos, la encontró en los mismos hechos manifestados en el expediente.

2.5.1. El cargo formulado, desde luego, contradice, *in radice*, la conducta desplegada por la demandada en reconvención, pues aceptó el valor probatorio de la escritura en copias simples cuando contestó la demanda, refrendado así “*el animus domini*” de la actora.

En efecto, en la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil (fls. 52-53) se cumplió sin que la demandada hiciera observación a la forma mediante la cual estaba revestida la prueba en cuestión. En el auto donde abrió a pruebas el proceso el *a quo* admitió «(...) como prueba los documentos aportados con la demanda, para ser valorados en su debida oportunidad»⁴; decisión frente a la cual la oponente guardó hermético silencio, nada objetó sobre el particular.

En el fallo el juez del conocimiento apuntó: El «(...) certificado de tradición del folio de matrícula inmobiliaria No 370-70348 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, la escritura (...) 1214 del día 31 de marzo de 1980 otorgada en la Notaría Cuarta (...) de Cali y el certificado del avalúo catastral (...) señalan, sin lugar a duda, que ha sido (...) Lilia Patricia Jaramillo Bedón la titular del derecho de dominio del citado inmueble y por ende, está legitimada para demandar la reivindicación del mismo y a ello debería accederse si la demandada (...) no se hubiera opuesto a tal pretensión (...)»⁵.

La decisión de primer grado sentenció declarando la pertenencia, no por la ausencia de la prueba del derecho de dominio, sino por la prosperidad de la declaración de

⁴ Folios 54 a 57 del cuaderno 1 del expediente.

⁵ Folio 121 del cuaderno 1 del expediente.

prescripción adquisitiva. Finalmente en los alegatos de que trata el artículo 360 *ibídem*, tampoco controversió la calidad jurídica de la prueba en cuestión.

2.5.2. La escritura pública de la compraventa inmobiliaria es la expresión del título y el certificado de su inscripción es paso demostrativo de la tradición, como modo. Este se aportó, además, por la misma recurrente, publicitando así la inscripción de la escritura tachada de inauténtica, exhibiendo en él la cadena traditiva en los términos de ley, sin objeción desde su postura procesal.

Es más, por auto de 6 de agosto de 2006 se ordenó allegarlo actualizado cuando se inadmitió la demanda inicial. El extremo actor cumplió la orden, procediendo a admitirse el libelo el 22 de agosto siguiente; luego deviene verdadero, genuino, cierto, fidedigno y legítimo que el respectivo título se registró, concurriendo la causa y la consecuencia, el título y el modo en cabeza de la reivindicante, todo esto corroborado cuando la misma contrademandante, ahora recurrente, se repite, lo aportó con su pretensión prescriptiva para acreditar la titularidad de derechos reales.

2.5.3. El artículo 26 de la Ley 794 de 2003, luego el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010 y finalmente el artículo 244 del Código General del Proceso, progresivamente han zanjado la cuestión, pues con fundamento en el artículo 83 de la Constitución Política, se impone el asentamiento paulatino, pero vigoroso, con venero en la buena fe como

principio rector de las actuaciones judiciales en pro del derecho sustancial y de la desmitificación del rigor procesal, otorgar igual valor probatorio a las pruebas documentales en copias simples u originales, para no incurrir en yerro probatorio o en defecto procedimental.

La tendencia dicha se erige en medio e instrumento para proteger los derechos, principios y valores constitucionales, así como para no confundir el carácter de auténtico del respectivo documento, con el efecto o el valor demostrativo que de esa autenticidad del medio se deriva.

Por esto, esta Corte, en un caso, un tanto análogo al presente, en relación con la nota de registro en el instrumento público, *mutatis mutandis*, en lo pertinente, adoctrinó, reiterando una doctrina en punta de la centuria:

“Y así resulta, porque si bien el dominio es asunto a cuya demostración debe concurrir tanto el título de adquisición como la prueba de que fue inscrito en el registro competente, esto es, la escritura pública y la nota de registro, tesis que a propósito es la expuesta por la Corte en la sentencia a que alude el impugnador, ello no traduce desde ningún punto de vista, como lo pretende hacer ver el impugnador, que la dicha constancia deba aparecer indefectiblemente en el título, desde luego que una carencia de tenor semejante jamás podría conducir a sostener que la tradición no haya operado, si es que, de otra parte, como lo ha puntualizado también esta Corporación, “hay evidencia de que de ella ya se tomó nota en el registro inmobiliario, y así aparece en el documento idóneo para ello como es el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos” (G.J. t. CCXXXVII, sent. de 2 de octubre de 1995, exp. 4493, pág. 937).

En otra oportunidad dijo al caso la Corte:

"Es evidente que la copia escrituraria mencionada no ostenta la respectiva diligencia donde conste su inscripción en la Oficina de Registro, pero la parte actora trajo a los autos en su oportunidad el certificado expedido por el Registrador del Circuito respectivo donde se deja clara constancia de que la escritura hipotecaria (...) fue inscrita en aquella oficina (...). Y esta Corte, en su sentencia de casación de 31 de marzo de 1919 previó ya este caso cuando dijo: 'Si bien el artículo 2669 del Código Civil previene que la nota de registro se ponga al pie del título, de ahí no se sigue que encaso de omitirse por cualquier causa esta formalidad, esté vedado obtener en otra ocasión y por otro camino el certificado del Registrador. Como acto de tradición lo esencial es el registro, y como prueba el testimonio oficial y escrito del Registrador'" (LVI, p. 142).

"Entonces, si, como aquí, ninguna de las escrituras arrimadas al proceso cuenta con la anotación en el registro, pero, en todo caso, tanto la 1427 de 30 de abril de 1990 corrida en (...) , en virtud de la cual el demandante adquirió el dominio del bien reivindicado, como la otra, la 2068 de 3 de diciembre de 1986, por la que su tradente lo hubo a su vez (...) figuran cabalmente inscritas, cual en últimas lo acepta el impugnador, el ataque carece de asidero"⁶.

2.6. El error de derecho denunciado, en consecuencia, resulta infundado.

3. CARGO SEGUNDO

Acusa el fallo de infringir, por vía indirecta, los artículos 769, 2518 del Código Civil, por falta de aplicación; 775 y 946 del mismo estatuto, por aplicación indebida, como consecuencia de errores de hecho probatorios.

3.3.1. Según la recurrente, el fallador atribuyó plena

⁶ CSJ. Casación Civil. Sentencia 229 de 15 de septiembre de 2005, expediente 19078.

credibilidad a lo testificado por Eva Antonia Jaramillo de Mateus y Alfonso Mosquera Bedón, hermanos de las partes; pero «(...) su argumentación [la hizo] con abstracción de lo (...) demostrado [por ellos] (...)»⁷, pues concluyó que la demandada poseyó solo a partir de finales de enero de 2008, cuando repelió a la promotora; y que entre aquella, como comodataria, y ésta, como comodante, existió un contrato de comodato, pese a no haber prueba que así lo establezca, porque esos deponentes no refieren la existencia de un pacto de la apuntada especie. Solo relatan «(...) hechos que a ellos, en su intimidad y de forma personalísima, les consta (...) pero (...) [su] dicho [no] se presta para (...) [inferir] la calidad de tenedora de Nubia Ersi (...)»⁸. Como no podía deducir posesión solo desde 2008, el juez de segundo grado erró al ver «(...) los testimonios (...) [de] Jaramillo de Mateus y Mosquera Bedón»⁹.

3.3.2. No vio (i) «(...) los demás testimonios o la documental»¹⁰, indicativos de que la accionada entró en posesión en 1980 para solucionar su vivienda y la de su familia, donde plantó mejoras, de las cuales la actora era sabedora; (ii) ni que ésta confesó, en el hecho quinto de la demanda y en la subsanación, «(...) que Nubia (...) entró en posesión “desde hace siete años” (...)» y que «(...) entró en posesión desde 1998 (...) [al pretender] “(...) frutos (...) desde (...) 12 años (septiembre de 1998)”»¹¹.

3.3.3. Ignoró «(...) todos los medios de prueba (...)»

⁷ Folio 21 de este cuaderno.

⁸ Folio 22 de este cuaderno.

⁹ Folio 23 de este cuaderno.

¹⁰ Folio 22 de este cuaderno.

¹¹ Folio 23 de este cuaderno.

indicativos «(...) de la posesión ejercida por Nubia (...), la fecha en que dicha situación (...) inició y la publicidad, pacificidad y continuidad de la misma (...) que se extraen de la declaración de (...) Nubia (...) en donde manifiesta que entró en posesión desde abril de 1980, que fue su hermana, la demandante (...), la que le entregó las llaves (...)»¹². Concluyó lo contrario de lo declarado «(...) por Víctor Raúl Sánchez Valderuten quien manifestó que la construcción (...) atribuible a Nubia (...) se inició (...) hace doce años (...) [lo] que coincide con el dicho de Martha Alcira Rengifo quien ubica (...) la iniciación de la construcción (...) del segundo piso en la misma época»¹³.

3.4. CONSIDERACIONES

3.4.1. Más allá de la controversia entre dos de los juristas más célebres del siglo XIX, frente a la posesión; dos tendencias se han contrapuesto para definir los problemas de subsunción normativa en los hechos, especialmente, en relación al elemento inmaterial, el *ánimus*. En efecto, la doctrina jurídica decimonónica ha destacado dos escuelas: la subjetiva y objetiva.

En un extremo, Friedrich Karl Von Savigny (1779 y 1861), fundador de la Escuela Histórica alemana, en cuyas obras principales, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (Historia del derecho romano en la Edad Media (1815-1831), *System des heutigen römischen Rechts* (Sistema del derecho romano actual), y en otras, apostó claramente por la teoría subjetivista de la posesión, según la cual sin *animus domini* no hay posesión, pues sólo

¹² Folio 24 de este cuaderno.

¹³ Folio 24 de este cuaderno.

existiría un mero tenedor sin la concurrencia de los elementos intelectivos. Además de mediar una relación consciente de la persona con la cosa, es necesario que esta tenga la intención de poseerla como dueña y señora, atribuyéndole a la voluntad del sujeto, el elemento fundamental para que se configure la posesión.

En el otro polo, ulteriormente, Rudolph Von Ihering (1818-1892), defensor del derecho como un producto social, la posesión se defiende desde la Teoría objetiva, en cuanto “(...) todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha (...)”¹⁴, de modo que en forma preeminente, es un poder de hecho, es ejercicio de la tenencia material de la cosa, como exteriorización del elemento posesorio para satisfacer una necesidad o un interés. Esta es, la tesis vertida en *La teoría de la posesión*¹⁵, para disidir con vigor de Savigny, y rectificar a la Escuela histórica, separándose, también de Kant.

Para el maestro de la dogmática pandectista, basta con la existencia de una relación material de la persona con la cosa, salvo en el caso de que la ley le atribuya el carácter de mera tenencia¹⁶. En su concepción, el elemento

¹⁴ IHERING, Rudolph Von. *La lucha por el derecho*. Traduc. de Adolfo Posada, edición especial. Buenos Aires, Heliasta, 1974, p. 8.

¹⁵ IHERING, Rudolph Von. *Teoría de la posesión*. Traduc. de Adolfo Posada, 2da. edición. Madrid: Reus, 2004, 224 p.

¹⁶ Ihering, sintetiza en una fórmula matemática ambas controversias. Así, efectúa la siguiente notación algebraica: posesión X, tenencia Y, *ánimus* A, *corpus* C, para designar los elementos comunes de una y otra teoría; y, particularmente, & para representar el elemento adicional propuesto por la teoría subjetiva para que la simple tenencia se convierta en posesión, y N para simbolizar la disposición de la ley que, según la teoría jurídica, niega a la relación jurídica el carácter de posesión y la convierte en mera tenencia. De este modo, la fórmula para la teoría subjetiva

determinante de la posesión, es el *corpus*, como manifestación exterior de la voluntad.

No obstante, esta Corte, con apoyo en el Código Civil napoleónico, desde sus inicios a hoy, se ha superpuesto coherentemente para despuntar esa vieja, pero, siempre actual polémica, conjugando, como requisitos concurrentes para edificar la posesión, como fuente para la adquisición del derecho de dominio, la fusión intrínseca del elemento subjetivo, el *ánimus*, con el elemento externo, el *corpus*.

La presencia de estos elementos, en quien se predica poseedor con ánimo de señor y dueño, es precisamente, el elemento que ideológicamente diferencia esta institución de los diferentes títulos de tenencia que se asientan en el sistema jurídico, como el arrendamiento, el comodato, la anticresis y la retención, entre otros.

El elemento subjetivo en la relación posesoria implica la convicción o ánimo de señor y dueño de ser propietario del bien, desconociendo dominio ajeno; el siguiente, el *corpus*, –elemento externo– conlleva ocupar la cosa, lo que se traduce en su explotación económica. Estos dos específicos requisitos, en particular el inicial, cuya base sustancial la constituye el artículo 762 del Código Civil, a cuyo tenor «[l]a posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño», son los que diferencian el instituto en

sería: X= A+&+C; Y= A+C, y, en el caso, de la teoría objetiva: X= A+C; Y= A+C-N. TRUJILLO, Juan. *Lecciones de Derecho Romano comparado con la legislación civil y procesal colombiana*. Bogotá: Imprenta de la Luz, 1938, p. 127.

cuestión, de la mera tenencia, o sea, «(...) la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (...), como el «(...) acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación (...), calidad que «(...) se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno», según las voces del artículo 775 *ibídem*, pues mientras en ésta solo externamente se está en relación con la cosa, en la posesión a ese vínculo material es menester añadir la voluntad de comportarse ante propios y extraños como dueño. Es decir, la distinción entre la una y la otra gira en el ánimo o conducta reclamada en cada situación.

A este respecto la Sala tiene dicho:

«(...) es evidente que el Código Civil “destaca y relleva en la posesión no solo la relación de hecho de la persona con la cosa, sino un elemento intelectual o psicológico. Así, mediante el artículo 762 establece que ‘la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño’, con lo cual reclama para su tipificación la concurrencia de dos elementos con fisonomía propia e independiente: el corpus, o sea el elemento material u objetivo; y el animus, elemento intencional o subjetivo. ... Según la teoría subjetiva o clásica, que fue la acogida en el punto por los redactores de nuestro estatuto civil, de los dos elementos que la integran es el animus el característico y relevante de la posesión y por tanto el que tiene la virtud de trocar en posesión la mera tenencia. Para que ésta exista es bastante la detentación material; aquélla, en cambio, exige no sólo la tenencia sino el ánimo de tener para sí la cosa” (G. J., t. CLXVI, pag. 50)»¹⁷.

El Tribunal, precisamente, hasta el 2007, halló en la demandada principal y reconviniente, hechos configurantes de un comodato.

¹⁷ CSJ SC. Sentencia SC #064 de 21 de junio de 2007, Radicación #7892.

Según la disposición 2200 del Código Civil, el comodato o préstamo de uso es “(...) *un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble, o raíz para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso*”. Agrega el precepto, “*Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa*”.

Entre las características esenciales (art. 1501 C.C.) que, según la norma pretranscrita, delimitan la institución, y la identifican como una relación jurídica de tenencia, se hallan las de corresponder a un negocio real, porque no se perfecciona sino por virtud de la entrega (no tanto la tradición, en sentido técnico)¹⁸ de la cosa sobre la cual versa (arts. 1500 y 2200 C.C), carácter que se explica por cuanto la obligación fundamental, consiste en la restitución de la cosa por parte del comodatario al comodante; es, asimismo, una convención sustancialmente gratuita o de beneficencia (arts. 1497 y 2200 C.C.), cuyo objeto es la utilidad de una de las partes, el prestatario o comodatario; se trata de un acto jurídico de naturaleza unilateral, en principio, porque sólo genera una obligación que grava a uno de los contratantes, esto es, la obligación de restituir la cosa, radicada en cabeza del comodatario; es un contrato

¹⁸ Los autores, colombianos y chilenos por igual, coinciden en que la voz “*tradición*”, empleada en el segundo párrafo del artículo 2200 del Código Civil -cuya redacción es sustancialmente idéntica a la traída en el 2174 del Código chileno- se halla impropriamente utilizada. Cfr. **entre nosotros**: VÉLEZ, Fernando. *Estudio Sobre el Derecho Civil Colombiano. Tomo VIII*. Pág. 202; SALAMANCA, Hernán. *Derecho Civil. Curso IV. Contratos*. 1970. Págs. 272-273; VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. Tomo IV. De los Contratos*. 1980. Pág. 352. **En Chile**, véase: ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo/SOMARRIVA UNDURRUGA, Manuel. *Derecho Civil. Tomo IV. Fuentes de las Obligaciones*. 1942. Págs. 571-572.

principal, en la medida que “*no requiere de algún otro para nacer a la vida jurídica*”¹⁹; y, finalmente, es convenio nominado y típico, pues tiene enunciación y regulación legal²⁰.

Del mismo modo, la regla 2201 *ejúsdem* puntualiza la conservación del derecho de dominio en cabeza del *commodator* (prestante), puesto que únicamente se despoja de su ejercicio en lo relacionado con los fines del *commodatum*, cuando señala: “*El comodante conserva sobre la cosa prestada todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario*”. Por esencia no transmite el derecho de dominio, por tal razón una de las obligaciones principales del comodatario es restituir la cosa a la expiración por causa legal, convencional o en caso de necesidad del comodante, sin soslayar, que la restitución, es una auténtica obligación de resultados. De tal manera que mientras persista esa relación de benevolencia, será siempre el comodatario un mero tenedor, obligado a restituir la cosa en las circunstancias anotadas. Si el contrato es gratuito en su esencialidad, no oneroso; no puede mutarse en el interregno de su existencia y vigencia, en perjuicio del comodante la relación de tenencia en posesión material a favor del comodatario, en contra del benovelente, desbordando el régimen propio del comodato y de la equidad.

¹⁹ CSJ. SC. Sentencia del 4 de agosto de 2008.

²⁰ La explicación de los elementos esenciales del contrato de comodato, que hoy se reitera, previsto en los artículos 2200 y siguientes del Código Civil, han sido ya abordados en la sentencia de casación del 4 de agosto de 2008.

Fluye de las disposiciones contenidas en la norma en cita, sustancialmente idénticas a las consignadas en los artículos 2176 del Código chileno y, con ligeras variaciones, en los cánones 1877 del *Code* francés y 1741 del Código Civil de España, que por la celebración del aludido negocio no hay ni puede existir, en línea de principio y salvo contadas excepciones, desplazamiento de la propiedad, ni de la posesión, en el sentido auténtico de la palabra, de tal manera, que el comodatario no deviene más que tenedor y, a su turno, es el comodante quien conserva la posesión, que ejercita por intermedio del comodatario (art. 786 C.C.).

La razón de ello es elemental: la calidad de comodatario, apareja un título –como enseña el genial Nicasio Anzola²¹– el reconocimiento del derecho de otro, quien posee, no *sibi* (*para sí*), sino *allí* (*para otros o para aquél*), en y para el comodante, mientras persista esa relación o no la interverse abierta y activamente, superando los actos de mera tolerancia. Por consiguiente, jamás podrá prescribir la cosa recibida en préstamo, porque no se cumple la premisa, *animus rem sibi habendi*.

Tal es la conclusión a la que han llegado, desde hace décadas, los comentaristas²² y, más recientemente aunque con alguna vaguedad, la jurisprudencia patria²³.

²¹ ANZOLA, Nicasio. *Lecciones Elementales de Derecho Civil. Curso Tercero. De los Contratos*. 1918. Pág. 279

²² Entre otros, consúltese, en su orden cronológico: VÉLEZ, Fernando. *Estudio Sobre el Derecho Civil Colombiano. Tomo VIII*. Pág. 204; ANZOLA, Nicasio. *Lecciones Elementales de Derecho Civil. Curso Tercero. De los Contratos*. 1918. Pág. 279; SALAMANCA, Hernán. *Derecho Civil. Curso IV. Contratos*. 1970. Págs. 272-273; VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. Tomo IV. De los Contratos*. 1980. Pág. 352.

²³ CSJ. SC. Sentencias del 4 de agosto de 2008 y del 20 de abril de 2016.

Igual tendencia se observa entre los más acreditados autores franceses, entre los que se cuentan: Frédéric Mourlon, Ambroise Colin, Henri Capitant, Louis Josserand y León Julliot De La Morándiere²⁴, así como la propia *Cour de Cassation*²⁵; también en España²⁶ y Chile²⁷.

3.4.2. En la anterior dirección conceptual, el juzgador, fundado en «(...) todos los testigos (...)»²⁸, dio por establecido que la contendiente y su familia ocupaban el predio desde 1980, cuando la accionante lo compró; pero advirtió que para hablar de posesión era menester acreditar que aquélla lo detentara con ánimo de señora y dueña.

Para establecer esta última situación –el *ánimus*–, se valió de lo testificado por Eva Antonia Jaramillo de Mateus y Alfonso Mosquera Bedón, hermanos de las partes, porque, como el proceso envolvía «(...) un lío familiar (...)», ellos, más que nadie, eran los indicados para explicar cómo se desenvolvían las relaciones de la demandante con la convocada, hermanas entre sí. A partir de tales «(...)

²⁴ Cfr. MOURLON, Frédéric M. *Répétitions Écrites sur le Code Civil. Tomo III.* 1883. Págs. 422-423; COLIN, Ambroise/CAPITANT, Henri. *Cours Elementaire de Droit Civil Francais. Tomo II.* 1924; JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. Tomo II. Vol. II. Contratos.* Traducción de Santiago Chunchillos y Manterola. 1951. Pág. 266; DE LA MORANDIÈRE, León Julliot. *Droit Civil. Tome III.* 1967. Pág. 185.

²⁵ Sentencia del 5 de julio de 1960.

²⁶ Véase, **en doctrina**: FERRANDIS VILELLA, José. En la obra: ENNECERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones. Tomo II.* Pág. 404; y BASOZABAL ARRUE, Xavier. *Comentarios al Contrato de Comodato.* En: DOMINGUEZ LUELMO, Andrés. *Comentarios al Código Civil.* 2010. Pág. 1885. **En jurisprudencia**: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 1983 y 30 de junio de 1953.

²⁷ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo/SOMARRIVA UNDURRUGA, Manuel. *Derecho Civil. Tomo IV. Fuentes de las Obligaciones.* 1942. Págs. 571-572. La Corte Suprema chilena ha seguido, hasta la fecha, idéntico orientamiento: Cfr. Sentencia del 19 de diciembre de 2012.

²⁸ Folio 16 del cuaderno del tribunal.

*testimonios (...)*²⁹ vio que para las partes el predio era de aquélla, y que fue ella, quien le permitió a ésta no solo vivir allí «(...) *con su familia gratuitamente (...)*», lo cual constituía, sin duda, un comodato, en los términos del artículo 2200 del Código Civil; sino también mejorarlo para que lo aprovecharan. Tanto así que al interrogársele si le exigió a su demandante el traspaso del bien, la demandada contestó que ella le decía que cuando volviera arreglaban y, que *cuándo le contaba de los arreglos que había hecho a la casa*, Lilia Patricia la alentaba diciéndole que era muy bueno lo que hacía.

Y aunque «(...) *algunos testigos (...)*» vieron a la oponente pagar impuestos, lo cierto es que Eva Antonia Jaramillo de Mateus y Alfonso Mosquera Bedón, hermanos de las partes, declararon que la gestora era quien le «(...) *giraba dinero (...)* para esos menesteres (...) [y] para otros emprendimientos de Nubia Ersi y sus hijos (...)», lo cual indica que Lilia Patricia beneficiaba a «(...) *sus hermanos y sobrinos (...), pero bajo la (...)* conciencia (...)» de que el predio seguía siendo suyo. Y así fue hasta enero de 2008 cuando la opositora y «(...) *su esposo Antonio Casella (...)*» la repelieron abiertamente, «(...) **momento en el cual ocurrió la interversión del título de tenedora a poseedora (...)**», porque en esa ocasión, cuando volvió de Estados Unidos de América, la promotora «(...) *llegó a su casa (...)[,] entró con sus propias llaves (...)*», y solo después «(...) *fue cambiada la chapa*»³⁰.

²⁹ Folio 16 del cuaderno del tribunal.

³⁰ Folio 16 del cuaderno del tribunal.

Por ello, Eva Antonia declaró que el culpable de los hechos había sido Antonio Casella, pues la accionada «(...) *jamás se había portado mal con su hermana Lilia porque ella la quería mucho lo mismo que a sus hijos (sobrinos de Lilia) a quienes los había ayudado*»³¹. De ese modo, cuando repelieron a la actora, al pedirle a Alfonso Mosquera Bedón que solucionara en forma pacífica el problema, «(...) *Antonio Casella, esposo de Nubia Ersi (...) le (...) [respondió que si les daba] ciento veinte millones de pesos (...) se iba (...)*»³².

Por lo anterior, insistió, la posesión ocurrió únicamente en enero de 2008, cuando la accionante fue repelida por la contendiente y su esposo y cambiada la chapa de la entrada al predio, ya que «(...) *doce o quince años antes (...)*», como lo dijeron los testigos, «(...) *la demandada (...) a ciencia y paciencia de la demandante (...)*» construyó el segundo piso, «(...) *alentada por Lilia Patricia (...)*»³³, como la misma Nubia Ersi lo declaró.

3.4.3. Si el comodato o préstamo de uso, a voces del artículo 2200 del Código Civil, «(...) *es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso*», si la prueba en la cual se apoyó, o sea, lo declarado por Eva Antonia Jaramillo de Mateus, Alfonso Mosquera Bedón, hermanos de las partes, y la propia convocada, en sana lógica, permiten asegurar que la

³¹ Folio 16 del cuaderno del tribunal.

³² Folio 16 del cuaderno del tribunal.

³³ Folio 16 del cuaderno del tribunal.

convocante, actuando como su benefactora, *entregó a aquélla, gratuitamente, el inmueble de que tratan los autos, para que con su familia lo usaran, con cargo de restituirlo*, el sentenciador no pudo cometer yerro fáctico, con las características de manifiesto y trascendente, al asegurar, afincado en tales elementos de juicio, que desde 1980, cuando la demandante lo compró, hasta enero de 2008, cuando ésta fue repudiada, la demandada ocupó la cosa como mera tenedora, por virtud del contrato de comodato que a partir de los hechos así establecidos consideró configurado (art. 2200, C. C.), y que solo en esta última fecha fue que ella mutó esa condición por la de poseedora, cuando cambió las guardas, impidiendo así el ingreso de la gestora.

Desde luego, hechos como pagar los impuestos de la cosa con recursos girados por la promotora a la oponente, levantar por ésta mejoras con la aquiescencia de aquélla, aspirar y tener la convicción de que la propietaria se las reconocería, condicionar la devolución de la misma al pago de una determinada suma de dinero y tener la dueña llaves que le permitían el acceso directo al predio, sin permiso ni consentimiento de nadie, demuestran, irrefragablemente, reconocimiento de dominio ajeno. La opositora siempre admitió, por lo menos, hasta enero de 2008, que la actora era la dueña de la heredad y solo esperaba, en últimas, el reconocimiento y pago, por parte de ella, de las mejoras allí levantadas; y todo ello desvirtuó, a la par, el *ánimus*, de diciembre de 2007 hacia atrás, requerido en acciones

judiciales como las involucradas en este pleito, cual presupuesto *sine qua non* de la posesión, tanto en la reivindicación como en la declaración de pertenencia.

Al punto la Corte tiene dicho:

«(...) [La] posesión no se configura jurídicamente con los simples actos materiales o mera tenencia que percibieron los declarantes como hecho externo o corpus aprehensible por los sentidos sino que requiere esencialmente la intención de ser dueño, animus domini –o de hacerse dueño, animus rem sibi habendi–, elemento intrínseco que escapa a la percepción de los sentidos. Claro está que ese elemento interno o acto volitivo, intencional, se puede presumir ante la existencia de los hechos externos que son su indicio, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario (...)»³⁴.

3.4.4. La recurrente acusa al Tribunal de argumentar *«(...) con abstracción de lo (...) demostrado (...)»³⁵* por los testigos Eva Antonia Jaramillo de Mateus y Alfonso Mosquera Bedón y de dar por probado un comodato, pese a no haber prueba de ello, porque éstos no lo refirieron.

Empero, no confronta³⁶ la materialidad que brota de tales declaraciones con lo que de ellas extrajo el fallo. Solo a partir del respectivo paralelo era posible establecer si el dislate atribuido se consumó o no. Insuficientemente afirma la imposibilidad de inferir de tales versiones *«(...) la calidad de tenedora de Nubia Ersi (...)»³⁷*; no obstante, sin probar, ni poner en descubierto, la contraevidencia o el yerro mayúsculo

³⁴ CSJ SC. Sentencia SC G. J., t. LXXXIII, páginas 775 y 776.

³⁵ Folio 21 de este cuaderno.

³⁶ CSJ SC. Sentencia SC #112 de 21 de octubre de 2003, Radicación #7486.

³⁷ Folio 22 de este cuaderno.

cometido por el sentenciador. Hacerlo implicaba, ya se dijo, contrastar la objetividad de lo depuesto por los declarantes con lo sustanciado a su alrededor por el *ad quem*, y de tal carga la censura no se ocupó.

La recurrente se distancia de la verdad al atribuirle al tribunal sustraerse de ver «(...) los demás testimonios o la documental»³⁸, pues él, contrariamente, fundado en «(...) todos los testigos (...)»³⁹ estableció que la accionada y su familia ocupaban el predio desde 1980, cuando la accionante lo compró. Incluso tuvo en cuenta que «(...) algunos testigos (...)» la vieron pagar impuestos, solo que al mismo tiempo encontró que Eva Antonia Jaramillo de Mateus y Alfonso Mosquera Bedón, hermanos de las partes, precisaron que tales pagos los hacía con dineros que la actora le giraba.

Para la casacionista «(...) los demás testimonios o la documental»⁴⁰ y «(...) todos los medios de prueba (...)»⁴¹, no vistos por el Fallador, indicaban que la contendiente entró en posesión en 1980; pero en ello, no solo omite identificar⁴² esas declaraciones y documentos, al punto de que a ciencia cierta no se sabe cuáles son o a cuáles quiso referirse. Mucho menos emprendió el laborío para efectuar el parangón⁴³ entre el contenido de ellos con lo motivado en la sentencia. Tampoco, expuso los desaciertos, por los cuales

³⁸ Folio 22 de este cuaderno.

³⁹ Folio 16 del cuaderno del tribunal.

⁴⁰ Folio 22 de este cuaderno.

⁴¹ Folio 24 de este cuaderno.

⁴² CSJ SC. Sentencias SC G. J. t. CCXLVI, Volumen I, página 270; CCXLIX, II, 1338; de 20 de octubre de 2005, Radicación #7749 y #325 de 13 de diciembre de 2005, Radicación #42709-02; entre otros pronunciamientos.

⁴³ CSJ SC. Sentencia SC #112 de 21 de octubre de 2003, Radicación #7486.

el *ad quem*, prefirió lo relatado por Eva Antonia Jaramillo de Mateus y Alfonso Mosquera Bedón, frente a lo que expresaron *los demás testimonios y documentos*.

Por ejemplo, con referencia al elemento *ánimus*, el Tribunal puso de presente cómo para «(...) *que un declarante común y corriente (...) [que vive] (...) en una casa y hace arreglos, sin que haya visto pedir permiso a nadie, es natural que crea que quien [la] ocupa (...) es el dueño, si no conoce la existencia de un contrato con (...) el propietario, (...) [si] no ha visto que nadie le reclame, le cobre renta o [le] entregue dinero al ocupante para que [la] mantenga o remodele (...)*»⁴⁴; y esta motivación, que permite comprender porqué él prefirió las versiones de Jaramillo de Mateus y Mosquera Bedón, no fueron combatidas, dando lugar a un inocultable ataque incompleto⁴⁵. Entendió el *ad quem* que por tratarse, el aludido *ánimus*, de un elemento psicológico, puramente subjetivo, nadie mejor que los propios parientes de las partes para declarar y entender la manera cómo se gestó la relación jurídica que de la heredad se dio entre éstas; pero este razonamiento, itérase, tampoco es acusado⁴⁶.

No es cierto que en el hecho quinto de la demanda y en la subsanación la convocante haya confesado posesión de la accionada desde 1998, como al margen de la realidad se sostiene en el cargo. Lo allí expresado por aquélla fue, en concreto, lo siguiente: «5° (...) *Lilia Patricia Jaramillo Bedón, se encuentra privada de la posesión (...), puesto que (...) la tiene en la*

⁴⁴ Folio 16 del cuaderno del tribunal.

⁴⁵ CSJ SC, Sentencias SC-041 de 8 de septiembre de 1999, Radicación #5210 y SC-357 de 16 de diciembre de 2005, Radicación #19997-2016-01.

⁴⁶ CSJ SC, Sentencias SC-041 de 8 de septiembre de 1999, Radicación #5210 y SC-357 de 16 de diciembre de 2005, Radicación #19997-2016-01.

actualidad (...) Nubia Ersi Jaramillo Bedón (...) desde hace siete años (...)» (fl. 17). «(...) *Los frutos que se pretenden [son desde] aproximadamente 12 años (septiembre de 1998)*» (fl. 28).

Ahora bien, la circunstancia de que hubiera aducido una «(...) *posesión (...) desde hace siete años (...)*» o pedido «(...) *frutos (...) desde aproximadamente 12 años (septiembre de 1998)*», y que ello no lo hubiere apreciado el juez de segundo grado con mérito hacia la pertenencia o hacia la excepción planteada contra la acción de dominio, no constituye un yerro fáctico, manifiesto y transcendente, como se exige en casación, por cuanto ese lapso de tiempo (siete o doce años, al 28 de julio de 2008 cuando se promovió la acción⁴⁷), en todo caso era insuficiente para impedir la reivindicación a la cual en últimas accedió el juzgador, por cuanto a la sazón el término para ganar las cosas ajenas por el modo de la prescripción extraordinaria era de veinte años, de acuerdo con el artículo 2531 del Código Civil, pues a esa fecha aún no se había completado el nuevo plazo establecido por el artículo 5° de la Ley 791 de 2002, que lo reformó.

Por lo demás, el hecho de que Víctor Raúl Sánchez Valderuten manifestase «(...) *que la construcción (...) atribuible a Nubia (...) se inició (...) hace doce años (...)*»⁴⁸, y que ello coincidiese con lo declarado por Martha Alcira Rengifo, quien, al decir de la censura, ubicó «(...) *la iniciación de la construcción (...) del segundo piso en la misma época*»⁴⁹, es circunstancia que por sí

⁴⁷ Folio 23 del cuaderno 1 del expediente.

⁴⁸ Folio 24 de este cuaderno.

⁴⁹ Folio 24 de este cuaderno.

sola no evidencia “*ánimus*”, en los términos ampliamente explicados en esta providencia, muy lejos está de constituir posesión, y menos, por algún tiempo anterior a enero de 2008.

Cual se dijo líneas atrás, la posesión no se gesta con los solos actos materiales o con la mera tenencia percibida por los testigos *-corpus-*, como hecho externo aprehensible por los sentidos; para ello se requiere, en esencia, la intención de ser dueño o de hacerse dueño, el *animus*, que, como elemento intrínseco, escapa a la percepción de los sentidos⁵⁰.

El elemento sicológico *se puede presumir ante la existencia de los hechos externos que son su indicio, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario*⁵¹; pero, en el *subjúdice*, obran medios de convicción destructores de tal presunción. Así lo patentiza no solo lo declarado por Eva Antonia Jaramillo de Mateus y Alfonso Mosquera Bedón, cual se explicó. También la propia convocada, en el cargo admite, la característica de la relación jurídica existente con la reivindicante; por una parte, “(...), *la fecha en que (...) inició y la publicidad, pacificidad y continuidad de la misma (...)*», y, por el otro, «(...) **que fue su hermana, la demandante (...), la que le entregó las llaves (...)**»⁵², en claro reconocimiento del dominio ajeno, destruyendo su hálito de posesión (negrillas de la Sala).

⁵⁰ CSJ SC. Sentencia SC G. J., t. LXXXIII, páginas 775 y 776.

⁵¹ CSJ SC. Sentencia SC G. J., t. LXXXIII, páginas 775 y 776.

⁵² Folio 24 de este cuaderno.

3.4.5. El cargo no prospera.

4. DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 13 de febrero de 2015, pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario identificado en esta providencia.

Condénase a la parte recurrente a pagar las costas causadas en el recurso extraordinario; se fijan como agencias en derecho la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000).

Cópiese, notifíquese y devuélvase

(Ausencia justificada)

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA