

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC540-2021

Radicación: 11001-31-03-017-2012-00238-01

Aprobado en Sala virtual de primero de octubre de dos mil veinte

Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Se decide el recurso de casación interpuesto por Sergio Alonso Rueda Ariza, respecto de la sentencia de 21 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por el recurrente contra la Junta de Acción Comunal del Barrio Bachué II Sector.

1. ANTECEDENTES

1.1. *Petitum*. Declarar que la entidad interpelada posee de mala fe el inmueble «Bachué II, superlotes 1 y 2 de la supermanzana 16» de propiedad del actor, ubicado en esta ciudad. Como consecuencia, ordenar la «reivindicación o restitución de la posesión», junto con los frutos civiles y naturales a partir del 14 de diciembre de 2011.

1.2. Causa petendi. El Instituto de Crédito Territorial, desarrolló la urbanización Barrio Bachué - Segundo Sector de Bogotá. Se reservó, por no formar parte de las zonas cesibles, el derecho de dominio del predio pretendido.

La Ley 3ª de 1981, transformó el Instituto de Crédito Territorial en el Inurbe. La Ley 281 de 1986, creó la Unidad Administrativa Especial Liquidadora de Asuntos del Instituto de Crédito Territorial. Esta última, según el Decreto 1121 de 2002, se disolvió y entró en liquidación. A su haber fueron a parar los activos del Inurbe.

El Decreto 554 de 2003, suprimió el Inurbe. Sus bienes, como el reclamado, entre otros, ingresaron al patrimonio autónomo Par-Inurbe en Liquidación, administrado por la Fiduciaria La Previsora S.A.

Mediante escritura pública 1870 de 8 de septiembre de 2011 de la Notaría Dieciséis del Círculo de Bogotá, debidamente registrada, el actor adquirió de Par-Inurbe en Liquidación, a título de venta, el predio en cuestión.

La entrega del fundo que adelantó la enajenante al adquirente, a partir del 14 de diciembre de 2011, no fue posible. La Junta de Acción Comunal del Barrio Bachué II Sector, formuló oposición aduciendo posesión material.

1.3. El escrito de réplica. La interpelada se opuso a las pretensiones. Argumentó que ostentaba el predio con ánimo de señora y dueña hace más de veinte años. Formuló, a su

vez, las excepciones de prescripción adquisitiva del derecho de dominio y lesión enorme.

1.4. La decisión de primer grado. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, en sentencia de 9 de octubre de 2015, desestimó las pretensiones. Encontró que la posesión de la convocada, después del título de dominio del demandante, no se hallaba cumplida.

El contrato de compraventa exhibido, en efecto, fue registrado el 6 de octubre de 2011. Y los *«actos de señorío de la demandada (...) se remontan por lo menos desde el año de 1982»*. Así se había demostrado con la confesión de la interpelada y con los testimonios de Parmenio Chávez Lara, Serafín Prada Castiblanco y Miguel Ignacio Pabón.

Significaba lo dicho que el precursor no acreditó mejor derecho al del poseedor. Tampoco *«trajo título alguno que demostrara el modo como el bien ingresó al patrimonio del Inurbe o del Instituto de Crédito Territorial»*. Por esto, no se podía afirmar en el interregno que el predio era imprescriptible.

1.5. **Los recursos de apelación.** Elevados por ambas partes, solo se admitió, sin éxito, el del demandante.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

2.1. Identificó que el actor reconoció la posesión sobre el predio, ejercida por la interpelada desde el 14 de diciembre de 2011, en tanto, ésta sostuvo que la ostentaba hacía veinte o veinticinco años.

En el juicio no se acreditó el elemento subjetivo de la relación material de hecho. Aparecía *«desvirtuado con los medios de convicción allegados al plenario»*. Estos indicaban que el predio se detentaba *«sin ánimo de señor y dueño»*.

2.1.1. Según los certificados de tradición, el lote de mayor extensión fue adquirido por el Instituto de Crédito Territorial mediante escritura pública 169 de 5 de junio de 1975 de la Notaría Dieciocho de Bogotá. Luego pasó al dominio de la Unidad Administrativa Especial Liquidadora de Asuntos del Instituto de Crédito Territorial. Y de ahí migró a Par-Inurbe en Liquidación.

A su vez, Fiduciaria La Previsora S.A., administradora del patrimonio autónomo Par-Inurbe en Liquidación, enajenó el predio al pretensor. La escritura pública 1870 de 8 de septiembre de 2011, otorgada en la Notaría Dieciséis del Círculo de Bogotá y registrada en folio inmobiliario el 6 de octubre del mismo año, reflejaba el hecho.

2.1.2. Frente a lo anterior, el inmueble de marras, a la sazón, propiedad del Inurbe, era imprescriptible. Pertenecía a una entidad de derecho público. La prohibición de la

prescripción adquisitiva se preveía en el artículo 407, numeral 4° del Código de Procedimiento Civil, ahora, en el canon 375, numeral 4° del Código General del Proceso.

Ninguna persona, por tanto, podía alegar posesión antes del 6 de octubre de 2011, data en que el predio se convirtió en propiedad privada. *«En ese orden, la invocada por la pasiva durante dicho lapso, cae al vacío».*

2.1.3. Si se admitía la posesión, la demandada reconoció dominio ajeno. El 31 de enero de 2006, convino con el Inurbe en Liquidación que una vez reglamentada la Ley 1001 de 2005¹, se transferiría *«con orientación de destinación social a la entidad distrital competente».*

Además, en la respuesta a la demanda alegó que el patrimonio del Inurbe en Liquidación había sufrido lesión enorme. Sergio Alonso Rueda Ariza se hizo al mismo por menos de la mitad de su justo precio.

Fuera de ello, el representante legal de la entidad convocada, en el interrogatorio, manifestó que el terreno no estaba inventariado en sus activos. La razón, ni el Inurbe ni el Instituto de Crédito Territorial, lo habían entregado.

2.1.4. Si bien, a partir del 6 de octubre de 2011, fecha del registro de la escritura de compraventa, en algún

¹ «Por medio de la cual se adoptan medidas respecto a la cartera del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, en Liquidación, y se dictan otras disposiciones».

momento, la demandada pudo haber mutado su condición de tenedora a la de poseedora, nada se acreditó.

La entrega que intentó directamente la enajenante al adquirente, en diciembre de 2011, y su oposición por la pasiva, no era prueba del inicio del ánimo de señorío. Los supuestos actos posesorios se contraían al *«esparcimiento y aprovechamiento del tiempo libre realizado por los vecinos (terceros) del barrio (...) en las instalaciones del predio; por lo que, ciertamente, los mismos no configuran posesión»*.

Conforme al interrogatorio del representante de la demandada, los testimonios y el dictamen pericial, el inmueble estaba destinado a la prestación de servicios para la comunidad. Entre otros, biblioteca infantil, atención al adulto mayor, recreación de la niñez y la juventud.

La convocada, por ello, no podía asirse de los actos realizados por los vecinos, *«como si las personas que se sirven del predio para realizar actividades de recreación y esparcimiento o de aprovechamiento del tiempo libre, obrasen en su nombre y no en ejercicio de un derecho propio»*.

2.1.5. Aunque el demandante tildó de poseedora a la interpelada y ésta aceptó dicha calidad, *«era necesario, además, la comprobación de actos externos razonables de los cuales se pudiera inferir el señorío invocado»*.

2.2. Concluye el Tribunal que, al no probarse la posesión de la demandada, la apelación no salía avante.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

3.1. En el único cargo se acusa la violación de los artículos 946, 950, 952, 961, 962 y 964 del Código Civil.

3.2. Lo anterior, a raíz de la comisión de errores de derecho probatorios. Según el recurrente, el Tribunal:

3.2.1. Transgredió el principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, actual 165 del Código General del Proceso.

Le restó eficacia jurídica a la confesión de la entidad convocada sobre la posesión, contenida en el libelo genitor y en el interrogatorio de su representante legal. Argumentó que no era dable inferirla «*solamente de esas atestaciones*». Sin embargo, en tal caso, siguiendo la jurisprudencia, el actor estaba relevado de cumplir otra carga adicional.

3.2.2. Infringió el canon 177 del Estatuto Adjetivo, correspondiente al precepto 167, inciso 1º del Código General del Proceso. Impuso al precursor la obligación de probar un hecho ajeno a su suerte, como es la época en que la convocada mutó la tenencia en posesión. El hecho incumbía probarlo a la contraparte, por ejemplo, en el caso de reclamar el dominio por el modo de la prescripción.

3.2.3. Desconoció la norma 101 del Código de Procedimiento Civil, a la sazón vigente. En la audiencia allí

prevista las partes dejaron fijada la posesión material. Por esto, al quedar excluido el hecho de su prueba, resultaba innecesario acreditarlo con otros medios de persuasión.

3.3. Para el casacionista, el *ad-quem*, igualmente, incurrió en errores de hecho probatorios.

3.3.1. Inadvirtió el interrogatorio del representante de la asociación demandada, el testimonio de Jesús Enrique Archila Guío y el dictamen pericial. Pruebas demostrativas de actos de posesión ejecutados por la Junta de Acción Comunal después de adquirir el actor el inmueble, como el cerramiento e impedir la intromisión de extraños.

3.3.2. Tergiversó las afirmaciones del representante de la interpelada y lo manifestado por los testigos Serafín Prada Castiblanco, Miguel Ignacio Pabón y Armando Osorio.

Les puso a decir a dichas pruebas que las actividades en el predio provenían de la comunidad. Los medios ponen de presente la posesión de la Junta de Acción Comunal. La naturaleza cívica de su objeto social implica exteriorizar actos dirigidos a satisfacer necesidades de la sociedad.

3.4. Concluye el recurrente que los errores probatorios denunciados llevaron al Tribunal a quebrantar las normas señaladas, al no dejar establecida la posesión.

3.5. Solicita, en consecuencia, casar la sentencia de segunda instancia, revocar la del juzgado y acceder a la pretensión reivindicatoria.

4. CONSIDERACIONES

4.1. La impugnación extraordinaria se resolverá en el marco del Código General del Proceso por ser el estatuto vigente para cuando se profirió la sentencia y se elevó la casación, así el proceso haya despuntado en vigencia del Código de Procedimiento Civil. Los artículos 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por la regla 624 del nuevo Estatuto Adjetivo, en vigor en su integridad a partir del 1º de enero de 2016, y 625-5, *ibídem*, ciertamente, establecen que los «*recursos interpuestos (...), se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron*».

4.2. Los bienes imprescriptibles se dividen en dos categorías. Los que pertenecen a todos los habitantes, como las calles, plazas, puentes y caminos. Y los que siendo de propiedad del Estado no se encuentran al servicio de la comunidad, pero están destinados a cumplir sus fines.

Los primeros no pueden ser susceptibles de posesión material por ningún particular. La razón estriba en que su uso y goce corresponde a toda la comunidad. De hecho, son los habitantes en general quienes los poseen.

Los segundos, llamados también comunes o fiscales, cuyo dominio se radica en cabeza de las entidades de

derecho público, en cambio, son pasibles de los atributos de la propiedad. Por ejemplo, pueden ser enajenados, gravados o arrendados, en forma similar al dominio privado, con los matices establecidos por el legislador.

Del mismo modo, son imprescriptibles, por su naturaleza de bienes comunes o fiscales, al estar dedicados para uso de la Nación o de sus habitantes o para suplir necesidades u objetivos del Estado. El legislador, empero, en ciertos casos, como ocurre con los baldíos, presume propiedad privada en caso de explotación económica. Por esto, a tono con la jurisprudencia constitucional, *«una persona puede ocupar, por necesidad, un terreno fiscal para establecer su vivienda, pero no podrá nunca adquirirlo por prescripción, aun cuando lo poseyera por varias décadas»*² (negrillas exprofeso).

La Corte Constitucional, en el mismo sentido, tiene señalado que *«quien posee un bien fiscal, sin ser su dueño, no se encuentra en idénticas condiciones en las que estaría si fuese de propiedad privada, toda vez que en el primer evento los intereses enfrentados son el general y el particular, mientras que en el otro ambos son del último carácter»*³ (subrayado fuera de texto).

Por esto, esta Corporación ha sentado que *«hoy en día, los bienes que pertenecen al patrimonio de las entidades de derecho público no pueden ganarse por el modo de la prescripción adquisitiva de dominio, **no porque estén fuera del comercio o sean inalienables, como si ocurre con los de uso***

² Corte Constitucional- Sentencia C-251 de 6 de junio de 1996.

³ Sentencia C-530 de 10 de octubre de 1996.

público, sino porque la norma citada (art. 407 del C. de P.C., se agrega) niega esa tutela jurídica, por ser 'propiedad de las entidades de derecho público', como en efecto el mismo artículo lo distingue (ordinal 4°), sin duda alguna guiado por razones de alto contenido moral, colocando así un dique de protección al patrimonio del Estado, que por negligencia de los funcionarios encargados de la salvaguardia, estaba siendo esquilmo, a través de fraudulentos procesos de pertenencia (...)⁴ (negrillas a propósito).

La posesión de los bienes de las entidades de derecho público, comunes o fiscales, entonces, así sea inmemorial, es inútil para usucapir. Esa clase de propiedad, ante un eventual ánimo de señorío privado, queda protegida. Ningún particular que realice actos materiales de dueño puede adquirir el dominio por el modo de la prescripción.

4.3. El éxito de la acción de dominio se supedita a la prueba de sus requisitos axiológicos: La titularidad del derecho de propiedad en el demandante. La posesión material del demandado. Y la identidad entre lo poseído y pretendido. Todo, sobre un bien determinado o respecto de una cuota proindiviso en cosa singular. Estos requisitos se desprenden de los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil.

La carga de la prueba de tales exigencias corresponde a quien se halla privado de la posesión. La ley no exige un medio específico. Cualquiera que los descubra es idóneo y bastante. La confesión es uno de ellos. La Sala tiene sentado que *«cuando el demandado en la acción de*

⁴ CSJ. Civil. Sentencias de 12 de febrero de 2001 (expediente 5597), de 31 de julio de 2002 (radicado 5812) y de 10 de septiembre de 2013 (expediente 00074).

dominio (...) “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”»⁵.

Como en otra ocasión adoctrinó, «si con ocasión de la acción reivindicatoria el demandado confiesa ser poseedor del bien perseguido por el demandante o alega la prescripción adquisitiva respecto de él, esa confesión apareja dos consecuencias probatorias: a) el demandante queda exonerado de demostrar la posesión y la identidad del bien, porque el primer elemento resulta confesado y el segundo admitido, b) el juzgador queda relevado de analizar otras probanzas tendientes a demostrar la posesión»⁶.

Establecida la posesión y la identidad del inmueble a reivindicar con una confesión simple, las demás pruebas, en principio, se tornan innecesarias o superfluas. Salvo que, por una parte, se quiera elevar los estándares probatorios, *verbi gratia*, cuando se introducen algunas circunstancias que pongan en entredicho dichos requisitos, todo, para superar la duda razonable o argumentar con mayor rigor y vigor la decisión. Por otra, en los casos en que la confesión resulta infirmada (artículos 201 del Código de Procedimiento Civil y 197 del Código General del Proceso).

⁵ CSJ. Civil. Sentencia de 12 diciembre de 2001 (radicado 5328), doctrina reiterada en fallo de SC4046-2019 de 30 de septiembre de 2019.

⁶ CSJ. Civil. Sentencia 003 de 14 de marzo 1997 (radicado 3692), reiterada en fallo de 4 de marzo de 2016 (expediente 00045), entre otras muchas.

4.4. Las sentencias recurridas en casación, como es conocido, arriban a la Corte amparadas por la presunción de legalidad y acierto. La mira del trámite extraordinario lo constituye dicha presunción. No tiene por objeto resolver el proceso, a la manera de las instancias, sino establecer si el Tribunal, en el ámbito del juzgamiento del caso, atinó o no en la elección o interpretación de las normas sustantivas o en la apreciación de las pruebas. Así que todo cuanto sea marginado del recurso, con independencia del juicio del juzgador, debe considerarse que no es equivocado.

4.5. El problema que en esta oportunidad concita la atención de la Corte gira alrededor del hecho de la posesión material y su prueba. El *ad-quem* la analizó antes y después del 6 de octubre de 2011, cuando el inmueble fue adquirido por el demandante Sergio Alonso Rueda Ariza.

4.5.1. En el primer tramo, en la hipótesis de haberse configurado, la consideró «ineficaz». Adujo como razón que al ser el inmueble de propiedad de una entidad pública no era susceptible de adquirirse por prescripción. Durante dicho periodo, subrayó, «ninguna persona podría alegar posesión material». De ahí que el ánimo de señorío existente en dicho lapso caía al vacío. Y de admitirse, aparecía desvirtuada ante el reconocimiento de dominio ajeno.

La censura expresamente dijo que no «entra a rebatir» esas conclusiones. Así que, al margen del acierto, se entiende que el Tribunal no se equivocó al asentar, de un lado, la ineficacia de la posesión, al menos como modo para

adquirir el dominio de los bienes comunes o fiscales; y de otro, la detentación precaria del terreno por parte de la asociación demandada, al reconocer dominio ajeno.

En el cargo se alude a la posesión aceptada en la respuesta al libelo incoativo y en la declaración del representante de la convocada. Tales actos, como se recuerda, se evocan mucho antes del 6 de octubre de 2011. Desde esa perspectiva, los errores probatorios de hecho y de derecho enrostrados, en consecuencia, son inexistentes. En la hipótesis de haberse acreditado el ánimo de señorío con anterioridad a dicha fecha, con la confesión u otros medios, porque el Tribunal, simplemente, la tuvo por desvirtuada.

4.5.2. Los actos posesorios quedan reducidos a la época posterior. La recurrente insiste en su existencia. Los encuentra en la misma confesión; en la fijación del hecho durante la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil; en el interrogatorio del representante de la demandada; en los testimonios de Jesús Enrique Archila Guío, Serafín Prada Castiblanco, Miguel Ignacio Pabón y Armando Osorio; y en el dictamen pericial.

4.5.2.1. Lo primero a quedar claro es que, para el 6 de octubre de 2011, fecha de la tradición, el inmueble lo detentaba la Junta de Acción Comunal de manera precaria. El Tribunal así lo dejó sentado y esto nadie lo confuta. De hecho en la acusación se dijo que no se rebatía.

A partir de esa específica conclusión, al margen del acierto, se repite, resulta errado sostener que el extremo actor estaba relevado de brindar la prueba de la mutación del reconocimiento de dominio ajeno en posesión. El éxito de la acción dominical se subordina a la demostración del ánimo de señorío. Si no se acredita, quien sufre las consecuencias adversas es el precursor. Mientras tanto la contraparte no sería despojada del predio. De ahí que no surge lógico exigirle a la convocada la prueba de un hecho que eventualmente fundaría una decisión en su contra.

Si bien la demandada alegó prescripción, la carga de demostrar la mutación de la tenencia en posesión, tendría lugar si ese hecho fue el determinante para negar el ánimo de señorío. Este no es el caso. El Tribunal dejó sentado, fue una de sus conclusiones, que el título de tenencia siempre había perdurado. Distinto es que, después de convertirse el bien fiscal en privado, para efectos de la reivindicación, ello no sea cierto.

El error de derecho sobre la inversión de la carga de la prueba, por tanto, no se estructura. Otra cosa es que, como acaba de anunciarse, en el proceso existan elementos de juicio demostrativos de la mutación del título de tenencia en posesión. Como en el cargo el recurrente igualmente los pone de presente, esto supone que sí cumplió esa carga probatoria. A su vez, que era suya.

4.5.2.2. Si bien, para el *ad-quem*, el «demandante tildó de “poseedora” a su convocada y ésta aceptó dicha calidad»,

cierto era, dijo, el hecho no podía dejarse probado, *«exclusivamente»*, con esas atestaciones. Se hacía necesario, además, la *«comprobación de actos externos razonables de los cuales se pudiera inferir el señorío invocado»*.

El argumento, sin embargo, era válido con respecto a los hechos sucedidos con anterioridad al 6 de octubre de 2011, no después, claro está, en el supuesto de que se tratara de una excepción donde la posesión tuviera alguna utilidad. El hecho el Tribunal lo asoció con el reconocimiento de dominio ajeno, como lo explicitó, *«durante el tiempo en que el bien fue de propiedad del Inurbe»*. Frente a la eventual posesión en esa época, simplemente, encontró que dicho requisito había quedado *«desvirtuado con los medios de convicción allegados al plenario, los que dejan ver que la demandada detenta el bien sin ánimo de señor y dueño»*. Por supuesto, también dada la naturaleza jurídica del inmueble: común o fiscal.

La mutación del título precario en posesión aparecía probada. No es cierto, como lo concluyó el Tribunal, que se haya dejado de acreditar la *«existencia de hechos que demuestren inequívocamente el momento a partir del cual [la demandada] se rebeló contra el actor y empezó a ejecutar actos de señor y dueño desconociendo su dominio»*. La equivocación estuvo en haber señalado que era *«necesario»* complementar el asentimiento de las partes al respecto.

Es incontestable que la demandada desde la contestación de la demanda aceptó la posesión material, lo

cual, conforme a lo discurrido, debe tenerse por establecida a partir del 6 de octubre de 2011. Esa circunstancia, por sí, al decir de la jurisprudencia citada, es «suficiente», para tener por acreditada la posesión, como allí mismo se dijo, con un efecto bifronte. Por una parte, el «*demandante queda exonerado de demostrar la posesión y la identidad del bien*». Por otro, el «*juzgador queda relevado de analizar otras probanzas tendientes a demostrar la posesión*».

Así que, en contra de lo discurrido en la réplica al cargo, no se requerían otras pruebas para demostrar la posesión o para corroborarla. Por una parte, en la aceptación del hecho no se introdujeron elementos que la condicionaran o hicieran dudar de su existencia. Por otra, a partir de mutar la naturaleza jurídica del dominio, fiscal a privado, la confesión de la posesión no se dejó infirmada. Todo lo contrario, la asociación demandada se atribuyó la relación material presente con la cosa, con ánimo de señorío, al margen de que la comunidad disfrutara los servicios que en dicha sede prestara. Es más, sin denunciar a otro poseedor, si es que ella no lo era.

El *ad-quem*, por tanto, incurrió en error de contemplación jurídica al considerar insuficientes las pruebas de la posesión material obrantes en el plenario. En particular, la admisión de la posesión en la contestación de los hechos 17 a 20 de la demanda, salvo su adjetivación de mala fe, relevante solo para las restituciones mutuas. La confesión sobre el mismo particular contenida en el interrogatorio del representante de la convocada. Por

último, en la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, la aceptación y fijación de los *«hechos 16, 17, 18 y 19, atinentes a que se intentó la entrega del inmueble a su propietario y no fue posible llevar a cabo la diligencia por cuanto la demandada se opuso»*.

4.5.2.3. Los errores de derecho probatorios descubiertos, por sí, abrazadores, son suficientes para quebrar el fallo del Tribunal. Inclusive en la eventualidad de no estructurarse las demás faltas materiales y objetivas enrostradas. Si corroboran o no la posesión, simplemente, ni quitan ni ponen rey. El problema es que la infirmen.

En todo caso, frente a la confesión y aceptación de la posesión material por parte de la convocada, dichos medios la confirman, no la desvirtúan. Al lado de aquella prueba, los demás hechos, a falta de otra significación posible, ningún alcance distinto podían tener. La conclusión del Tribunal, como que la comunidad obraba en nombre *«suyo»* o propio, resulta contraevidente. Así que, desde esa perspectiva, los errores de facto se configuran.

El representante de la asociación demandada manifestó en el interrogatorio el *«encerramiento que hizo la comunidad hace aproximadamente un año»*. El concepto del perito sobre que *«cronológicamente dicho encerramiento data de octubre de 2012»*, por lo mismo, surge objetivo, no subjetivo. La oposición a la entrega y la siembra de cercas de alambre, una vez el demandante adquirió el predio, también es narrada por Jesús Enrique Archila Guío.

Si lo anterior fuera poco, la administración de los servicios prestados en el inmueble se encuentra a cargo del ente demandado. Los vecinos, por tanto, no los controlan, son sus usuarios. La posesión del ente demandado, entonces, se refleja a través de ellos. Según el representante de la asociación, el predio se venía usando con la *«biblioteca, con el desarrollo del programa juventudes (...) y el programa de bachillerato por ciclos»*. El testigo Miguel Ignacio Pabón Lasso, enfáticamente señaló que el inmueble *«siempre ha sido la bodega de la Junta de Acción Comunal»* y ha tenido *«diversos usos»*, salón, biblioteca y oficina de atención de la antena parabólica. Es más, Serafín Prada Castiblanco, califica como pacífica la posesión.

4.6. Los yerros *facti in iudicando*, desde luego, incidieron en la decisión final. Como se plantea en el cargo, demostrada la posesión de la demandada después de la adquisición del predio por parte del demandante, la decisión no habría podido ser desestimatoria.

4.7. El cargo, en consecuencia, se abre paso, sin lugar a condenar en costas ante el éxito de la casación.

5. SENTENCIA SUSTITUTIVA

5.1. En la decisión apelada por el demandante, el único requisito en tela de juicio para el éxito de la reivindicación, consistió en que la posesión de la demandada, la cual se dejó probada desde mediados de

1982, era de mejor derecho. En sentir del *a-quo*, el título de dominio del pretensor sucedía en el tiempo a ese hecho y la cadena de títulos anterior no fue acreditada.

5.2. Las demás exigencias de la acción reivindicatoria el juzgador las tuvo por superadas. La propiedad del precursor, con la escritura pública 1870 de 8 de septiembre de 2011, de la Notaría Dieciséis de Bogotá y su registro. La singularidad e identidad del inmueble reclamado con el poseído, los halló en el certificado de tradición, en el dictamen pericial y en la confesión de la posesión por la pasiva. Concluyó, por ello, que al actor le asistía *«legitimación para reivindicar el inmueble objeto de la Litis»*.

5.3. Según el apelante, la equivocación del juzgador estuvo en pasar por alto la naturaleza jurídica del inmueble y la condición de simple tenedora de la demandada.

Desde su creación y titulación, dice, ha sido de propiedad de una entidad de derecho público. De ahí, *«para todos los efectos legales, se encontraba en una situación que le era inmune a cualquier acto de posesión, y por tanto nunca era susceptible de ganarse por prescripción»*.

El reconocimiento de domino ajeno hasta cuando el bien pasó a manos privadas, igualmente se encuentra acreditado. La posesión, por esto, no podía remontarse a veinticinco años antes, menos con la supuesta confesión de la demandada. En realidad, no la había. En el libelo

incoativo se afirmó «*desde el mes de noviembre de 2011*». Lo demás, sencillamente, constituía hechos favorables.

En suma, la cadena de títulos no tenía que demostrarse. Bastaba el de adquisición del dominio del pretensor. En efecto, la posesión de la demandada empezó después, en noviembre de 2011, cuando «*intervirtió la calidad de tenedora que siempre ostentó en el predio, para abrogarse la de poseedora*».

De tal modo que aquella doctrina probable de la Sala de la obligación de exigir título anterior a la posesión del demandado en desarrollo de la presunción del art. 762 del C. C., no sufre mengua alguna, tal cual, adelante se puntúa.

5.4. La demandada, por su parte, pone de presente que la eventual imprescriptibilidad del bien mientras perduró su propiedad pública, no obstaba, reconocer la posesión material desde 1982. Las secuelas no se podían desconocer, «*máxime cuando el predio adquirió el carácter de prescriptible al ingresar al dominio particular*».

5.5. Como se observa, la controversia en la alzada se reduce a la época de la posesión material. El demandante la afirma desde finales de 2011, en todo caso, después de haber adquirido el inmueble de la entidad pública. La demandada, a su turno, la recaba a partir de 1982.

5.5.1. Lo anterior significa que los demás requisitos de la acción reivindicatoria se dan por descontados. La titularidad del derecho de dominio en cabeza del demandante, el carácter singular de la cosa pretendida, la posesión material de la interpelada y la identidad entre lo perseguido y lo pretendido. De un lado, el juzgado así los dejó establecidos; y de otro, ninguna de las partes elevó protesta sobre tales particulares.

5.5.2. La confrontación entre el título de propiedad blandido y la extensión de la posesión determina cuál prevalece. Si el ánimo de señorío es anterior al derecho de dominio, la acción real se enerva. El fracaso se contrarresta exhibiendo la cadena sucesiva de títulos precedentes.

Así lo tiene sentado la Corte. *«La anterioridad del título del reivindicante apunta no sólo a que la adquisición de su derecho sea anterior a la posesión del demandado, sino al hecho de que ese derecho esté a su turno respaldado por la cadena ininterrumpida de los títulos de sus antecesores. Que si datan de una época anterior a la del inicio de la posesión del demandado, permiten el triunfo del reivindicante»*⁷.

La doctrina dicha fue observada en el fallo apelado. Supone la posesión antes del título de dominio. En los términos planteados, en 1982 y 2011, respectivamente. Esto, sin embargo, no es cierto en el caso concreto. El Tribunal encontró que mientras el inmueble fue de un ente

⁷ CSJ. Civil. Sentencia de 25 de mayo de 1990. Doctrina reiterada en fallos de 8 de febrero de 2002 (expediente 6758) y 20 de junio de 2017 (radicado 00831), entre otros muchos.

público, la relación con la convocada fue de mera tenencia. La conclusión fue aceptada por ésta. No la atacó en casación, pese a serle adversa. La otra parte dijo que no la rebatía. Así que al resultar ilesa no solo se presume como legal y cierta, sino constitutiva de una ley del proceso.

El recurso de apelación del actor, por tanto, prospera. La razón estriba en que la posesión material de la asociación demandada tuvo que ocurrir de inmediato o después de la mutación del dominio de público a privado. No antes. Era su presupuesto necesario. Al resolverse la casación quedó explicado el particular. De ahí que no hay lugar a volver sobre esas motivaciones. La Corte, en apoyo a la presente decisión, simplemente, las evoca por economía.

5.6. Lo discurrido lleva al fracaso de la excepción de prescripción adquisitiva. El tiempo de posesión material, inclusive, contado con amplitud desde el 8 de septiembre de 2011, fecha del título de dominio del pretensor, a la época de presentación de la demanda, el 27 de abril de 2012, era insuficiente para dar al traste con la acción reivindicatoria. Recuérdesse, conforme a la Ley 791 de 2002, los términos ordinarios y extraordinarios para adquirir el dominio de los bienes raíces son de cinco y diez años.

El mismo resultado se predica de la supuesta lesión enorme. El artículo 1947 del Código Civil, concede la acción rescisoria únicamente al vendedor o comprador, según quien haya sufrido el desmedro económico en más o en menos a la mitad del justo precio siguiendo la teoría

objetiva del *ultradimidium*. Como la asociación interpelada no tiene ninguna de esas condiciones, carece de legitimación sustancial para invocarla.

5.7. Resta establecer, ante el éxito de la acción de dominio y la inexistencia de algún hecho enervante, lo relativo a las restituciones consecuentes. Como no hay lugar a ordenarlas, cual seguidamente se verá, el análisis de la buena o mala fe, en dirección de fijar sus circunstancias temporales, se torna innecesaria.

5.7.1. La «*indemnización*» solicitada en la contestación de la demanda por el cuidado y mantenimiento del predio, y la construcción de la biblioteca infantil, bodega y zona de las antenas parabólicas, resulta improcedente. Se requiere que tenga causa en el ánimo de señorío. En la hipótesis de haber sido útil la posesión, el extremo demandado no presentó ningún medio para demostrarlo y el dictamen solicitado fue rechazado por «*inconducente e impertinente*», ciertamente, se encauzó al valor comercial del inmueble.

La prueba pericial practicada, por el contrario, habla de «*construcciones pequeñas*» levantadas hace dieciocho años, aproximadamente, siguiendo los otros elementos de juicio existentes en el proceso. Se trata de mejoras relacionadas con el título de tenencia, no con la posesión material. Y relativo al encerramiento del lote, si bien es reciente, no se encuentra demostrado que se trate de una obra permanente, necesaria para su conservación. Conforme al testimonio de Jesús Enrique Archila Guío,

simplemente, la cerca fue sembrada para efectos de la oposición a la entrega en diciembre de 2011.

5.7.2. Los frutos demandados, a partir de esta última data, el perito los proyectó sobre el valor de los arrendamientos de la casa de dos plantas y la bodega. Los asoció con los «*dividendos (...) provenientes de algún tipo de explotación económica*». Desde esa perspectiva, ante la ausencia de cualquier otra prueba, la pretensión resulta inviable. En el litigio nadie discute que las construcciones se encuentran afectadas a otro tipo de actividades. En concreto, a desarrollos comunitarios sin ánimo de lucro.

Esto significa que ningún precio de arrendamiento se ha podido percibir como para seguir que el poseedor debe restituirlo. En la hipótesis de haberlo podido obtener el actual dueño, con mediana diligencia y actividad, esto tampoco aparece acreditado. Se requería que las construcciones fueran aptas para entregarlas en arrendamiento. En el caso, para vivienda, pues la renta, el perito la calculó para esa destinación y sin distinguir que también se trataba de una bodega.

5.7.3. Relacionado con los perjuicios materiales tampoco fueron demostrados. En el dictamen ninguna erogación comprobada, daño emergente, se establece para obtener la restitución de la posesión. Y el lucro cesante asociado, la imposibilidad de ejecutar un proyecto de vivienda, apenas surge como teórico. Según la pregunta formulada al perito, se trataba de simples «*planes de*

inversión que estaban dispuestos y proyectados desde el momento de la negación (sic.) y compra del predio».

La intención o imaginación de tales programas, por supuestos, son distintos a su concreción. Por ejemplo, mediante la aprobación de los programas de vivienda por las autoridades competentes. Según, el auxiliar de la justicia, la edificación de cinco pisos con sótanos. Todo ello brilla por su ausencia. Para rematar, en la pretensión se afirma que esos perjuicios se *«describen en los hechos de esta demanda»*, no obstante, en ninguna parte se alude a *«vivienda»* urbana. Solo se hace referencia, en forma abstracta, a *«planes y programas de negociación y de desarrollo de un proyecto de inversión»*. No se dice cuál. Así que no se entiende cómo la parte demandada pudo ejercitar los derechos de defensa y contradicción sobre aquello.

5.8. Frente a lo discurrido, la única pretensión que sale adelante es la restitución del inmueble. Lo demás debe ser denegado. Por lo mismo, al representar la adversidad algo considerable del litigio, cada parte debe asumir las costas del proceso, acorde con los artículos 392-6 del Código de Procedimiento Civil y 365-5 del Código General del Proceso. Así que no habrá condena por tal concepto.

5.9. Conforme a lo anunciado, la Corte procederá de conformidad.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **casa** la sentencia de 21 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso promovido por Sergio Alonso Rueda Ariza contra la Junta de Acción Comunal del Barrio Bachué II Sector. Quebrada la sentencia en el recurso extraordinario, en sede de instancia dispone:

a) **Revoca** el fallo de 9 de octubre de 2015, proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá. En su lugar, ordena:

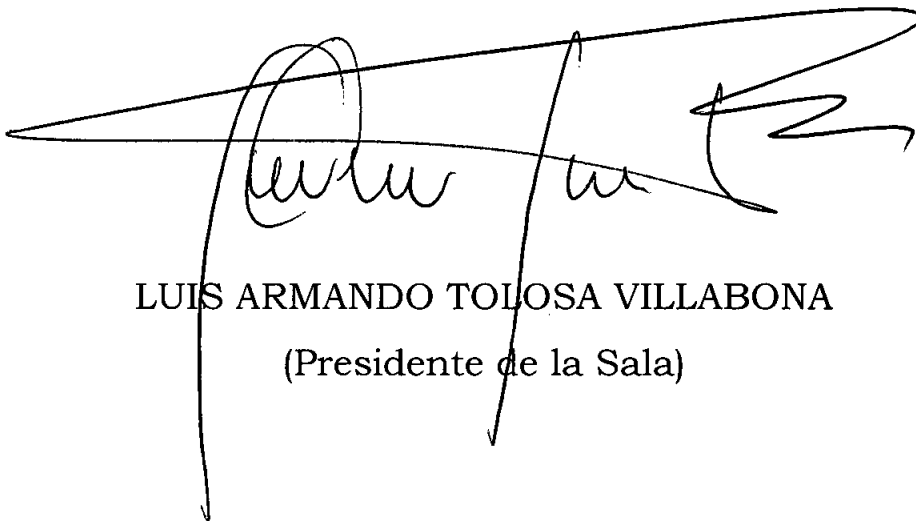
Primero: Declarar infundadas las excepciones de mérito de prescripción adquisitiva y lesión enorme que fueron propuestas.

Segundo: Condenar a la sociedad demandada a restituir al demandante, en calidad de dueño, la posesión que ostenta sobre el inmueble involucrado. Todo, dentro de los diez días siguientes a la firmeza de la presente decisión.

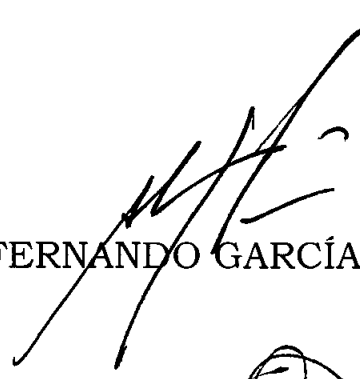
Tercero: Negar las demás prestaciones mutuas invocadas.

b) Sin costas para ninguna de las partes, ni en casación ni en las instancias, por las razones en su momento explicadas.

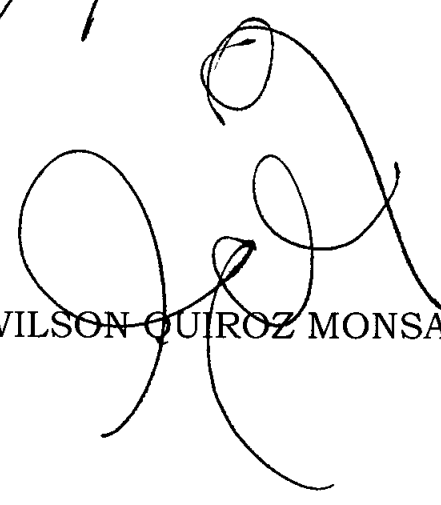
Cópiese, notifíquese y en firme este proveído vuelva el expediente a la oficina de origen.



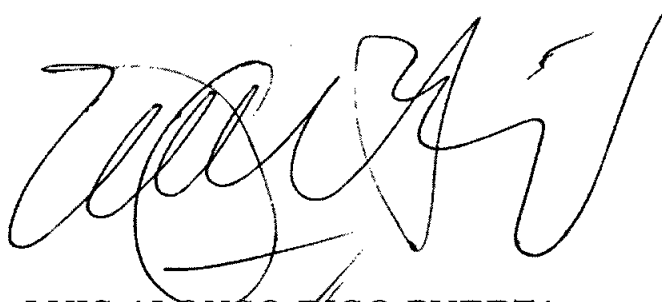
LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
(Presidente de la Sala)



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

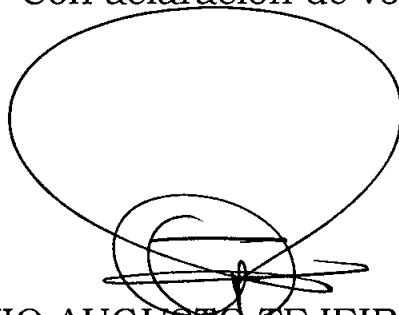


AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



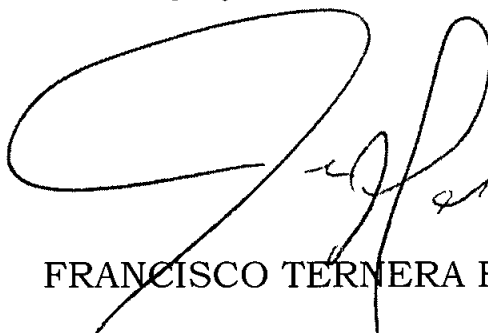
LUIS ALONSO RICO PUERTA

Con aclaración de voto

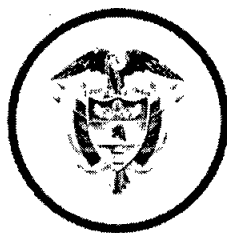


OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

En aclaración de voto.



FRANCISCO TERNERA BARRIOS



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Radicación n.º 11001-31-03-017-2012-00238-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto el sentido de la decisión adoptada por la Sala, respetuosamente me permito aclarar mi voto, con relación a la afirmación –incluida en el fallo sustitutivo– según la cual «*la posesión de la demandada empezó después, en noviembre de 2011, cuando “**intervirtió la calidad de tenedora**”*» (f. 20). Lo anterior en tanto que, en mi opinión, el término *interversión del título*, acuñado por el precedente consolidado de esta Corporación, por la cual profeso respeto y admiración, no permite definir con precisión y claridad las características del fenómeno que pretende explicar.

1. En efecto, hablar de la *interversión de la mera tenencia en posesión* sugiere que es posible que aquella se transforme en posesión, y ello desde luego no es factible, no sólo por razones de índole jurídico, sino –por sobre todo– por las restricciones lógicas que imponen las delimitadas significaciones e implicaciones de una y otra institución.

Nótese, sobre el particular, que la pretendida *interversión* resulta inviable dado el **carácter inmutable de la mera tenencia**, que se deduce del texto del artículo 777 del Código Civil, en cuanto previene que «[e]l simple lapso de

tiempo no muda la mera tenencia en posesión», lo que le confiere un carácter perpetuo e inamovible, mientras se mantengan vigentes sus notas esenciales.

2. Ahora, si la mera tenencia, según el artículo 775 *ejusdem*, es la «que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño» –como lo hacen el acreedor prendario, secuestre, usufructuario, usuario, etc.–, es indiscutible que el mero tenedor carece de *animus domini*, el cual resulta esencial para la prosperidad y consolidación del fenómeno posesorio.

De allí que, mientras permanezca en tal estado subjetivo, ningún efecto *transformador* cumple el transcurso del tiempo. O dicho en otros términos, mientras el elemento subjetivo de la mera tenencia –el *animus tenendi*– se conserve, ninguna otra calidad diferente a la de tenedor podrá afirmarse del sujeto que se encuentra en esa circunstancia; y el tiempo de mera tenencia no podrá ser de posesión en ningún caso, sencillamente porque ese lapso no es transferible, transmisible o susceptible de «suma o agregación»¹.

Igual cabe sostener respecto de la posesión. El paso del tiempo no transforma la posesión en tenencia, puesto que lo que rige y consolida dicho fenómeno no es la duración temporal de los hechos posesorios (aspecto que solo será importante para efectos prescriptivos), sino el *corpus*,

¹ A esta conclusión permite arribar el artículo 2521 del Código Civil, en cuanto advierte que «Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas, el tiempo del antecesor (poseedor) puede o no agregarse al tiempo del sucesor (poseedor), según lo dispuesto en el artículo 778

acompañado del elemento subjetivo o *animus domini* (afirmarse y comportarse como dueño).

3. Posesión y tenencia, entonces, no tienen ninguna comunicabilidad ni interdependencia, aunque ambas contengan un elemento físico, idénticamente denominado como *corpus*, como se advierte del texto del artículo 762 del Código Civil, que define la posesión como «**la tenencia** de una cosa determinada **con ánimo de señor o 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».

Sin embargo, el **corpus de la mera tenencia** comprende apenas los actos materiales que propendan por cristalizar las facultades jurídicas propias de la convención que le sirve de antecedente (por vía de ejemplo, el contrato de arrendamiento, el de comodato, etc.), esto es, usar y gozar de un bien conforme a su naturaleza y función intrínseca,² pero dentro del preciso marco que señala la relación obligacional subyacente.

4. Por el contrario, **el corpus del fenómeno posesorio**, aunque pudiera ser materialmente parecido, debe estar ligado con la creencia ya anunciada: la de ser señor y dueño (con el correlativo desconocimiento –en virtud de los actos posesorios públicos, pacíficos e ininterrumpidos– de la existencia de otros titulares de derechos reales sobre el bien), de modo que se desenvuelve ‘sin limitaciones’², como ocurre con el dominio.

² Exceptuando las que deriven de la función social de la propiedad, reconocida constitucionalmente en el artículo 58 de la Carta Política.

Dicho *corpus*, por razón del matiz ya expuesto, debe ser de tal entidad objetiva que imponga a los ojos de un observador razonable, de manera necesaria y fundada, la convicción de que la conducta del detentador es el trasunto directo y natural del ejercicio del derecho de propiedad, es decir, que quien las ejecuta exterioriza, simplemente, las facultades propias del *ius in re*.

Y como este es de naturaleza *erga omnes*, esos actos no podrán confundirse con el que hace uso de un bien, o lo disfruta, pero en desarrollo de una relación intersubjetiva, que en nada involucra al conglomerado, o por la simple tolerancia del *verus dominus*. Por ello el artículo 2520 del Código Civil señala que «la omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, **no confieren posesión**, ni dan fundamento a prescripción alguna», por lo que «el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique. Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales, o paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto. Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro».

5. Previamente se relievó que la relación tenencial corresponde al desenvolvimiento de un derecho personal, y por lo mismo, aquella solamente posibilita –y a eso aspiran los sujetos negociales– el ejercicio de las prerrogativas propias del respectivo acto jurídico voluntario (y lícito) que le sirve de fuente, el cual no comporta –en ningún caso– vocación traslaticia (esta atañe solamente a las convenciones que conllevan la prestación de dar, como la permuta, la

compraventa, la donación y el aporte en sociedad), ni entidad traslaticia (como en el mutuo) o constitutiva (propia de la prenda civil).

Es esto, justamente, lo que ocurre en materia de arrendamiento, comodato, y en todos los fenómenos jurídicos de naturaleza asimilable (esto es, cuyo propósito no consiste en alterar la titularidad de los derechos reales), y a ello se circunscribe el poder jurídico del tenedor, al margen de si la duración de su relación tenencial es indefinida o limitada, puesto que su carácter inmutable no sufre mengua por el mero transcurso del tiempo.

Por el contrario, el hecho de la posesión aspira a que, mediante la invocación de los actos posesorios (hecho jurídico humano voluntario lícito) por el tiempo de ley (hecho jurídico natural), el derecho real prescriptible ingrese al patrimonio del poseedor para afirmarse dueño, lo que jamás podrá ocurrir en los supuestos de mera tenencia, gracias a su carácter inmutable, a su falta de vocación traslaticia y a la ausencia de presunción de propiedad en favor del mero tenedor³.

6. Ahora bien, la pretendida *transformación (mutación o interversión) de la mera tenencia en posesión* la cimienta algún sector de la doctrina en disposiciones como el artículo 2531 del Código, especialmente en su numeral 3, en cuanto prescribe que «(...) *la existencia de un título de mera*

³ Artículo 762, Código Civil (inciso 2º): «*El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo*».

*tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, **a menos de concurrir estas dos circunstancias:** 1ª) Que el que se pretende dueño **no pueda probar que en los últimos diez (10) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción**; y, «2ª) que **el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo**».*

No obstante, si se analiza con detenimiento la disposición transcrita, resulta forzoso concluir que la referencia no es a un mero tenedor que se transformó en poseedor, sino a un poseedor pura y simplemente, por varias razones:

(i) La norma advierte que si un mero tenedor se proclama poseedor para efectos prescriptivos, debe presumirse su mala fe, pues no armoniza con la probidad que exigen las relaciones jurídicas que quien –en virtud de un vínculo precario– autoafirme su tenencia, reconociendo el poder de disposición de su contraparte (propia del *dominus*), posteriormente desconozca esas calidades (subjetiva y objetivas) para efectos de hacerse al dominio del bien que detenta.

Es esta justamente la razón de la presunción de mala fe, dado que la naturaleza misma de la relación tenencial no permite –lícitamente– que el tenedor pueda negar la titularidad del derecho real de dominio en cabeza de quien deriva la prerrogativa de detentación, y por lo mismo, resulta válido conjeturar, como lo hace el legislador, que, al obrar en

contrario a esa realidad reconocida, el primero está obrando en forma fraudulenta e inicua.

(ii) Las hipótesis que describe el precepto transcrito, además, son propias de la posesión, no de la mera tenencia, razón por la cual no podría haber nada que transformar. En respaldo de esa afirmación basta destacar que las dos circunstancias del numeral 3 reseñan requisitos esenciales de la posesión, no de la mera tenencia.

Así, si el usucapiente no ha reconocido en los últimos diez años dominio ajeno, y además, prueba «*haber poseído sin violencia clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo*», sería impensable calificar su conducta como la de un mero tenedor. Antes bien, lo que reclama la norma transcrita es, exactamente, que actúe como se espera del poseedor.

7. Conforme con lo expuesto, un examen detenido del numeral 3 del artículo 2531 del estatuto sustantivo civil conduce a reconocer que la totalidad de su contenido apunta a la posesión, no a la mera tenencia, y menos a la transformación de aquella en esta. Dicho de otro modo, si bien la normativa alude a un título de mera tenencia, las referencias subsiguientes desdicen de ello, puesto que los elementos mencionados en las reglas primera y segunda del mismo numeral, son propios de la posesión, fundamentalmente al ***animus domini*** («que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez (10) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción») y a la ***utilidad de la posesión*** –para efectos prescriptivos– («que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído

sin violencia clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo»).

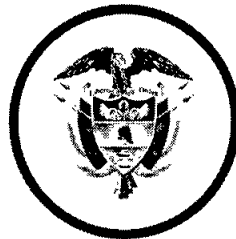
8. Así las cosas, no hay duda acerca de que el Código Civil no consagró la «*intervención*» de la mera tenencia en posesión. A lo sumo, admitió que un mero tenedor puede dejar de serlo, para iniciar una posesión, sin violencia ni clandestinidad, por el tiempo de la prescripción extraordinaria (y sin que, en ningún caso, el lapso transcurrido en calidad de tenedor pueda servir para finalidad distinta a ejercer las facultades jurídicas inherentes a su condición).

Consecuentemente, luce más adecuado sostener, en asuntos como este, que quien inicialmente fue tenedor de un bien debía probar que, en determinado momento, abandonó esa condición precaria, para en adelante autoafirmarse propietario, ejerciendo, además, «*hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión*» (artículo 981, Código Civil).

En los anteriores términos dejo expuesta mi aclaración de voto, con reiteración de mi irrestricto respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil.

Fecha *ut supra*,


LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO: OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

RADICACIÓN 11001-31-03-017-2012-00238-01

Estoy de acuerdo con la decisión porque los errores de hecho en que incurrió el tribunal fueron protuberantes y la reivindicación estaba llamada a ser acogida, conforme se concluyó en la providencia de remplazo.

Empero, como en el fallo aprobado se afirmó que «[l]a posesión de los bienes de las entidades de derecho público, comunes o fiscales (...), es inútil para usucapir»; dicho de otra manera, que tales bienes pueden ser «poseídos» pero ese hecho no cuenta para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio, me aparto en la medida en que los muebles o inmuebles de la naturaleza señalada no son susceptibles de ser apoderados de esa manera.

Lo anterior, porque la posesión, entendida como la relación de señorío que existe entre el poseedor y un bien ajeno de propiedad particular, que tiene la virtualidad de provocar la extinción y adquisición del dominio con el paso

del tiempo, no puede ser desmembrada en tanto perdería su esencia. Es decir, es desacertado afirmar que una cosa se posee y, al tiempo, no puede adquirirse por usucapión.

Lo dicho no es extraño ni novedoso. Por ejemplo, Louis Josserand enseñó:

Desde el momento que una cosa repugna a la propiedad, repugna por ello mismo a la posesión. Es preciso, pues, descartar todos los bienes que no están en el comercio y sobre todo los que forman parte del dominio público (...) Por la misma razón, las universalidades de derecho no comportan la posesión: herencias; fondos de comercio.

A la inversa, desde el momento en que una cosa comporta la propiedad, es susceptible de posesión; sea mobiliaria o inmobiliaria, sea bajo el poder de una persona humana o de una persona moral. (1952. Derecho Civil. Tomo I. Vol. III. Ediciones Jurídicas Europa – América. Pág. 56)

También don Fernando Vélez en su Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, sostuvo, al explicar los «*elementos de la posesión*» (art. 762 del Código Civil), que se precisa, entre otros, la

*(...) tenencia con ánimo de señor o dueño. Esto es, que el que tenga la cosa sea con la intención de propietario. De aquí que la posesión requiera: 1º Capacidad en el poseedor, con la excepción del artículo 784, pues sólo el capaz puede tener legalmente aquella intención; 2º Que el que tenga la cosa no reconozca el carácter de dueño de ella en otra persona; 3º Que la cosa esté en el comercio, es decir, **que su dominio pueda adquirirse, pues de lo contrario no puede ser poseída**. Por ejemplo, quien ocupe un bien de uso público, no lo posee legalmente porque no es susceptible de apropiación individual -se resalta-. (1926. Tomo Tercero. Segunda edición. Imprenta Paris-América. Pág. 141)*

En definitiva, como la institución en comento resulta ser el ejercicio de hecho del derecho real de propiedad, la cosa

que se detente debe pertenecer a un particular, por cuanto la posesión tiene como función legal identificar los actos de señorío con efectos erga omnes. Lo que no puede ocurrir frente a bienes de propiedad del Estado, sea cual fuere su calidad o uso.

Entonces, ¿cuál es la relación jurídica existente entre un bien fiscal y el ciudadano que lo aprovecha sin autorización del Estado? Pues bien, el ordenamiento jurídico colombiano ha calificado dicha eventualidad como una *ocupación*.

La Ley 9ª de 1989, por ejemplo, en su artículo 58, indica que

*Las entidades públicas del orden nacional cederán a título gratuito los inmuebles de su propiedad que sean **bienes fiscales** y que hayan sido **ocupados** ilegalmente para vivienda de interés social, siempre y cuando la **ocupación** ilegal haya ocurrido con anterioridad al veintiocho (28) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988). La cesión gratuita, mediante escritura pública, se efectuará a favor de los **ocupantes**. Las demás entidades públicas podrán efectuar la cesión en los términos aquí señalados. (Negrillas fuera del texto original).*

Algo similar dispuso el artículo 14 de la Ley 708 de 2001, modificado por el 277 de la Ley 1955 de 2019, cuando sobre la «*cesión a título gratuito de bienes fiscales*», señaló:

*Las entidades públicas podrán transferir mediante cesión a título gratuito la propiedad de los bienes inmuebles fiscales o la porción de ellos, **ocupados** ilegalmente con mejoras y/o construcciones de destinación económica habitacional, siempre y cuando la **ocupación** ilegal haya sido efectuada por un hogar que cumpla con las condiciones para ser beneficiario del subsidio de vivienda de interés social y haya ocurrido de manera ininterrumpida con mínimo diez (10) años de anterioridad al inicio del procedimiento*

administrativo. La cesión gratuita se efectuará mediante resolución administrativa, la cual constituirá título de dominio y una vez inscrita en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, será plena prueba de la propiedad.

En ningún caso procederá la cesión anterior tratándose de inmuebles con mejoras construidas sobre bienes de uso público o destinados a la salud y a la educación. Tampoco procederá cuando se trate de inmuebles ubicados en zonas insalubres o zonas de alto riesgo no mitigable o en suelo de protección, de conformidad con las disposiciones locales sobre la materia.

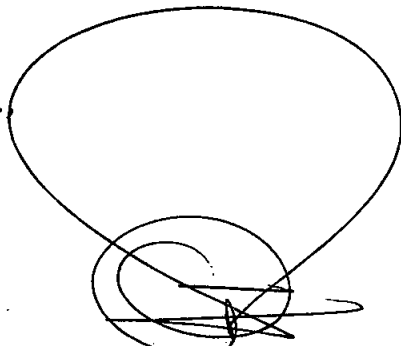
Esa disposición fue reglamentada por Decreto 149 de 4 de febrero de 2020, el que en su artículo 2.1.2.2.1.2. «definiciones», señaló:

(...) 4. Ocupación. Corresponde a la situación de hecho en virtud de la cual un hogar se encuentra asentado en un bien inmueble fiscal.

De modo que la manera en que los ciudadanos hacen uso ilegal de los bienes fiscales es la ocupación y no la posesión, lo que resulta coherente en la medida en que, se itera, al no ser de dominio particular, repugnan la última forma de apoderamiento.

En esos términos aclaró el voto, aunque comparto la decisión.

Fecha, *ut supra*.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large loop at the top and several smaller loops and strokes at the bottom.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Magistrado