



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

SC4826-2021

Radicación n° 11001-31-03-020-2015-00919-01

(Aprobado en sesión de virtual de veintisiete de octubre de dos mil veintiuno)

Bogotá D.C., dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandante frente a la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2018, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de pertenencia instaurado por Mario Betancourt Franco contra Nadia Afanador Angarita y Jorge Afanador Sánchez, trámite en el cual fueron reconocidos Graciela Pinzón de Betancourt, Patricia, Mario y Rubén Darío Betancourt Pinzón como litisconsortes del demandante.

ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que por reparto correspondió al Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, el accionante solicitó declarar que adquirió por prescripción extraordinaria el dominio del inmueble ubicado en la calle 55 n° 10 – 29 de Bogotá, alinderado en tal libelo e identificado con la

matrícula n° 50C-1221532 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; así como ordenar la inscripción del fallo.

2. Como fundamento fáctico adujo, en síntesis, que ostenta la posesión del predio, con su núcleo familiar compuesto por su esposa e hijos, desde el año 1966, época en la cual allí funcionaba un taller de mecánica y parqueadero de automotores.

Agregó que desde ese momento ha ejercido la posesión de forma pública, pacífica e ininterrumpida, porque lo utilizó como lugar de vivienda de su hogar, también ha pagado los impuestos, instaló servicios públicos domiciliarios, mejoras, lo ha arrendado y defendido de ataques como el juicio de restitución de inmueble arrendado incoado por Tito Francisco Solano Rojas.

3. Con ocasión de su vinculación al litigio, Nadia Afanador Angarita se opuso a las pretensiones y enarboló las excepciones meritorias de *«tránsito a cosa juzgada»*, *«imposibilidad del demandante de adquirir por prescripción como consecuencia de su calidad de mero tenedor del inmueble»* y *«ausencia de requisitos para iniciar demanda de pertenencia»*.

Jorge Afanador Sánchez reiteró las mismas defensas de su codemandada y adicionó la de *«mala fe por parte del demandante»*.

La curadora *ad-litem* de las personas creadoras de derecho sobre el bien manifestó estarse a lo que se pruebe en el rito.

En razón de la cesión de derechos litigiosos que el promotor realizó a favor de Graciela Pinzón de Betancourt, Patricia, Mario y Rubén Darío Betancourt Pinzón, estos fueron reconocidos sólo como litisconsortes de aquel, porque los convocados rechazaron la sustitución procesal.

4. Tras agotar las etapas del juicio, con sentencia de 9 de agosto de 2018 la falladora *a-quo* desestimó las pretensiones de la demanda.

5. La parte demandante interpuso apelación que el Tribunal resolvió el 15 de noviembre siguiente, con sentencia confirmatoria de la recurrida.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. El Juzgador de segundo grado inicialmente recordó que su competencia se limitaba a los reparos objeto de sustentación en segunda instancia.

2. Seguidamente señaló que, tal cual lo consideró al resolver las excepciones previas, surtió efectos de cosa juzgada la decisión adoptada en el anterior proceso de pertenencia incoado por el demandante contra Cecilia Montenegro de Afanador, pues las sentencias de primera y segunda instancia allí proferidas determinaron que para la

época de iniciación de ese primer litigio (abril de 2005) él ostentaba la condición de tenedor del fundo, que es el mismo materia de este pleito.

Por ende, fue errado el alegato del recurrente al insistir en que desde el año 1966 ha ostentado la posesión del inmueble.

3. Agregó que como el libelo también mencionó que al contar la posesión desde el año 2005 hasta el 2015 -de instauración de esta nueva acción- se cumple el lapso prescriptivo, para el acogimiento de esta pretensión era necesario que el peticionario acreditara la interversión de su condición de tenedor a la de poseedor, demostración que no cumplió porque, como lo adujo la juzgadora *a-quo*, él manifestó en el interrogatorio que absolvió no pagar los impuestos del fundo, acto que hubiera revelado su posesión por ser propio de quien se cree dueño; tampoco probó la realización de mejoras con posterioridad al año 2005, pues el dictamen pericial recaudado refirió que las existentes correspondían a los años 1978 a 1988; y el pago de servicios públicos tampoco muestra inequívocamente actos posesorios, habida cuenta que también lo realizan los arrendatarios, locatarios o comodatarios, esto es, cualquier tenedor de un bien.

En suma, el convocante no acreditó la interversión de su título de tenedor a poseedor, principalmente al insistir en que no era indispensable porque ostentaba posesión desde el año 1966, al punto que alegó que el acervo probatorio

recaudado desvirtuaba la calidad de tenedor que le fue atribuida en el juicio antecedente, tema ajeno al presente litigio, como también lo son los elementos de convicción relacionados con el contrato de arrendamiento allá valorado.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El demandante acudió a este mecanismo extraordinario proponiendo un cargo, erigido en la causal segunda de casación regulada en el artículo 336 del Código General del Proceso.

CARGO ÚNICO

1. Aduce la vulneración indirecta de los artículos 762, 2512 a 2513, 2518, 2522, 2527, 2529, 2531 del Código Civil y 5 de la ley 791 de 2002 por falta de aplicación, como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la valoración del acervo probatorio.

2. Hace consistir el quebranto en que el Tribunal, no obstante aceptar que el convocante alegó que desde el año 2005 hasta el 2015 cumplió el lapso prescriptivo de 10 años, coligió impróspera la usucapión porque pretirió las pruebas que daban cuenta de su interversión de tenedor a poseedor, como fueron:

2.1. La presentación de la anterior demanda de pertenencia que él radicó en el mes de abril de 2005, en la cual se erigió como poseedor del inmueble objeto de ese

anterior pleito así como de este nuevo, acto del cual se desprendía la interversión de su título de tenedor a poseedor según lo relatan las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en esa causa.

2.2. La contestación que los acá convocados hicieron a la demanda genitora de esta segunda contienda, pues relataron que él con anterioridad tramitó otro juicio de pertenencia sobre el mismo bien raíz atribuyéndose la condición de poseedor.

2.3. Asimismo fue omitido el interrogatorio de parte de Cecilia Montenegro de Afanador, practicado en la acción de pertenencia primogénita tramitada ante el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá, pues la absolvente, como propietaria del inmueble en esa época, aceptó que Mario Betancourt Franco lo ocupaba y había dejado de pagar la renta, lo cual evidenciaba -aduce el recurrente- su posesión.

2.4. También fue olvidada la demanda de restitución de inmueble arrendado incoada por Tito Francisco Solano Roa contra Mario Betancourt Franco, con posterioridad al juicio de pertenencia tramitado ante el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá, libelo en el cual el primero, alegando ser arrendador en virtud de la cesión que le hizo Cecilia Montenegro de Afanador, relató que el arrendatario cubrió la renta hasta el año 2004 y que de allí en adelante omitió el pago, esto es, por espacio de más de 8 años, actitud que – aseveró el casacionista- revela la posesión.

3. Añadió el censor, partiendo de la anterior acreditación de la interversión de su condición de tenedor a poseedor, que los actos posesorios también estaban probados, lo cual no observó el juzgador *ad-quem* al:

3.1. Omitir el testimonio de Víctor Julio Manrique, quien expresó que recibió en arrendamiento de Mario Betancourt Franco un local que hace parte del predio objeto de la litis; y que reconoce a su arrendador como propietario, incluso, desde mucho antes del año 2005, al punto que es él quien autoriza cualquier arreglo o mejora en el local.

3.2. Preterir el contrato de arrendamiento ajustado por Víctor Julio Manrique y Graciela de Betancourt, como arrendatario y arrendadora, en su orden, con la venía del demandante según relató el primero en su versión de los hechos, lo cual comporta otro acto inequívoco de posesión del accionante.

3.3. Olvidar la deposición de Felipe Holgado Hernández, quien manifestó conocer al recurrente como propietario del inmueble, por ser quien lo arrienda.

3.4. Abandonar la declaración de Gonzalo Tomás García, quien informó conocer al demandante como propietario del inmueble desde hace más de 20 años, por ser quien lo ha ocupado, en actividades comerciales, y mejorado, con el levantamiento de una pared alrededor del año 2008.

3.5. Pasar por alto la exposición de Gregorio Niño Rodríguez, informante de las actividades que en el bien raíz desplegó el peticionario.

3.6. Ignorar la inspección judicial practicada, que dio fe de la detentación de Betancourt Franco y de su concordancia con los testimonios recaudados, a cuyo tenor el bien es explotado con las actividades comerciales de taller de mecánica, parqueadero y un local comercial.

3.7. Cercenar el dictamen pericial evacuado, en razón a que el fallo aseveró que las mejoras demostradas eran anteriores al año 2005 cuando el accionante debió intervertir su condición de tenedor a poseedor, a pesar de que tal experticia da cuenta de la construcción en ese mismo año de una pared medianera en el lindero sur del predio, fecha que aclaró el auxiliar de la justicia en la vista pública al referir que tal mejora data del año 2007.

3.8. Asimismo, el tribunal erró de derecho al establecer una tarifa probatoria, ya que exigió como medio inexcusable para acreditar la posesión el pago de los impuestos del bien a usucapir, a pesar de la libertad en la materia y conforme a las reglas de la sana crítica regulada en el artículo 176 del Código General del Proceso; máxime si la jurisprudencia tiene sentado que el pago de tributos de un bien no demuestra, sin más, el ánimo de señorío; de donde no podía ser extraído como indicio en contra del demandante la ausencia del pago tributario.

3.9. De la misma manera incurrió en yerro de derecho al omitir valorar este indicio conforme a las demás pruebas del proceso, en tanto los testimonios de Víctor Julio Manrique, Felipe Holgado Hernández, Gonzalo Tomás García y Gregorio Niño Rodríguez acreditaban la posesión alegada por el demandante, quien, en adición, explicó que la aludida omisión obedeció al desconocimiento de los recibos de cobro; a más de que esas erogaciones sí fueron hechas por los demandados, según se desprende de los recibos arrimados por estos y del dictamen pericial practicado, por lo que no podía exigirse el pago doble de la misma obligación.

CONSIDERACIONES

1. Es pertinente indicar que, por entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso a partir del 1° de enero de 2016, al *sub judice* resulta aplicable ya que consagró, en los artículos 624 y 625 numeral 5°, que los recursos, entre otras actuaciones, deberán surtirse bajo «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*», tal cual sucede con el que ahora ocupa la atención de la Sala, en razón a que fue radicado con posterioridad a la fecha citada.

2. Al tenor del artículo 2518 del Código Civil, por el modo de la «*prescripción adquisitiva*» o «*usucapión*» se puede adquirir derechos reales, entre ellos el dominio de los bienes corporales, ya sea muebles o inmuebles, si son poseídos en la forma y por el tiempo previsto en el ordenamiento jurídico.

Tal prerrogativa está cimentada en la tenencia con ánimo de señor y dueño, sin que en principio sea necesario un título, evento en el cual se presume la buena fe del poseedor. De allí que a este le baste acreditar que su aprehensión ha sido pública, pacífica e ininterrumpida, por el lapso exigido en el ordenamiento, que actualmente es de diez (10) años, conforme al canon 1° de la Ley 791 de 2002, y antes de este era de veinte (20).

Todo en concordancia con el artículo 762 de la obra citada inicialmente, a cuyo tenor la posesión es «...*la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño...*», siendo necesarios el *animus* y el *corpus* para su configuración. El primero, por escapar a la percepción directa de las demás personas, debe presumirse, siempre y cuando se comprueben los actos materiales y externos ejecutados permanentemente, lo que constituye el segundo elemento.

Los citados componentes denotan la intención de hacerse dueño, si no aparecen circunstancias que la desvirtúen, por lo que quien los invoca debe acreditarlos durante el tiempo consagrado legalmente, para el buen suceso de su pretensión.

3. Ahora bien, el juez puede quebrantar la ley sustancial de forma indirecta al cometer errores de hecho, que aluden a la ponderación objetiva de las pruebas, o de derecho, cuando de su validez jurídica se trata.

La inicial afectación -por faltas fácticas- ocurre cuando el fallador se equivoca al apreciar materialmente los medios de convicción, ya sea porque supone el que no existe, pretermite el que sí está o tergiversa el que acertadamente encontró, modalidad ésta que equivale a imaginar u omitir parcialmente el elemento probatorio porque la distorsión, en que incurre el Juzgador implica agregarle algo de lo que carece o quitarle lo que sí expresa, con alteración de su contenido de forma significativa.

Así lo ha explicado la Sala al señalar:

Los errores de hecho probatorios se relacionan con la constatación material de los medios de convicción en el expediente o con la fijación de su contenido objetivo. Se configuran, en palabras de la Corte, '(...) a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad sí existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que sí existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento (...)' (CSJ, SC9680, 24 jul. 2015, rad. 2004-00469-01).

La otra modalidad de yerro -el de derecho- se configura en el escenario de la diagnosis jurídica de los elementos de prueba, al ser desconocidas las reglas sobre su aducción e incorporación, mérito demostrativo asignado por el legislador, contradicción de la prueba o valoración del acervo probatorio en conjunto. La Corte enseñó que se incurre en esta falencia si el juzgador:

Aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando,

viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere. (CXLVII, página 61, citada en CSJ SC de 13 abr. 2005, rad. n° 1998-0056-02; CSJ SC de 24 nov. 2008, rad. n° 1998-00529-01; CSJ SC de 15 dic. 2009, rad. n° 1999-01651-01, entre otras).

4. Con base en las anteriores premisas y en aras de desatar el presente remedio extraordinario, tiénese como aspecto pacífico de la determinación cuestionada -por carecer de censura- la consideración según la cual hizo tránsito a cosa juzgada la decisión que el estamento jurisdiccional adoptó, en el precedente juicio de pertenencia que adelantó Mario Betancourt Franco ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, a cuyo tenor para cuando inició esa acción -abril de 2005- él ostentaba la condición de tenedor del fundo disputado.

De allí que la impugnación casacional sólo está dirigida a cuestionar que no se tuviera acreditada la posesión desde la época referida -abril de 2005- y hasta la interposición de la nueva demanda de pertenencia génesis de este conflicto judicial -junio de 2015-.

Así las cosas, colige la Corte que no ocurrieron los errores de hecho endilgados al juzgador colegiado, como pasa a verse:

4.1. El tribunal no pretirió la anterior demanda de pertenencia incoada por el recurrente ante el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá, como tampoco omitió el libelo de restitución de inmueble arrendado radicado por Tito Francisco Solano Roa contra Mario Betancourt Franco ante el Juzgado 21 Civil Municipal de Bogotá, cardinalmente porque esos elementos suasorios no obran en el plenario y, naturalmente, el juzgador no puede obviar lo que ni siquiera tiene a la vista.

En efecto, aun cuando en la presente contienda la juzgadora *a-quo* decretó, a petición de parte, la incorporación de copia de esos expedientes, y no obstante librar las comunicaciones de rigor, esas piezas nunca fueron arrimadas a este juicio.

De esos trámites el demandante sólo aportó con su libelo, es decir, desde el inicio de esta causa, las sentencias que dirimieron esos litigios y el interrogatorio absuelto por Cecilia Montenegro de Afanador en el precedente juicio de pertenencia; al paso que los convocados incorporaron con su escritos de excepciones copia de las actas de inspección judicial, testimonios recibidos a José Oliverio Moreno Morales, Diego Raúl Velásquez Uribe, Dagoberto Martínez Arévalo, Jesús Sibato Argüello, José Roberto Fula y Gregorio Niño Rodríguez e interrogatorio de Mario Betancourt Franco.

Por lo tanto, el juzgador colegiado no incurrió en los olvidos que se le endilgan en razón a que las demandas supuestamente ignoradas ni siquiera obran en esta causa.

Y aunque las sentencias dirimientes de esos anteriores procesos sí fueron allegadas, resultan insuficientes para extraer de ellas los contornos de tales litigios, habida cuenta que, como reiteradamente lo ha expuesto esta Corte, *«[l]as providencias judiciales, sin embargo, se precisa entre ellas las emitidas en asuntos de índole penal, únicamente, al decir de esta Corporación, ‘son probanza de ellas mismas, en cuanto acreditan ‘su existencia, clase de resolución, autor y fecha’, pues las consideraciones dentro de la estructura lógica de la sentencia es apenas un eventual instrumento de interpretación de la parte resolutive’¹. No es error de hecho, por lo tanto, omitir la valoración probatoria realizada en una decisión judicial, por tratarse de un ejercicio autónomo e independiente.»* (CSJ SC9123 de 2014, rad. 2005-00139, reiterada en CSJ SC433 de 2020, rad. 2008-00266).

En ese mismo sentido esta Corporación doctrinó inviable acoger la valoración probatoria realizada en otra providencia judicial, en razón a que:

(...) podría suscitar eventos ‘incompatibles con principios básicos de derecho procesal, pues entonces no sería el juez de la causa a quien correspondería valorizar y analizar las pruebas para formar su propia convicción sobre los hechos controvertidos, desde luego estaría obligado a aceptar el juicio que sobre los mismos se formó otro juez, y las partes en el nuevo litigio no podrían contradecir la

¹ Sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 00198, reiterando sentencia de casación civil de 6 de octubre de 1981.

prueba ni intervenir en su producción'. (CSJ SC de 2 may. 1953, GJ LXXV, pág. 78; reiterada en SC de 29 oct. 1991, SC de 22 abr. 1977, SC de 10 dic. 1999, SC de 13 dic. 2000).

4.2. El juzgador *ad-quem* tampoco dejó de lado la contestación que los convocados hicieron al pliego perceptor de esta contienda, puesto que -como lo aduce el propio recurrente- en esas réplicas aquellos relataron que él con anterioridad tramitó otro juicio de pertenencia sobre el mismo bien raíz atribuyéndose la condición de poseedor, mas no que esta condición fuera cierta.

En otros términos, informaron de las actuaciones del demandante y de lo alegado por él, pero no aceptaron que sus afirmaciones fueran ciertas. Por el contrario, mostraron franca y expresa oposición a las mismas (contestación al hecho primero de la demanda).

De allí que no se configurara el yerro fáctico pregonado en casación, por cuanto no existió aceptación de los convocados respecto de la condición de poseedor del reclamante.

4.3. El fallo de segunda instancia no omitió el interrogatorio absuelto por Cecilia Montenegro de Afanador en la acción de pertenencia tramitada ante el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá, en tanto ella -como lo aduce el impugnante- sólo aceptó que Mario Betancourt Franco ocupaba su inmueble y había dejado de pagar la renta, pero no le atribuyó la condición de poseedor.

Incluso debe colegirse, en sana lógica, que como la absolvente afirmó que Mario Betancourt Franco dejó de pagar la renta, expresamente le atribuyó la condición de tenedor, de donde no podía inferirse de ese medio de convicción la posesión que ahora aduce el demandante.

Por ese sendero debe colegirse, tal cual se anunció, irreal el yerro de hecho atribuido al tribunal.

4.4. En este orden y como consecuencia de la inexistencia de los errores de hecho que pusieran al descubierto la interversión del título de tenedor a poseedor del peticionario, asimismo resultan inconcebibles los yerros fácticos atribuidos al proveído criticado por omitir los testimonios de Víctor Julio Manrique, Felipe Holgado Hernández, Gonzalo Tomás García y Gregorio Niño Rodríguez, así como el contrato de arrendamiento celebrado por el primero de estos testigos con Graciela de Betancourt el 28 de julio de 1989; todo en razón a que con base en este acervo probatorio el accionante tuvo el propósito de acreditar actos posesorios desde el año 1966.

De allí que el tribunal coligiera innecesaria dicha valoración, de un lado, porque la credibilidad de los aludidos testimonios así como la conclusión derivada del contrato de arrendamiento citado quedaban seriamente afectados, si en cuenta se tiene que, *ab-initio*, el tribunal partió de la base - indiscutida por el recurrente en casación- de que este ostentó la tenencia del inmueble litigado hasta abril de 2005.

Por supuesto que si estos elementos persuasivos contradijeron esa conclusión, de entrada denotaban incoherencia respecto del restarte acervo probatorio recaudado.

De otro lado, porque los referidos testimonios mostraban el claro propósito del demandante de reabrir el debate dirimido por el Juzgado 6° Civil del Circuito de Bogotá mediante sentencia confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior del mismo distrito judicial, providencia en la cual se decantó que Mario Betancourt Franco no era poseedor, por lo menos con anterioridad al mes de abril de 2005.

Total es que los errores de hecho alegados en esta sede extraordinario no ocurrieron, principalmente partiendo de que el solicitante tenía la carga de probar la interversión de su condición de tenedor a poseedor con posterioridad al mes de abril de 2005, lo que no observó y, por ende, tampoco cumplió.

4.5. En relación con la inspección judicial y el dictamen pericial evacuados en el presente juicio, la Corte destaca su intrascendencia para los efectos extrañados por el juzgador de segunda instancia.

Ciertamente, si con la intención de obtener la declaración de prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio el demandante pretendió hacer valer su posesión por espacio de 10 años, a lo sumo anteriores a la radicación de su libelo (10 de junio de 2015), traduce que la interversión

de su condición de tenedor a poseedor debió configurarse, a más tardar, el 10 de junio de 2005.

Sin embargo y atado con el aludido propósito, el dictamen pericial practicado sólo da cuenta de que Betancourt Franco elevó una pared medianera en el año 2007, esto es, con posterioridad a la fecha en la cual debió acreditar su interversión de tenedor a poseedor; igualmente la inspección judicial evacuada data de 17 de enero de 2018, de nuevo postrera a la época citada.

Además, en relación con la inspección judicial como elemento demostrativo de la posesión, esta Sala señaló:

De otro lado, la inspección judicial practicada en el trámite también resulta insuficiente para acreditar los actos posesorios alegados por el demandante durante más de dos lustros, en tanto que el propósito de dicho medio persuasivo es el «examen ocular, es determinar la situación física del inmueble para la fecha en que el funcionario de conocimiento se traslada a él». (CSJ SC10189 de 2016, rad. 2007-00105).

Con otras palabras, ese elemento probatorio da cuenta al juzgador de las condiciones en que se encuentra un bien para la época de su visita, de donde resulta exiguo a efectos de acreditar los actos posesorios ejercidos por espacio de varios años, como resultaba forzoso en el sub judice si se pretendía obtener una decisión estimatoria de la pretensión.

Aunque tal elemento de convicción puede dar cuenta, a través de la percepción directa de la autoridad judicial, de la existencia y particularidades del bien pretendido en usucapión, como su estado de conservación, mantenimiento, etc., (núm. 10, art. 407, C.P.C.), sus limitantes impiden darle valor de plena prueba en aras de acreditar que las condiciones que actualmente muestra han

perdurado durante varios años. (CSJ SC4791 de 2020, rad. 2011-00495).

En suma, el Tribunal no incurrió en pretermisión del dictamen pericial y la inspección judicial de marras, por la potísima razón de que en nada contribuían de cara al principal hecho investigado, necesario para la prosperidad de la usucapión, itérase, la pluricitada interversión.

4.6. Por último, en cuanto atañe a los supuestos yerros de derecho del tribunal al afirmar que el pago de los impuestos de un bien generan posesión, así como la extracción de un indicio en contra del demandante por omitir sufragar dichos tributos, la Corte colige que tal crítica debe ser desestimada por desleal con la administración de justicia y con su contendientes.

Esto en la medida en que el promotor alegó en su libelo, como acto que dijo haber desplegado acreditador de su condición de poseedor, el pago de los impuestos del inmueble objeto de su pretensión; pero ahora que su juzgador natural echó de menos la prueba de que dicho pago lo hizo él y desvirtuó su alegato posesorio, aduce en sede extraordinaria que no se trata de un acto revelador de la referida condición de señor y dueño.

Tal mutación, en desmedro del principio de lealtad procesal para con el estamento jurisdiccional y con su contraparte, debe ser repelida, por tratarse de un alegato sorpresivo que la doctrina denomina «*medio nuevo*», esto es,

aquel que el litigante guarda para erigirlo cuando han fenecido las oportunidades de contradicción previstas en el ordenamiento adjetivo o que critica finalizando el juicio a pesar de que lo apoyó al inicio.

Esto porque, como lo ha puntualizado la Corporación, avalar en el curso del juicio un alegato o una prueba, expresa o tácitamente, y criticarla sorpresivamente en este escenario extraordinario, denota incoherencia en quien así procede, actuar que por desleal no es admisible comoquiera que habilitaría la conculcación del derecho al debido proceso de su contendor, quien vería cercenadas las oportunidades de defensa reguladas en las instancias del proceso, característica que no tiene el recurso de casación.

Esa falencia basta para la desestimación del reclamo, pues la Corte tiene doctrinado, de antaño, que:

Ahora, por cuanto el censor, adelantándose a que la Corporación diera por estructurado tal fenómeno, adujo no estar incurriendo en el antitecnicismo de plantear medios nuevos tanto por los motivos discernidos en la acusación como porque las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento, ha de señalar la Corte que si bien es cierto, en relación con el sistema ecléctico que en este punto impera en el ordenamiento positivo, los fundamentos puramente jurídicos y los medios de orden público en puridad de verdad no constituyen hechos nuevos en el recurso extraordinario, no lo es menos que las razones en que se afincan los yerros achacados al sentenciador no atañen, con estrictez, a esos conceptos, pues en este sentido la jurisprudencia ha sostenido que el cargo planteado con base en defectos rituales que se le imputan a la prueba, que antes no fueron discutidos, ‘implica un medio nuevo, que no puede ser atendido por la Corte, cuya doctrina rechaza, como medio de esta especie, el hecho de que una

sentencia haya tomado en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, acusación que al ser admitida resultaría violatoria del derecho de defensa de los litigantes y reñida con la índole y esencia del recurso extraordinario' (G.J. t. XCV, pag.497), posición que ha sido reiterada, entre otras, en sentencias de 16 de agosto de 1973(G.J. t. CXLVII, pag.26), 23 de enero de 1981 y número 082 de 21 de septiembre de 1998 atrás citadas. (CSJ SC de 27 sep. 2004 rad. n° 7479, reiterada en SC de 23 jun. 2011, rad. n° 2003-00388-01 y SC7978 de 23 jun. 2015, rad. n° 2008-00156-01).

En este mismo sentido y en caso de contornos similares, en el cual un interviniente censuró el dictamen pericial en las instancias del proceso y en casación pretendía su estimación, la Sala aseveró:

En otros términos, el segundo reproche del libelo de casación que tiende a que se acceda a la lesión enorme con base en la preterición del avalúo evacuado para acreditarla, se formula con ocasión del recurso extraordinario no obstante que ante el juzgador ad-quem se pidió su desestimación, de donde se colige que se trata de alegato novedoso, inadmisibile a través del presente mecanismo de defensa por vulnerar el debido proceso, como quiera que sorprende a los demás intervinientes al tratarse de un planteamiento expresamente desechado por su promotor, circunstancia que desemboca en la imposibilidad de analizarlo. (CSJ SC131 de 2018, rad. 2007-00160).

5. Total, no ocurrieron los errores de hecho y de derecho alegados en el cargo planteado, por lo cual emerge la frustración de la impugnación extraordinaria.

Habida cuenta que el demandante fue amparado por pobre con proveído de 27 de noviembre de 2018², por

² Folio 50, cuaderno del tribunal.

mandato del artículo 154 del Código General del Proceso no será condenado en costas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2018, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso de pertenencia instaurado por Mario Betancourt Franco contra Nadia Afanador Angarita y Jorge Afanador Sánchez, trámite en el cual fueron reconocidos Graciela Pinzón de Betancourt, Patricia, Mario y Rubén Darío Betancourt Pinzón como litisconsortes del demandante.

Sin costas en casación.

En firme este proveído retorne el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese,

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Presidente de la Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Con aclaración de voto

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Francisco Ternera Barrios

Álvaro Fernando García Restrepo

Hilda Gonzalez Neira

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta
Firma con aclaración de voto

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: A74AED45EB4455FA0C06703BB72190860310FC95EF2FDA786662BC7F207051E4

Documento generado en 2021-11-16



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Radicación n.º 11001-31-03-020-2015-00919-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto el sentido de la decisión adoptada por la Sala, respetuosamente me permito aclarar mi voto, con relación a la expresión «*interversión de la condición de tenedor*», que aparece reiterada a lo largo de esta providencia. Lo anterior en tanto que, en mi opinión, ese término, acuñado por el precedente consolidado de esta Corporación 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 de quien 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*, acompañado del elemento subjetivo o *animus domini* (afirmarse y comportarse como dueño).

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*

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, 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 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 hacerse 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 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 tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a*

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

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 riñe con la probidad que exigen las relaciones jurídicas que quien –en virtud de un vínculo precario– autoafirma su tenencia, reconociendo el poder de disposición de su contraparte (propia del *dominus*), después 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 inícu.

(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 a lo expuesto, un examen detenido del artículo 2531-3 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 «*interversión*» 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

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Luis Alonso Rico Puerta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 98B8A56DFF905C05ADB1E1FE46945641216DF9D41C014CC72528C5E30829D16F

Documento generado en 2021-11-16