

Magistrado Ponente: Carlos Mauricio García Barajas

Número de Radicación: 13001-31-03-004-2015-00044-02 Rad.Int 2019-018-01

Tipo de Decisión: Confirma sentencia

Fecha de la Decisión: 31 de enero de 2020.

Clase y/o subclase de proceso: Verbal/ Pertenencia

PROPIEDAD/ A la propiedad le es inherente una función social, pero de allí no se sigue necesariamente que el titular del derecho de dominio de un bien inmueble sea castigado con la extinción de su derecho por el solo hecho de no ejercer posesión material sobre él. Su derecho de propiedad se extinguirá solamente si, a la par de su inactividad frente al bien, otra persona entra en posesión y actúa con ánimo de señor y dueño sin reconocer dominio ajeno por el término exigido por la ley. Mientras esto último no ocurra su derecho se mantendrá intacto, porque nadie lo ha adquirido por prescripción adquisitiva.

POSESIÓN/ACTOS PROPIOS DE SEÑOR Y DUEÑO/El mero ausentismo de los demás copropietarios, el hecho de no habitar ellos en el inmueble por tener su lugar de habitación en sitios distintos, incluso en otras ciudades, o el hecho de no preocuparse los demás copropietarios en forma permanente por el mantenimiento del bien común, como sí lo hacía el demandante que era quien lo ocupaba materialmente, no son hechos suficientes para concluir la ejecución de actos que revelen, inequívocamente, una rebeldía contra el titular y el inicio de actos propios de señor y dueño sobre la cosa en cabeza del demandante que lo habiliten para adquirir por prescripción.

ASUNTO: VERBAL DE PERTENENCIA
DEMANDANTE: ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO
DEMANDADO: JUDITH CECILIA MONTERO DAZA Y OTROS
RAD. ÚNICO: 13001-31-03-004-2015-00044-02
RAD. TRIBUNAL: 2019-018-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA CIVIL – FAMILIA.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS.

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Anunciado el sentido del fallo de segunda instancia en audiencia realizada el pasado 30 de enero, procede la Sala a proferir por escrito la sentencia que tiene por objeto resolver la apelación propuesta por la parte demandante dentro del trámite de la referencia.

DEMANDA

1. **Objeto:** Se declare que el demandante adquirió por prescripción extraordinaria de dominio, el predio situado en el perímetro urbano de la ciudad de Cartagena en el barrio Getsemaní calle San Agustín con nomenclatura urbana N° 25-158, identificado con folio de matrícula inmobiliaria N° 060-70287.

2. **Soporte fáctico:** Afirma el actor que ejerce la posesión exclusiva del bien inmueble pretendido con ánimo de señor y dueño a partir del año de 1.993, anualidad en la que suscribió la escritura pública de compraventa # 1779 del 26 de mayo de 1993, que documenta contrato de compraventa de ANIBAL ENRIQUE MONTERO PÁJARO (Q.E.P.D), padre del demandante, a favor de ANÍBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO y los demandados.

Los actos de posesión que ha realizado consisten en mejoras necesarias y útiles en el inmueble que se detallan en la demanda, su explotación económica mediante arriendo a MARIELA DEL CARMEN MONTERO PRADA (demandada) y CLARA ELENA RAMOS PALMA, y servicio de pensión a personas indeterminadas sin autorización, consulta o aprobación y para su propio patrimonio, pago de servicios públicos e impuestos, actos de posesión que han sido exclusivos sobre la totalidad del bien y no para la comunidad, y así es reconocido por vecinos y por los propios demandados.

POSTURA DE LOS DEMANDADOS

MARIELA DEL CARMEN MONTERO contestó la demanda¹ y propuso demanda de reconvencción². Negó la calidad de poseedor exclusivo al demandado quien es solo un

¹ Cuaderno 2 folio 184.

² Sobre esta no se detiene la Sala por cuanto fue negada, decisión que no fue objeto de apelación.

ASUNTO: VERBAL DE PERTENENCIA
DEMANDANTE: ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO
DEMANDADO: JUDITH CECILIA MONTERO DAZA Y OTROS
RAD. ÚNICO: 13001-31-03-004-2015-00044-02
RAD. TRIBUNAL: 2019-018-01

coposeedor que de mutuo acuerdo entre los copropietarios y el padre de todos. Niega la calidad de arrendataria que se le atribuye pues el dinero lo entregaba con otros fines. Aclara que CLARA ELENA RAMOS PLAMA (presentada como arrendataria en la demanda) tiene relación personal con el demandante y tuvieron 3 hijos, y que el padre de todos fue quien tuvo la actividad económica del inmueble hasta su muerte. Luego de la muerte del padre se acordó entre algunos copropietarios la venta del bien, y 15 días después se cambiaron las guardas y no se facilitó la nueva llave, que antes todos tenían, lo que dio origen al inicio del proceso divisorio. De existir posesión es clandestina, y jamás ha realizado el actor mejoras ni mantenimiento sobre la parte del bien que ocupa esta demandada.

ENRIQUE LUIS MONTERO CASTILLO³ sostuvo por su parte que el demandante es simple coposeedor y nunca manifestó públicamente oposición a la voluntad de su padre de que se vendiera el bien, ni actuar como poseedor exclusivo, desconociendo el momento en que llegó a poseedor exclusivo. Señala que todos han actuado como propietarios y poseedores repartiéndose entre sí obligaciones y cargas de la comunidad, y por razones familiares se permitió al demandante vivir en el inmueble de donde surge el deber de conservarlo y mantenerlo sin que ello se traduzca en posesión exclusiva. Señala también que todos los comuneros se servían del inmueble, todos tenían llave hasta el 20 de agosto de 2014 cuando ya no se pudo abrir porque habían cambiado la cerradura.

Las señoras **JUDITH MONTERO DE DAZA, RUTH MARIA MONTERO DE VILLAMIL y MARLENE MONTERO CANTILLO** sostienen que la posesión activa siempre la han ejercido todos y cada uno de los comuneros, copropietarios, codueños y/o coposeedores desde el 26 de mayo de 1993, cuando se lo compraron a su padre. Siempre y de común acuerdo se han distribuido los derechos y obligaciones de la comunidad, y la tenencia del bien objeto de Litis la ostentaba a título precario el progenitor de los comuneros, el señor ANIBAL ENRIQUE MONTERO PAJARO (Q.E.P.D), hasta el momento de su fallecimiento el 26 de junio de 2014.

Por su parte, el señor **YOVANI MONTERO AMPUDIA** manifestó⁴ que el demandante no ostenta la calidad de poseedor real, material y único de bien inmueble descrito; hecho contrario a ello, es la aceptación que dieron a su padre para que siguiera teniendo como domicilio y residencia el inmueble, situación que se mantuvo hasta el 26 de junio de 2014, fecha en la que falleció.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

No accedió a las pretensiones de la demanda principal de pertenencia y denegó la solicitud la reivindicación pedida por vía de demanda en reconvención.

Para el *a quo* se trata de una pertenencia entre condueños donde el demandante debió precisar y acreditar la época en que mutó su tenencia en posesión exclusiva con exclusión de los demás comuneros, circunstancia que no se probó. En todo caso el *pater familia* habitó en el inmueble hasta su muerte en el año 2014 momento a partir del cual eventualmente podría entenderse que ocurrió la interversión del título sin que alcance a completarse el término necesario de posesión para adquirir por prescripción.

³ Cuaderno 2 folio 296.

⁴ Cuaderno 3 folio 572.

ASUNTO: VERBAL DE PERTENENCIA
DEMANDANTE: ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO
DEMANDADO: JUDITH CECILIA MONTERO DAZA Y OTROS
RAD. ÚNICO: 13001-31-03-004-2015-00044-02
RAD. TRIBUNAL: 2019-018-01

Luego centró su atención en la prueba documental aportada con la demanda principal en folio 124, manifestación expresa suscrita por el padre del accionante donde afirmó que el hoy demandante *"ha vivido conmigo en esta vivienda ubicada en el barrio Getsemaní calle San Juan # 25- 158, por más de 45 años (...) Hoy día le doy poder a mi hijo Anibal E. todo el poder para reclamar mis ingresos y otras entradas económicas como sueldos y arriendos"*, documento del cual infirió que era el padre quien explotaba el bien y su hijo el demandante vivía con él pero quien tenía el poderío sobre el inmueble era el padre.

Sobre la demanda divisoria promovida por los demandados, observa allí una actitud que comulga con actos de señorío sobre el bien.

APELACIÓN

Solo apeló el demandante principal exponiendo los siguientes reparos:

1. Indebida interpretación y aplicación del artículo 375 del C. G. del P. porque el demandante no se puso de acuerdo para la explotación económica con los demás comuneros. No hay prueba de ello. Lo que la norma exige es que excluya a los demás como el demandante lo hizo según lo afirmó en su declaración. La exclusión consiste en que el poseedor no reconoce a los demás, ejerce una posesión y los demás no participan en los actos de explotación.
2. Denuncia que la sentencia desconoce las pruebas que demuestran que la posesión inició en el año 1993 con actos de explotación continua, exclusiva y excluyente, pruebas que se están borrando del expediente.
3. Destaca que no hay actos posesorios de los demandados en forma concurrente y no se pueden retrotraer los efectos de la presentación de una demanda para decir que se viene en posesión. En suma, los actos de posesión coetáneos no están probados, y los actos de posesión posteriores no pueden ser concurrentes.
4. Agrega que la posesión del proceso de sucesión es de origen legal y no constituye un hecho de explotación económica. Partir de la herencia no genera posesión fáctica.
5. Sobre la prueba del trastrocamiento de la tenencia a posesión solicita valorar los testimonios recibidos en especial el de la señora de Miranda, así como el interrogatorio, su explotación no lo hacía de forma concurrente con los demandados y no está probada posesión concurrente.
6. Respecto a la valoración de la carta del señor Anibal (padre), indica que el juez parte de suposiciones que no están probadas acá, lo que usualmente hacen o no las personas pero que acá eso no está probado. Tiene terminologías indeterminadas pero por error en la interpretación el juez erróneamente concluye una posesión a partir del año 2013 en adelante.

AUDIENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Practicada el pasado 30 de enero, el recurrente sustentó su alzada profundizando en los reparos identificados con los numerales 1, 2, 3 y 5, refiriéndose a las pruebas que a su juicio no apreció el *a quo*. Agregó que el fundamento de la prescripción adquisitiva descansa en la función social de la propiedad, y si el titular del derecho de dominio no actúa como señor y dueño se castiga su negligencia, amen que correspondía a los demandados acreditar que

ASUNTO: VERBAL DE PERTENENCIA
DEMANDANTE: ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO
DEMANDADO: JUDITH CECILIA MONTERO DAZA Y OTROS
RAD. ÚNICO: 13001-31-03-004-2015-00044-02
RAD. TRIBUNAL: 2019-018-01

existió autorización o que los actos posesorios el actor los realizó con la venia de los otros comuneros, lo que no se acreditó.

Cada uno de los apoderados de la parte demandada intervino solicitando a esta Corporación confirmar la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

1. Se procede a resolver de fondo la alzada por estar reunidos los presupuestos procesales necesarios para ello, lo que se hace circunscribiendo la actuación a los reparos concretos señalados por el recurrente conforme lo manda el artículo 320 y 328 del C. G. P.

2. Demandante y demandados (6) son hermanos y figuran como titulares de derechos reales sobre el inmueble objeto del proceso al haberlo adquirido por compra que realizaron a su padre en el año 1993. Alegando ser poseedor exclusivo del inmueble desde ese mismo año, por habitarlo, hacerle mantenimiento, pagar servicios y arrendar sus cuartos, el demandante pretende ser declarado dueño por haberlo adquirido por prescripción.

Los demandados que se opusieron no reconocen al demandante como poseedor exclusivo porque desde que el papá les vendió el predio, se constituyó una comunidad entre los hermanos que le autorizó para habitar el bien y por ende es el encargado del mismo, pero el papá de todos habito hasta su muerte y continuó su explotación.

El juez de primera instancia no encontró acreditado el momento en que el demandante mutó su tenencia en posesión exclusiva con exclusión de los demás comuneros, que eventualmente pudo ocurrir en el año 2014 luego de la muerte del *pater* familia. En todo caso no alcanzaría a completarse el término necesario de posesión para adquirir por prescripción.

Al apelar la sentencia la demandante alega en lo principal indebida interpretación del artículo 375 del C. G. del P., y desconocimiento de las pruebas que demuestran que su posesión inició en el año 1993 con actos de explotación continua, exclusiva y excluyente e inexistencia de posesión en cabeza de los demandados.

3. En el anterior contexto corresponde examinar si el mero ausentismo de los demás copropietarios, el hecho de no habitar ellos en el inmueble por tener su lugar de habitación en sitios distintos, incluso en otras ciudades, o el hecho de no preocuparse los demás copropietarios en forma permanente por el mantenimiento del bien común, como sí lo hizo el demandante que era quien lo ocupaba materialmente, son hechos suficientes para concluir la existencia de actos que revelen, inequívocamente, una rebeldía contra el titular y el inicio de actos propios de señor y dueño sobre la cosa en cabeza del demandante, que lo habilite para adquirir el vía por usucapión.

4. De entrada se anticipa que la sentencia será confirmada toda vez que el mero ausentismo de los demás copropietarios, el hecho de no habitar ellos en el inmueble por tener su lugar de habitación en sitios distintos, incluso en otras ciudades, o el hecho de no preocuparse los demás copropietarios en forma permanente por el mantenimiento del bien común, como sí lo hacía el demandante que era quien lo ocupaba materialmente, **NO** son hechos suficientes para concluir la ejecución de actos que revelen, inequívocamente, una rebeldía contra el titular y el inicio de actos propios de señor y dueño sobre la cosa en cabeza del demandante que lo habiliten para adquirir por prescripción.

ASUNTO: VERBAL DE PERTENENCIA
 DEMANDANTE: ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO
 DEMANDADO: JUDITH CECILIA MONTERO DAZA Y OTROS
 RAD. ÚNICO: 13001-31-03-004-2015-00044-02
 RAD. TRIBUNAL: 2019-018-01

Es que, en los términos alegados por el apelante al sustentar su recurso, resulta cierto que a la propiedad le es inherente una función social, pero de allí no se sigue necesariamente que el titular del derecho de dominio de un bien inmueble sea castigado con la extinción de su derecho por el solo hecho de no ejercer posesión material sobre él. Su derecho de propiedad se extinguirá solamente si, a la par de su inactividad frente al bien, otra persona entra en posesión y actúa con ánimo de señor y dueño sin reconocer dominio ajeno por el término exigido por la ley. Mientras esto último no ocurra su derecho se mantendrá intacto, porque nadie lo ha adquirido por prescripción adquisitiva.

Precisamente en este caso, como adelante se explicará, el demandante no logró demostrar su condición de poseedor exclusivo del bien objeto del proceso desde la fecha que lo alegó en la demanda, luego aun cuando los demandados no hayan ejercido actos posesorios sobre el inmueble esta última situación no extingue *per se* sus derechos, ni habilita al demandante para adquirirlos por prescripción.

5. Son normas llamadas a gobernar este asunto los artículos 762, 775, 777, 780 Inc. 2º, 2512, 2518, 2520 y 2532 del Código Civil. También el artículo 375 del C. G. del P. que en lo pertinente (numeral 3º) señala: La declaración de pertenencia también podrá pedirla el comunero que, con exclusión de los otros condueños y por el término de la prescripción extraordinaria, hubiere poseído materialmente el bien común o parte de él, siempre que su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo con los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad.

En un caso que tiene contornos fácticos similares el presente⁵, la Corte Suprema de Justicia recordó lo siguiente (SC4275-2019 del 09 de octubre de 2019):

La configuración de la posesión, como lo ha reiterado la Corte, exige la concurrencia del animus y el corpus, entendido el primero como el «elemento subjetivo, la convicción o ánimo de señor y dueño de ser propietario del bien desconociendo dominio ajeno», y el segundo como «material o externo, tener la cosa, lo que generalmente se traduce en la explotación económica de la misma, con actos o hechos tales como levantar construcciones, arrendarla, usarla para su propio beneficio y otros parecidos» .

La simple ocupación de la cosa acompañada de otros actos, tales como el levantamiento de sembradíos, la construcción de obras o encerramientos, entre otros de similar talante, no basta para ser catalogada como posesión, pues a pesar de ellos, si se reconoce el dominio ajeno, los mismos no dejarán de ser la expresión de una mera tenencia. Así lo ha expuesto la Corte al precisar que: «ciertos actos como el arrendar y percibir los cánones, sembrar y recoger las cosechas, cercar, hacer y limpiar desagües, atender a las reparaciones de una casa o terrenos dados, no implican de suyo posesión, pues pueden corresponder a mera tenencia, ya que para ello han de ser complementados con el ánimo de señor y dueño, exigido como base o razón de ser de la posesión, por la definición misma que de ésta da el artículo 762 del C. Civil, el cual al definir la mera tenencia en su artículo 775 la hace

⁵ Se trató el caso de un hijo que pretendió la usucapción de un lote rural, segregado de otro de mayor extensión de propiedad de sus padres. Se evaluó la estimación de las pruebas del inicio de la posesión del demandante, el reconocimiento del dominio ajeno luego del abandono del inmueble por parte de su familia, la simple ocupación y la mutación de la tenencia a posesión.

ASUNTO: VERBAL DE PERTENENCIA
 DEMANDANTE: ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO
 DEMANDADO: JUDITH CECILIA MONTERO DAZA Y OTROS
 RAD. ÚNICO: 13001-31-03-004-2015-00044-02
 RAD. TRIBUNAL: 2019-018-01

contrastar con la posesión cabalmente en función de ese ánimo...» (G.J. t. LIX, pag. 733).

De acuerdo a lo anterior, y contrario a lo que sostuvo el ad quem, no existe evidencia de que el demandante hubiese ingresado al predio con la «convicción o la intención de ejercer actos de señor y dueño», o de que su posesión hubiese iniciado en el año 1990.

6. Caso concreto

En su demanda ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO alegó que hace más de veintidós (22) años posee el inmueble objeto del proceso, con M. I. 060-70287 del Barrio Getsemaní de esta ciudad, posesión cuyo inicio radica en julio del año 1993.

Analizadas las pruebas que obran en este expediente en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, puede concluirse lo siguiente:

ANIBAL MONTERO PAJARO, de quien se ha dicho fue el padre del demandante y de los demandados, adquirió el inmueble en el año 1964 según consta en escritura pública 1042 del 27 de julio de ese año de la Notaría 1 de Cartagena que obra en el expediente⁶. Fue él quien llevó a su familia a vivir en esa casa, incluso al acá demandante a quien con posterioridad le permitió volver a vivir con su familia conformada.

Mediante escritura pública de compraventa # 1779 del 26 de mayo de 1993 que obra en la foliatura aportada por varios intervinientes, el señor MONTERO PAJARO enajenó el inmueble a favor de sus 7 hijos: el demandante y los 6 demandados. Actualmente aun figuran ellos como titulares de derechos reales sobre el bien como se desprende del certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos.

6

El demandante concurrió a la firma de la citada escritura que dio lugar a la formación de una comunidad sobre el bien objeto de pertenencia, sin que obre en el expediente prueba alguna de su negativa u oposición a tal acto.

La relación material del demandante con el inmueble no amerita duda. Es pacífico que lo ingresó a habitar junto con su familia porque así lo permitió su padre ANIBAL, lo habitó junto a su padre hasta el momento de su muerte (2014) y lo habita en la actualidad, al menos al momento de la práctica de la inspección judicial realizada por el *a quo*.

También es pacífico que el señor ANIBAL MONTERO PAJARO (padre) habitó en el inmueble hasta su muerte, deceso que ocurrió el 26 junio de 2014 (registro defunción obra a folio 218). A la anterior conclusión no se opone el dicho de algunos declarantes que indicaron que el citado ciudadano en forma temporal se ausentaba para compartir con sus compañeras sentimentales.

Sobre el predio se inició proceso divisorio que actualmente cursa en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cartagena. La inscripción de la demanda se realizó el 1 de julio de 2015. Se desconoce su estado actual.

⁶ Cuaderno 2 folio 201.

ASUNTO: VERBAL DE PERTENENCIA
DEMANDANTE: ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO
DEMANDADO: JUDITH CECILIA MONTERO DAZA Y OTROS
RAD. ÚNICO: 13001-31-03-004-2015-00044-02
RAD. TRIBUNAL: 2019-018-01

En el caso se observan situaciones adversas a las pretensiones del actor por cuanto desdican de la condición de poseedor exclusivo que invoca, máxime cuando el material probatorio impide que se alcance certeza sobre el abandono de su calidad de tenedor o de poseedor para la comunidad, y la asunción de un nuevo estatus de poseedor exclusivo, en época que le permitiera cumplir con suficiencia el término de prescripción con anterioridad a la presentación de la demanda.

Pasa la Sala a explicarse lo anterior.

A) El señor ANIBAL MONTERO PAJARO, padre de demandante y demandados, fue quien como propietario llevó a vivir allá a toda su familia, incluido por supuesto al actor en pertenencia.

En otras palabras ANIBAL MONTERO CANTILLO (demandante) ingresó al inmueble como tenedor en virtud de su calidad de hijo del propietario.

B) Si bien el señor ANIBAL MONTERO PAJARO (padre) se desprendió en forma voluntaria de la titularidad del derecho real de dominio del inmueble en el año 1993, época que en la demanda se marca como el inicio de la posesión, lo cierto es que:

1.- La enajenación del inmueble no se hizo en forma exclusiva a favor del demandante ANIBAL MONTERO CANTILLO, sino a favor de éste y sus seis hermanos acá demandados.

El demandante concurrió en forma voluntaria a la firma de ese instrumento público admitiendo la conformación de una comunidad sobre el bien. En tal virtud, su posesión sobre el inmueble se entiende que es para la comunidad y por tanto no es hábil para usucapir.

7

En efecto, cuando menos en principio el comunero posee para la comunidad lo que implica reconocer dominio ajeno. Lo contrario corresponde acreditarlo a quien alega la posesión exclusiva con ánimo de señor y dueño sobre la totalidad del bien común.

En consecuencia, resulta contraevidente radicar el inicio de la posesión exclusiva del demandado en la misma época de la firma de la escritura pública que dio origen a la comunidad, porque concurrir a la firma de ese documento constituye un claro ejemplo de reconocimiento de dominio ajeno. Lo anterior por cuanto se admitió la conformación de una comunidad sobre el predio en virtud de la cual los comuneros se reconocen dueños entre sí, lo que equivale a decir que en ese acto el demandante reconoció el derecho de dominio de cada uno de los acá demandados.

2.- Se trató de una escritura de confianza según se desprende del mismo relato del demandante, cuando en su declaración indicó que *la venta de mi padre fue ficticia, ahí no hubo plata* (minuto 5:50:13 del audio). Este sujeto procesal también indicó que el deseo de su padre fue hacer la escritura solamente a su nombre, pero por ceder a las presiones terminó otorgándola a favor de todos sus hijos.

3.- El enajenante continuó habitando el inmueble como padre de familia y lo hizo hasta el momento de su muerte que ocurrió el 26 de junio de 2014, hecho que resulta pacífico entre las partes y no se desdibuja por las aseveraciones que indican que en forma temporal se ausentaba para compartir con sus compañeras.

ASUNTO: VERBAL DE PERTENENCIA
 DEMANDANTE: ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO
 DEMANDADO: JUDITH CECILIA MONTERO DAZA Y OTROS
 RAD. ÚNICO: 13001-31-03-004-2015-00044-02
 RAD. TRIBUNAL: 2019-018-01

4.- Así como hasta su muerte el señor ANIBAL MONTERO PAJARO (padre) detentó materialmente el bien, también lo explotó económicamente. Esto se infiere no solo de la declaración de los demandados sino del contenido del escrito visible al folio 124, aportado por el mismo demandante.

Sobre este documento se debe plantear de una vez que no se observa que el juez *a quo* haya realizado una indebida interpretación suponiendo circunstancias que no están demostradas. Ello por cuanto, se recuerda, fue el mismo demandante el que introdujo al proceso la información según la cual la venta que realizó el padre a sus hijos fue ficticia porque no hubo dinero, situación que fue la misma que planteó el *a quo* al dilucidar el contenido de ese documento (una anticipación de la sucesión reservándose el derecho de ocupar y explotar el bien hasta la muerte) y que, por supuesto, también sirve de contexto para el entendimiento que esta instancia le otorga, que además no resulta contrario a las demás pruebas que obran en la foliatura.

Es más, el mismo demandante indicó que su padre no recibía otro tipo de arriendos distintos a los que producía la casa del barrio Getsemaní objeto de este proceso, luego no puede entenderse la nota del folio 124 en forma distinta a la que se hizo en primera instancia, esto es, que hasta el momento de su muerte, o por lo menos hasta la fecha de ese documento (mayo de 2014), la explotación económica del predio le correspondió al señor ANIBAL MONTERO PAJARO (padre).

Nótese además que el apelante señaló en los reparos concretos que el documento fue indebidamente interpretado, pero no enseñó a su juicio cuál era el recto entendimiento que debía darse al mismo, o que otra interpretación podía dársele. **Es más, al sustentar su recurso guardó absoluto silencio al respecto.**

5.- De la propia declaración del demandante se puede inferir además, que reconocía a su padre como poseedor del bien. En efecto:

- Cuando sostuvo que desde 1982 que empezó a trabajar en la ingeniería nunca le permitió a su padre un gasto relacionado con el bien, aun siendo él el poseedor (00:36:40).

De lo anterior se infiere además que aun reconociendo a su padre ANIBAL como poseedor, el demandante comenzó a atender los gastos de la casa de familia desde que empezó a ejercer su profesión, situación por demás natural y lógica si se atiende que él también habitaba el inmueble.

Dicho de otra forma, el mero hecho de atender gastos relacionados con el bien *per se* no significa que el demandante actuara como poseedor con ánimo de señor y dueño sobre la totalidad del bien, pues según su propio dicho así lo hacía incluso cuando reconocía como poseedor a su padre.

- Cuando se refiere al ingreso de la demandante MARIELA a habitar el inmueble (que según ésta ocurrió aproximadamente hace 25 años y su declaración fue en el año 2018 – 1993 -) momento para el cual indicó que ella llegó porque le permitió vivir en el bien porque andaba de habitación en habitación arrendada y le dije a mi padre vamos a tenerla aquí pero que pague (declaración practicada por el juzgado). Se trató entonces de una determinación que no fue ajena al señor ANIBAL MONTERO PAJARO padre.

ASUNTO: VERBAL DE PERTENENCIA
 DEMANDANTE: ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO
 DEMANDADO: JUDITH CECILIA MONTERO DAZA Y OTROS
 RAD. ÚNICO: 13001-31-03-004-2015-00044-02
 RAD. TRIBUNAL: 2019-018-01

De lo hasta ahora dicho se concluye que no es posible admitir que el demandado es poseedor exclusivo del predio desde la adquisición de su cuota parte de propiedad según escritura pública 1779 de 1993 pues, por el contrario, reconoció la existencia de una comunidad de derechos sobre el predio y fue su padre quien no obstante la enajenación, continuó habitándolo y explotándolo económicamente, y así fue reconocido por el propio actor.

6.- Es más. Agréguese que el material probatorio recaudado permite inferir que en abril de 2014, antes de morir el señor ANIBAL MONTERO PAJARO (padre), los hermanos copropietarios – *incluyendo al demandante* – se reunieron con el objeto de plantear la venta del inmueble una vez faltara el padre, y es solo 4 meses después, aproximadamente en agosto de 2014, cuando empiezan a verse los primeros actos de desconocimiento público del demandante frente a los derechos de los copropietarios.

Si el señor ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO (demandante) participó de tal reunión, como el mismo lo admitió aun cuando afirmó que desconocía su objeto, y estuvo de acuerdo con la venta del inmueble como lo afirman los demandados que declararon y el testigo CARLOS ENRIQUE ARIAS FUENTES, debe concluirse necesariamente que para abril de 2014 el demandante aún reconocía dominio ajeno al admitir que el inmueble era de la comunidad, circunstancia suficiente para concluir que sus conductas de realizar adecuaciones y mantenimiento al inmueble, pagos por cuenta de él o arriendo de habitaciones, las realizó todas para la comunidad y no como poseedor exclusivo.

C) En su declaración de parte el demandante indicó que su posesión inició en julio de 1993, y la justificó así:

.- El ausentismo de los hermanos, de quienes afirma abandonaron el bien, ninguno ha ayudado con su mantenimiento y reparaciones (minuto 06:02:00 del audio). Lo anterior hizo que tuviera que sostenerlo y así entró para restablecer el bienestar y la dignidad del bien, y lo hizo de su propio peculio.

.- Ha realizado mejoras desde esa fecha continuamente hasta estos días, porque tiene el dominio y la potestad sobre el bien.

.- Los hermanos no han influido en el bien como poseedores. No han ayudado financieramente a hacer las mejoras para seguridad y aprovechamiento del bien.

Pues bien, frente a tales manifestaciones del demandante en primer lugar el Tribunal no podría otorgarles pleno valor probatorio pues desconocería un principio general de derecho probatorio conforme al cual la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Lo anterior si se atienden las diferencias que existen entre la declaración de parte y la confesión, en virtud de lo cual *“la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba”* (CSJ SC 113, A3 Sep. 1994; CSJ SC, 27 Jul. 1999, Rad. 5195; CSJ SC, 31 Oct. 2002, Rad. 6459; CSJ SC, 25 Mar. 2009, Rad. 2002-00079-01; CSJ SC9123, 14 Jul. 2014, Rad. 2005-00139-01, entre otras).

18

ASUNTO: VERBAL DE PERTENENCIA
DEMANDANTE: ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO
DEMANDADO: JUDITH CECILIA MONTERO DAZA Y OTROS
RAD. ÚNICO: 13001-31-03-004-2015-00044-02
RAD. TRIBUNAL: 2019-018-01

Pero más allá de lo anterior, lo cierto es que la condición de comunero del demandante – acreditada en autos - comporta la presunción de que los actos de posesión que realizaba en el bien correspondían a actos para la comunidad. De allí que no pueda derivarse necesariamente que las reparaciones que afirma realizar al bien para su mantenimiento o dignidad fueran hechas en favor propio exclusivamente sino que se entiende realizadas a favor de la comunidad, máxime cuando para el caso concreto al ser el demandante el único de los copropietarios que habita en el bien – con excepción de la demandada MARIELA DEL CARMEN MONTERO que ocupa una parte del mismo - resulta apenas natural y lógico que sea el encargado de su mantenimiento.

En este punto es preciso destacar en todo caso que llama la atención de esta instancia que si el demandante afirmó haber sido el encargado de todas las mejoras que se realizaban en el predio desde el año 1993, en la demanda tan solo se hubiere referido a reparaciones realizadas en el año 2014.

Correspondía el demandante demostrar a partir de qué momento específico, que debió identificar de manera concreta, la posesión que como comunero ejercía se trastocó en una posesión propia, a partir de qué momento repelió de manera frontal, y de cara a los demás comuneros, su injerencia en la explotación económica del inmueble, sin que se observe en el expediente prueba alguna de conducta que para julio de 1993 pueda catalogarse como tal.

El mero ausentismo de los demás copropietarios, el hecho de no habitar ellos en el inmueble por tener su lugar de habitación en sitios distintos, incluso en otras ciudades, o el hecho de no preocuparse los demás copropietarios en forma permanente por el mantenimiento del bien común, como sí lo hizo el demandante que era quien lo ocupaba en su mayor extensión, no son hechos suficientes para concluir la ejecución de actos que revelen, inequívocamente, una rebeldía contra el titular y el inicio de actos propios de señor y dueño sobre la cosa. Dicha mutación, como lo ha dicho la Corte en sede de casación, «... debe manifestarse de manera pública, con verdaderos actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo del titular y acreditarse plenamente por quien se dice "poseedor", tanto el momento en que operó esa transformación, como los actos categóricos e inequívocos que contradigan el derecho del propietario, puesto que para efectos de la prescripción adquisitiva de dominio, no puede computarse el tiempo en que se detentó el objeto a título precario, dado que éste nunca conduce a la usucapión; sólo a partir de la posesión puede llegarse a ella, por supuesto, si durante el periodo establecido en la ley se reúnen los dos componentes a que se ha hecho referencia» (SC. 8 de agosto de 2013. Rad. 2044-00255-01).

Plantear la existencia de una posesión exclusiva sobre la base de una omisión de los demás comuneros en atender los gastos de mantenimiento del bien en la proporción que les correspondería no es más que una contradicción, porque es tanto como reconocer que en virtud de la cuota parte de que era titular cada demandado (esto es, reconocer dominio ajeno!) ellos estaban obligados a participar económicamente en su mantenimiento, pero como no lo hicieron quien se encargó del mantenimiento es el poseedor exclusivo, postura por completo inadmisibles para esta Sala por carecer de soporte lógico y jurídico.

D) Distinto es cuando el demandante se levanta frontalmente contra los demás copropietarios, se opone en forma pública y contundente frente a ellos a que se haga un avalúo comercial para proceder a su venta, cambia las cerraduras e impide el ingreso libre al bien como antes ocurría, mostrándose frente a los demás copropietarios como un poseedor exclusivo, circunstancias que en el caso bajo estudio solo vinieron a exteriorizarse en el año

ASUNTO: VERBAL DE PERTENENCIA
DEMANDANTE: ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO
DEMANDADO: JUDITH CECILIA MONTERO DAZA Y OTROS
RAD. ÚNICO: 13001-31-03-004-2015-00044-02
RAD. TRIBUNAL: 2019-018-01

2014 y luego de ocurrida la muerte del señor ANIBAL MONTERO PAJARO (padre). Solo a partir de ese momento su tenencia, acompañado del ánimo de señor y dueño y la rebeldía pública frente a los derechos de los demás copropietarios, podría considerarse como una posesión hábil para usucapir, pero es preciso advertir que la transformación de la posesión de comunero en posesión exclusiva solo produce efectos *ex nunc*, hacia el futuro, a partir de surgir el hecho concreto a partir del cual uno de los coposeedores empieza a poseer para sí, desconociendo el ánimo de señorío de los demás (En ese sentido, sentencia SC1939-2019 del cinco (5) de junio de 2019).

E) Encontrándose el fracaso de las pretensiones de la demandada en el elemento subjetivo de la posesión, esto es el ánimo de señor y dueño de quien detenta el bien sin reconocer dominio ajeno, resultan irrelevantes las versiones que vecinos del bien objeto del proceso puedan ofrecer a la jurisdicción, en concreto las declaraciones de ILUMINADO GAVIRIA GAVIRIA y PRIMITIVA MIRANDA MADRID, y que tienen por objeto evidenciar que el demandante ha permanecido por más de 20 años en el bien (lo que no se discute) y se ha encargado de reparaciones y en general del mantenimiento del mismo, hecho este último que como ya se dijo, no denota necesariamente actos constitutivos de posesión hábil para usucapir si a la par se actúa reconociendo dominio ajeno.

Lo anterior por cuanto siendo claro que el demandante poseía para la comunidad y solo puede observarse un acto de rebeldía público frente al derecho de los demás condueños en el año 2014, resulta inútil las declaraciones que sobre años anteriores relacionan al actor con la realización de reparaciones, mantenimiento y arrendamiento del predio objeto de pertenencia.

F) Sobre la relación de arrendamiento sobre el bien con la demandada MARIELA DEL CARMEN MONTERO, resta señalar que no está acreditada en autos. Si bien el demandante se remite al recibo que aportó y las consignaciones posteriores realizadas por esta demandada en su cuenta bancaria, lo cierto es que por las particularidades del caso la existencia de tal contrato no resulta plausible cuando la supuesta arrendataria tiene también su cuota parte de propiedad sobre el bien, habita en él desde hace muchos años pero solo se alega el supuesto contrato desde época reciente, y las transferencias realizadas a la cuenta bancaria tenían otro origen distinto y fue el demandante el que de manera unilateral decide hacerlas ver como abono a los pagos del supuesto canon de arrendamiento. Además y existiendo mora en el pago del canon desde hace ya largo tiempo, no se ha acudido bien al proceso ejecutivo para obtener su recaudo, o bien al proceso declarativo para lograr la restitución del supuesto bien arrendado.

G) Referente a desconocer la prueba de confesión contenida en la demanda de reconvencción propuesta por los demandados, sin duda quien demanda en reivindicación reconoce como poseedor a la persona que convoca en esa calidad, pero de esa confesión no se deriva la prueba sobre la extensión de esa situación por el tiempo necesario para adquirir por prescripción.

7. Todo lo expuesto permite concluir que las pruebas recaudadas no son suficientes para alcanzar certeza sobre el abandono de su calidad de tenedor o de poseedor para la comunidad, y la asunción del estatus de poseedor exclusivo en la fecha indicada en la demanda o planteada en la declaración de parte por el demandante (julio de 1993), lo que resultaba indispensable para acceder a la pertenencia incoada.

ASUNTO: VERBAL DE PERTENENCIA
DEMANDANTE: ANIBAL ENRIQUE MONTERO CANTILLO
DEMANDADO: JUDITH CECILIA MONTERO DAZA Y OTROS
RAD. ÚNICO: 13001-31-03-004-2015-00044-02
RAD. TRIBUNAL: 2019-018-01

Si se admitiera que mutó su calidad inicial a la de poseedor exclusivo en agosto de 2014, es claro que para la presentación de la demanda no cumplía el término necesario de posesión para adquirir por prescripción.

8. Por todo lo anterior la sentencia recurrida será confirmada. Las costas de la instancia correrán por cuenta de la parte demandante, al haberse resuelto en forma adversa el recurso. Como agencias en derecho se señalará la suma equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA SALA CIVIL – FAMILIA-**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha **22 de noviembre de 2018**, proferida por el **Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cartagena**, de conformidad con lo expuesto.

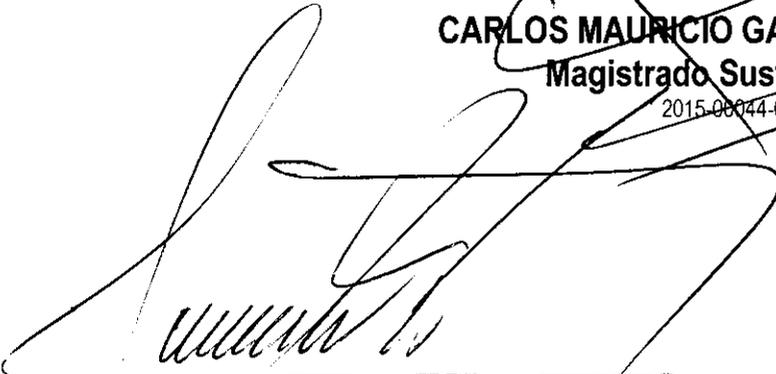
SEGUNDO Costas a cargo de la parte demandante. Se fijan agencias en derecho en la suma equivalente a tres (3) smlmv.

TERCERO: En firme la decisión remítase la actuación al juez de primera instancia para lo de su cargo.

12

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS
Magistrado Sustanciador
2015-00044-02


MARCOS ROMAN GUIO FONSECA
Magistrado
2015-00044-02


JOHN FREDDY SAZA PINEDA
Magistrado
2015-00044-02