

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CIVIL**

Magistrado Sustanciador: CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ

Santiago de Cali, cuatro de octubre de dos mil veintidós

Proyecto discutido y aprobado en Sala Civil del Decisión, según acta No. 94 de la fecha.

Proceso: Pertenencia
Demandantes: Andrés Felipe Álvarez Mazuera y otros
Demandado: Bernardo Álvarez Vélez y otros
Radicación: 76001-31-03-006-2015-00547-02
Asunto: Apelación de Sentencia

Sustentado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y vencido el respectivo término de traslado, procede el Tribunal, en atención a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, a dictar sentencia escrita a fin de resolver la alzada formulada contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali, dentro del proceso de la referencia.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Los hermanos Andrés Felipe Álvarez Mazuera, Marcela Álvarez Mazuera y Federico Álvarez Mazuera, presentaron demanda en contra de su padre Bernardo Álvarez Vélez¹ y demás personas indeterminadas, para que se declare que adquirieron, por el modo de la prescripción adquisitiva extraordinaria, el derecho de dominio equivalente al cincuenta (50%) por

¹ También se vinculó por pasiva mediante designación de curador ad litem, a María de las Mercedes Serna Moreno, por ser titular de derecho real de servidumbre pasiva de acueducto, y a la sociedad Rubén Avivi y Cía como titular del derecho real de hipoteca.

ciento, de cinco (5) predios rurales ubicados en el corregimiento de Pance, jurisdicción del Municipio de Cali, que físicamente conforman “un solo gran predio”, porque son colindantes, “sobre el cual ejercen la posesión los demandantes como se demostrará en el proceso y reconocen a su señor padre BERNARDO ALVAREZ VELEZ como comunero y copropietario en un cincuenta (50%) por ciento” (sic), alinderados como se indicó en el libelo, con matrículas inmobiliarias No 370-374828; 370-269588; 370-374872; 370-374895 y 370-374875, de la oficina de registro de instrumentos públicos de esta ciudad.

Al efecto se señaló que, el demandado convivió como compañero permanente con la señora Amparo Mazuera Arana, desde el año 1963 hasta febrero 12 de 2002, fecha de su óbito, vínculo del cual nacieron los acá demandantes.

Por escritura pública No. 1807 del 17 de diciembre de 1985, de la Notaría Segunda de Palmira, el demandado liquidó la sociedad conyugal con su primera esposa, y por esa razón, desde tal fecha se conformó sociedad patrimonial de hecho entre este y la señora Amparo Mazuera Arana.

Los inmuebles objeto de la demanda fueron adquiridos por el demandado estando en convivencia con Amparo Mazuera y desde entonces Bernardo Álvarez y Amparo Mazuera, trabajaron para mejorar el predio y establecieron el negocio llamado Las Cascadas del Indio, primero, y posteriormente, La Chorrera del Indio, establecimientos de comercio que estuvieron a nombre de Amparo Mazuera.

Los compañeros decidieron en forma conjunta cederles a sus tres hijos el establecimiento La Chorrera del Indio, dejándolo a nombre de Andrés Felipe, quien suscribió contrato de arrendamiento en octubre 9 de 1995 con Bernardo Álvarez “sobre bienes muebles que estaban siendo usados” en el establecimiento de comercio la chorrera del indio. El dinero

de la renta se entregaba a su madre Amparo Mazuera. Posteriormente, Andrés le dio en arrendamiento el establecimiento de comercio a su hermano Federico, de febrero 1 de 1996 a enero 31 de 1997.

El 1 de abril de 2001 se celebra un nuevo contrato de arrendamiento entre Bernardo Álvarez y Andrés Felipe Álvarez Mazuera por el establecimiento de comercio La Chorrera del Indio.

Fallecida Amparo Mazuera, padre e hijos acordaron: no adelantar proceso de liquidación de la sociedad patrimonial de hecho; y a partir de esa fecha el citado establecimiento “quedaba de propiedad” de estos últimos, así como del cincuenta (50%) por ciento del predio “Cumbres Borrascosas” conformado por los cinco lotes objeto de litis; que Andrés seguía aportando un dinero mensual para el pago de impuestos y los servicios públicos, vigilancia y reparaciones de la cabaña ubicada en el inmueble, que sería ocupada por Bernardo Álvarez.

Desde febrero de 2002 los demandantes empezaron a comportarse como dueños y poseedores del bien inmueble “Cumbres Borrascosas”, en asocio con su padre Bernardo Álvarez. Como actos de posesión señalan: sembrar café, hacer mantenimiento de cercas, recoger los frutos que el inmueble produce, pagar sus impuestos, pagar a los trabajadores de la finca y del establecimiento de comercio.

Durante el año 2013 el demandado presentó a los demandantes una propuesta de división de la finca, en donde planteaba dividir el citado predio en dos partes en donde les propuso que “escojan que parte quieren para ellos del predio en mención y la otra la reservo para mí...igualmente les solicito su respuesta dentro de los próximos treinta (30) días para dar trámite a la división material y escrituración”. Lamentablemente no se pudo llegar a ningún acuerdo.

Bernardo Álvarez presentó demanda de restitución ante el Juzgado 13 Civil Municipal de Cali, contra Andrés Felipe Álvarez Mazuera, con el contrato de 1996, desconociendo el contrato de 2001.

La posesión quieta, pacífica e ininterrumpida sobre el 50% de los inmuebles que conforman el predio denominado Cumbres Borrascosas, desde febrero de 2002 a la presentación de la demanda, corresponde a 14 años y 2 meses, y, por tanto, da derecho a los demandantes a deprecar su reconocimiento, declarándolos dueños y propietarios en tal proporción.

LA OPOSICIÓN

El demandado Bernardo Álvarez Vélez, a través de apoderado judicial resistió lo pretendido, con la proposición de las excepciones que denominó:

i) “Falta de requisitos para la adquisición por prescripción extraordinaria”, con base en la regla 3ª del artículo 2531 del Código Civil, porque aparece probado la existencia de un contrato de arrendamiento sobre el inmueble objeto de pertenencia y que a raíz de su incumplimiento fue necesario acudir al Juez 13 Civil Municipal quien en sentencia del 16 de febrero de 2017 ordenó la restitución del inmueble denominado “Cumbres Borrascosas”. El demandante Andrés Felipe Álvarez, en varias ocasiones ha reconocido al demandado como propietario del citado inmueble, como aparece en las diferentes cartas que se cruzaron con ocasión de la ejecución del contrato de arrendamiento y como aparece registrado en interrogatorio surtido en la audiencia de juzgamiento del proceso de restitución.

ii) “Ausencia del animus domini y del tiempo para prescribir”, porque la tenencia es inmutable y no genera posesión. El ánimo de señor y dueño marca la diferenciación entre lo que es tenencia y posesión (arts. 777 y 780 del C.C.) En el evento que los demandantes pretendieran la

interversión del título de tenencia que surge del contrato de arrendamiento, por la de poseedor, como el tiempo anterior es de mera tenencia, a una pretendida posesión actual, no puede agregárselo para obtener el dominio por prescripción. El no pago de los cánones de arrendamiento no significa que adquiriera la condición de poseedor.

Señala que el contrato de arrendamiento comenzó en octubre 9 de 1995, después se modificó a partir de abril 1 de 2001, fecha anterior a la señalada en la demanda como de inicio de la posesión, esto es, febrero 12 de 2002. La demanda de restitución se introdujo en mayo de 2014, y el demandado Andrés Felipe Álvarez, se notificó y contestó en agosto de 2015 y julio de 2016, en la que excepcionó el desconocimiento de Bernardo Álvarez como arrendador-propietario. Al pagar los cánones de arrendamiento sobre el inmueble y desconocer al arrendador a raíz de la contestación de la demanda, concluye que no se dan los requisitos de animus domini y de tiempo para la prescripción alegada.

iii) “Pérdida de la posesión”. En cumplimiento de lo ordenado por la Juez 13 Civil Municipal donde se procederá al lanzamiento del señor Andrés Felipe Álvarez del inmueble “Cumbres Borrascosas” predio sobre el que se explotaba el establecimiento “La Chorrera del Indio”.

iv) “Inexistencia de la comunidad”. Tras citar el numeral 3º del artículo 375 del C. G. del P., y concepto doctrinal de comunidad, dice que los certificados de tradición y escrituras demuestran que el único propietario de los inmuebles es el señor Bernardo Álvarez Vélez y que los demandantes entraron en la tenencia del inmueble por acuerdo con el único propietario, mediante contrato de arrendamiento para la explotación del predio y sus edificaciones existentes para el establecimiento de comercio “La Chorrera del Indio”.

La curadora ad litem de las personas determinadas e indeterminadas emplazadas, dijo estarse a lo probado en el proceso.

LA SENTENCIA APELADA

El juez a quo desestimó las pretensiones de la demanda porque encontró ruptura “en la prueba del ejercicio de la posesión de manera pacífica e ininterrumpida durante el término de ley”, en cuanto consideró que Andrés Felipe y Federico Álvarez Mazuera ingresaron al inmueble como meros tenedores, en virtud del aprovechamiento económico del establecimiento conocido como La Chorrera del Indio. Trajo a cita la correspondencia cruzada entre Andrés Felipe y su padre Bernardo Álvarez, en torno al arrendamiento del bien, en donde se informaba de los pagos del arriendo y del impuesto predial para los años 2008 y 2009, escrito del 6 de abril de 2010 y se anuncia el envío de copias de las consignaciones realizadas durante el año 2009 hasta marzo de 2010 por concepto de arrendamiento, comunicaciones reiteradas en escritos de 19 de abril, 20 de mayo, 23 de junio de 2010 y 13 de febrero de 2012, de donde concluye que los citados hermanos ingresaron al predio como tenedores en virtud de los contratos de arrendamiento suscritos, por lo que es necesario demostrar la interversión del título por quien se repute poseedor, conforme a lo exigido por el numeral 3 del artículo 2531 del Código Civil.

Tras memorar cita jurisprudencial sobre esta temática, el a quo dijo encontrar esta interversión “con posterioridad al año 2014, cuando los demandantes adelantaron la defensa de sus intereses ante la autoridad correspondiente según proceso judicial impetrado por Bernardo Álvarez, cuando le fue exigido al actor la restitución del predio según acuerdo de voluntades previo, circunstancia frente a la cual, el ahora demandante se opuso a la misma, desconociendo cualquier negocio previo y afirmando ser poseedor; litigio que finiquitó con decisión del Juzgado Trece Civil Municipal de esta ciudad en audiencia celebrada el 16 de febrero de 2017”.

Por lo anterior, dijo, no se cumple la exigencia legal de posesión de 10 años, conforme a lo dispuesto en los artículos 762 y 981 del C.C.

Posteriormente precisó que, en la demanda se pide la usucapión sobre varios inmuebles en el equivalente al 50% de la titularidad del derecho de dominio que ostenta Bernardo Álvarez, en razón al porcentaje que consideran les asiste según cuota parte de la sociedad patrimonial de hecho que este constituyera con Amparo Mazuera, en la explotación económica del predio a través del establecimiento La Chorrera del Indio; sin embargo, no fue explicitada la suma de posesiones ni tampoco la posesión de la herencia, para distinguirla de la posesión material o común, que los actores afirman ejercer desde febrero de 2002. “Así, la suma de posesiones no puede desarrollarse bajo los alcances de interpretación de la demanda si no se expone y se reclama por los actores”.

Agregó que, el inciso 1 del artículo 779 del Código Civil reglamenta la posesión de una misma cosa en cabeza de varias personas o pro indiviso, pero mientras perdure la indivisión del bien, ninguno de los poseedores puede afirmarse como poseedor exclusivo de todo o parte del mismo. Concluye que, si se alude, por un lado, que los demandantes poseen el 50% y el demandado el otro 50%, conllevaría que los coposeedores demandantes y demandado ejercen posesión del bien sin dividirse partes materiales entre estos, de donde estima necesaria la división para que la posesión reclamada por algunos comuneros se torne singular o se individualice el bien.

Concluyó el fallador que, en este asunto los actores no pueden pedir la prescripción adquisitiva de dominio, de un bien que no están detentando en forma exclusiva como comuneros, por cuanto reconocen la titularidad de dominio sobre una cuota parte de otra persona, y en la medida que el predio se mantenga pro indiviso, no concurren los elementos de corpus y animus en forma exclusiva, autónoma e independiente en cabeza de la parte actora.

DE LA APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación frente a la anterior sentencia, en documento que desarrolló y sustentó en los siguientes apartes:

-CAPITULO I. “Argumentos de la sentencia de primera instancia.”

El recurrente hizo señalamiento de los argumentos que, a su juicio, fueron expuestos en la sentencia para declarar probada la excepción de “falta de los requisitos para la adquisición de la prescripción extraordinaria”.

-CAPITULO II. “De la perspectiva de género y obligación de la administración de justicia de valorar en conflictos donde aparezcan relaciones de dominación.”

Señala que se debió tener en cuenta por el juez que:

- La señora Amparo Mazuera y Bernardo Álvarez tenían una diferencia de edad de 25 años, que hace presumir una relación de dominación del hombre mayor y con poder económico sobre una mujer joven y hermosa.
- En la demanda se dijo y los testigos reafirmaron que Amparo Mazuera solamente estaba dedicada a atender a Bernardo Álvarez, al manejo del hogar y se dedicó al inmueble “Cumbres Borrascosas” y al establecimiento de comercio La Chorrera del Indio, bajo una relación de poder económico sobre ella y sus hijos.
- Quedó claro que Bernardo Álvarez detentaba el poder económico, oportunamente liquidó su sociedad conyugal para garantizar a su primera esposa su patrimonio y seguir construyendo el patrimonio con su compañera Amparo Mazuera.

- Al fallecer Amparo en el año 2002, esa relación de poder se siguió ejerciendo sobre sus hijos, y como declararon los testigos se llegó al acuerdo de no adelantar proceso legal para el reconocimiento de la sociedad patrimonial de hecho y su liquidación.

El juez desatendió estos puntos, que el apelante señala necesarios para entender “el origen del conflicto y defender los derechos de los herederos de Amparo Mazuera Arana”. En apoyo de su alegato, pasó a hacer cita *in extenso* de sentencias de casación de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, sobre interpretación del conflicto con base en enfoques diferenciales de género, así como de sentencia de unificación de la Corte Constitucional sobre dicha temática.

CAPITULO III. “El juez omitió la obligación legal de interpretar la demanda en su conjunto para poder resolver la controversia.”

Con cita de sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, sobre el deber y obligación del juez de interpretar la demanda, señala que los primeros veinte (20) hechos de la demanda reseñan “la relación Amparo-Bernardo y la relación de Amparo con el bien inmueble y posteriormente se indicó que después de la muerte de su señora madre, sus hijos siguieron ejerciendo actos de posesión en forma directa”.

Dice que no era necesario señalar expresamente que los demandantes sumaban la posesión de su señora madre y tampoco era necesario señalar expresamente que estaban en posesión efectiva de la herencia de su señora madre. Alega que no existe norma que exija que para sumar posesiones o alegar posesión efectiva de la herencia, se deba señalar expresamente en la demanda. Bastaba con señalarlo a lo largo de la demanda y del debate probatorio, y allí se expresó con absoluta claridad que “el interés de los demandantes era hacer relevante la posesión del inmueble derivada de su señora madre como lo expuse en mis alegatos

finales y que al fallecer ella, esos derechos derivados de esa posesión se le transmitieron a sus tres hijos”.

Señala que es errado que el juzgado considerara que la posesión alegada solo comprendía el tiempo transcurrido después de la muerte de Amparo, siendo por ello la razón de acreditar la posesión de esta.

Concluye que no se tuvo en cuenta al analizar la demanda que:

- La posesión del inmueble + establecimiento de comercio (son indivisibles) la ejercieron Amparo y su compañero hasta el fallecimiento de esta en febrero de 2002.
- A partir de esa fecha y hasta ahora (2022) la han tenido a nombre de Amparo, sus tres hijos y su padre.

CAPITULO IV. “El juez se dedicó a señalar la tenencia de Andrés Felipe y Federico Álvarez, la interversión de su supuesta calidad de tenedor, sin analizar en su conjunto el origen de ese contrato de arrendamiento y sobre el objeto del mismo que era el establecimiento de comercio y no el lote de terreno que es mucho más que el establecimiento.”

Señala haber probado que los contratos celebrados entre padre-hijo, hermano-hermano y secretaria del padre-hijo eran simulados y para efectos fiscales, y que en el documento “propuesta” para dividir el lote, firmado por el padre, reconoce que no está frente a un contrato de arrendamiento sino frente a la calidad de codueño de su hijo Andrés y lo llamó usufructuario que es una calidad diferente a la de arrendatario, planteándose una serie de interrogantes sobre el contenido de aquel documento y remitiendo a la oposición que presentara Andrés Felipe Álvarez al contestar la demanda de restitución de inmueble interpuesta en su contra por Bernardo Álvarez, que cursara en el Juzgado 13 Civil Municipal de esta ciudad, en donde “erradamente” se falló que el contrato de arrendamiento sobre un establecimiento de comercio, también se

extendía en sus efectos a la posesión sobre el inmueble y la de sus hermanos.

CAPITULO V. “El juez omitió aceptar que desde hace más de veinte años se reconoce en la región a los hermanos Álvarez Mazuera, a Amparo Mazuera y a Bernardo Álvarez como propietarios de Cumbres Borrascosas o la Chorrera del Indio como se le conoce en la región a la totalidad del inmueble.”

Aduce que los testimonios dan cuenta que en la región ese predio se conoce como La Chorrera del Indio o Cumbres Borrascosas, no haciendo relación al negocio, y “siempre han reconocido a los hermanos Álvarez Mazuera ahora y antes a Amparo”, como dueños del inmueble. Vuelve sobre el documento “propuesta”, en donde dice, Bernardo “reconoce la calidad de codueño a sus hijos y que uno de ellos está usufructuando la parte comercial”, que estima es la “prueba reina” de que el proponente reconocía derechos en este inmueble a favor de sus tres hijos, derechos que derivaban de su madre fallecida.

CAPITULO VI. “El juez, en una ingeniería jurídica extraña, procede a concluir que existe una “solidaridad de tenencia” entre los demandantes y la suerte de uno cobija a los restantes.”

Dice que la “solidaridad en la posesión” no está consagrada como norma, y el a quo descalificó la posesión de los hermanos de Andrés al destacar la supuesta tenencia de este sobre el predio, derivada del arrendamiento simulado.

CAPITULO VII. “El juez no reconoce, estándolo, que una cosa es el establecimiento de comercio y otra el inmueble cuya posesión se demanda”.

En la inspección judicial quedó claro que el establecimiento de comercio ocupa un área pequeña del predio, y que existe un área mayor donde los demandantes vienen ejercitando actos de posesión, como siembra de árboles, senderos ecológicos, siembra de café, lulo, arreglo de cercos, gestiones ante la CVC, pago de impuestos y servicios públicos, y la “comunidad de Pance” reconoce a los Álvarez Mazuera como propietarios, conjuntamente con su padre Bernardo.

CAPITULO VIII. “De dos testimonios calificados que se rindieron en el proceso y que no fueron valorados ni analizados”.

Se refiere a Hilda Lamprea, amiga de la pareja y abogada de Bernardo, quien reconoce que La Chorrera del Indio (predio y negocio) fue el producto del trabajo de Amparo y Bernardo, elaboró el contrato de arrendamiento de 2001 sobre el establecimiento de comercio, y señala sobre el “acuerdo” después de fallecida Amparo, que Bernardo siempre reconoció la calidad de propietarios de Cumbres Borrascosas-Chorrera del Indio, en Amparo y después en sus hijos.

Del testigo Víctor Manuel Hernández, de quien dijo ser Juez de la República, declaró en cuanto al “acuerdo” padre-hijos después del fallecimiento de Amparo, y que la “propuesta” fue el cumplimiento de ese acuerdo.

Dice que “no se desconoce un ‘contrato de arrendamiento’, pero es claro que eran documentos del padre con sus hijos e incluso con su secretaria para efectos contables, pero no mostraban la realidad de los negocios”

CAPITULO IX. “La prueba reina de la relación Álvarez Mazuera y su importante en este asunto” (sic).

Aduce al reconocimiento de la pensión que Bernardo Álvarez obtuvo del Seguro Social, como compañero permanente de Amparo Mazuera. De esa sociedad patrimonial de hecho vigente hasta febrero de 2002, se desprende una posesión sobre el predio Cumbres Borrascosas-Chorrera del Indio, por parte de Amparo que le fue transferida a sus tres hijos a su fallecimiento, conforme al artículo 2531 del Código Civil.

Insiste que no hay norma que exija que el demandante debe señalar en la demanda que va a acudir a la suma de posesiones o que va a alegar que parte de su posesión la recibió de su madre. Tras hacer cita de decisión de la Sala Civil de la Corte Suprema, señala que en este asunto los hermanos Álvarez Mazuera afirmaron que su madre fue poseedora del inmueble y que después de su muerte “y como sus herederos, ellos siguieron con esa posesión”, empero el juez a quo se limitó a señalar que es un requisito para sumar posesiones y alegar la posesión de Amparo, haberlo así señalado expresamente en la demanda.

CAPITULO X. “Sobre la posesión conjunta con Bernardo Álvarez”.

Alega que no hay norma que prohíba demandar una prescripción por parte de varios poseedores, y obviamente, si se alega una coposesión, “se debe alegar la posesión a nombre de la comunidad de coposeedores y no solamente a favor de uno de ellos.”

En este asunto, dice, los demandantes expresan que son propietarios en común y proindiviso con su padre, “y la prueba reina de esa propiedad en común y proindiviso es **la propuesta del padre en 2013**”.

Al demandar, lo hacen como coposeedores del 50% del inmueble en común y proindiviso con su padre, “no excluyéndolo en ningún momento o alegando solo una parte del inmueble”.

Luego de hacer mención de la jurisprudencia citada por el a quo sobre el punto, concluye que acá ningún poseedor está pretendiendo excluir a los otros; no se está reclamando para uno de ellos sino para todos; se está reconociendo que la propiedad es de los hijos y del padre, y se deriva de la coposesión que han tenido estos desde que comenzó entre padre y madre, y a su fallecimiento continuó con sus herederos.

CAPITULO XI. “Pruebas que acreditan la posesión de los demandantes y que suma la de Amparo Mazuera”.

Dice haber probado en el proceso que:

- Es el mismo demandado quien le reconoce a sus tres hijos su calidad de poseedores, y por eso les expone la propuesta de dividir el predio y que escojan la parte que deseen.
- El demandado reconoce que su hijo Andrés Felipe está usufructuando la parte comercial y por eso debe asumir unos costos fiscales.
- Los documentos de la Cámara de Comercio dan cuenta que el establecimiento de comercio siempre estuvo en manos de Amparo Mazuera y de sus hijos.
- Bernardo Álvarez utilizaba a sus hijos o su secretaria para el manejo fiscal del negocio, dando apariencia de verdad.
- Los testigos señalaron la calidad de “poseedora como compañera permanente de Amparo Mazuera y el acuerdo papá-hijos Álvarez Mazuera, después del fallecimiento de ella, y el reconocimiento de esos derechos que ya estaban en poder de sus hijos.
- Los vecinos declararon que a Amparo Mazuera e hijos se les reconoce como los dueños de Cumbres Borrascosas y/o Chorrera del Indio, y se aportaron cartas de entidades comunales en tal sentido.

- Se acreditó el pago de impuestos y de obras de conservación y sembrados en el inmueble.
- Prueba reina es el reconocimiento de la calidad de codueños hecha por Bernardo a sus hijos en 2013, y les hizo propuesta de dividir el lote de terreno.

El apoderado judicial de la parte demandada presentó réplica a los anteriores reparos enarbolados contra el fallo de primer grado, manifestando, en síntesis, que:

- Al Juez Civil le es prohibido pronunciarse sobre temas que debe definir el Juez de Familia.
- La posesión de compañera no es apta para la prescripción alegada, y no hay prueba de la sucesión de Amparo Mazuera.
- Está probado que Amparo Mazuera era propietaria del establecimiento La Chorrera del Indio y como tal, ejercía actos de posesión.
- Está probado que, por acuerdo entre sus padres, los hermanos Álvarez Mazuera quedaron como dueños del establecimiento de comercio La Chorrera del Indio a partir de 1995, en cabeza de Andrés Felipe.
- Está probado que el señor Bernardo Álvarez por ser el único dueño, les arrendó el predio, las edificaciones e instalaciones donde se explota el establecimiento de comercio.
- Hay prueba documental sobre la relación de tenencia de los señores Álvarez Mazuera.
- Hay reconocimiento de todos de la existencia del contrato de arrendamiento con su padre.
- Existe prueba de las cartas que se cruzaban padre e hijo sobre el contrato de arrendamiento, los pagos realizados, los cruces de cuentas y las obras adelantadas en el predio Cumbres Borrascosas.

- El pago de impuestos, mantenimiento, reparaciones, surgen del acuerdo de pagos del arrendamiento, como figura en la documental allegada.
- Existe sentencia ejecutoriada del Juzgado 13 Civil Municipal de Cali, ordenando la entrega del inmueble Cumbres Borrascosas.
- La posesión es viciada pues no se avisó al propietario del cultivo de café, que se mantuvo oculto, y no es pacífica desde 2014 cuando se entabló el proceso de restitución, muy anterior a la presente demanda.
- Se debe aplicar la presunción de perpetuidad de la mera tenencia.
- La solicitud de agregación de posesiones debe ser expresa y los demandantes actúan para la comunidad y no para la herencia.
- El demandado en ningún momento ha abandonado el predio.
- De acuerdo con los hechos 23, 25 y 37 y demás pruebas, los demandantes iniciaron la posesión a partir del fallecimiento de Amparo Mazuera, y solicitan para la comunidad y no para la herencia.
- La interversión del título se debe contar a partir del momento en que hubo desconocimiento del dominio de Bernardo Álvarez, y aquí sería a partir del desconocimiento como arrendador, lo que en ningún momento le da tiempo para usucapir.
- Aún de tomar como hito temporal de inicio de la posesión el año 2002, solamente trascurrieron 13 años y 2 meses, como lo mencionan en la demanda, cuando el lapso requerido era de 20 años, a la luz del artículo 41 de la ley 153 de 1887.

CONSIDERACIONES

1.- Además de verificar la inexistencia de irregularidades procesales que pudiesen invalidar la actuación surtida, la Sala no encuentra reparo

respecto de la verificación de los presupuestos procesales necesarios para proferir sentencia de fondo.

2.- Para la comprensión del asunto se hace necesario precisar que, el juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, por estimar que no se probó el ejercicio de la posesión que reclama este asunto y por el término de ley, puesto que Andrés y Federico Álvarez ingresaron al inmueble como tenedores dada su condición de arrendatarios, calidad que dijo solo vino a modificarse con posterioridad al año 2014, cuando ante el Juzgado 13 Civil Municipal de Cali se opusieron a la restitución del predio afirmando ser poseedores. Por ello, no se encontró probada la exigencia legal de 10 años de posesión en los términos de los artículos 762 y 981 del Código Civil.

Agregó que en la demanda se pide la usucapión de varios inmuebles en el equivalente al 50% en razón al porcentaje que dicen les corresponde según cuota parte de la sociedad patrimonial de hecho que constituyera Amparo Mazuera con el demandado, en la explotación económica del establecimiento de comercio La Chorrera del Indio; empero, en la demanda no fue explicitada suma de posesiones, ni tampoco la posesión de la herencia, para distinguirla de la posesión material o común, que los actores afirman ejercer desde febrero de 2002.

Finalmente, encontró el fallador que, si se alude por un lado que los actores poseen el 50% y el demandado el restante 50%, ninguno de los poseedores puede afirmarse como poseedor exclusivo de todo o parte del bien indiviso. Concluyó que los demandantes no pueden pedir prescripción de un bien que no están detentando en forma exclusiva, por cuanto reconocen la titularidad de dominio sobre una cuota parte de otra persona, y mientras el predio se mantenga pro indiviso, no concurren los elementos de corpus y animus en cabeza de la parte actora.

3.- Sentado lo anterior impera reseñar que el artículo 2512 del Código

Civil, establece que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones o derechos durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos. Trátese de prescripción *ordinaria* o de prescripción *extraordinaria*, su configuración está sujeta a la concurrencia y comprobación irrefragable de los siguientes presupuestos, a saber: i) que el interesado en la adquisición demuestre que ha poseído de manera inequívoca, pacífica, pública e ininterrumpida, ii) que ese comportamiento lo haya sido por todo el tiempo legalmente reclamado, por regla general, establecía el legislador en 20 años y, ahora en 10 de acuerdo con la modificación introducida por la ley 791 de 2002, y iii) que se trate de un bien prescriptible.

Conforme con el primero de los requisitos señalados se tiene que para la declaración judicial de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio se requiere la posesión por el transcurso del tiempo. Por sabido se tiene que, el hecho de poseer es el fundamento de la usucapión, porque desde el antiguo derecho romano se concebía la posesión cuando se conjugaba en un mismo sujeto el corpus y el animus, entendiéndose aquel como la aprehensión material del bien o el hecho de poder ejercer sobre él actos de dueño y éste, como la voluntad firme de considerarse dueño del bien, no la voluntad indecisa ni la simple creencia de serlo (*animus domini rem sibi habendi*); esto es, la firme e indeclinable intención de ser dueño o de hacerse dueño, elemento intrínseco o subjetivo que escapa a la simple percepción a primera vista, corresponde al fuero interno del individuo, tal conclusión deberá extractarse de su misma posición conductual o comportamental, es decir de la exteriorización de su ánimo o intención de señorío. Al efecto, el artículo 762 del Código Civil señala que “la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño”.

En el presente caso, el debate emerge respecto de la acreditación del requisito relativo a la posesión del bien, y en la verificación del mismo, resulta abiertamente relevante tener en cuenta que, al tenor del artículo

777 del C.C., la “tenencia no muda en posesión por el simple paso del tiempo”, razón por la cual, se tiene por aceptado que **“quien ha reconocido dominio ajeno** no puede frente al titular del señorío, trocarse en poseedor, sino desde cuando de manera pública, abierta, franca, le niegue el derecho que antes le reconocía y simultáneamente ejecute actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo de aquél. Los actos clandestinos no pueden tener eficacia para una interversión del título del mero tenedor. Con razón el artículo 2531 del Código Civil exige, a quien alegue la prescripción extraordinaria, la prueba de haber poseído sin clandestinidad”. En pronunciamiento posterior sostuvo así mismo la Corte: “La interversión del título de tenedor en poseedor, bien puede originarse en un título o acto proveniente de un tercero o del propio contendor, o también, **del frontal desconocimiento del derecho del dueño,** mediante la realización de actos de explotación que ciertamente **sean indicativos de tener la cosa para sí,** o sea, sin reconocer dominio ajeno”. (Sentencia de Casación de 18 de abril de 1989, reiterada en la de 24 de junio de 2005, exp. 0927).

Por esa vía, con plena aplicación frente a las novedosas alegaciones traídas a esta instancia por la recurrente, ha despuntado la jurisprudencia nacional que “cuando se habla de posesión material, **no se trata de actos de mera tolerancia** (artículo 2520 del Código Civil), fundados en relaciones de amistad, **de condescendencia, de parentesco, de coparticipación o de comunidad (...)**, de vecindad, de familiaridad, de benevolencia, de ocasión, o de licencias que otorga el titular del derecho de dominio; **todos los cuales no tienen eficacia posesoria**, por su carácter circunstancial, temporal o de mera cortesía, o por su naturaleza anfibológica o ambigua (**posesión propia del heredero y posesión del heredero en nombre de la herencia; posesión en nombre del comunero y posesión del comunero en nombre de la comunidad; posesión propia del socio o accionista y posesión del socio en nombre de la sociedad**). En general, todos esos comportamientos obedecen a meras concesiones del dueño, que no están acompañados de la voluntad de despojarse del dominio en pro de quien se beneficia de tales conductas. Son actos que no revisten el carácter definitivo, público e ininterrumpido o permanente que demanda la posesión; son sucesos que por no entrañar perjuicio para el propietario resultan tolerables; y nótese, cualesquiera engendra ambigüedad, pero realmente no hay desposesión para el dueño. Eventualmente, pueden desbordar hacia una auténtica posesión, interversando el estado jurídico, **pero deben reflejarse en abierto rechazo al derecho del verdadero**

propietario, abrogándose el tenedor, un señorío de hecho que no es suyo, pasando a la abierta rebeldía contra el *verus domini*, reputándose de ahí en adelante como auténtico dueño, desconociéndole el derecho dominical y disputándosele a quien en principio autorizó la tenencia.² (Resaltado de la Sala).

En forma concluyente agregó la Corte en esta decisión que, “si la posesión comporta un *ánimus domini*, elemento prototípico de quien posee, de consiguiente, si quien dice ser poseedor, reconoce dominio ajeno, o ejerce posesión compartida con quien en verdad aparece y es, a la vez, a los ojos del legislador inicialmente verdadero propietario, o luego tenedor o coposeedor del mismo grado, vano es el esfuerzo de señorío único.”

3.1. En este asunto está debidamente acreditado que el demandado Bernardo Álvarez Vélez es el propietario inscrito de los predios cuya pertenencia se depreca³, así como que la presencia de los demandantes en los mismos surge de la relación concubinaria o sociedad patrimonial de hecho, que el señor Bernardo Álvarez Vélez sostuvo con Amparo Mazuera Arana, de la cual nacieron Andrés Felipe, Marcela y Federico Álvarez Mazuera.

Los hechos relatados en el libelo de demanda se centran en que desde la adquisición del predio denominado Cumbres Borrascosas, los citados socios “trabajaron para mejorar el inmueble y establecieron el negocio que llamaron LAS CASCADAS DEL INDIO primero y posteriormente LA CHORRERA DEL INDIO”⁴, que estuvo a nombre de Amparo “porque además era su administradora y principal impulsora.”

Pasa luego a referir asuntos atinentes a dicho establecimiento, como que los compañeros decidieron cederlo a sus tres hijos, con la suscripción de contrato de arrendamiento en octubre 9 de 1995 por parte de Bernardo

² Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2014. SC17221-2014. Radicación n.º 47001-31-03-004-2004-00070-01.

³ El predio Cumbres Borrascosas fue adjudicado al citado, en la liquidación de sociedad conyugal con Socorro Saldarriaga, según aparece en la escritura pública No 1807 del 17 de diciembre de 1985 de la Notaría de Palmira, obrante a folios.

⁴ Hecho 9.

Álvarez en favor de Andrés Felipe, quien se responsabilizaba en pagar la renta. Luego este dio en arrendamiento el establecimiento de comercio a Federico desde febrero de 1995 hasta enero 31 de 1997, “fecha en que de nuevo volvió a tener la tenencia del establecimiento de comercio”.

Se afirma que, fallecida Amparo Mazuera el 12 de febrero de 2002, su compañero Bernardo como sus hijos decidieron no adelantar el proceso de liquidación de la sociedad patrimonial de hecho, y para los fines que interesan a este proceso, se aduce que “acordaron” que Andrés Felipe, Marcela y Federico Álvarez Mazuera “eran propietarios del cincuenta (50%) por ciento del predio Cumbres Borrascosas”, y desde entonces “comenzaron a comportarse como DUEÑOS Y POSEEDORES del BIEN INMUEBLE CUMBRES BORRASCOSAS **en socio con su padre BERNARDO ALVAREZ VELEZ.**”⁵ (resalta la Sala). Al efecto, han sembrado café, hacen mantenimiento a los cercos, recogen frutos, pagan impuestos y “han respetado el acuerdo con su padre y por lo tanto pagan el 100% de los gastos de la cabaña que se reservó dentro del inmueble”.

En el año 2013 a través de apoderado, Bernardo Álvarez Vélez presentó a los demandantes una propuesta de división material del inmueble Cumbres Borrascosas, “en donde siempre el ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO “LA CHORRERA DEL INDIO” quedaba en el lado de ANDRÉS FELIPE, FEDERICO Y MARCELA”, pero no se llegó a ningún acuerdo.

Finalmente se afirma que la posesión quieta, pacífica e ininterrumpida sobre el 50% de los cinco bienes inmuebles que conforman el predio Cumbres Borrascosas, desde febrero 12 de 2002 hasta la presentación de la demanda, por espacio de 14 años y dos meses, da

⁵ Hechos 22 y 23.

derecho a los actores a demandar su reconocimiento como dueños de dicho porcentaje.

3.2. Observa la Sala que los demandantes se ocupan *in extenso* de referir la convivencia como compañeros permanentes de Amparo Mazuera y Bernardo Álvarez, de la forma en que estos trabajaron para la instalación del establecimiento de comercio La Chorrera del Indio en el predio denominado Cumbres Borrascosas, y cómo a la muerte de Amparo no se liquidó la sociedad patrimonial de hecho, y al decir de los accionantes comenzaron a comportarse como dueños y poseedores del 50% del predio, en asocio con su padre.

Llama la atención el alegato que el recurrente trae en segunda instancia, sobre lo que vino a llamar “la perspectiva de género y obligación de la administración de justicia de valorar en conflictos donde aparezcan relaciones de dominación”, para plantear la tesis de presunción de una relación de dominio del hombre mayor y con poder económico sobre una mujer joven, en la unión concubinaria de Bernardo Álvarez y Amparo Mazuera, y que al fallecer esta, “esa relación de poder se siguió ejerciendo sobre sus hijos” para acordar “no adelantar ningún proceso legal para el reconocimiento de la sociedad patrimonial de hecho y la liquidación de la misma con los derechos para los hijos de Amparo y Bernardo surgidos desde el 18 de diciembre de 1985 hasta el 12 de febrero de 2002”.

Esto es a juicio del apoderado apelante, “el origen del conflicto”, para *“defender los derechos de los herederos de Amparo Mazuera Arana (q.e.p.d), quien desde los trece años tuvo relaciones con una persona mayor y con poder económico como es Bernardo Álvarez. Se llevaban veinticinco (25) años y este hecho no mereció ninguna consideración del juez...”*

Señala el recurrente que, fallecida la madre, “la posesión que ella venía ejerciendo la continuaron sus tres hijos”, que no era necesario

señalar expresamente que los demandantes sumaban la posesión de su señora madre y tampoco señalar, “que estaban en posesión efectiva de la herencia de su señora madre.”

3.3. Está fuera de toda duda, que el tema atinente a la declaración de existencia de una unión marital de hecho entre Bernardo Álvarez y Amparo Mazuera y la consecuente existencia de una sociedad patrimonial, es del todo ajeno al debate que nos ocupa, como tampoco lo es la definición y/o amparo de los derechos de los herederos de Amparo Mazuera, siendo otro el escenario judicial y procesal para tal cometido. Por lo mismo, el abordaje de la decisión que corresponde adoptar a esta instancia, en modo alguno es susceptible de encauzarse por el pretendido enfoque de género, que por demás no se ofrece útil en la verificación del poder de hecho (posesión) ejercido sobre el bien que se pide en usucapión.

Lo cierto y probado es que fruto de su convivencia los citados compañeros engendraron tres hijos Andrés Felipe, Marcela y Federico, aquí demandantes, círculo familiar que debido a tal relación marital entró en contacto material del inmueble englobado pedido en pertenencia, con la aquiescencia, liberalidad o consentimiento de su propietario, en donde desarrollaron un “negocio familiar” en el establecimiento La Chorrera del Indio, que luego Andrés Felipe y Federico llegaron a ejercer en condición de arrendatarios, el primero de ellos, del mismo Bernardo Álvarez. Lisamente, los citados se ubican en el inmueble en calidad de tenedores.

En efecto, la presencia de Amparo Mazuera y la de sus hijos en el referido predio, se explica en razón del indicado vínculo familiar, y respecto de actos posesorios ejercidos por aquella, el escrito de sustentación del recurso (folio 13) indica que “la demanda contiene los primeros veinte (20) hechos reseñando la relación de Amparo-Bernardo y la relación de Amparo con el bien inmueble”, y sobre esta última encuentra la Sala que el libelo se ocupa de manera preponderante a señalar por

menores del establecimiento de comercio que allí se instaló, como que los compañeros “trabajaron para mejorar el inmueble y establecieron el negocio que llamaron Las Cascadas del Indio primero y posteriormente La Chorrera del Indio”, establecimientos de comercio que estuvieron a nombre de Amparo, quien era su administradora. Luego se indica que los compañeros Bernardo y Amparo decidieron “en forma conjunta cederles a sus tres hijos...el [citado] establecimiento de comercio”. Más adelante se refiere a la suscripción de contratos de arrendamiento de tal negocio, en donde sus hijos Andrés Felipe y Federico fungieron como arrendatarios, para desembocar en el fallecimiento de Amparo en febrero de 2002.

De todo lo anterior, fácilmente se advierte que en manera alguna se ofrecen actos en cabeza de Amparo Mazuera que entrañen los elementos esenciales a toda posesión, como el desconocimiento del derecho ajeno, la exclusividad, o signos evidentes de la ejecución de actos con carácter propio y personal, en desmedro del derecho de dominio de Bernardo Álvarez sobre el inmueble que ahora se reclama en pertenencia, de donde no es dable convenir en que “los derechos surgidos de la posesión de su madre siguen en sus tres (3) hijos”, pues nadie puede transmitir un derecho que no tiene.

3.4. En el hecho 23 de la demanda se afirma de manera categórica que desde febrero de 2002 los demandantes comenzaron a comportarse como dueños y poseedores del bien inmueble Cumbres Borrascosas en asocio con su padre Bernardo Álvarez Vélez.

Obran en el proceso contratos de arrendamiento de “local comercial”, el primero de ellos de fecha octubre 9 de 1995, en donde Bernardo Álvarez Vélez como arrendador da en arrendamiento a Andrés Felipe Álvarez Mazuera, “*el goce de un inmueble*” en el corregimiento de Pance, que consta de salón, cocina, 2 kioscos, bodega para el servicio de restaurante y cafetería, 8 cabañas para 4 personas, 2 cabañas de 2 piezas para 7 personas, ubicados “dentro de un terreno de mayor extensión”,

cuyos linderos son: “Norte, con propiedad de la señora Mercedes Mosquera y propiedad de Francisco Pedreros y Luis Medina; Por el Sur, con el río Pance, en la parte al medio propiedad del señor Amador Mafla; Oriente, con propiedad de la señora Florentina González, hoy del señor Carlos Ramos en parte, zanjón de por medio y en parte con cerco de alambre de púas, y Occidente, con propiedad de la señora Pilar Rodríguez”.

El segundo contrato de fecha abril 1 de 2001, suscrito entre las mismas partes, tiene por objeto conceder el goce del establecimiento de comercio La Chorrera del Indio, en donde se anuncia un inventario “tanto de muebles, como las construcciones”, alinderado en la misma forma del contrato anteriormente enunciado, salvo el cambio de nombre de Laurentina González en lugar de Florentina González por el costado Oriente.

Ahora bien, interesa resaltar que estos linderos **corresponden integralmente** a los linderos con los que se identificó la *“finca rural denominada “CUMBRES BORRASCOSAS” cultivada de pasto artificial, compuesta de dos potreros, encerrada con cercas de alambre de púas, de una extensión superficial de veintidós hectáreas (22hts), distinguida en el catastro como el predio número 003-052, inmueble ubicado en el municipio Cali, Corregimiento de Pance”, inmueble “mejorado con casa de habitación construida en paredes de ladrillo y cemento, pisos también de cemento, cubierta con techo de tejas de barro quemado, compuesta de dos (2) piezas, cocina y todos los servicios; con un kiosco construido en piso de ladrillo y cemento y cubierto con techo de palmiche; con diez (10) cabañas construidas cada una de ladrillo y cemento, paredes de madera, tejas de barro quemado, pisos de cemento, con servicios sanitarios cada una lo mismo que las instalaciones de para la provisión de agua y energía eléctrica”, predio que mediante la escritura pública No 1807 del 17 de diciembre de 1985 de la Notaría de Palmira, le fuera adjudicado como bien propio al señor Bernardo Álvarez Vélez en la liquidación definitiva de la*

sociedad conyugal que tuviera con la señora Socorro Saldarriaga de Álvarez, y que ahora es objeto del proceso que nos ocupa, como que al hecho 38 se cita un área total de 22 hectáreas y 1573 metros cuadrados.

Con base en el referido contrato de arrendamiento, se instauró el proceso de restitución con radicación 2014-327 en el Juzgado 13 Civil Municipal de esta ciudad, que culminó con sentencia del 16 de febrero de 2017⁶ donde tras denegar, entre otras, la excepción de “desconocimiento de la calidad de arrendador del demandante”, se ordenó al arrendatario Andrés Felipe Álvarez Mazuera con fuerza de cosa juzgada restituir al arrendador “el bien materia del contrato”. Es de verse que durante la ejecución del arrendamiento hubo cruce de correspondencia entre los contratantes, aportada con la contestación del aquí demandado, en donde sin asomo de duda el señor Bernardo Álvarez se reafirma en sus derechos como propietario arrendador del inmueble así:

-En carta del 24 de julio de 2009 (folio 320 C1A) precisa al arrendatario que el acuerdo entre ellos contemplaba que este pagara “los servicios públicos, el impuesto predial, agua y demás que se presentaran”, que “el contrato no incluía la casa ni la pesebrera ni apartamento que yo vivía”, señalando que “considero que como propietario del 100% del bien el cual incluye el área arrendada usted debe contar con mi autorización previa en las áreas que no están en alquiler”, agrega que “El alquiler no incluye el sector donde tengo mi cabaña, así las cosas con el cultivo de plátano y yuca me veo altamente perjudicado porque cuando riegan el cultivo dejan la manguera abierta día y noche y por lo tanto se inunda mi cabaña” y que “si no está dispuesto a pagar millón quinientos mil pesos para mí sería conveniente que usted haga entrega del bien...”.

-En carta del 8 de junio de 2010 el arrendador presenta inconformidad al arrendatario, acerca de la construcción de una poceta, la

⁶ Ver acta visible a folio 308 del cuaderno 1A

que es respondida en carta del 23 de junio de 2010, en donde el arrendatario consigna: “le ruego me dé un tiempo para poder realizar la respectiva demolición”.

-En carta del 16 de julio de 2012 el señor Bernardo Álvarez escribe al arrendatario que “me enteré del trabajo eléctrico que estaban realizando llevando energía a una cabañas (sic) que piensan construir en la cima de la propiedad ubicada en la zona que está fuera del contrato, le recuerdo que queda terminantemente prohibido hacer mejoras sin antes consultar, pues para hacer dichos trabajos hay que pedir permiso, primero al dueño de la propiedad...”

Como se observa, la relación de tenencia se mantuvo nítida a lo largo de la vigencia del contrato de arrendamiento hasta su terminación judicial, de donde se pregunta el Tribunal por los hechos que como “dueños y poseedores” ejercieron los demandantes y la época en que sucedieron, pues evidente es que, contrario a lo afirmado en la demanda, para el mes de febrero de 2002 el contrato de arrendamiento se encontraba en plena vigencia, relación de tenencia que se mantuvo hasta febrero de 2017. De esta forma, los “resumidos” actos indicados en los numerales 25.1 a 25.6 de la demanda no pueden considerarse como reflejo de una relación posesoria, pues por demás está señalar que, unos se inscriben en el ejercicio de la aludida relación de tenencia, o fueron cuestionados en su momento por el arrendador (sembrados), el pago de impuesto predial se hizo descontándolo del valor del arrendamiento, como se anuncia por el arrendatario en comunicaciones del 30 de junio de 2009, 6 de abril de 2010, 19 de abril de 2010, mayo 20 de 2010, junio 23 de 2010 (folios 322 y ss C 1A), o corresponden al pago de los trabajadores del mismo establecimiento de comercio de propiedad del arrendatario Andrés Felipe Álvarez.

A esta altura, advierte la Sala que en el libelo nada se dijo y tampoco se acreditó, la existencia de actos posesorios ejercidos de manera

particular y concreta por parte de Marcela y Federico Álvarez, sobre el bien pedido en pertenencia. Allí tan solo se les cita como “propietarios del cincuenta (50%) por ciento del predio Cumbres Borrascosas” en virtud de un “acuerdo” al que habrían llegado con su padre, de donde igualmente serían los “únicos dueños y propietarios del establecimiento de comercio La Chorrera del Indio”. Ninguna prueba se arrimó que de manera fehaciente diera cuenta del ejercicio de actos posesorios, menos probanza que radicara en sus cabezas el susodicho derecho de propiedad en el porcentaje indicado.

3.5. De otra parte, la “propuesta” de división de la finca Cumbres Borrascosas que Bernardo Álvarez Vélez planteara a los acá demandantes en el año 2013, en manera alguna tiene el alcance de dejar sin efecto o desnaturalizar el señalado contrato de arrendamiento, menos se puede inferir de su texto que el proponente les esté otorgando la calidad de “codueños”; lo que demuestra es justamente un acto de disposición en su condición de propietario del inmueble, sin que aparezca extraño el señalamiento de que es Andrés Felipe “quien está usufructuando la parte comercial”, pues con ello no hace más que reafirmar el provecho o utilidad que este obtenía en virtud de tal contrato. Por el contrario, en forma lapidaria es el mismo demandante Andrés Felipe Álvarez quien sin atenuantes, en diligencia de interrogatorio de parte rendido ante el Juzgado 13 Civil Municipal el 16 de febrero de 2017, cuya grabación obra a folio 307 del Cuaderno 1 A, reconoció como propietario del lote denominado Cumbres Borrascosas al señor Bernardo Álvarez.⁷

3.6. En el caso concreto, la prescripción no puede prosperar porque si, como arriba quedó señalado, la posesión comporta el *ánimus domini*, elemento prototípico de quien posee, si quien dice ser poseedor, reconoce dominio ajeno, excluyente resulta acreditar un señorío único.

⁷ Interrogatorio que se recepcionó estando en curso este proceso, cuya demanda fue presentada al reparto el 13 de octubre de 2015.

Ahora bien, ha de recordarse que “Ese elemento no se puede obtener por testigos, porque apodíctico es, nadie puede hacer que alguien posea sin quererlo, pues como tiene explicado esta Corporación, “(...) es en el sujeto que dice poseer en donde debe hallarse la voluntariedad de la posesión, la cual es imposible adquirir por medio de un tercero, cuya sola voluntad resulta así, por razones evidentes, ineficaz para tal fin (...)”⁸.

“Por esto, para que exista posesión material en un sujeto de derecho determinado, no basta con la narración o el relato que hagan los testigos de los actos externos para edificar el elemento *corpus*. Más allá de ello, se requiere la demostración del *ánimus domini*, elemento subjetivo e intrínseco del que no pueden dar fe los testigos, aun cuando por los hechos externos expuestos pueda detectarse o inferirse ese señorío.

De ahí, si el propio presunto poseedor desquicia con su conducta o con sus manifestaciones el *ánimus* y omite tenerse como señor y dueño, paralizada queda la posesión material, por carencia del elemento interno; porque nadie puede hacer que otro posea contra su propia voluntad, y en lugar de ser inequívoca y exclusiva, la aducida posesión resulta equívoca.”⁹

Así, que la comunidad de Pance reconozca a “los Álvarez Mazuera como propietarios”, “conjuntamente con su padre Bernardo” o que los “testimonios calificados” se hayan referido al trabajo de Bernardo y Amparo en el establecimiento La Chorrera del Indio, el presunto reconocimiento de derechos a favor de su compañera sobre Cumbres Borrascosas y después en sus hijos (Hilda Lamprea), o la declaración “en cuanto al acuerdo padre-hijos después del fallecimiento de Amparo y que la propuesta fue el cumplimiento de ese acuerdo” (Víctor Manuel Hernández), no tienen la virtualidad de aquilatar en todos y cada uno de los aquí demandantes conductas o comportamientos que den cuenta de la exteriorización de su ánimo o intención de señorío, en abierto rechazo del propietario.

⁸ CSJ. Civil. Sentencia 093 de 18 de noviembre de 1999 (CCLXI-1032, segundo semestre, volumen II); reiterada en fallo 124 de 5 de noviembre de 2003, expediente 7052.

⁹ Ver cita No 2.

Por el contrario, la relación derivada del parentesco, la existencia de los mentados contratos de arrendamiento y la confesión del mismo demandante Andrés Felipe se ofrecen como elementos que desvirtúan las aspiraciones posesorias de los demandantes, pues de una parte reafirman el derecho de dominio del padre-arrendador, y de otra, como señala la jurisprudencia, los actos desarrollados en razón de tales vínculos parental y/o contractual, a más de no revestir el carácter excluyente, definitivo e ininterrumpido o permanente que demanda la posesión, por más ambigüedad que generen, no entrañaron desposesión para el dueño en este asunto.

Precítese que, *“los hechos externos indicativos de una verdadera posesión, exclusiva y excluyente, se componen de actos de goce y transformación de la cosa (...) reservados exclusivamente al dueño de la misma y (...) se ejecutan sin consentimiento previo de ninguna otra persona (...) en punto a esa posesión, la carga probatoria ha de satisfacerse en forma tal, que al juzgador “debe quedarle nítidamente trazada la línea divisoria entre la posesión y la mera tenencia (...) se trata es de [encontrar] que en la primera, quien la hace valer, ha tenido con el bien objeto de la misma un contacto exclusivo, vale decir, no supeditado a la aquiescencia o beneplácito de otro, [y] por tal vía (...) llegar a la conclusión que [su] comportamiento [es] característico del propietario de la cosa”¹⁰ (...)”*.

“(...) También sobre estas temáticas se ha dicho que “los medios probatorios aducidos al proceso para demostrar la posesión, deben venir, dentro de las circunstancias particulares de cada caso, revestidos de todo el vigor persuasivo, no propiamente en el sentido de conceptuar que alguien es poseedor de un bien determinado, pues esta es una apreciación que sólo al juez le compete, sino en el de llevarle a este el convencimiento de que esa persona, en realidad, ha ejecutado hechos que, conforme a la ley, son expresivos de la posesión, lo cual, por supuesto, ha debido prolongarse durante todo el tiempo señalado en la ley como indispensable para el surgimiento de la prescripción adquisitiva del dominio, sea esta ordinaria o extraordinaria” (CSJ. Sentencia del 15 de marzo de 1999, Exp. 5090) (...)”.

¹⁰ CSJ., sentencia del 15 de marzo de 1999, Exp. 5090.

4.- Aplicadas tales directrices al caso concreto, refulge ausente entonces el presupuesto total de la acción relativo al ejercicio de verdadera posesión material, exclusiva y excluyente por la parte accionante, en tanto no se ha deslindado con total rotundez de su linaje de tenedora, derivado del vínculo parental y luego del contrato de arrendamiento suscrito con el demandado, de donde deviene frustránea la acción de pertenencia intentada, resultando inane cualquier otro esfuerzo valorativo de las piezas procesales.

De esta forma, atendiendo el principio de valoración racional del caudal probatorio y evaluar en conjunto los elementos de convicción obrantes en autos (art 176 del C.G del P.), es de verse que la prueba documental traída con la contestación de la demanda, desvirtúa el soporte axial de lo pretendido por la actora, esto es, estimarse como poseedora del englobado bien materia del proceso desde el mes de febrero de 2002, cometido que tampoco logran fincar los demás medios de prueba recaudados en la primera instancia, como se dejó indicado con antelación.

Así las cosas, se confirmará la decisión de instancia, pero por las razones aquí esbozadas,

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Santiago de Cali, en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte apelante. Líquidense de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C. G. del P., teniendo en cuenta la suma de \$1.000.000,00 por concepto de agencias en derecho.

Cumplido lo anterior, remítase el expediente a la oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARLOS ALBERTO ROMERO SÁNCHEZ
Magistrado Ponente



HOMERO MORA INSUASTY
Magistrado



HERNANDO RODRÍGUEZ MESA
Magistrado