

TEMA: PRESCRIPCIÓN- Improcedencia en pisos de edificios no sometidos a propiedad horizontal/

HECHOS: Solicitaron los actores que se declarara que adquirieron por prescripción adquisitiva extraordinaria prevista en la ley 9 de 1989, el 2º piso y dos piezas en el tercer piso, de una edificación que no está sometida al régimen de propiedad horizontal, y que se afirmó en la demanda representa el 50% de la edificación.

TESIS: (...) “Ahora, si el aire o espacio aéreo no es una cosa corporal independiente del inmueble y ajena al derecho de dominio que se ejerce sobre el suelo o sea que no es individualizable, no se ve posible su enajenación, ni mucho menos su apropiación mediando el modo de la prescripción adquisitiva, porque tiene que recaer sobre cosas corporales determinadas que estén en el comercio y por supuesto que existan material y jurídicamente; circunstancia esta última que tampoco tiene cabida en relación con el aire, así se hayan hecho construcciones, pues al no estar reglamentado en Colombia el derecho real de superficie, y por ende seguir vigente el modo de la accesión, el dueño del suelo no sólo se hace dueño de lo construido, mediando el pago de su valor, sino que los embargos e hipotecas que graven el inmueble se extiende a esas construcciones o edificaciones.” (...) Así las cosas, cuando se accede a la declaración de pertenencia de parte de un bien inmueble no sometido a propiedad horizontal, más concretamente del segundo piso, lo que se olvida es que el mismo carece de individualidad jurídica, la que sólo existe cuando se esté en presencia de una matrícula inmobiliaria independiente de conformidad con lo dispuesto en las normas del estatuto de registro de instrumentos públicos vigentes para el momento en que se presentó la demanda. (...) Por manera que no se trataba de demostrar si los actores ejecutaban actos de dominio sobre la segunda y tercer planta de la edificación, sino de que se demostrara por el recurrente si el bien era en verdad susceptible de adquirir por prescripción, y como se analizó a pesar de que exista físicamente, jurídicamente es inexistente, sin que acepte la mayoría de la Sala, la tesis de una pretendida propiedad horizontal de hecho, puesto que lo que esa postura desconoce es que de acceder a este tipo de pretensiones se terminaría ordenando al registrador la apertura de matrículas inmobiliarias anexas al inmueble sobre el que se levanta el edificio, es decir, la matrícula primigenia quedaría solo para el primer piso, y se abrieran sobre ella tantas como pisos se levantarán sobre el inmueble.

MP. JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO

FECHA: 18/06/2020

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO: JULIÁN VALENCIA CASTAÑO

Proceso	Pertenencia
Demandante	Raúl Alberto Monsalve Ceballos y/os
Demando	Sarita Yepes Martínez
procedencia	Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Oralidad de Medellín
Radicado	05001 31 03 001 2006 00010 01
Instancia	Segunda
Ponente	Juan Carlos Sosa Londoño
Asunto	Sentencia No. 14
Decisión	Confirma
Tema	Prescripción pisos en edificios no sometidos a propiedad horizontal
	<i>“Ahora, si el aire o espacio aéreo no es una cosa corporal independiente del inmueble y ajena al derecho de dominio que se ejerce sobre el suelo o sea que no es individualizable, no se ve posible su enajenación, ni mucho menos su apropiación mediando el modo de la prescripción adquisitiva, porque tiene que recaer sobre cosas corporales determinadas que estén en el comercio y por supuesto que existan material y jurídicamente; circunstancia esta última que tampoco tiene cabida en relación con el aire, así se hayan hecho construcciones.”</i>

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN

2019- 052

SALA CUARTA CIVIL DE DECISION

Medellín, dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Como los apoderados de las partes, en los términos del artículo 278 numeral 1º del C. General del Proceso, acogieron la sugerencia del magistrado sustanciador, se decide por la Sala Civil del Tribunal el recurso de apelación que interpusiera el apoderado judicial de la parte demandante en contra de la sentencia que data del 6 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, dentro del proceso de Pertenencia de José Israel Monsalve Quiceno, Raúl Alberto y León Darío Monsalve Ceballos contra Sarita Luz Yepes Martínez.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitaron los actores que se declarara que adquirieron por prescripción adquisitiva extraordinaria prevista en la ley 9 de 1989, el 2º piso y dos piezas en el tercer piso, de la Calle 82 No. 49-31, de una edificación que no está sometida al régimen de propiedad horizontal, y que se afirmó en la demanda representa el 50% de la edificación.

2. Los fundamentos fácticos de la demanda se compendian así:

a) La señora Adela Inés Ceballos de Monsalve, madre de los demandantes, comenzó, junto con ellos a vivir en el bien inmueble pretendido en usucapión desde 1995, debido a un contrato verbal que hizo con María Hersilia Quintero de Restrepo.

b) El contrato consistía en que María Hersilia regalaba Adela el segundo piso de la edificación ubicada en la calle 82 No. 49-31 de esta ciudad, propiedad que no se encontraba sometida a reglamento de propiedad horizontal.

c) María Hersilia falleció a comienzos del año del 2001 y la progenitora de los actores el 19 de marzo de 2002, y desde ese momento son los continuadores de la posesión de su madre, siendo ellos quienes pagan los impuestos y servicios públicos, y una de realizaron mejoras, entre ellas una construcción en el tercer piso de dicha propiedad. Siendo lo poseído una vivienda de interés social.

d) La demandada, Sarita Luz Yepes Martínez compró los gananciales de Eladio Jaime Restrepo y es la actual propietaria del inmueble objeto del proceso.

3. La accionada está vinculada al proceso mediante curador *ad litem*, la misma que representa a las personas indeterminadas, quien manifestó que se atenía a lo que resultara probado en el expediente (fls. 46 a 50).

II. SENTENCIA APELADA

El 6 de mayo de 2019 el Juzgado 22 Civil del Circuito de Oralidad profiere, negando las pretensiones, por no ser el bien susceptible de adquirir por prescripción ya que en Colombia no existe el derecho real de superficie, y por lo tanto el dueño del terreno se lo será de lo que en él se construya por el modo de la accesión.

Se dijo también que la parte actora renunció a la suma de posesiones (fl.13) lo que significa que para la fecha de presentación de la demanda 11 de enero de 2006 tampoco se acreditaba el tiempo de posesión exigido en la ley 9 de 1989 para la prescripción extraordinaria de vivienda de interés social.

III. LA IMPUGNACIÓN

La expresión verbal durante la audiencia por parte del recurrente fue confusa: palabras más, palabras menos dijo: (minuto 26:10) , palabras más, palabras menos que: “en el primer paso la decisión o el concepto que se manifiesta en el sentido que al menos la parte del segundo piso que se habitó haciendo gala de señor y dueño de ese inmueble, que no existe para la vida jurídica, a pesar de que se manifiesta de que no existe el derecho de superficie y tiene en cuenta que tal y como se verificó en la inspección ocular, pues se pudo apreciar que en realidad desde el simple hecho si hubo, digamos la posesión de dicho inmueble y

además, como se manifestó ahora, en los alegatos de conclusión, se puede concluir que de hecho si hubo la posesión de dicho inmueble y que ejerciendo esas labores de señor y dueño procedió a ejecutar la mejoras que se hicieron en el tercer piso, por lo tanto solicito que se tengan en cuenta los reparos que en su debido momento haré la sustentación de ella para que se revoque la sentencia recurrida”.

III. CONSIDERACIONES

1. Como tarea liminar en la técnica del fallo, compete al juez el ocuparse de la constatación de la estructuración de lo que en doctrina se conoce como presupuestos procesales porque en ellos estriba la validez de la relación jurídica procesal. Significa lo anterior que en presencia de algún defecto de tales presupuestos, se impone o bien un mero despacho formal o bien, la anulación de la actuación. De acuerdo con la doctrina los presupuestos procesales, no son otros que la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad de las partes y la legitimación procesal o aptitud de las partes, bien por sí, ora a través de vocero judicial para el ejercicio de “*ius postulandi*”; los anteriores presupuestos se reúnen a cabalidad en el plenario. En cuanto a las condiciones materiales para fallo de mérito, reducidas a la legitimación en la causa e interés para obrar como meras afirmaciones de índole procesal resultan aceptables en principio para el impulso del proceso.

2. Desde el otorgamiento del poder, y la formulación de la demanda se advertía que los actores pretendían que se les declarara dueños del segundo piso y dos piezas en el tercero, el que estimaron equivalía al 50% de la edificación de tres plantas levantada en el inmueble identificado con folio real 01N-5083283.

La División de Catastro Municipal, responde a León Darío Monsalve Ceballos, el día 21 de junio de 2001, que no era posible atender su solicitud de avalúo de la propiedad ubicada en la Calle 82 No. 49-31 segundo piso del barrio Campo Valdés, por cuanto se encontraba identificada en sus archivos con la matrícula 5083283 como una construcción de tres plantas, sin que hasta el momento se hubiese presentado la debida escritura con el Reglamento de P.H. Es fácil pensar que el solicitante pretendía cumplir con la ley 9 de 1989 en lo que al valor del bien se refiere.

3. El instituto de la prescripción en nuestra legislación positiva, está definido por el artículo 2512 del Código Civil Colombiano bajo los siguientes voquibles: *"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 y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción"*.

La prescripción, ha dicho la Corte "designa la extinción de los derechos, pretensiones y relaciones por ausencia de actividad de su titular y de reconocimiento del obligado durante el tiempo legal (extintiva, liberatoria o positiva) y la adquisición originaria de los derechos reales, incluido el dominio, en virtud de su ejercicio continuo en el lapso temporal prevenido en la ley, concurriendo los restantes requisitos normativos (adquisitiva, negativa o usucapión, cas. civ. octubre 18/1895, XI, 23). De la adquisición por prescripción, rectius, usucapión, del dominio y demás derechos reales sobre cosas corporales ajenas, muebles o inmuebles (artículo 653, 654, 655, 656, 664, 665, 667, 669 ss y 673 del Código Civil), trata el Libro Cuarto, Título XLI, artículos

2512, 2518 y siguientes del Código Civil, consagrando su regulación jurídica, sus clases, requisitos, vicisitudes y efectos. Destácase, prima facie, por fundamento constante de la prescripción, 'la posesión ejercida sobre un bien ajeno determinado, por el tiempo y con los requisitos exigidos por la ley' (sent. 084 de septiembre 29 de 1998), en forma tal que el dominio o derecho real susceptible de ganarse por este modo, se adquiere, rectamente, no por inactividad del titular, sino por actividad o ejercicio de un sujeto diferente (*prius*) determinante de la pérdida del derecho para aquél y su desplazamiento para éste (*posterius*)¹.

4. Sentado que la prescripción adquisitiva de dominio invocada por la parte actora es la extraordinaria de vivienda de interés social, y dado el sustento de la sentencia recurrida para negar las pretensiones de la demanda, en que no se puede adquirir por prescripción bienes comunes no sometidos a propiedad horizontal, corresponde al Tribunal definir este preciso punto, sin que sea dable dirigir su análisis a los elementos restantes de la pretensión de pertenencia.

Es que el primero de los elementos para la prosperidad de la pretensión merodeclarativa de pertenencia es la prescriptibilidad del bien; exigencia que debe analizarse detenidamente, pues se pide declaración de pertenencia del tercer piso de una edificación no sometida al régimen de propiedad horizontal, y precisamente esta Sala en Sentencia. Marzo 7 de 1995. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. (Autos y Sentencias Nro. 22 Págs. 8 a 10), había señalado:

¹ Sentencia de diciembre 16 de 2001, exp. 05001-3103-001-200-00018-01 M.P. William Namén Vargas

“El artículo 654 del C. Civil clasifica las cosas corporales en bienes muebles e inmuebles. Los segundo llamados también bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras que son los verdaderos inmuebles por naturaleza y las cosas que se adhieren permanentemente a ella, como los edificios y los árboles (art. 655 ibídem)

“La tierra como inmueble o bien raíz se entiende conformada por tres partes: suelo, sobresuelo o aire o subsuelo. No existe en Colombia un texto legal destinado a describir dicha configuración, como si se halla en otras legislaciones; concretamente el art. 2218 del Código Civil argentino establece que la propiedad del suelo se extiende a toda profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. También dice que el propietario del terreno es dueño exclusivo del espacio aéreo, pudiendo extender a él sus construcciones.

“La legislación colombiana no regula sistemáticamente el fenómeno del aire. Aisladamente se verifican normas relacionadas con el punto: el art. 739 del C. Civil, reglamentando la accesión que surge de la construcción en suelo ajeno; el art. 934 manteniendo vigente la facultad de levantar la pared del suelo del vecino a pesar de la servidumbre de luz y el art. 987 declarando como denunciabile “toda obra que atraviesa el plano vertical de la línea de dos predios. “ También se refieren al tema el art. 256 de la ley 182 de 1894, cuando al prohibir al propietario del último piso del edificio sometido al régimen de propiedad horizontal la elevación de nuevos pisos o construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos o pisos, hace del aire cosa común, así como con relación al terreno lo había dispuesto el art. 3º de la misma ley y el art. 1º del decreto 1365 de 1986 cuando admite someter al régimen de propiedad horizontal el edificio de “varios pisos” o por “construirse”, autorizando, por contera, los denominados negocios “sobre planos”

“No empecé a la escasa reglamentación, la citadas normas facilitan dos conclusiones: el aire o espacio aéreo se mira como una proyección vertical del inmueble y como parte del contenido del derecho de dominio, descartándose por consiguiente la existencia de otro derecho real distinto, como el de superficie para el caso de la edificación de terreno ajeno. De manera que a pesar de consagrar la legislación colombiana un texto similar al de la argentina, los artículos saltones que se acaban de mencionar conducen a un razonamiento idéntico, según se concluyó.

“ ...

“Ahora, si el aire o espacio aéreo no es una cosa corporal independiente del inmueble y ajena al derecho de dominio que se ejerce sobre el suelo o sea que no es individualizable, no se ve posible su enajenación, ni mucho menos su apropiación mediando el modo de la prescripción adquisitiva, porque como se anotó, tiene que recaer sobre cosas corporales determinadas que estén en el comercio y por supuesto que existan material y jurídicamente; circunstancia esta última que tampoco tiene cabida en relación con el aire, así se hayan hecho construcciones, pues al no estar reglamentado en Colombia el derecho real de superficie, y por ende seguir vigente el modo de la accesión, el dueño del suelo no sólo se hace dueño de lo construido, mediando el

pago de su valor, sino que los embargos e hipotecas que graven el inmueble se extiende a esas construcciones o edificaciones, según lo consagra el inciso 2º del artículo 2445 del C. Civil, no se puede olvidar que el modo de la accesión opera de pleno derecho, lo cual significa que no requiere declaración judicial, ni actuación administrativa que lo reconozca”.

5. Así las cosas, cuando se accede a la declaración de pertenencia de parte de un bien inmueble no sometido a propiedad horizontal, más concretamente del segundo piso, lo que se olvida es que el mismo carece de individualidad jurídica, la que sólo existe cuando se esté en presencia de una matrícula inmobiliaria independiente de conformidad con lo dispuesto en las normas del estatuto de registro de instrumentos públicos vigentes para el momento en que se presentó la demanda:

Es efecto, el artículo 5º del Decreto 1250 de 1970 señalaba: *“La matrícula es un folio destinado a un bien determinado, y se distinguirá con un código o complejo numeral indicativo del orden interno de cada oficina y de la sucesión en que se vaya sentando”.*

“Por su parte el artículo 6º indica que: *“El folio de matrícula inmobiliaria señalará, además, con cifras distintivas, la oficina de registro, el departamento o territorio nacional y el municipio de ubicación del bien, y la cédula catastral que corresponda a este dentro del municipio respectivo”.*

“Indicará, también, si el inmueble es urbano o rural, designándolo por su número o nombre, respectivamente, y describiéndolo por sus linderos, perímetro, cabida y demás elementos de identificación que puedan obtenerse. Si existieren plano y descripción catastral, estos se adosarán al folio, como parte integrante del mismo”.

6. Por manera que no se trataba de demostrar si los actores ejecutaban actos de dominio sobre la segunda y tercer planta de la edificación, sino de que se demostrara por el recurrente si el bien era en verdad susceptible de adquirir por prescripción, y como se analizó a pesar de que exista físicamente, jurídicamente es inexistente, sin que acepte la mayoría de la Sala, la tesis de una pretendida propiedad horizontal de hecho, puesto que lo que esa postura desconoce es que de acceder a este tipo de pretensiones se terminaría ordenando al registrador la apertura de matrículas inmobiliarias anexas al inmueble sobre el que se levanta el edificio, es decir, la matrícula primigenia quedaría solo para el primer piso, y se abrieran sobre ella tantas como pisos se levantarán sobre el inmueble.

7. En fin, quienes pregonan aquella postura, lo que en verdad hacen es desconocer que la propiedad horizontal en Colombia es solemne de tal manera que sin la escritura pública que constituya dicho régimen, en los términos del artículo 1501, es de la esencia de dicha forma de propiedad inmobiliaria la escritura pública, de tal manera que, si ella no produce efecto alguno, ni siquiera de hecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la sala cuarta de decisión civil del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de fecha, origen y naturaleza ya relacionada. Costas a cargo de los demandantes recurrentes.

Se Precisa que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión virtual nro 22 de la fecha por la mayoría de la Sala, pues el Magistrado Valencia Castaño salvó voto que acompaña la

sentencia, la misma solo contiene la firma escaneada del ponente, atendiendo las directrices trazadas por el Consejo Superior de la Judicatura ante la emergencia presentada por el Covid19, y el confinamiento decretado por el Gobierno Nacional. **Para efectos de la notificación, además de la que se haga por anotación en estados, la secretaría tendrá en cuenta los siguientes datos que obran en el copiado:**

Apoderado parte demandante

Jairo Antonio Pulgarín

Correo electrónico: **jairo_pulgarin@hotmail.com**

Apoderado parte demandada

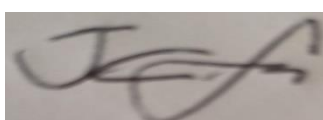
Apoderado: José David Ibarra

Correo electrónico: **davidibarra1@yahoo.es**

Curadora: Luz Elena Restrepo Montoya

Correo electrónico : luzrepo@gmail.com

NOTIFIQUESE



JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
MAGISTRADO

JULIAN VALENCIA CASTAÑO

Magistrado

(Con salvamento de voto)

PIEDAD CECILIA VELEZ GAVIRIA

Magistrada

(APROBADA DE MANERA VIRTUAL)

SALVAMENTO DE VOTO

2006 -00010 -02

Con el acostumbrado respeto, no comparto los argumentos que se esgrimieron por la mayoría, por cuanto, de un tajo, se desvirtuó la posibilidad de que pueda admitirse la identidad material y jurídica de un inmueble, por la única razón de no estar sometida a propiedad horizontal y por eso traigo las siguientes argumentaciones que soportan la tesis contraria:

1. No es aceptable desde mi punto de vista, abordar el camino que conduce a la imposibilidad de reconocer la usucapión sobre una propiedad horizontal de hecho, ya que, desde una óptica social y jurídica, vengo sosteniendo de antes, que sí es posible la usucapión relacionada con ese tipo de propiedad, en el sentido de prohiar por la viabilidad del reconocimiento de la adquisición por pertenencia sobre bienes inmuebles que no se encuentran sometidos a reglamento de propiedad horizontal, pero que, no obstante, en forma de hecho, se ha consolidado el derecho de dominio en cabeza del poseedor, al haber cumplido de forma cabal con los postulados ineludibles para adquirir por este modo originario, posición que paso a sustentar en la forma que sigue.

2. En primer lugar, resulta de capital importancia traer a colación la norma sustancial contentiva de la institución jurídica que da lugar al proceso, por tanto, deviene necesario recordar que, tal y como lo establece el artículo 762 del Código Civil, la posesión es: *"...la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo."* Luego, si como se tiene por suficientemente averiguado, la posesión comporta la naturaleza de ser un hecho jurídico, respecto de una cosa

determinada, debe entenderse, en mi sentir, que la determinación de la cosa sobre la que se han ejecutado los actos de señorío, se encuentra demarcada por una individualidad material, pues la individualidad jurídica, no es cosa distinta a un reconocimiento posterior a la existencia que se suscitó de manera antecedente, es decir, que la relevancia jurídica se ve delimitada por la posibilidad de identificar, con suficiencia, la cosa sobre la que se aduce haber ejecutado actos reservados al *dominus* y, por ahí mismo, que sobre dicha cosa sea viable predicar la exteriorización pública de dichos actos, durante el tiempo legalmente establecido, argumento sólido que me permite razonar, contrario a lo sostenido por la mayoría, que per se el hecho de no encontrarse el inmueble pretendido en pertenencia, sometido al régimen de propiedad horizontal, solo comporta una talanquera de naturaleza aparente, enteramente sorteable, pues, debe recordarse que, dicho *status*, no es el determinante en pertenencia, conclusión a la que necesariamente debe arribarse, por cuanto no han sido pocos los pronunciamientos judiciales en los que, inclusive, se ha compelido al Registrador de Instrumentos Públicos a efecto de aperturar un folio de matrícula inmobiliaria, que se avistaba inexistente al momento de declarar la pertenencia, para aquéllos inmuebles que aún no hacían parte del registro inmobiliario.

Por ende, si se fuera a acoger una posición exegética y legalista, resultaría -como verdad inconcusa- que, sin dicho registro, no podría admitirse ni la existencia, ni la individualidad jurídica del inmueble pretendido; luego, precisamente y para salir al paso de tan cerrado silogismo, es por lo que sostengo que es la individualidad material la llamada a marcar la pauta de prosperidad de la pretensión adquisitiva por el plurimentado modo originario, ya que, prohiar por la tesis contraria -misma que desafortunadamente es la más extendida-, terminaría por desnaturalizar la función misma del derecho, tornándolo en un desconocimiento de la realidad y de las sociedades emergentes -como la nuestra-, en donde la respuesta que se le da a quien toca las puertas de la jurisdicción, es que, sencillamente, los actos que desplegó con suficiencia sobre la unidad inmobiliaria pretendida, ningún efecto surtieron, porque el legislador, que para el caso de nuestro Código Civil data de 1887, omitió reglamentar expresamente tal aspecto, situación apenas entendible, pues, si nos ubicamos históricamente, es apenas razonable que en aquél contexto histórico aún no se pensara en el mundo entero en la propiedad así concebida, pues se trataba de una época sumamente dispar a la

que actualmente vivimos donde cada metro cuadrado de tierra en las grandes urbes ya fue aprovechado y por eso las ciudades empezaron a crecer verticalmente, aunque ahora se reguló legalmente dicha manera de propiedad en la ley 675 del 2001, misma que no prohíbe o sanciona con objeto ilícito ese tipo de propiedad, conformada solamente por los hechos, que es lo que aquí nos interesa; luego, dicho compendio sustantivo, no obstante su suficiencia jurídica para regular la propiedad horizontal -conformada de manera voluntaria- y, llevada a la realidad mediante escritura pública, no puede surgir como una talanquera que impida al juez admitir y reconocer mediante sentencia la USUCAPIÓN a través de la modalidad que se viene comentando, lo que obliga examinar el caso a trasluz de una realidad social que en otrora no pensó regular el legislador, vacío legislativo que ni de lejos puede ser óbice para que los jueces, quienes somos los llamados a actualizar de manera indirecta la normatividad -por vía interpretativa-, encontremos la solución a dicho pleito jurídico originado por el avance y el desarrollo social y económico, resultado que no se consigue partiendo de una limitada función judicial, con matices de derecho público, en donde la existencia de ley anterior es requisito invariable para el pronunciamiento judicial, sino y, más bien, desde el ámbito privado, en donde impera el sistema contrario, es decir, que son las normas las llamadas, no a instituir posibilidades, sino a demarcar las limitaciones de los particulares, dentro de las cuales no se avista una exclusión de ejercer actos sobre bienes inmuebles en esas particulares condiciones -no afectados a propiedad horizontal-.

3. Me inquieta, entonces, que se haya dicho a los ciudadanos que aquí fueron partes del litigio, que serían ellos los únicos jueces capaces de elevar a escritura pública el reglamento de propiedad horizontal, para lo cual tendrán que tener voluntad mancomunada, cuando precisamente por eso ha acudido uno de ellos a clamar de los jueces que esa realidad de hecho que se ha formado para hacer surgir una propiedad horizontal, sea declarada y reconocida por el juez para dar identidad jurídica a una nueva propiedad creada por los hechos y que no contiene ningún objeto ni causa ilícita y mucho menos atenta contra las buenas costumbres, pero que su contraparte se niega a legalizar. Con estas decisiones, no se hace otra cosa que devolver a los ciudadanos el problema, para que sean ellos, quienes, si así lo quieren, le muestren a los jueces que siempre es posible crear en forma de hecho una propiedad, voluntad que quedará truncada si no tienen la

misma voluntad de elevar a escritura pública esa propiedad de hecho, cuando somos los jueces los llamados a hacerlo, razón por la cual hemos sido ungidos por el Estado para administrar justicia, esto es, para solucionar en forma legítima los desencuentros de los ciudadanos en el ámbito privado, pero nuestra labor no es crear problemas donde no los hay, para negar al ciudadano el acceso a la administración de justicia, por lo que con decisiones como estas se está mostrando la invalidez e incapacidad de nosotros los jueces, para dar una solución justa y legítima a los conflictos intersubjetivos.

Este problema artificioso que tenemos los jueces de no querer reconocer por vía de sentencia una realidad que brilla al ojo, como lo es la creación de hecho sobre inmuebles a manera de propiedad horizontal, nos pone en un plano negativo de capacidad para resolver los conflictos de la sociedad, siendo los mismos jueces quienes bajo nuestra formación exacerbada del positivismo jurídico, llegamos a pensar que solamente es posible actuar cuando encontramos apoyo en una regla escrita, cuando hay principios de mayor entidad, que nos deben conducir a reconocer que es la sociedad la que avanza con pasos de gigante, estableciendo usos y costumbres más poderosos que la ley escrita, lo que resulta un continuo desafío no solo para los gobernantes y legisladores, sino principalmente para los jueces, llamados a sopesar ese nuevo estado de cosas y en la medida que esas nuevas figuras que dinamizan la economía no contengan un objeto ilícito ni un causa indebida, como que tampoco vayan contra las buenas costumbres, simplemente le imponen al juez que cumpla su función para la cual fueron nombrados, declarando esa realidad, decisión que no haría más que administrar justicia material, pero desafortunadamente los jueces nos ponemos un velo que ciega la razón para llevarnos a decir que es jurídicamente imposible hacerlo, esto es, que al problema que pide una solución le añadimos un problema mayor, llevando a los ciudadanos el mensaje equivocado de que los jueces no somos creadores de derecho, cuando los tiempos que corren nos exigen ese papel social.

Y es que con la presente sentencia se les dio a las partes un mensaje equivocada, en el sentido que era imposible admitir una usucapión frente a una propiedad horizontal que no se ha constituido legalmente, cuando en la realidad sí podrían en forma conjunta actuar ellos como coposeedores del todo, o como poseedores exclusivos de cada unidad de propiedad horizontal de hecho y rogar luego a la

jurisdicción que les resuelva el litigio en el que se hallan, ya sea declarándolos condueños del todo, ora admitiendo la propiedad horizontal que de hecho se ha creado, para que se legalice a través de la sentencia, previa constitución del Reglamento de Propiedad Horizontal, mismo que sería registrado junto con la respectiva sentencia, propiedad que ejercitada así no constituye objeto ilícito y si lo que no está prohibido está permitido, no veo el por qué algún día la jurisdicción no se pueda poner del lado de la sensatez, para resolver de una vez por todas en forma legal y jurídica un asunto que viene siendo de común ocurrencia en la ciudad de Medellín y Área Metropolitana, lo que traería paz a muchos hogares y subiría el índice de credibilidad en la justicia.

4. Y es que no podía ser antijurídico o extraño que hoy al menos frente a una situación de hecho que pone a los habitantes de un inmueble como propietarios de hecho de cada piso, al menos pueda el juez interpretar que mínimamente habría un caso de comunidad y proceder a declararlos por lo menos como dueños en común y proindiviso de dicho bien raíz, tal y como lo hizo en alguna ocasión la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá con ponencia del Magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, quien hoy hace parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en donde en un caso, que si bien no es idéntico al aquí estudiado, pero que *mutatis mutandis* puede resultar con un gran parecido, de todos modos resulta digno de emular por el gran contenido de justicia material que conlleva y para lo cual me permito citar la sentencia del 4 de agosto del 2009, mediante la cual se declaró la prescripción adquisitiva sobre un segundo piso de una edificación aún no sometida al régimen de propiedad horizontal, donde se dijo por el Tribunal de Bogotá: *“Se advierte que con la declaración de pertenencia se formará una “comunidad especial”, surgida de los hechos, los cuales no puede negar el Tribunal porque estaría denegando justicia, por lo que en esta comunidad especial la parte ha ganado por prescripción un bien de dominio privado, pero también los derechos en los bienes de uso o dominio común, la cual se mantendrá en ese estado mientras los copropietarios deciden someterla al régimen de propiedad horizontal para lo cual deberán cumplir todos los requisitos que para ello exige la ley, y en tal caso se aplicará al bien aquí ganado por prescripción un coeficiente de propiedad que será proporcional entre la medida del apartamento y el*

total de la construcción en el edificio, o lo que de común acuerdo decidan los copropietarios.”

Aunado al anterior pronunciamiento judicial, de suyo relevante, se sitúa otro antecedente, aún más antiguo, donde el doctor Germán Flórez, como Juez Primero Civil del Circuito de Envigado², reconoció, en un caso parecido, la usucapión pretendida, dejando a los demandantes en común y proindiviso y no se cayó el mundo ni se generó otro efecto que llevar paz a esos ciudadanos en conflicto y, veamos:

“Algunos jueces y tribunales en los últimos años han venido admitiendo la adquisición del dominio por prescripción adquisitiva extraordinaria en decisiones con fuerza de sentencia, sobre este tipo de inmuebles, actos judiciales que merecen los siguientes comentarios: a) En Colombia, por el principio de la accesión, quien es propietario del suelo lo es además de la construcción incorporada a él y el mejorista solo tiene en su favor un derecho personal, en otros términos, es un acreedor del valor de la mejora (C.C., art. 739). Declarando un dominio, aun por prescripción a favor del mejorista, se le otorga un título que la ley no permite, en expresa contradicción con el artículo 739 del Código Civil; b) En la práctica, la decisión judicial concede un derecho de superficie, que solo a la ley se le permite admitir por principios de orden público. En efecto, existiría un derecho de propiedad superpuesto del mejorista sobre el derecho existente a favor del propietario del suelo; c) El registro inmobiliario en Colombia está diseñado para aceptar la constitución, modificación o extinción de derechos reales y la decisión abre la compuerta de admitir el acceso de los derechos personales. Nuestro sistema registral no admite en principio el registro de mejoras en predio ajeno; d) Aunque la prescripción en sí misma es título constitutivo, con toda la complejidad que lleva este criterio en nuestra legislación positiva, el derecho otorgado al mejorista es un derecho de propiedad precario o paraplético, de poca connotación en el tráfico jurídico inmobiliario. Es brindarle un espejismo con un dominio que solo él conoce y que los terceros miran con desprecio. No tiene acceso a la hipoteca, ni puede aportarlo a una sociedad ni a una fiducia mercantil, no puede constituir usufructos, ni servidumbres, etc. Es, en el fondo, un derecho con vida procesal, pero con asfixia en el comercio; e) Si se le afirma al mejorista que constituya el régimen de propiedad horizontal para que acceda al registro de instrumentos públicos, lo coloca en las “garras” del propietario del suelo, sobre quien no existe un

² Sentencia del cinco (5) de mayo del 2005. Juzgado Primero Civil del Circuito de Envigado proferida dentro del proceso con radicado número 05266 31 03 001 2003 00255 00

instrumento coercitivo para lograrlo, ya que la propiedad horizontal en Colombia tiene un diseño estrictamente voluntario en su origen...”³.

El autor últimamente citado, no descarta “que el mejorista pueda obtener por prescripción el dominio de una cuota indivisa sobre la totalidad del inmueble, cuota que debe definirse en el proceso mediante el apoyo de la prueba pericial. Así, el juez no estaría otorgando un derecho de propiedad superpuesto”⁴.

Solución ésta, que comparte este Despacho, pues el Derecho no puede dar la espalda a la realidad social de nuestro país, razón por la cual, se impone en el Juez el deber de buscar, con base en el ordenamiento jurídico, la solución más racional, razonable y justa.

No es descabellado afirmar que cuando varias personas son poseedores de mejoras o viviendas, que están superpuestas sobre pisos, ellas resultan siendo co-poseedoras del suelo común sobre el cual se levantan las edificaciones dichas. El problema, entonces, debe centrarse en determinar en qué proporción o porcentaje se les va a reconocer el derecho de dominio sobre tal inmueble, para lo cual, en cada caso en particular, el juez tiene que efectuar ese análisis, si se quiere con la ayuda de peritos.

Es lógico suponer que la declaración de pertenencia, se debe hacer a favor de los varios co-poseedores, que logren acreditar todos los elementos necesarios para la prosperidad de la pretensión de este linaje, los cuales, en virtud de la declaración de dominio que en su favor se les realiza, quedan copropietarios del sueldo, en la proporción que la sentencia señale, pero dueños de las mejoras por ellos realizadas. Otra cuestión diferente, será que los mismos, lógicamente obrando de común acuerdo, decidan posteriormente someter toda la edificación, considerada como un todo, al régimen de la propiedad horizontal, cuestión que, por lo demás, es lo que prudentemente deben hacer.

Esta solución a más de jurídica, soluciona el problema de innumerables personas que poseen viviendas o construcciones superpuestas, que no tienen reglamentación sobre propiedad horizontal, que considerándolas como “simples mejoristas” (art. 739 del Código Civil), jamás, así pasen los años que pasen, podrán llegar a ser titulares de derecho de dominio alguno.”

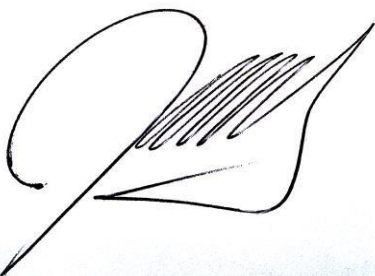
³ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Obra citada. Pág. 346

⁴ Ídem, página 347.

Por todo lo anterior, es que no puedo compartir el argumento basilar en que la sentencia de la mayoría hizo descansar la decisión de fondo para denegar las pretensiones, so pretexto de la inexistencia jurídica de los inmuebles a usucapir, olvidándose que para el caso, lo fundamental es la existencia material de la cosa, a excepción de aquéllas que son imprescriptibles o que tienen objeto ilícito, sin que la usucapión sobre inmuebles que no están sometidos al régimen del registro inmobiliario tengan per se esa connotación de objeto prohibido o ilícito y menos que sobre ellos no se pueda ejercer la posesión, por lo que aquí no debía anunciarse frente a los interesados que se hace imposible aún hacia el futuro que la justicia les admita la posesión en la forma como la están ejercitando.

Dejo expresados así los motivos por los cuales salvo mi voto

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'J' followed by several vertical strokes and a final flourish.

JULIAN VALENCIA CASTAÑO

MAGISTRADO