



La propiedad horizontal de hecho derivada de los procesos de prescripción adquisitiva de dominio: primero los hechos, después el derecho

Iván Samir Lemus Delgado

Trabajo de grado presentado para optar al título de Magíster en Derecho

Directora

María Alejandra Echavarría Arcila Doctor (PhD) en Gestión de la Tecnología y la Innovación

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Derecho

Medellín, Antioquia, Colombia

2024

El contenido de este documento no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Firma

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and strokes, positioned below the word "Firma".

Dedicatoria

Laura, Lucy, Joy, Fruna, su tiempo conmigo y el mío con ustedes a cambio de un propósito. Un precio paradójicamente injusto.

Agradecimientos

A los Dres. Julián Valencia y Rafael Echeverri, de su inmerecido interlocutor.

A la directora.

Tabla de contenido

Resumen	6
Abstract	7
Introducción	8
1. Declaratoria de Pertenencia.....	10
1.1. Propiedad.....	10
1.2. Patrimonio.....	11
1.3. Función social de la propiedad.....	13
1.4. Pertenencia.....	14
1.5. Presupuestos para la declaratoria de pertenencia... ..	15
2. Sistema de propiedad horizontal (ley 675 de 2001).....	17
2.1. Situación de derecho.....	17
2.2. Situación de hecho.....	19
3. Vicisitudes para una declaratoria de pertenencia en la propiedad horizontal de hecho.....	21
3.1. Accesión.....	21
3.2. Actos de ‘mera tolerancia’ del propietario del <i>dominus soli</i>	22
3.3. Identidad jurídica y registral.....	23
4. Sometimiento de la edificación surgida de facto al sistema de propiedad horizontal en la declaratoria de pertenencia.....	26
5. Metodología.....	33
6. Conclusiones.....	34
7. Referencias	35

Resumen

Es inocultable la evolución jurisprudencial en Colombia sobre la propiedad horizontal de hecho, pues, desde comienzos de siglo, la respuesta que se entregó desde los estrados judiciales a quienes construían una edificación levantada de facto sobre otra formando una edificación de distintos pisos fue la negación de todo derecho, debido a que el inmueble construido no existía física, jurídica ni registralmente, toda vez que carecía de folio de matrícula inmobiliaria. Para salirle al paso a esa vicisitud, una reciente decisión jurisprudencial se encargó de superar el asunto dentro del supuesto de usucapión de un predio de menor extensión inmerso en uno mayor, sin importar que quedara cobijado por el mismo folio inmobiliario. De ello surge que falta una declaración judicial íntegra y efectiva que permita definir la situación jurídica de quien ha adquirido el dominio bajo aquella situación fáctica, al encontrarse en una copropiedad de hecho no prevista ni regulada por la ley vigente de propiedad horizontal. En esta investigación se brindan insumos conceptuales en torno a los actos concluyentes como derivación de una expresión tácita de la voluntad, la forma de superar un eventual incumplimiento a las reglas urbanísticas y, tal vez lo más importante, la descripción del contenido de la sentencia y los alcances que produce respecto del reglamento que habrá de regir la copropiedad, así como la identificación de los bienes privados y comunes en relación al coeficiente de copropiedad que le es inherente. Sirva entonces como fuente de consulta que dé una orientación conceptual, particularmente a las autoridades en materia de derecho civil. Se recolectaron y condensaron datos que fueron sopesados bajo el tamiz de una técnica cualitativa de análisis documental. Además, se acogió un paradigma positivista y se acometió el nivel de calificación desde un aspecto normativo de la validez y vigencia de la norma, en una investigación de tipo dogmático.

Palabras clave: propiedad horizontal de hecho, patrimonio, actos concluyentes, contrato, reglamento de propiedad.

Abstract

The jurisprudential evolution in Colombia on *de facto* horizontal property is undeniable because, since the beginning of the century, the response that was given from the judicial courts to those who built *de facto* a building on top of another forming a building with different floors was the denial of all rights, because the built property did not exist physically, legally, or registered due to the lack of a real estate registration folio. To overcome this vicissitude, a recent jurisprudential decision was in charge of overcoming the issue within the assumption of usucapion of a smaller property immersed in a larger one, regardless of whether it was covered by the same real estate folio. From this it emerges that there is a lack of a complete and effective judicial declaration that allows defining the legal situation of the person who has acquired the domain under that factual situation, as they find themselves in a *de facto* co-ownership not foreseen or regulated by the current law on horizontal property. In this research conceptual inputs are provided regarding the conclusive acts as a derivation of a tacit expression of will, the way to overcome an eventual non-compliance with urban planning rules and, perhaps most importantly, the description of the content of the ruling and the scope that it produces regarding the regulations that will govern co-ownership, as well as the identification of private and common assets in relation to the co-ownership coefficient that is inherent to them. It then serves as a source of consultation that provides conceptual guidance, particularly to civil law authorities. Data were collected and condensed and weighed under the sieve of a qualitative documentary analysis technique. Furthermore, a positivist paradigm was adopted and the level of qualification was also undertaken from a normative aspect of the validity of the rule, in an investigation of a dogmatic type.

Keywords: de facto horizontal property, heritage, conclusive acts, contract, property regulations.

Introducción

Es en los estrados del país donde se han desatado nutridas discusiones sobre la posibilidad que tiene el edificante de un apartamento sobre un terreno ajeno, que, por lo mismo, queda conformado por dos o más niveles de construcción en sentido vertical, para adquirirlo por el modo de la prescripción adquisitiva de dominio, puesto que, cuando es llevado ese tipo de caso a la justicia, los jueces persisten en negar el derecho así reclamado con fundamento en tres razones principales: (i) el no sometimiento del inmueble construido en línea ascendente encima de otro al régimen de propiedad horizontal previsto en la Ley 675 de 2001, aunado a la imposibilidad de imponer judicialmente a las partes que se acojan a ese sistema de copropiedad, del cual deviene la falta de identidad jurídica (Corte Suprema de Justicia, sentencia SC4649-2020 del 26 de noviembre de 2020); (ii) calificar al edificador como un simple mejorista, de lo cual le surge apenas un derecho de crédito para con el dueño del terreno, con ocasión de las mejoras plantadas (Arévalo Guerrero, 2012; Díez Picazo, 1966 y Valencia Zea, 1976), y (iii) el eventual surgimiento de una comunidad posesoria sobre lo edificado, o de actos de “mera tolerancia” (Alessandri Rodríguez y Somarriva, 2005), ambos en desmedro de una posesión exclusiva o excluyente, como requisito inescindible a cumplir por el pretense usucapiente.

Pese a los avances que en la materia se establecieron en reciente ocasión jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC4649-2020 del 26 de noviembre de 2020, queda faltando una declaración judicial íntegra y efectiva que permita definir de una vez por todas la situación jurídica de quien ha adquirido el dominio, por el modo de la prescripción adquisitiva, de un inmueble superpuesto de facto a otro, al encontrarse en una copropiedad de hecho no prevista ni regulada por la ley vigente de propiedad horizontal (Ley 675 de 2001). Debido a los antecedentes litigiosos entre las partes por el derecho de propiedad, es desacertado dejar a la voluntad de los convivientes la implementación de ese sistema de propiedad a través de una escritura pública.

Por lo tanto, el vértice de la presente investigación responde a la siguiente pregunta: ¿La sentencia judicial que declara la prescripción adquisitiva de dominio sobre una fracción del predio o de un nivel del edificio sobre el cual se ostenta el derecho de posesión debe imponer un sistema de propiedad horizontal de hecho para no vulnerar el derecho declarado al no adecuarlo dentro del sistema de edificación legal regulado en Colombia por la Ley 675 de 2001?

Para responder a este interrogante se implementó un método inductivo y deductivo, se realizó un estudio explicativo, se recolectaron y condensaron datos utilizando la técnica cualitativa de análisis documental, se acogió un paradigma positivista, se consideró el nivel de calificación desde un aspecto normativo de la validez y vigencia de la norma y se llevó a cabo una investigación de tipo dogmático.

En el primer capítulo se abordarán temas como la propiedad, el patrimonio, la función social de la propiedad, la pertenencia y los presupuestos para su declaratoria. En el segundo capítulo, se definirá la situación de derecho y la situación de hecho, respecto del sistema de propiedad horizontal. En el tercer capítulo se identificarán los problemas que se deben sortear para una declaratoria de pertenencia en la propiedad horizontal de hecho. En el cuarto capítulo se tratará del sometimiento de la edificación surgida de facto al sistema de propiedad horizontal en la declaratoria de pertenencia.

La lectura analítica de esta, que es la vértebra de la investigación, revela la forma en que los dispensadores de justicia, a partir del simple comportamiento de los convivientes de la edificación, pueden sustraer los elementos naturales de un contrato y, como desenlace del litigio, dar efectos en el mundo del derecho al sistema de propiedad horizontal de facto en la que se hallan.

1 Declaratoria de pertenencia

1.1 La propiedad

Al rastrear la evolución del derecho de propiedad en la historia, no es posible descifrar un hito temporal específico sobre el nacimiento de la propiedad en general del ser humano sobre las cosas, por cuanto tal cometido implicaría retrotraerse a los umbrales de la humanidad en orden a recabar el momento en que surgió ese elemento psíquico que hace parte de la esencia del hombre para apropiarse de determinados bienes, lo que es a todas luces un despropósito, pues los rastros de la propiedad sobre bienes muebles es tan antigua como el humano en sí mismo (Arias García, 2008, p. 122). Basta entonces con entender, de cara a los objetivos perseguidos en este trabajo, que en determinado momento de la historia la propiedad ejercida sobre la tierra dio un viraje de lo público y macroeconómico a lo privado e individual y, en medio de ese proceso transicional, existieron diversos sistemas políticos y productivos estatales -esclavista, feudalista, capitalista- que tuvieron como eje central el concepto de propiedad sobre la tierra en sus distintas variables –pública, privada, común, indivisa, mixta- (Arias García, 2008, p. 123).

Desde los albores de la humanidad, la propiedad ha sido relacionada con la naturaleza misma del ser humano en función de las necesidades básicas que debe satisfacer dentro de su entorno económico, político y social. De este modo, es innegable la conexidad del concepto de ‘propiedad’ con el de ‘persona’, tal y como aparecen ambos términos definidos en nuestro Código Civil (arts. 74 y 669, respectivamente), por cuanto se ha entendido que la ‘persona’ es sujeto de derechos y obligaciones y, precisamente, la propiedad se encuentra ínsita en el objeto de esos derechos y obligaciones como quiera que, al ahondarse en ellos, aflora el concepto de apropiación humana sobre bienes como un atributo mismo de la personalidad. Así las cosas, desde una perspectiva histórico-filosófica, podemos fijar la premisa de ‘apropiación humana’ como punto de partida para la comprensión del derecho de propiedad (Rojas González, 2015, p. 37).

Los doctrinantes remontan el origen de la propiedad privada a las civilizaciones antiguas (Mesopotamia, Egipto, Grecia y Roma) para explicar que ese término se vio surgir paralelamente con las guerras (Rojas González, 2015, p. 43; Montejo Camargo, 2002, p. 11). Ante ello explica Fernando Arias García (2008) que “mediante la guerra no solo nacen las ‘clases sociales’ sino la estructura misma de la propiedad privada, ya que los pueblos vencedores se apropian en forma privada de las personas y bienes de los pueblos vencidos” (p. 122).

De este modo, aludir al término ‘apropiación humana’ implica distinguir entre las cosas susceptibles de ser apropiables por el ser humano de las que no lo son, amén que solo las primeras tienen efectos en el mundo del derecho y es frente a esta relación patrimonial, que se forma entre la persona y el bien, que el derecho reacciona para protegerlo o, si es el caso, limitarlo o restringirlo (Rojas González, 2015, p. 49). El profesor Arévalo Guerrero (2012), citando el Código Civil Francés, explica de forma ilustrativa las diferencias entre los términos ‘cosa’ y ‘bien’:

Condiciones requeridas para que las cosas sean bienes: las cosas se consideran como bienes, jurídicamente, no solo cuando son útiles al hombre, sino cuando son susceptibles de apropiación: el mar, el aire atmosférico, el sol, son cosas indispensables para la vida terrestre, sin embargo, no son bienes porque no pueden ser objeto de apropiación en provecho de un particular, de un

ciudadano o de una nación. Por el contrario, los campos cultivados, las casas, un estanque, las máquinas o los muebles usuales sí son bienes.

Las cosas apropiables son consideradas como bienes, no solamente cuando tienen dueño, sino cuando no lo tienen. Entonces se dice que son bienes vacantes o sin dueño.

La palabra bienes no debió designar, primitivamente, más que a las cosas, es decir a los objetos corpóreos, muebles o inmuebles. Los progresos de la vida jurídica le han hecho salir de este sentido estrecho y primitivo. Actualmente esta palabra tiene un significado mucho más amplio, y por bien se comprende todo lo que es un elemento de fortuna o de riqueza, susceptible de apropiación en provecho de un individuo o de una colectividad. Especialmente para los particulares, los bienes así entendidos representarán el activo de sus patrimonios. (p. 102)

Puede plantearse entonces que todo ‘bien’ es ‘cosa’, pero no toda ‘cosa’ es ‘bien’, lo cual depende en mayor medida de la relación que se establezca con el sujeto y que sea traducible en dinero, pues:

(...) la cosa se transforma jurídicamente en un bien, al ingresar al patrimonio, siempre que ofrezca un valor económico. Conviértese en bien, en una palabra, al ser adquirido un derecho sobre ella, pues una cosa no puede entrar al haber del individuo sino en razón del derecho que se adquiere sobre ella. (Gómez R., 2001, p. 143)

Ahora, pasando al terreno de lo estrictamente legal, la propiedad se concibe como el derecho real por excelencia, nuestro Código Civil, en su artículo 669, la define de la siguiente manera: “El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”. Esta comprensión de la propiedad, y ya ubicados como se dijo dentro del espectro estrictamente jurídico, contempla la expresión de una facultad de goce y disposición y, al mismo tiempo, supone una relación que viene a ser delimitada por la cosa de la cual se es titular y que, por repercusión, se convierte en la fuente jurídica de lo que se conoce como derechos reales, en contraste con los derechos personales, que no necesariamente están confinados a una ligazón con determinado bien (Gómez R., 2001).

Al respecto, Gómez R. (2001) detalla lo siguiente:

(...) la conexión entre el titular del derecho real y las cosas sobre las cuales lo ejerce, es directa. Por decirlo así, la naturaleza del derecho participa de la naturaleza de la cosa, y que siendo esta raíz, ha de ser inmueble el derecho y mueble en el caso contrario.

Los derechos reales inmuebles son:

- a) El de dominio sobre los bienes raíces.
- b) los demás derechos principales: nuda propiedad, copropiedad, propiedad fiduciaria y usufructo sobre bienes raíces, habitación y servidumbres activas.
- c) los derechos inmuebles accesorios: hipoteca y censo, y la retención sobre bienes raíces.

De estos derechos son muebles: los reales principales, de propiedad plena, copropiedad, propiedad fiduciaria, usufructo y uso, cuando recaen sobre cosas muebles; el real accesorio de prenda, pues recae invariablemente sobre muebles, sea civil, industrial o minera, y de retención sobre muebles. (p. 38)

1.2 Patrimonio

El ejercicio y expresión de la persona en orden a atender sus necesidades básicas (alimentación, vivienda, estudios) le brindan legitimidad al concepto de patrimonio, a tal punto que este no puede

existir sin estar enlazado a una personalidad jurídica (Arévalo Guerrero, 2012, p. 447). Lo anterior, sin llegar al extremo de confundirlo con la personalidad misma, pues, evidentemente, existen casos excepcionales como el de los patrimonios autónomos, en donde se estructura una ficción jurídica que, si bien está desligada de una persona, a la postre, necesita de una vocería para su cabal ejercicio (Arévalo Guerrero, 2012, p. 457). Lo cierto entonces es que en el trasegar de la vida de la persona natural o jurídica, por el hecho de serlo y ‘apropiarse’ de un tipo de ‘bien’ o ‘bienes’, se transforma en propietaria de un patrimonio, así esté conformado solamente por deudas o pasivos, pues precisamente es este elemento el que lo diferencia del término propiedad, amén que esta ha sido analizada bajo el tamiz de un activo sólido perteneciente a una persona (Biondi, 2003, p. 30).

A voces de la Corte Constitucional, en sentencia T-537 de 1992:

La propiedad en Colombia se predica tanto de los bienes materiales e inmateriales, tangibles e intangibles, corpóreos o incorpóreos. Supone el uso y disposición del bien, siempre y cuando no se perjudique el derecho de los terceros.

El derecho de propiedad y el patrimonio son términos afines que se confunden en cuanto a su concepción jurídica. Se considera que el concepto de patrimonio es más amplio que el de propiedad porque el primero incluye no solamente los activos sino los pasivos de su titular.

El profesor Velásquez Jaramillo (2006) explica que el concepto moderno de patrimonio viene estructurado por

(...) una universalidad jurídica formada por bienes activos y pasivos en cabeza de una persona jurídica individual o colectiva. De acuerdo con este concepto, el patrimonio tiene un contenido económico o pecuniario, y hacen parte de él los derechos reales y personales, también los derechos sobre objetos inmateriales (propiedad intelectual) y aún la posesión como derecho real provisional, tal como lo predicen tratadistas y algunas legislaciones extranjeras. (p. 104)

En otras latitudes, la doctrina comparada discute si el patrimonio es o no un atributo de la personalidad: “La razón es que existen personas que no tienen bienes o derechos que puedan ser estimados en dinero” (Treviño García, 2002, p. 103). Pero como ya tuvo la oportunidad de precisarse, se debe entender que dicha calificación teórica de ‘atributo de la personalidad’ se refiere a la capacidad que se tiene para adquirirlo y conformarlo, en distintos momentos de la vida. Por eso, Rojas González (2015) explica que:

(...) a la persona se le tiene como ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, con unos atributos de su personalidad como son el nombre, el Estado civil, el domicilio y el patrimonio. Y una de las características del patrimonio no es solo la referencia al activo o al pasivo con que cuenta una persona, sino también a la potencialidad de tener en el futuro nuevos activos y pasivos, lo cual en cuanto al derecho de propiedad y a la reivindicación, nos aclara el sentido de susceptibilidad y apropiación que tienen las cosas por parte de las personas, o viceversa, la capacidad anímica, según Cicerón, con la cual están dotadas las personas para llegar a ser titulares de cosas. (p. 38)

Más adelante, agrega:

La palabra patrimonio viene del latín *patrimonium*, o sea lo heredado del padre, la madre o el abuelo. Comprende en sí mismo los bienes de la familia, jurídicamente considerado, es el conjunto

de derechos y cargas pertenecientes a un individuo. Desde este punto de vista podemos decir que es algo así como un atributo de la persona humana, que forma una unidad abstracta y universal del derecho constituida por bienes convertibles en dinero, ya sea estos activos o pasivos.

De ese concepto patrimonial se derivan importantes consecuencias como la de que no puede concebirse persona sin patrimonio, ya que todo individuo lleva implícita tal idea y se lo considera en sentido positivo; no obstante, se le puede representar por una cifra negativa, por ejemplo, en caso de que las deudas superen los bienes. (p. 44)

No se puede finalizar esta breve acepción de patrimonio, sin antes indicar que una de sus principales características es la de ser prenda común o general de acreedores (art. 2488 del Código Civil), lo que no es más que una especie de afectación implícita sobre los bienes que lo conforman, derivada de la existencia de una obligación y que puede materializarse ante un eventual incumplimiento. Dicho en otras palabras, los bienes que integran el patrimonio tienen la carga de atender su misma deuda o pasivo. Con toda razón, José J. Gómez R. expresa que “la universalidad es noción abstracta que sigue la existencia de la persona. De modo que una deuda contraída hoy afecta los bienes que el deudor adquiriera mañana” (2001, p. 103).

1.3 Función social de la propiedad

Sin duda alguna este es un concepto que viene relacionado con la protección de la propiedad respecto de todos, es decir, *erga omnes*, por lo que, en últimas, su ejercicio termina siendo social y, por ende, interesa a toda la comunidad y por ello desde la constitución misma despuntan sus aspectos básicos regulatorios, asociativos y solidarios de la propiedad privada, veamos:

Artículo 58. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.

Artículo 60. El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.

Nótese de este plexo normativo en cita que la adquisición y posterior consolidación formal del derecho de propiedad en determinada persona quedaría en letra muerta sin la debida protección del Estado, respecto de todos. Lo que se quiere hacer notar es que el ordenamiento jurídico positivo, a través del Estado, consagra la protección jurídica que en determinado momento requiera el titular del dominio para ejercer libremente los atributos que el dominio le otorga, pero, al mismo tiempo, flexibiliza la garantía de la propiedad privada cuando aparezcan de por medio motivos de interés

general o de utilidad pública. La coexistencia de estos dos brocardos ‘propiedad privada’ versus ‘utilidad o interés público o social’ está determinada por el entendimiento y aplicación que se le otorgue a la ‘función social de la propiedad’, pues este principio se torna como un punto objetivo para brindar a estos asuntos una salida acorde a la justicia y la ley.

Sobre el punto, la Corte Constitucional, en sentencia C-006 de 1993, expuso:

La garantía de la propiedad privada no puede desconocer que el criterio de la función social - con mayor intensidad en el caso de los bienes económicos - afecta su estructura y determina su ejercicio. En el Estado social de derecho, los derechos se atribuyen a la persona como miembro de la comunidad y como tal vinculada por los principios de solidaridad y de prevalencia del interés general (C.P. art 1). Precisamente, la función social inherente a la propiedad se orienta a realizar el interés de la comunidad y por ello busca atraer al sujeto de manera que, sin dejar de perseguir la satisfacción de sus propios móviles, se logre la realización de intereses que trascienden la esfera meramente individual, bajo la amenaza en caso de carencia de cooperación del titular de dar por extinguido el derecho, al decaer el presupuesto social de la atribución. La necesidad de relaciones equitativas de poder en la sociedad, impide que la propiedad se pueda escindir de la comunidad y aislarse abstractamente de la misma. Por el contrario, la legislación da cuenta que en ella convergen múltiples intereses que están llamados a encontrar equilibrio en la fórmula concreta de función social que se adopte (...).

1.4 Pertenencia

La prescripción adquisitiva de dominio es uno de los modos de adquirir el dominio de las cosas cuando se han poseído de manera pública, pacífica e ininterrumpida por un determinado lapso de tiempo (artículo 673, 2518, 2522, 2523, 2527 y 2531 del Código Civil colombiano).

Dice el profesor Velásquez Jaramillo (2006), refiriéndose a la prescripción adquisitiva de dominio, que:

Es un modo de adquirir las cosas comerciales ajenas, mediante la posesión, el transcurso del tiempo y demás requisitos de ley. (p. 423)

(...) La prescripción tiene la aptitud necesaria para transformar a un poseedor en titular del derecho. El abandono del bien por su propietario no puede primar sobre el trabajo del poseedor, razón suficiente para que la ley lo premie con la obtención del derecho. Aun el poseedor de mala fe y sin justo título tiene despejado el camino de la adquisición del derecho y mediante la prescripción extraordinaria. Quien abandona su derecho no demuestra interés en conservarlo. (p. 415)

Obsérvese que la prescripción tanto ordinaria como extraordinaria abrevan de la posesión como sello y fundamento de la institución, de ahí que el artículo 762 del Código Civil la defina en forma inequívoca como “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño”. De forma pacífica se condensan dos elementos para la configuración de la posesión: el *ánimus* y el *corpus*, este último no ofrece dificultad en tanto se relaciona con criterios externos o exógenos como la mera detentación material o aprehensión de la cosa para habilitar el surgimiento del hecho posesorio propiamente dicho (Velásquez Jaramillo, 2006, p. 164).

Respecto del elemento *ánimus posesorio*, valga evocar los parámetros subjetivos que derivan del término apropiación humana sobre determinada cosa y su transformación jurídica en un bien patrimonial, para convenir que consiste en ese proceso intencional, volitivo y psicológico que se logra identificar en el propósito de la persona o sujeto de tener el bien como propio, como si se tratase del dueño del bien (Velásquez Jaramillo, 2006, p. 165). Miradas entonces las cosas desde el punto de vista del proclamado poseedor, es claro que su cometido es ‘apropiarse’ del bien por virtud de su detentación material, la que, junto a una conducta clara, inequívoca y exenta de vicios -discontinuidad, violencia y clandestinidad-, genera una convicción de señorío para sí mismo y frente a todos los observadores, que lo creen dueño de esa cosa sin respecto de nadie (Jaramillo Castañeda, 2013, p. 38).

Autorizada doctrina comparada estima que la posesión:

Constituye una relación de señorío que todos deben respetar, el poder efectivo sobre la cosa, sin consideración al modo y a la causa de adquisición, si con derecho o contra él. Un señorío reconocido y protegido por la ley no es otra cosa que un derecho subjetivo y, como se trata del señorío sobre una cosa, un derecho real. El señorío del poseedor no encuentra protección solamente mientras subsista de hecho, sino que el poseedor, como los demás titulares de derechos reales, tiene a su disposición instrumentos jurídicos para recobrar el señorío cuando lo haya perdido. (Von Thur, 1998, p. 143)

De esta forma, la bienandanza de actos positivos ejercidos sobre un terreno o predio determinado, con ánimo de señor y dueño, es lo que da existencia perdurable al fenómeno posesorio y permite, de la mano con el transcurso del tiempo, como factor igualmente esencial, la consolidación de un derecho patrimonial. Lo anterior, se ve expresado en el conocido aforismo ‘*dies interpellat pro homine*’ (los días interpelan por el hombre).

1.5 Presupuestos para la declaratoria de pertenencia

El artículo 2512 del Código Civil encierra el concepto de la acción de pertenencia:

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.

Del cuerpo de esta norma, doctrinaria y jurisprudencialmente, se han extraído una serie de presupuestos de procedibilidad para que la acción promovida llegue a feliz término. Primero, que exista un propietario del bien: Para el caso de los inmuebles, en estricto sentido, es titular de derecho de dominio quien ha realizado inscripción de la escritura pública de compra (justo título) en la Oficina de Registro pertinente y, solo hasta tal evento, es que se determina la tradición del bien (art. 756 del Código Civil). Segundo, que exista un poseedor: que según las disposiciones del artículo 762 *ibídem*, debe contar con los dos atributos o elementos *sine qua non* para su configuración; esto es, el *corpus* o detentación de la cosa y el *ánimus domini* o convicción psicológica de ser dueño y señor del bien. Tercero, que el poseedor ejerza la posesión por el lapso de tiempo que ordena la ley, dependiendo de si ésta es ordinaria o extraordinaria. Cuarto, que la cosa o el bien sea susceptible de apropiación por la vía de la usucapión o que no se encuentren

fuera del comercio (art. 2518 del Código Civil). Quinto, que el titular de la acción sea el poseedor en los términos antes explicados, sin importar si la naturaleza de la prescripción alegada es la ordinaria o la extraordinaria. Y, sexto, que exista identidad entre la cosa pretendida y la poseída.

Si uno solo de estos elementos falla, la consecuencia ineludible es que la pretensión no prospera.

2 Sistema de propiedad horizontal (ley 675 de 2001)

2.1 Situación de derecho

Punto de partida para detallar la naturaleza jurídica del sistema de propiedad horizontal es la clasificación descrita por el doctrinante Montejó Camargo (2002), sobre las formas de propiedad comprendidas desde la relación jurídica con uno o varios sujetos:

El derecho de propiedad puede ser ejercido por un solo sujeto; es el tipo de propiedad conocido como el de la propiedad unitaria, en donde existen un sujeto y un objeto o bien. Así mismo, el derecho de dominio puede ser ejercido por varios sujetos, caso en el cual se aprecian cuatro situaciones:

1) Cuando el derecho de propiedad pertenece en forma solidaria a varios sujetos y no hay división del contenido del derecho ni de la cosa sobre la que recae. Un ejemplo típico de la propiedad solidaria es el patrimonio de familia inalienable e inembargable.

2) Cuando la propiedad pertenece a varios sujetos no en forma solidaria. En este caso, el contenido total de la propiedad se encuentra dividido en partes de igual calidad o de calidad desigual. La copropiedad o condominio representa la división del contenido de la propiedad en partes de igual calidad, que reciben el nombre de cuota parte.

3) Cuando el contenido del derecho de propiedad se puede dividir en varias partes de distinta calidad, como sucede con los derechos del usufructuario y del nudo propietario. Igual situación se presenta con los otros derechos reales de distinta calidad desmembrados de la propiedad: servidumbre, uso o habitación, hipoteca o prenda.

4) Finalmente, cuando el total del derecho de propiedad sobre un inmueble puede resultar dividido entre varios, en razón de encontrarse dividido materialmente el inmueble en varias partes. Esto sucede con un edificio de varios pisos, cada uno de los cuales pertenece a distintos propietarios. Es aquí donde ubicamos la institución de la propiedad horizontal. (p. 9)

En efecto, a falta de definición legal de lo que es en sí misma una propiedad horizontal en la Ley 675 del 2001, regulatoria de ese sistema, este mismo autor nos adentra en lo que sería una delimitación conceptual muy práctica e ilustrativa:

(...) podemos definir la propiedad horizontal como “una propiedad sui generis sobre inmuebles divididos o departamentos, susceptibles de aprovechamiento independiente, que atribuye al titular de cada uno de ellos, además del derecho singular y exclusivo sobre aquellos, un derecho de copropiedad conjunto e inseparable sobre los restantes elementos y servicios comunes del inmueble”. (Montero Camargo, 2002, p. 17)

Nótese entonces que allí confluyen dos tipos de propiedad, común y privada, a partir de la que afloran múltiples derechos y facultades, así como deberes y obligaciones orientadas a la convivencia, la dignidad y la función social de la propiedad para quienes conviven bajo esta forma de copropiedad (art. 3 de la Ley 675 de 2001), todo, de cara al uso y destinación que se haya estipulado en el reglamento (Montejó Camargo, 2002, p. 18).

La ley en comento, además, prevé la formalidad registral de la escritura pública contentiva del reglamento que habrá de regir el edificio o conjunto como elemento *ad substantiam actus* para el nacimiento de la persona jurídica, al señalar que: “Un edificio o conjunto se somete al régimen de propiedad horizontal mediante escritura pública registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Realizada esta inscripción, surge la persona jurídica a que se refiere esta

ley” (art. 4 de la Ley 675 de 2001). Cumple precisar que la finalidad de someter una edificación al sistema de propiedad horizontal no es otra que individualizar, además del inmueble, el porcentaje o participación de algún comunero o poseedor en el área total del predio sobre el cual se levanta la edificación así como los alcances del derecho sobre los bienes comunes, aspecto que se positiviza en un sistema de normas y artículos que vertidos en el reglamento que va a regir la comunidad toma el nombre de “régimen de propiedad horizontal”, definido por la Ley como el: “Sistema jurídico que regula el sometimiento a propiedad horizontal de un edificio o conjunto, construido o por construirse” (art. 3 de la Ley 675 de 2001).

En orden a lo anterior, fueron nutridos los debates sobre la aplicación de la teoría de la propiedad que más se ajustara a esa reunión de distintas clases de dominio, para efectos de regular de forma integral las vicisitudes jurídicas que de allí pudieran surgir. Sobre el punto, explica la Corte Constitucional:

Por tratarse de una situación nueva que, como se dijo, no tenía un desarrollo legal y, mucho menos, jurisprudencial, frente a los numerosos interrogantes y conflictos que suscitaba esta moderna forma de vivir cotidianamente, compartiendo unos bienes y servicios comunes, ha dado lugar a las más diversas teorías jurídicas, encaminadas a resolver, dentro de las nociones generales y clásicas del derecho y de la propiedad, asuntos tales como, cuál es la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, a quién pertenecen las áreas comunes: si a todos los propietarios, o a una nueva persona jurídica o a una sociedad, integrada por los propietarios. Para lo que interesa a esta providencia, porque, no es del caso detenerse en todas las teorías que se han desarrollado, basta mencionar las más importantes, y la forma como la Ley las ha adoptado:

4.1.1 - La teoría de la comunidad, entendida como el derecho de propiedad que tienen dos o más personas sobre los bienes comunes. Sin embargo, esta teoría presenta inconvenientes jurídicos, ya que, si se aplica en estricto sentido, los comuneros tendrían derecho, también, por ejemplo, a pedir la división de la cosa en común. Por ello, se desarrolló la teoría de la comunidad *sui generis*, que fue la adoptada, primero en el Decreto 1286 de 1948, y posteriormente, en la Ley 182 de 1948, así: “Cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento, y comunero de los bienes afectado a uso común. (art. 2)”

4.1.2 - En la Ley 16 de 1985 se acogió la teoría de la persona jurídica. Con esta teoría se trataron de superar los inconvenientes que contenía la teoría de la sociedad, que estaba siendo expuesta en ese momento. Sin embargo, esta teoría de la persona jurídica, dentro de la propiedad horizontal, entendida como una persona jurídica distinta de los copropietarios y dueña de los bienes comunes, para algunos presenta el problema jurídico de la forma jurídica de la adquisición de los derechos reales: el título y el modo. No obstante estos inconvenientes que le señalan es la que se impuso, no sólo en la Ley 16 de 1985, sino, también, en la ley 675 de 2001, artículo 32. (Sentencia C-318 de 2002) (Cursivas propias del texto)

El doctrinante Velásquez Jaramillo (2006) se orienta por señalar que la propiedad horizontal:

(...) es una propiedad especial o *sui generis*, ya que concurren en ella la propiedad unitaria y la indivisa o comunitaria. En efecto, el propietario ejerce su derecho en forma plena sobre su apartamento o local y tiene una cuota ideal o indivisa sobre los bienes comunes, como son el suelo, el techo, las escaleras, la portería, etc. Se denomina propiedad horizontal, ya que su estructura física se basa en pisos superpuestos, de manera que cada piso es suelo de un apartamento y techo de otro. (...) (p. 255) (Cursivas propias del texto).

Este mismo autor se refiere a la definición de “edificio” traída por la Ley 675 de 2001, que indica en su artículo 3° lo siguiente:

Construcción de uno o varios pisos levantados sobre un lote o terreno, cuya estructura comprende un número plural de unidades independientes, aptas para ser usadas de acuerdo con su destino natural o convencional, además de áreas y servicios de uso y utilidad general. Una vez sometido al régimen de propiedad horizontal, se conforma por bienes privados o de dominio particular y por bienes comunes.

De esta descripción normativa expone el mismo autor:

La definición hace honor a la tradición jurídica establecida en las leyes anteriores de aplicar el régimen de propiedad horizontal a construcciones de uno o varios pisos, sin necesidad de superposición física de estos. Establece además como requisito constructivo la pluralidad de unidades privadas independientes y de áreas comunes y la destinación natural y convencional, recogiendo en esta última parte del criterio de autores connotados en la materia. No obstante la definición dada, en otros artículos de la ley surgen requisitos constructivos adicionales como lo es por ejemplo el de la necesaria salida de los bienes privados a la vía pública, bien sea directamente o por un pasaje común (art. 3° en la definición de bienes privados), estén delimitados y sean funcionalmente independientes de tal forma, que representen para sus dueños un aprovechamiento exclusivo. (Velásquez Jaramillo, 2006, pp. 12-13)

2.2 Situación de hecho

Es innegable que la propiedad horizontal surgió como una reacción a “una circunstancia social, reflejo de los problemas de espacio físico, económico y de seguridad” (Montejo Camargo, 2002, p. 11) y, en verdad, no podría ser de otro modo, en tanto cada ser humano junto con sus causas y necesidades forma parte de un engranaje poblacional en crecimiento que demanda del Estado la creación de la posibilidad real de apropiarse de un bien físico, material, en el cual asentarse y que, al tiempo, se acompase con la expansión y el desarrollo económico y social de que es parte cada ciudadano, simple y llanamente, por pertenecer.

La doctrina nos remite a la Edad Media, para enfatizar en un punto específico de la historia a la que se atribuye el régimen de división de viviendas por pisos:

En la edad media, época que se distinguió por la presencia de una minoría privilegiada compuesta por los señores feudales, dueños absolutos de la riqueza, y por grandes masas de población empobrecidas por el despolítico comportamiento de los terratenientes, comenzó a gestarse el sistema de propiedad dividida, debido al surgimiento de recintos amurallados que hicieron difícil la posibilidad de adquirir propiedades independientes, así, el incremento demográfico y la existencia de murallas y fosos que rodeaban las ciudades disminuyeron la disponibilidad de tierras susceptibles de ser urbanizadas, y de ello provino la necesidad de construir casas de varios pisos que dieran acceso a varias familias.

Nace de esta manera, el régimen de división de vivienda por pisos o departamentos, o régimen de propiedad horizontal. (Montejo Camargo, 2002, p. 12)

Nótese de lo anterior que esta forma de propiedad denominada “horizontal” surgió de situaciones de facto relacionadas con la acumulación de la riqueza que se vio enfrentada al

crecimiento poblacional marcado por una carencia económica, lo que produjo una reacción de los ciudadanos, natural si se quiere, mediante la cual se satisfizo determinada necesidad de tipo práctico y económico: la construcción de pisos superpuestos uno encima de otro. Se introduce de esta manera entonces la idea lógica de que dichas construcciones ya terminadas dieron paso a sus aspectos regulatorios y jurídicos, lo que no es cosa distinta que un reconocimiento jurídico posterior a una realidad material que se suscitó de manera antecedente, pues, a la postre, la propiedad horizontal:

(...) es un tema en desarrollo, tanto por la ley como por la jurisprudencia, y, su evolución y perfeccionamiento dependerán, en gran medida, como todos los asuntos jurídicos, de la forma como éstos se desenvuelvan en la sociedad, aunado al hecho innegable, que esta clase de propiedad es la que se impone en el mundo moderno. Basta mirar el auge de los grandes centros comerciales y de las construcciones de vivienda, que son verdaderos conglomerados habitacionales, que comparten áreas y servicios. (Corte Constitucional, Sentencia C-318 de 2002)

En efecto, más de 20 años después de promulgada la Ley 675 de 2001, puede observarse que hay edificaciones que no están reguladas por ella, hecho cierto y real que tiene su fuente en la decisión unilateral del propietario del suelo o terreno conformado por un solo piso (unifamiliar) de permitir la construcción de otro proyectado sobre el suyo, las más de las veces, para solucionar la necesidad de vivienda e independencia de un ser querido o, por la celebración de un negocio jurídico también con un familiar o un tercero, para construir “sobre el aire” del primer piso (Velásquez Jaramillo, 2006, p. 347).

Sin embargo, las edificaciones así realizadas tienen todo un trasfondo fáctico generador de litigios en torno a la titularidad del derecho de dominio que se suscitan entre el constructor o edificante y el dueño del suelo, lo que evidentemente termina por afectar la convivencia pacífica de los convivientes. Dichos conflictos son trasladados a los estrados judiciales por sus protagonistas, para que, a través del ejercicio de la acción de pertenencia, el funcionario verifique si la situación fáctica, que viene a ser la construcción misma, se consolidó en el tiempo y logró transformarse en un derecho de propiedad susceptible de ser declarado judicialmente.

Estas líneas nos adentran en lo que configura el alma y nervio de este trabajo, amén que, para tener colmados los presupuestos de procedibilidad de la institución jurídica reclamada por el promotor de la demanda, es obligado superar argumentativamente distintas instituciones jurídicas que podrían hacer fracasar la pretensión.

3 Vicisitudes para una declaratoria de pertenencia en la propiedad horizontal de hecho

Es en los estrados del país donde se ha desatado la discusión sobre la posibilidad de adquirir por prescripción la planta de un piso edificado sobre otro, de modo que los dispensadores de justicia han negado el derecho así reclamado, con fundamento en tres razones principales: (i) calificar al edificador como un simple mejorista, de lo cual le surge apenas un derecho de crédito para con el dueño del terreno, con ocasión de las mejoras plantadas; (ii) el eventual surgimiento de una comunidad posesoria sobre lo edificado, o de actos de “mera tolerancia”, ambos, en desmedro de una posesión exclusiva o excluyente, como requisito inescindible a cumplir por el pretense usucapiente; y, quizás el que aquí más interesa, (iii) la falta de identidad jurídica y registral debido al no sometimiento del inmueble construido en línea ascendente encima de otro al régimen de propiedad horizontal previsto en la Ley 675 de 2001, aspecto que está ligado a la imposibilidad de imponer judicialmente a las partes que se acojan a ese sistema de copropiedad.

Estos son los pilares que forman el razonamiento judicial para que la declaración de pertenencia quede en un estado de indefinición en los juzgados y tribunales del país, por supuesto, en aquellos casos en que, en el marco de las condiciones fácticas aquí analizadas, se hallen acreditados los presupuestos axiológicos para su configuración. En su orden, se precisarán los alcances e incidencia frente al derecho así reclamado.

3.1 La accesión

Analizando los alcances de las razones por las cuales se ha impedido reconocer el derecho de usucapión sobre una edificación levantada de facto sobre otra, se debe sopesar la situación dependiendo si se edifica a ciencia y paciencia del propietario del terreno o sin su conocimiento, lo que tiene relación con que en contra de quien edifica bajo el primer supuesto, yergue el brocardo que señala que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, el cual se materializa en estos eventos en que el dueño del suelo se reputa propietario de cualquier edificación, construcción o plantación que se levante sobre él, situación que, al tiempo, estructura otro modo originario de adquirir el dominio como lo es la accesión y, por ello, el legislador destinó el artículo 739 del Código Civil para regular las relaciones que puedan surgir entre el propietario del terreno y el edificante (Arévalo Guerrero, 2012, p. 615).

Expone el profesor Leonardo Rivas (1990) sobre la naturaleza, clase y aplicación de la accesión que:

Para que haya accesión se precisa, de otro lado, que sean cosas ajenas, las que se juntas, ello determina una modificación o cambio jurídico sustancial en el estado e índole de la accesorio, como también, aunque en menor dimensión, es la principal, el fundamento de la accesión, tanto de la discreta como de la continua se centra en el derecho de propiedad del dueño de la cosa principal a que acceden ya sea los frutos producidos por esta, ya la cosa que se le une, con respecto a la primera, el caso es claro y hasta se niega que aquí haya verdadera accesión, porque no habría sino la natural facultad extensiva del propietario de una cosa para apropiarse de sus frutos. En cuanto a la segunda, se considera que, con la accesión, se ha producido una nueva cosa, que no es ninguna de las dos anteriores y que ésta debe adjudicarse a alguien y que este alguien no puede ser sino el dueño de la cosa anterior más importante. Es decir, es también el dominio preexistente el que fundamenta la accesión. (pp. 227-228)

El tratadista Valencia Zea (1976), al referirse a las características de la accesión, precisa que el problema práctico consiste en determinar a quién le pertenece ese todo, y en esa dirección, de las dos cosas que se unen, una “será calificada de principal y la otra de accesoria. El dueño de la cosa principal adquiere el dominio de la cosa accesoria y el propietario de esta pierde el dominio de ella” (p. 245).

En palabras de Luis Díez Picazo (1966), la accesión corresponde a una vía para resolver conflictos de intereses, pues mientras:

(...) en la ocupación y en la tradición, la adquisición es el centro de gravedad de toda la situación jurídica, tanto desde el punto de vista mecánico como desde el funcional, en la accesión, esto no ocurre así. En la accesión, la adquisición deviene por vía indirecta, como manera de solucionar el conflicto planteado. (p. 839)

3.2 Actos de ‘mera tolerancia’ del propietario del *dominus soli*

Otro inconveniente que surge para el pretense usucapiente, más bien, de orden probatorio, pero que también tiene su fuente en la relación con el inmueble y, por lógica, entre el edificante y el propietario del terreno, concierne a la necesidad del poseedor de hacerle un esguince a los actos de mera tolerancia y a no ir a caer en los terrenos de una comunidad posesoria con el propietario del terreno sobre la totalidad del mismo, o con los demás convivientes en el área construida.

Para estos casos, corresponde determinar si la construcción se dio en el contexto de un acto de mera liberalidad o tolerancia del *dominus soli*. La doctrina que estudia el tema advierte cómo la cercanía de familia del dueño de la cosa, o motivado este, tal vez, por un sentimiento de afecto hacia determinada persona, cuando en ese contexto permite el inicio y ejecución de la construcción del piso, por mera tolerancia para el uso de los suyos, lo inhabilita *per se* para alegar posesión.

Señalan al respecto Alessandri Rodríguez y Somarriva (2005) que:

Los actos de mera tolerancia no están definidos por la Ley. Pero puede decirse, desde el punto de vista del que los tolera, que son aquellos que para él entrañan el ejercicio de un derecho, como es permitirlos o no, y a cuya ejecución no se opone por benevolencia y considerando que no atentan contra la integridad del contenido de su derecho. Desde el punto de vista del tercero, son actos de mera tolerancia los que él realiza sin la intención de ejercitar un derecho propio, sino basándose en la condescendencia del titular del derecho ejercitado. (...) la falta de reacción defensiva del tolerante encuentra su explicación en la benevolencia, y ésta se deriva, por lo general, de lazos familiares, amistosos, de buena vecindad o de otros por el estilo que, en último término exteriorizan alguna fraternidad humana (...) facilita la convivencia el que la ley se apresure a declarar que los actos de mera tolerancia de que no resulta gravamen no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna. De este modo el dueño de una cosa no tiene por qué inquietarse del uso o goce que de ella haga un tercero y que para él – el propietario – resulta inocuo. Si el legislador no hubiera aclarado el punto, todos vivirían desconfiados y recelosos del más insignificante roce a sus derechos, pensando que con el transcurso del tiempo podría conducir a la pérdida o mengua de los mismos (...) el fundamento de los actos de mera tolerancia es el anhelo de facilitar la buena convivencia de los hombres. Nada más y nada menos (...) (p. 23)

3.3 Falta de identidad jurídica y registral

No cabe duda que esta es la razón principal que fundamenta la denegación del derecho reclamado por el pretense usucapiente, la que incluso torna inane el estudio de las cuestiones que vienen de mencionarse, pues al faltar el sometimiento de la edificación superpuesta a otra al régimen de propiedad horizontal, enseguida concluye el funcionario de forma anticipada que el inmueble no existe física, jurídica ni registralmente, merced a que termina formando un todo con el lote de terreno en el cual se construyó y por ello no es posible individualizar la cuota del derecho reclamado sobre la respectiva planta de la edificación construida. En otras palabras, desde el umbral del proceso, las pretensiones de una demanda que se halle bajo ese contexto fáctico están destinadas al fracaso.

Al respecto, en una ocasión jurisprudencial, cuya tesis mantiene hoy por hoy su vigencia, la Corte Suprema, en sentencia STC779 del 5 de febrero del 2015, expresó:

Frente a la prescripción de una construcción no sometida al régimen de propiedad horizontal, la Sala afirmó: En efecto, el *ad quem* consideró que “no es viable en Colombia ganar por prescripción un piso que hace parte de una edificación levantada sobre suelo ajeno sin estar sometido al régimen de propiedad horizontal, ya que una posesión en tal sentido no goza de individualidad jurídica, y tampoco permite la división”.

Señaló que, si se contrastan los bienes que tanto xxx como xxx pretenden adquirir por prescripción, quedaba absolutamente claro que, en ninguno de los dos casos, corresponden a la totalidad del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. xxx de la Oficina de Instrumentos Públicos de Medellín, Zona Sur, “sino que son apenas parte de él, ya que el mismo está compuesto por una edificación de tres pisos que no se encuentra sometida al régimen de propiedad horizontal, en la cual la cuota que pretenden adquirir cada uno de los demandados reconvinentes (Sic) no existe jurídicamente, pues no posee independencia física ni jurídica, ni registral, ni patrimonial que permita distinguirlo dentro de nuestro sistema inmobiliario y económico como inmuebles ‘per se’ que hagan parte del tráfico jurídico, pues a lo sumo, forman parte de todo junto con el lote de terreno y la edificación de tres pisos que compone íntegramente el inmueble”.

(...) “c.-) Aunado a todo lo expresado en las líneas que preceden, debe indicarse que el examen de un fallo como el que acaba de analizarse no es novedoso para la Corte, dado que, en la sentencia de tutela de 11 de noviembre de 2005, exp. 01396, se tuvo la oportunidad de indicar: ‘No luce irrazonable...el criterio esbozado por el tribunal accionado en la sentencia de 1º de septiembre de 2005 aquí cuestionada, pues la misma tuvo sustento objetivo en razonamientos que no pueden tildarse de arbitrarios al decir, en síntesis, que si bien el inmueble es independiente físicamente de los dos primeros pisos, no lo es jurídicamente porque tiene un solo folio de matrícula inmobiliaria, según consta en el proceso. El apartamento del tercer piso del inmueble de propiedad de la parte demandada no es una cosa corporal independiente, no puede enajenarse y por ende tampoco es susceptible de apropiación por prescripción adquisitiva de dominio, porque ésta tiene que recaer sobre cosas corporales determinadas que estén en el comercio y, por supuesto, que existan material y jurídicamente, y entonces no están dados todos los presupuestos para adquirir el dominio por ese modo invocado por la actora y por tanto confirma el fallo de instancia’ (...)

Como puede verse, es en la determinación de la cosa que encuentra valladar el demandante en pertenencia debido a que “el derecho real de dominio sólo puede hacerse realidad como poder directo y efectivo sobre una cosa determinada, es decir, una cosa individualizada como un cuerpo cierto” (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 14 de marzo de 1997).

Adicionalmente, la mera referencia a la propiedad horizontal para identificar jurídicamente las edificaciones deja el asunto a mitad del camino, pues a ello se suma el problema que concierne a la improcedencia de imponer a las partes en litigio dicho sistema de propiedad horizontal. En efecto, se ha establecido que para que surja al mundo jurídico esa forma especial de dominio, se requiere el consentimiento de los propietarios, amén que la implementación de este estatuto encaja en la definición de contrato del Código Civil. Desde el año 2009, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ya había explicado sobre la necesidad de concordia en la relación de la propiedad horizontal con los copropietarios que:

(...) si bien la autorización para recaudar cuotas de administración para el pago de las expensas comunes necesarias y demás gastos de sostenimiento de la copropiedad encuentra soporte en la Ley de Propiedad Horizontal, el sometimiento de un determinado edificio, conjunto o unidad a dicha ley, así como el reglamento que habrá de regir a la Propiedad Horizontal creada, nacen del acuerdo de voluntades de los propietarios de áreas individuales, plasmado en un contrato que al elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Instrumentos Públicos constituye una persona jurídica (artículo 4, Ley 675 de 2001). (Corte Suprema de Justicia AC de 23 de febrero de 2009)

Años después, reafirmó la Corte Suprema de Justicia la tesis que la decisión de constituir el reglamento de propiedad horizontal depende, fundamentalmente, del querer de los propietarios y bien puede consolidarse con posterioridad a la construcción del edificio:

En el mismo sentido, puede decirse que la Ley 16 de 1985, no tuvo reparo en la circunstancia de la preexistencia de la edificación para que sus propietarios optaran por ajustarla a ese sistema, conforme a la ley precedente o a la nueva normativa que introdujo modificaciones en la materia y fue así como, con miras a conseguir la efectividad de esa regulación tratándose de edificaciones antiguas o nuevas, respetó la autonomía de los propietarios para definir a cuál modelo preferían acogerse

(...) si el edificio es susceptible de regirse por ese modelo, nada obsta para que sus propietarios en ejercicio de su autonomía privada y con arreglo a las leyes y reglamentos que rigen la materia, así lo determinen en aras de procurar la individualidad jurídica de cada piso o apartamento. (Sentencia SC4649-2020 del 26 de noviembre de 2020)

En igual sentido, la doctrina entiende que el “reglamento de propiedad horizontal es un negocio jurídico en el cual se encuentran varias partes en igualdad de condiciones, que han pactado unas reglas” (Arévalo Guerrero, 2024, p. 31). Surge de lo anterior con meridiana claridad que, en principio, no es posible imponer judicialmente esa forma de relacionarse con la propiedad indivisa de que se es titular, como que al enmarcarse bajo la denominación de contrato (artículo 1495 del Código Civil), entendido como “el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”, el artículo 1502 del Código Civil describe los requisitos para que una persona se obligue respecto de otra por un acto o declaración de voluntad, entre los cuales interesa aquí el atinente a que “consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios”

Las instituciones y conceptos hasta aquí descritos fueron plasmados en sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el pasado 02 de febrero de 2024 para enjuiciar una sentencia denegatoria de las pretensiones de usucapión sobre un tercer y cuarto piso de una edificación levantada sobre otra. Al respecto, luego de referirse a los antecedentes sobre la falta de identidad jurídica de los pisos así construidos, indicó la Sala Cuarta Mayoritaria que:

(...) mientras que no se someta una construcción de varias plantas al régimen de propiedad horizontal, cada una de ellas al no tener una matrícula independiente, entran a formar parte integrante de la edificación, es decir, se consideran como una proyección vertical de ese inmueble, debiendo descartarse entonces, la existencia de otro derecho real distinto y, por ende, no sería posible su enajenación, ni mucho menos su apropiación a través de la usucapión, porque como se itera, los bienes que se pretendan adquirir por este modo, deben ser cosas corporales determinadas que estén en el comercio y, por supuesto, que existan material y jurídicamente.

En casos semejantes, y en atención a lo consagrado en el artículo 713 del Código Civil, se ha considerado, que opera el fenómeno de la accesión, ante la ausencia de regulación del derecho de superficie, por lo que, al tenor de lo establecido en el artículo 739 *ibídem*, 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.

(...) para nadie es desconocido como en nuestras ciudades, y en especial las grandes urbes, cada vez son más agudos los problemas de asentamientos informales, bien de población desplazada expulsada por un conflicto inacabado, incluso el mismo desplazamiento intraurbano, ora por super población, por personas migrantes de países vecinos, o simplemente de personas del campo y pueblos lejanos que esperan encontrar mejores oportunidades, en fin..., todo ello hace que la demanda de vivienda crezca y crezca exponencialmente, pero como justo, se trata de población generalmente vulnerable o de escasos recursos, a ciencia y paciencia de las administraciones locales, van ellos mismos, de manera irregular construyendo la forma de asegurarse un techo. Claro, seguramente ya muchos no lo hacen en ese escenario caótico, sino ya un poco más estabilizados, buscan obtener algún rédito económico de esas construcciones, y entonces asegurado su propio techo, siguen construyendo igual para su parentela, y hasta para “negociar” con terceros, quienes apurados, y en medio de afugias y escasez, terminan “comprando” de manera informal, con documentos privados y muchas veces hasta de palabra, todo con la idea de guarecerse. Y así de esa manera, lo que empieza como una invasión, o un asentamiento irregular, se va convirtiendo en poblados o barrios enteros con edificaciones de dos, tres cuatro y hasta más pisos, dotados incluso de servicios públicos, pues hoy en día nadie duda que ese es un derecho fundamental, al margen de las construcciones donde los demanden; es más, muchos de ellos con cédulas [sic] y fichas catastrales, pero al final casi nadie con título de verdadera propiedad, con todo y que por años se haya mutado de “dueño” de esa misma manera; lo cierto es que esa bien ponderada aspiración, muy pronto se trunca no solo por lo señalado antes en el sentido de que según el ordenamiento patrio, la constitución de un reglamento de propiedad es un acto solemne, y no una circunstancia de facto, pues los efectos jurídicos que de ello se deriva, no solo produce efectos entre las partes, si no, y en especial, frente a terceros. Pero más aún, ni siquiera en la sentencia que decida reconocer una prescripción en esas condiciones, podría ordenarse a las partes involucradas en el litigio que lo constituyeran, pues que además de la genuina voluntad de los interesados que es la que gobierna estos asuntos, o la impuesta como se anuncia, en todo caso, sí o sí, se deben satisfacer las condiciones que legalmente se han fijado para el efecto como son, además de la escritura pública que contenga el reglamento, deben contarse con ***“la licencia de construcción o el documento que haga sus veces y los planos aprobados por la autoridad competente que muestren la localización, linderos, nomenclatura y área de cada una de las unidades independientes que serán objeto de propiedad exclusiva o particular y el señalamiento general de las áreas y bienes de uso común.”***, siendo precisamente, por lo informal e irregular de estas construcciones, de lo que se adolece. (Cursivas y negrillas propias del texto)

4 Sometimiento de la edificación surgida de facto al sistema de propiedad horizontal en la declaratoria de pertenencia

Hay que comenzar por señalar que ya los hechos constitutivos de posesión delimitaron los confines de la heredad y, paralelamente, esos hechos crearon una propiedad horizontal que solo está a la espera de una declaración judicial que la dote de contenido y le permita al proclamado copropietario ejercer los atributos del dominio frente a todos.

Enhorabuena la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC4649-2020 del 26 de noviembre de 2020 tuvo oportunidad de precisar que el presupuesto de la identidad se supera cobijando jurídicamente el piso o planta de la edificación con el folio de matrícula inmobiliaria del terreno sobre el cual se edificó. Estimó el alto Corporado que, las más de las veces, el hecho de que una persona construya un piso o apartamento dentro de un terreno que no es suyo corresponde a una práctica familiar muy socorrida en el país cuando los padres, en procura de favorecer las condiciones de vida de su descendencia, le posibilitan realizar construcciones en línea superpuesta sobre la originaria, lo que estructura de facto una división material del inmueble, aunque desde lo jurídico todas las unidades que lo componen sigan cobijadas por el mismo folio inmobiliario.

Bajo este entendido, la Corte Suprema de Justicia advierte entonces que la controversia debe entenderse incardinada:

(...) dentro de la hipótesis de usucapión de un predio de menor extensión inmerso en uno mayor, sin que pueda predicarse un fenómeno de imprescriptibilidad ante la falta de sometimiento de la totalidad del inmueble a régimen de propiedad horizontal, por cuanto es del resorte de los copropietarios, en ejercicio de su autonomía privada, decidir si optan por acogerse a ese modelo de propiedad, aún con posterioridad a la declaración parcial de pertenencia (...)

Y, más adelante, sentenció:

Cumplidos los requisitos generales y especiales que viabilizan el éxito de la pretensión adquisitiva promovida respecto de una planta de un inmueble perfectamente independiente y determinada, la circunstancia de que la edificación no haya sido sometida al régimen de propiedad horizontal no se torna en un obstáculo insalvable para acceder a las súplicas, pues como ya se examinó, la determinación de regirse por ese modelo emerge del libre albedrío de los copropietarios en la oportunidad que lo estimen pertinente si el edificio ya se encuentra construido. (SC4649-2020 del 26 de noviembre de 2020)

Pero al adentrarnos en este punto, hay que decir que la tesis desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, en puridad, no es novedosa, pues no hizo otra cosa que aplicar la tesis sostenida en una sentencia insular proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 04 de agosto de 2009, en la que esa Corporación, en un asunto en el que se disputaba un segundo piso de un inmueble no desenglobado, optó por declarar la prescripción adquisitiva tras hallar acreditados los requisitos legales para ello, pero no sin antes aclarar lo siguiente:

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

En esa misma línea, el Tribunal Superior de Medellín ha plasmado esa tesis en aclaraciones y salvamentos de voto por parte del Magistrado Julián Valencia Castaño, quien ha sido constante en sostener lo siguiente:

(...) 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 magistrada ponente, que per se el hecho de no encontrarse el inmueble pretendido en pertenencia sometidos 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, prohijar 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, 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-. (Tribunal Superior de Medellín, salvamento de voto, sentencia del 05 de noviembre de 2019) (Cursivas propias del texto)

Comulga la tesis elaborada en este trabajo con la postura sostenida por el mencionado Magistrado que disiente de la decisión, pues ha de verse cómo el presupuesto de la identidad de la respectiva planta de la edificación puede flexibilizarse para que reluzca esa individualización echada de menos, al abrigo del folio inmobiliario bajo el cual se encuentra registrado el predio. Con este argumento, se superan eventuales irregularidades en la Oficina de Registro al entenderse el bien construido segregado del folio inmobiliario ya existente (art. 51 y 52 de la Ley 1579 de 2012), pero tal vez lo más importante es que no se hace nugatorio el derecho pretendido –y con toda razón– pues nótese lo impreciso que resulta concluir que la planta edificada no tiene identidad física siendo que el edificante no solo la construyó a sus expensas, sino que le hizo las adecuaciones constructivas necesarias para convertirla en el hogar donde crio a su propia familia y de este modo se ha servido del inmueble durante años, todo ello, prevalido del ánimo de señor y dueño. Luego, plantear que esos hechos no trascienden al mundo del derecho es negarle sin razón toda eficacia probatoria a la fuerza de los mismos que, por el lado que se les mire, desde el plano fáctico o jurídico, ya han delimitado su existencia.

De cara a la labor judicial, la comprensión de los reales alcances de esta circunstancia permite saber hasta donde se han expandido los actos posesorios sobre el respectivo inmueble para tener por colmado aquel presupuesto, como en efecto procedió la Corte Suprema de Justicia, pero no todo puede detenerse ahí, pues las entrañas del litigio reclaman de la justicia que avance hacia la declaración de existencia de una propiedad horizontal creada por la conducta exteriorizada de las partes. Se estima que una decisión judicial en los términos planteados por la Corte acerca de que “ese modelo emerge del libre albedrío de los copropietarios en la oportunidad que lo estimen pertinente”, deja en un estado de indefinición el derecho litigado, pues no hace otra cosa que dejar al arbitrio de los litigantes el sometimiento de la edificación al sistema de propiedad horizontal.

Se sabe que la médula de un contrato es esa declaración común y recíproca de voluntades que vertida en los contratos toma el nombre de consentimiento, es decir, una fusión de voluntades encaminadas a un fin común; es lo que supone la definición técnica del consentimiento que se puede observar en los hermanos Mazeaud (1960), para quienes “en el lenguaje jurídico, el consentimiento, elemento esencial del contrato, es el acuerdo de voluntad de las partes, se compone de dos elementos: la oferta o policitud y la aceptación”. (p. 151). De igual forma, Para Alessandri

y Somarriva (1942), el consentimiento “es el acuerdo de voluntades de dos o más personas con un objeto lícito” (p. 76).

Fácil es ordenar a las partes que acuerden entre ellas mismas las diferencias por las que acudieron a la justicia, mediante la celebración de una simple escritura pública que contenga el respectivo reglamento de la copropiedad para solucionar la situación por fuera de la Ley 675 de 2001 en la que se hallan, esa sería una ideal solución autocompositiva que no requiere la intervención del juez y, para ir más lejos, ni siquiera tendría que mediar el procedimiento de pertenencia, cuestión que, además, rendiría honor al brocardo de economía procesal y precavería el desgaste innecesario del aparato jurisdiccional.

Pero lo cierto es que el conflicto ya se entabló y se fundamenta en un profundo desacuerdo entre los convivientes sobre los alcances del respectivo derecho de copropiedad, su extensión (atribuciones y limitaciones) y protección respecto de todos, dicho en otras palabras, hay voluntades contrapuestas, lo que exige del funcionario judicial hallar la fuente fáctica y jurídica que defina el conflicto de forma integral. Para lograr tal cometido, los hechos deben interpretarse para deducir con precisión lo que brota del proceso y honrar el deber que en la materia le asiste acorde a los postulados de la justicia social, pues “la conmoción jamás ha sido el producto de los principios que nosotros exponemos; ella proviene del estancamiento de las ideas y de los sentimientos. La historia presiona sin cesar” (Pérez Vives, 1953, p. 57). Todo ello con miras establecer que ya la conducta se transformó en una voluntad negocial exteriorizada a través de actos concluyentes (Von Thur, 2007, p. 96) que terminaron por delimitar los confines de cada heredad y las áreas privadas y comunes de las que a través de los años se han servido los edificantes.

Siguiendo al doctrinante Mosset Iturraspe (1995), existen diversos modos de manifestar la voluntad, expresa o tácitamente, ésta última “resulta de hechos o de actos ‘...que lo presupongan -al consentimiento-, o que autoricen a presumirlo...’, pues con ellos ‘...se puede reconocer con certidumbre la existencia de la voluntad...’” (p. 101). Más adelante expone el autor que existe una subespecie de clasificación de la manifestación de la voluntad en directa e indirecta y al respecto afirma que:

Es directa cuando determinada intención negocial se infiere inmediatamente de un comportamiento que, según la común experiencia, está destinado a hacer socialmente reconocible dicha intención de modo tal que cualquiera tenga al instante su exacta percepción. Es indirecta, en cambio, cuando determinada intención negocial se infiere de un comportamiento que, considerado en sí y por sí mismo, no tiene como su destino común y normal la función de hacer socialmente reconocible dicha intención, sino revelar otra más inmediata, pero que, sin embargo, por una ilación necesaria y unívoca permite inferir la existencia de la intención de que se trata. (p. 101)

Respecto a la prevalencia de la voluntad declarada explica el doctrinante Ortiz Monsalve (2007) que:

El legislador específicamente se ha referido a la declaración de voluntad, a lo declarado, a lo pactado y lo hace para señalarle unos contenidos propios y unos efectos específicos; no le señaló efectos al elemento interno, sino a lo externo, a lo declarado, no a lo querido. Y así debe entenderse, por cuanto el elemento interno, lo querido, no produce efectos jurídicos por sí solo ni

puede tener efectos vinculantes con otros; el discernimiento y la intención, son de índole psicológica y por sí mismos y, en solidario, no trascienden el ámbito jurídico. (p. 111)

El tratadista y ex Magistrado Lafont Pianeta (1976) agrega sobre el tema:

Decir que la voluntad produce efectos jurídicos (dogma de voluntad), es hacerla caer en vaguedades, pues comprendería, además de los fines jurídicos, los materiales y psicológicos. Estos últimos mientras no se objetivicen en una conducta no pueden tener mayor influencia en las esferas jurídicas privadas. Es más, el hecho psíquico por su naturaleza incontrolable no puede ser esencia del negocio jurídico. (p. 32)

Independientemente entonces de la postura doctrinal que se adopte a la hora de analizar los hechos, sea como actos de ejecución inequívocos y directos ora como manifestación tácita indirecta que requiera interpretación para deducir su intención (Mosset Iturraspe, 1995, p. 101), es tarea del funcionario judicial extraer las consecuencias y alcances de comportamientos rutinarios como utilizar pasillos o escaleras para ingresar y salir del inmueble, aseo y reparación de espacios específicos, instalación de puertas y ventanas medianeras, adecuación de escaleras para acceso a la vivienda y a la terraza de ser el caso, pasamanos, acueducto y contador independientes, pago de impuestos proporcional a su heredad, aspectos que aunque parecieran irrelevantes, definen la suerte de la controversia, pues se han prolongado durante el término exigido en la Ley y, por ello, inocultablemente perfilan una intención que debería tener la incidencia que el proceso reclama, que no es otra que llevar a la convicción del funcionario judicial de que se configuró en sus aspectos esenciales (zonas privadas, comunes de acceso, salidas) el sistema de propiedad horizontal y, en tal sentido, oriente su decisión judicial.

El doctrinante y Magistrado Bohórquez Orduz (1998) expone las hipótesis en que los jueces son los llamados a plasmar el contenido de un contrato:

Estamos refiriéndonos a aquellos eventos en que el juez está autorizado directamente por la norma para determinar el contenido total o parcial de un negocio jurídico en particular con o sin petición de parte, aunque desde luego, como culminación de una actuación judicial.

Numerosos eventos tenemos en la legislación en los cuales, de modo especial, se ha otorgado el juez la facultad de entrometerse en el contenido del negocio, fijando condiciones o alterando las pactadas por las partes. Vamos a citar algunos ejemplos; veamos:

En los contratos de arrendamiento de locales comerciales, cuando el empresario tiene derecho a la renovación del mismo y las partes no se ponen de acuerdo en el valor del canon que en adelante se cobrará, el art. 519 del C.Co. autoriza al juez a regular ese canon (...)

Fenómeno similar se observa en la reducción de intereses que prevé el art. 2231 del C.C. y en la reducción de la cláusula penal regulada en el art. 1601 de la misma obra (...) De modo parecido opera el mecanismo en la llamada *actio quanti minoris* en el cual, al evidenciarse la existencia de vicios ocultos de la cosa comprada, el juez reduce el precio inicialmente pactado de los contratantes (...)

El art. 1236 nos brinda otro ejemplo del mismo linaje: allí aparece que es posible obtener, por parte del mandante, la regulación del estipendio pactado en favor del mandatario cuando en el contrato inicial se había previsto una suma desproporcionada como remuneración de los servicios a prestar;

En el fenómeno que el C. de Co. llama imprevisión, contemplado en el artículo 868 de esta obra, encontramos que el juez puede variar las condiciones de ejecución de un contrato, en principio

estipuladas, si aparecen circunstancias imprevistas o imprevisibles que hacen que el contrato sea exageradamente oneroso para unas de las partes. (pp. 76-77) (Cursivas propias del texto)

Al igual que ocurre en estos eventos que, por supuesto, son meramente enunciativos, nada obsta para que el funcionario judicial, como desenlace del litigio, sustraiga los elementos naturales de la escritura pública que dé nacimiento a la persona jurídica que permita someter la edificación surgida de facto al sistema de propiedad horizontal previsto por la Ley 675 de 2001, de modo que la decisión judicial como título que es haga sus veces de documento constitutivo escritural de la propiedad horizontal en el que determine un “coeficiente de propiedad que será proporcional entre la medida del apartamento y el total de construcción en el edificio” (Tribunal Superior de Bogotá, sentencia del 4 de agosto de 2009). Por repercusión legal, el área dejada de mencionar como medida de la planta o apartamento pasará a ser común, pues la Ley 675 de 2001 al describir el concepto de bienes comunes “es enfática en esta definición al afirmar que la cuota indiviso de dominio sobre los bienes comunes le es inherente a ‘todos’ los propietarios de bienes privados en la proporción del coeficiente establecido en el reglamento” (Velásquez Jaramillo, 2006, p. 17). Por ahí mismo, se clarifican cargas, deberes y facultades en virtud de la comunidad, además, la resolutive incorporará como reglamento que regirá el tipo de copropiedad, *mutatis mutandis*, el articulado de la misma Ley por lo menos en sus aspectos esenciales (arts. 4, 5, 8, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 25, 32, 36 de la Ley 675 de 2001).

Debe tenerse en cuenta además que se trata de una planta piso o apartamento que data de años de construido y, por ende, es desacertado pretender exigir condiciones estructurales y planimétricas que evidentemente no tiene para por ese camino denegar el derecho pretendido, pues, superada la identidad del bien, esos aspectos pasan a ser una secuela probatoria superable en la instrucción del proceso con la designación de un experto en urbanismo que acompañe al funcionario en la inspección judicial obligatoria (art. 375 del Código General del Proceso) para que identifique los puntos de posible incumplimiento a las reglas urbanísticas previstas en la Ley 675 de 2001 y dictamine sobre la forma de cumplir con las exigencias legales:

En cualquier caso debe tratarse de espacios “suficientemente delimitados”, aunque ello no tiene por qué significar que el elemento privativo para serlo realmente, precise de la existencia de elementos arquitectónicos de separación entre los elementos comunes y elementos privativos o entre los mismos: bastará que haya cualquier signo que cumpla ese papel, como son las líneas que delimitan las plazas de garaje y deben ser espacios de acceso independiente y con un aprovechamiento que no dependa de otros. (Mogardo Freige, 2017, p. 108)

Lo anterior, sin perder de vista que el fin último del recaudo de la prueba técnica y del proceso mismo viene a ser la adecuación de la construcción que ya fue aceptada tácitamente por sus integrantes al sistema de propiedad horizontal vigente, para cuyo propósito obligatoriamente debe considerarse la situación familiar, económica y sociológica del lugar donde se encuentre ubicado el inmueble. No es otro el motivo por el cual los extremos en conflicto han tocado las puertas de la justicia.

Verificado todo cuanto hasta aquí se ha dicho, no debe quedar resquicio que interese a la institución de la accesión o, a los actos de mera tolerancia, pues al estar precedido el accionante de la posesión de la planta de la edificación de que se trate, como elemento habilitante de la prescripción adquisitiva, cae al vacío toda consideración sobre que se está mejorando terreno ajeno,

pues, evidentemente, las mejoras y el terreno sobre el cual se edificaron las mismas, vienen enlazadas a un *ánimus*, ya exteriorizado, siendo ello el hecho indicador de que existe en una persona el elemento intencional que se muestra en el propósito de tener el bien como propio, lo cual implica enmarcar dichos actos y bienes dentro del fenómeno posesorio, por cuya bienandanza en el tiempo, como ya se ha indicado en demasía, se transforma en un derecho patrimonial y por ello es clara la Corte Suprema de Justicia al expresar que:

(...) la posesión se escudriña por el hecho en sí, y que para su protección no hay necesidad de vincularla o atarla a derecho alguno; su existencia, por consiguiente, es autónoma, que no subordinada a los derechos patrimoniales. Quien posee no está abocado a andar justificando causas legales; por lo pronto, su causa es el hecho mismo y ha de presumirse lícita. Más todavía: esa causa meramente fáctica puede hacer que a la larga medren derechos, incluida la usucapión misma. Sí. Primero el hecho y después el derecho. Es así como deben mirarse las cosas en estas materias. (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 05 de julio de 2007)

5 Metodología

Para encarar y desarrollar los objetivos de esta investigación, se implementó un método inductivo y deductivo, en la medida que se abordaron premisas generales para descender a una situación particular y viceversa. Se adoptó entonces una postura explicativa, ya que se correlacionaron los distintos elementos y categorías relativos al problema de investigación, para aportar al conocimiento jurídico la forma en que la conducta o comportamiento del edificante y el dueño del suelo permiten ser subsumidas en la norma positiva a través de la sentencia judicial, a fin de modificar la situación de facto en la que se hallan respecto de la edificación.

La presente investigación extrajo información relevante de datos secundarios de sentencias judiciales, para explorar la repercusión en la población de las decisiones que han brindado los dispensadores de justicia a quienes se hallan en una situación fáctica como la aquí planteada. Para el efecto, se recolectaron y condensaron datos que fueron sopesados utilizando la técnica cualitativa de análisis documental buscando responder de forma integral a la pregunta de investigación.

Se acogió un paradigma positivista, en tanto el investigador desarrolló su estudio desde un punto de vista autónomo y objetivo. En igual sentido, se acometió el nivel de calificación desde un aspecto normativo de la validez y vigencia de la norma, en la medida que no existe regulación legal que se ocupe del problema objeto de estudio.

La presente investigación es de tipo dogmático, en tanto se ordenaron instituciones del derecho que sirvieron como referentes para solucionar la pregunta formulada.

6 Conclusiones

El sentido de la apropiación humana y las cosas susceptibles de serlo son el punto de partida para comprender los alcances del concepto de propiedad, el que en no pocas ocasiones se confunde con el patrimonio, entendiéndose conformado este último por activos y pasivos y por los derechos ejercidos sobre un bien, por ejemplo, la posesión sobre una segunda o tercera planta de una edificación que precisamente se caracteriza por ser el sello de la institución de la declaratoria de pertenencia cuyos presupuestos legales deben analizarse bajo el criterio de la función social de la propiedad. De esta manera, cuando el pretense usucapiente está prevalido de la posesión exclusiva no deja espacio para debatir sobre otras instituciones que puedan hacer fracasar sus anhelos en el pleito y, ante ello, es innegable la necesidad de adaptación de la propiedad horizontal de hecho a la realidad urbanística y demográfica de nuestra sociedad, como producto de la usucapición.

Se exalta lo acuciante que resulta una reacción de los jueces para que sopesen en la dimensión que corresponde los efectos retroactivos de la posesión que los lleve a inferir que el comportamiento de las partes en el transcurso de los años ya demarcó un camino contractual que dio vida al sistema de propiedad horizontal y, por repercusión, solo espera un desenlace del litigio que lo adecúe dentro del sistema de edificación legal regulado en Colombia por la Ley 675 de 2001. Para este propósito se mostró que, a la postre, no se trata de imponer ese sistema a las partes, sino de un reconocimiento por parte del funcionario de signos concluyentes que ya se consolidaron en el tiempo y que, jurídicamente, nada obsta para que la decisión judicial como título que es haga sus veces de documento escritural que dé nacimiento a la propiedad horizontal y, además, para que el juez incorpore, como reglamento que regirá el tipo de copropiedad surgida, el articulado de la misma ley, por lo menos en sus aspectos esenciales.

Claro está que no se pueden hacer a un lado las dificultades que surgen en torno al tema desde el punto de vista de una posible ilegalidad de la construcción y aquellos casos de un grave incumplimiento de las normas urbanísticas, pero a ello es que se avienen las futuras investigaciones como un complemento necesario en orden a establecer la forma en que se pueda subsanar esa irregularidad sin llegar a ninguno de estos dos extremos: (i) por parte del funcionario: denegar el derecho reclamado por una irregularidad administrativa superable probatoriamente en la instrucción del proceso y, (ii) del lado de los protagonistas del litigio: pretender sanear graves incumplimientos urbanísticos a través de la sentencia judicial.

Referencias

- Alessandri A. y Somarriva M. (1942). *Curso de derecho civil. Fuentes de las obligaciones*. (1a ed.). Tomo IV. Editorial Nascimento.
- Alessandri Rodríguez, A. y Somarriva, M. (2005). *Tratado de los derechos reales*. (6a. ed.). Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.
- Arévalo Guerrero, I. H. (2012). *Bienes. Constitucionalización del derecho civil*. (1a ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Arévalo Guerrero, I. H. (2024). *Propiedad horizontal. Casuística jurisprudencial*. Universidad Externado de Colombia.
- Arias García, F. (2008). *Bienes civiles y mercantiles*. Editorial Ibáñez.
- Biondi, B. (2003). *Los bienes*. (2a. ed.). Bosh S.A.
- Bohórquez Orduz, A. (1998). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Anotaciones para una teoría general: noción; elementos estructurales; eficacia e ineficacia*. (2a ed.) Doctrina y Ley.
- Corte Constitucional. (23 de septiembre de 1992). Sala de revisión número 6. Sentencia T -537/92. [M.P. Simón Rodríguez Rodríguez].
- Corte Constitucional. (02 de mayo de 2002). Sala Plena. Sentencia C-318 de 2002. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (14 de marzo de 1997). Sentencia 17962 [M.P. José Fernando Ramírez Gómez].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (5 de julio de 2007). Expediente 08001-3103-007-1998-00358-01. [M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (5 de febrero de 2015) Sentencia STC779 [M.P. Ariel Salazar Ramírez].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (26 de noviembre de 2020) Sentencia SC4649-2020 [M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque].
- Díez Picazo, L. (1966). La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número (455). p. 839. <https://www.revistacritica.es/>
- Gómez Rodríguez, J. J. (2001). *Bienes*. Universidad Externado de Colombia.
- Jaramillo Castañeda, A. (2013) *La usucapión y su práctica. Suplemento Legislativo*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Lafont Pianeta, P. (1976). *Negocio jurídico. Antecedentes romanos en nuestra legislación*. Cosmos.
- Mazeaud H. y L. (1960). *Lecciones de derecho civil*. Parte 2ª. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mogro Freid, M. P. (2017). *La propiedad horizontal de hecho*. [Tesis doctoral, Universidad de Alcalá]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=183800>
- Montejo Camargo, J. R. (2002). *Del ejercicio de la propiedad horizontal en Colombia*. Editorial Temis S. A.
- Mosset Iturraspe, J. (1995). *Contratos*. (1a ed.). Rubinzal - Culzoni Editores.
- Ortiz Monsalve, A. (2007). *Los contratos en el derecho privado*. (1a ed.). Universidad del Rosario. Legis.
- Pérez Vives, A. (1953). *Teoría general de las obligaciones*. (Vol. 1). Temis.
- Rojas González, G. (2015). *Proceso reivindicatorio* (3a ed.). Ediciones del Profesional Ltda.

-
- Treviño García, R. (2002). *La Persona y sus atributos* (1a ed.). Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Agosto 04 de 2009. M.P. [Álvaro Fernando García Restrepo].
- Tribunal Superior de Medellín. Sala Civil. Febrero 22 de 2024. [M.P. Benjamín de Jesús Yepes Puerta].
- Tribunal Superior de Medellín. Sala Civil. Noviembre 05 de 2019. Expediente 05001 31 03 005 2015 00076 01 [M. P. Piedad Cecilia Vélez Gaviria, salvamento de voto del M. Julián Valencia Castaño].
- Velásquez Gómez, H. D. (2010). *Estudio sobre obligaciones*. Temis
- Velázquez Jaramillo, L. G. (2006). *Bienes* (10a ed.). Comlibros.
- Velázquez Jaramillo, L. G. (2006). *Ley de propiedad horizontal visión esquemática y concordada*. (2a ed.). Comlibros.
- Von Thur, A. (2007). *Tratado de las Obligaciones. Traducción del alemán y concordado*. Colmares, S.L.
- Von Thur, A. (1998). *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán. Los derechos subjetivos y el patrimonio* (Vol. 1). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.