

**ACCIONES DE DIVISION DE UN BIEN COMUN Y DE DECLARACION DE ADQUISICION POR USUCAPION—EL COMÜNERO QUE HAYA POSEIDO EL BIEN COMUN EN SU PROPIO NOMBRE O BENEFICIO POR EL TIEMPO Y EN LAS CONDICIONES QUE LA LEY EXIGE PARA LA PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA, GANA EL DOMINIO DEL BIEN POR EL MODO CONSTITUTIVO DE LA USUCAPION**

1—LA USUCAPION—Nuestro Código Civil define la prescripción como “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” (artículo 2512). Esta definición encierra los dos conceptos, el de prescripción adquisitiva o usucapion, y el de prescripción extintiva o liberatoria. La primera constituye un modo de adquirir el dominio y otros derechos reales, y la segunda un modo de perder los derechos reales o los créditos personales. Son antitéticos estos dos conceptos y distintas cosas, por tanto, la usucapion y la prescripción liberatoria.

Con el lenguaje de nuestro código podemos definir la usucapion como un modo de adquirir las cosas ajenas, por haberlas poseído durante cierto lapso con los requisitos legales.

Equivale esta definicion, en el fondo, a la de los principales tratadistas franceses. Para Planiol y Ripert “es un modo de adquirir la propiedad de una cosa mediante la posesion prolongada durante un periodo de tiempo determinado”. (Tomo 3º, número 688). En su concepto, “de todas las instituciones de Derecho Civil es la más necesaria al orden social”, como se dice en la exposicion de motivos del Código Francés, como que sin ella sería imposible la prueba de la propiedad en la generalidad de los casos y en consecuencia los pleitos serian innumerables. De allí el sentido de la antigua calificacion de “patrona del género humano”.

Según los citados tratadistas, “tiene por finalidad poner fin al divorcio entre la posesion y la propiedad, transformando al poseedor en propietario, y conformar así los

hechos al derecho, impidiendo de este modo la destruccion de situaciones respetables por su duracion”.

En el derecho colombiano, como en el francés, son susceptibles de ella, en general, todas las cosas que pueden ser poseídas legitimamente. Se exceptúan, por tanto, las que no están en el comercio, como las de dominio público o aquellas cuyo uso corresponde de ordinario a todo el mundo. Y se admite que cualquier persona física o jurídica puede usucapir, y que corre la prescripción adquisitiva “en contra de cualquier persona, salvo causa de suspensión”. (Véase Vélez, IX, número 436, comentario al artículo 2517 del C. C.).

El prescribiente requiere ante todo efectiva posesion, constituida por la tenencia de la cosa determinada con ánimo de señor o dueño (C. C. 772).

LA POSESION—Para los alemanes, la posesion es “el señorío de hecho de una persona sobre una cosa” (Enneccerus). Para los franceses es “un estado de hecho, que consiste en retener una cosa de modo exclusivo, realizando en ella los mismos actos materiales de uso y disfrute que realizaria el propietario de ella”. (Planiol y Ripert). Los chilenos consideran la posesion como un conjunto de actos que suponen o representan el ejercicio de un derecho (Alessandri Rodríguez).

En derecho moderno, armonizando los viejos conceptos con el moderno criterio sobre la propiedad, puede decirse que “son poseedores todas las personas que según los usos sociales explotan económicamente las cosas en provecho propio a semejanza de los propietarios”. (Valencia Zea).

OBJETOS PRESCRIPIBLES. — Recapitulando y compaginando los conceptos an-

teriores, puede sentarse la regla general de que pueden ser adquiridos a título de prescripción todos los bienes que son comerciables, o sea los que son susceptibles de válida posesión. Así lo reconocen los doctrinantes franceses: "La usucapión permite adquirir todas las cosas susceptibles de posesión" (Planiol y Ripert), y lo consagra expresamente el artículo 2518 del código colombiano cuando dice que se ganan de este modo "los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano..." y "los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados". Ni siquiera se excluyen los bienes y créditos fiscales (C. C. 2517). De donde, generalizando, puede concluirse que prescriben todos los derechos o cosas no exceptuadas especialmente.

**PRESCRIPCIÓN DEL COMUNERO.**— Se discute como capital dentro del presente recurso si puede ganar el comunero el dominio de la cosa común por el modo de la prescripción extraordinaria que establece el Código Civil, para resolver lo cual se hace preciso considerar previamente las distintas circunstancias que pueden rodear esa su posesión.

En tratándose de predios indivisos, es lo natural que la posesión se ejerza bien por todos los comuneros, bien por un administrador designado legalmente, que lo haga a nombre de todos. Existe entonces la correspondencia debida entre la copropiedad y la coposesión que es la manifestación real, en este caso, de aquélla.

Pero puede ocurrir que uno de los condómines, sin haber nombrado administrador de la propiedad, entre a ejercer la posesión del inmueble con el asentimiento expreso o tácito de sus coparticipes, quienes concurrirán al sufragio de los gastos y se beneficiarán, a prorrata de sus cuotas, de los frutos naturales o civiles del mismo; caso en el cual tendrá aquel condómine el objeto común, no sólo en su nombre exclusivo, sino en representación de los interesados todos.

En las circunstancias que se acaban de contemplar, es incuestionable que no puede haber usucapión, por no existir la posesión exclusiva de cosa ajena, base esencial del fenómeno jurídico.

Mas puede ocurrir también que algunos condueños negligentes abandonen la finca

que les pertenece; no entren a poseerla o no perseveren en su posesión; no soliciten el nombramiento de administrador; no pidan su división o su venta, o no activen el juicio correspondiente; no contribuyan a los gastos comunes ni reclamen su parte en los frutos; y en fin, no ejerciten ningún acto real y efectivo de dominio en ella; al paso que uno o más comuneros diligentes toman por su sola cuenta la posesión de ella y la explotan en su propio beneficio, olvidando o desconociendo en el hecho las cuotas de los demás interesados, quienes no formulan reclamación oportuna al respecto. Se plantea entonces esta cuestión: ¿prescribe el dominio de la cosa común en favor del comunero o comuneros que la poseyeron exclusivamente durante el lapso requerido por la ley y en las condiciones exigidas en ella?

Los jurisconsultos no están de acuerdo en la solución del problema.

Los romanos reconocieron al menos la llamada "acción de mantenimiento" en favor del comunero y en contra de sus coparticipes. En la misma favorable solución fueron más categóricos los germanos, quienes, aún después de recibir la influencia de Roma, insistieron en la prevalencia del elemento material o corporal sobre el inmaterial o subjetivo en materia de posesión, y basados talvez en ese criterio objetivo, se mostraron generosos en esta materia.

El Derecho Español antiguo se apartó, en cambio, de esta tesis.

El estatuto legal que hoy se conoce con el nombre de "Fuero Real", y en su tiempo con los de Fuero "de las leyes", "del Libro", "de la Corte", "de Castilla" y con los de "Libro de los Concejos de Castilla" y "Flores de las leyes", apareció en España, según la autoridad de Martínez Marina, a fines de 1254 o a principios de 1255, dividido en cuatro libros que constan de setenta y dos títulos y quinientas cuarenta y cinco leyes. Tuvo su remoto origen en la determinación de Fernando III de reformar y codificar la dispersa legislación, que acogió su hijo y sucesor Don Alfonso el Sabio, quien sucesivamente ordenó las célebres colecciones que se denominan "Fuero Real", "Espéculo" y "Partidas".

En su parte especial, destinada a los derechos reales, el "Fuero Real" admitió la

prescripción con las condiciones de posesión continuada, tiempo legal y prescriptibilidad de la cosa; pero prohibió por vez primera en el Reino la prescripción del comunero. En orden a la posesión —dijo— la del comunero no aprovecha para prescribir en perjuicio del condueño.

El 14 de marzo de 1567 —trecientos doce años después— se expidió “La Nueva Recopilación de las Leyes de España”, especie de Digesto integrado por las leyes del Fuero Real, del Ordenamiento de Alcalá, de las comprendidas en el de Montalvo, de las de Toro y de otras luégo publicadas. La Nueva Recopilación, como es bien sabido, fue encomendada por Carlos I de España y V de Alemania al doctor Pedro López de Alcocer, quien por causa de muerte no pudo llevarlas a término, siendo entonces reemplazado sucesivamente por los doctores Gervara, Escudero y López Arrieta y últimamente por el licenciado Atienza, quien la concluyó por el año de 1562.

Como en la Nueva Recopilación quedaron incorporadas las leyes del Fuero Real, continuó rigiendo la prohibición de prescribir entre comuneros.

Con la mira de obtener una codificación más técnica y comprensiva, el monarca Carlos IV de Borbón ordenó a don Juan de la Reguera Valdómar, relator de la Cancillería de Granada, la formación de una nueva compilación legislativa. Esta obra recibió la real aprobación en 1805 y fue publicada con el título de Novísima Recopilación de las Leyes de España.

Como este cuerpo de leyes fue en el fondo una simple reproducción de las leyes anteriores, bajo distinto método, quedó vigente el Ordenamiento Real de Don Alfonso el Sabio y siguió en vigencia por tanto la mencionada prohibición.

“La Novísima Recopilación no alcanzó a regir entre nosotros, pero sí la Nueva, porque la constitución colombina de 1821 dispuso que siguiera rigiendo la Legislación Española, y porque nuestra ley de procedimiento civil de 13 de marzo de 1825 aún fijó el orden en que debían aplicarse esas leyes por los Tribunales de la República, así: primero las leyes del congreso nacional, y en seguida las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y decretos del gobierno es-

pañol anteriores al 18 de marzo de 1808; las leyes especiales denominadas Recopilación de Indias; la Nueva Recopilación; y las Siete Partidas”.

“A través de la Nueva Recopilación nosotros tuvimos el Fuero Real, con su prohibición expresa de prescribir entre condueños, hasta que entró a regir el código civil de don Andrés Bello, hecho éste que no fue uniforme en todo el país: el Estado Soberano de Cundinamarca lo adoptó el 8 de enero de 1859, y en seguida lo adoptaron los demás Estados: en el Cauca y por lo mismo en el actual departamento de Nariño entró a regir como ley en el año de 1871”. (Chaves Chaves).

Como lo observa el recurrente, “quiere esto decir que de 1225 —año en que apareció el Fuero Real— a 1859 —año en que fue adoptado por primera vez en el país el código civil chileno— transcurrieron seiscientos cuatro años. Seiscientos cuatro años de continuo creer y saber los de nuestra raza que un comunero no puede adquirir por prescripción la cuota de otro”.

“Esto tenía que influir e influyó profundamente en nuestras concepciones jurídicas sobre la materia... Como decía Savigny, en todas las naciones a las que alcanza la historia vemos al derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar a aquel pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Mas el derecho progresa con el progreso del pueblo y se fortalece con él...”

El Código Civil Francés de 1804 admitió expresamente la prescripción entre comuneros; el artículo 816 de dicho código es claro al respecto. De acuerdo con su tenor, el comunero puede adquirir por prescripción la propiedad exclusiva de la cosa común, siéndole necesario para eso, desde luego, el haber estado en posesión exclusiva, tranquila y no interrumpida durante el lapso requerido por la legislación. La mencionada disposición, según la doctrina y la jurisprudencia francesas, es aplicable a toda clase de comuneros (Planiol, Tomo III, números 2340-2344; Aubry et Rau, Quinta Edición, Tomo X, número 622, página 156, nota 83; Jurisprudencia en materia de derecho

civil; Henry Solus, Revue Trimestrelle de Droit Civil, Tomo 25, 1926, pág. 1067).

La prohibición del viejo derecho español "no se conservó expresamente en el código chileno (y no pasó por tanto al colombiano —agrega la Sala—) porque el señor Bello no creyó del caso reproducirla en el articulado de aquella obra".

Contra esta teoría, que acoge sin reservas la Sala, se aducen razones de valor más aparente que real. Como principal, la de "cierta solidaridad" que entraña la comunidad, que basan en los artículos 943 y 2525, los cuales establecen que si uno de los comuneros ejerce la servidumbre constituida en beneficio del predio común, no hay lugar a la prescripción, y que todo lo que interrumpe la prescripción respecto de un comunero, la interrumpe también en favor de los demás. Tal solidaridad existe efectivamente, pero se reconoce solamente sobre la base de la coposesión directa o indirecta del proindiviso, que, como antes se vio, es natural de ordinario a la comunidad. Alcance mayor no puede dársele a los artículos citados que, como excepcionales, son sólo —según la hermenéutica— susceptibles de interpretación rigurosa. Su exégesis tan amplia que permitiera ver en ellos una excepción general al principio de que todos pueden ganar una cosa por usucapación, llevaría, además, a la absurda conclusión de que al paso que la persona que sin derecho alguno se apodera de un bien puede prescribirlo en su favor, el que tiene un derecho real en todas y cada una de sus partes, no podría legalmente lograrlo, no obstante su larga posesión exclusiva y el abandono del derecho por parte de sus condueños.

Además, esas normas —como se colige de su simple lectura— regulan relaciones de los comuneros con terceros, y no las que existen o puedan existir entre los propios condueños.

Se alega también que como el derecho del comunero radica en todas y cada una de las partes de la cosa común ("tota in toto, tota in qualibet parte"), de prescribir el comunero, lo haría contra sí mismo, lo que constituiría un absurdo. Este alegato se destruye con la simple consideración de que el comunero poseedor, que ha ejercitado con

la posesión de su dominio, lo que adquiere por usucapación no es la cuota que le corresponde, sino las cuotas de sus copropietarios que abandonaron sus derechos.

En fin, se observa en favor de esta misma tesis, que el que ha principiado a poseer con un título (en este caso el de comunero) no podría cambiar ese título inicial. Este argumento puede ser esgrimido, al menos en principio, contra quien comenzó su posesión por encargo expreso o tácito de los demás condómines, o que a nombre de ellos poseyó; pero carece de valor contra quien se presente como poseedor exclusivo desde que tomó la cosa en su poder. El hecho de que se descubra en el prescribiente un título de dominio, no lo coloca ni puede colocarlo jurídicamente en situación inferior a la que ocuparía al carecer de todo título justificativo de su posesión. Sería aberrante una distinta solución.

En tratándose de prescripción extraordinaria, se hace más clara y nítida la cuestión, ya que para ella "no es necesario título alguno", presumiéndose de derecho la buena fe; y puesto que el título que acredita un derecho de dominio no puede estimarse como inferior al de "mera tenencia" de que habla la regla 3ª, del artículo 2513 del C. C.

Se observa, por último, que aún el "mero tenedor" de la cosa (aún el ladrón o hurtador de ella —"magüer la cosa sea hurtada o forcada", decía la Partida)— se halla en capacidad de usucapir, según el artículo que se acaba de citar, cuando el pretendido dueño no puede probar que en los treinta años se haya reconocido su dominio por el prescribiente, y que éste puede haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo lapso. En estas condiciones, aún el tercero nombrado administrador de la comunidad podría prescribir contra quienes le dieron el encargo. Y repugna manifiestamente, como ya se dijo, situar al condueño poseedor en peores condiciones que a un simple tercero, "mero tenedor", que para iniciar su posesión hubo de usurparla.

Del detenido análisis del artículo 2531 del C. C. se llega a la categórica conclusión de que para adquirir por prescripción extraordinaria es plenamente suficiente la posesión exclusiva y no interrumpida por el lapso

exigido de treinta o de veinte años, según la legislación aplicable, sin efectivo reconocimiento de derecho ajeno y sin violencia ni clandestinidad durante el mismo lapso. No es el título entonces "conditio usucapiendi": permítase que antes de comenzar el período haya existido uno de mera tenencia; no importa la mala fe (que no puede probarse por presumirse de derecho la buena fe), ni tienen interés alguno en ella los vicios de clandestinidad o de violencia anteriores al tiempo requerido.

Es suficiente lo anterior para concluir que el comunero que haya poseído el bien común en su propio nombre o beneficio por el tiempo y en las condiciones que la ley exige para la prescripción extraordinaria, gana como cualquiera otro en su caso, el dominio del bien por el modo constitutivo de la usucapión.

Además, la Ley 51 de 1943, sobre comunidades, cuyas "disposiciones son interpretativas de las normas del código civil" (como lo declaró con autoridad la Corte en pleno, al decidir sobre la exequibilidad de este estatuto legal), expresa con toda nitidez que el comunero en su carácter de tal y aunque haya reconocido la existencia de la comunidad, puede usucapir el todo o parte de la cosa común que ha poseído y posee en las condiciones legales. Y esta ley se debe, en lo pertinente, considerar incorporada en el cuerpo del Código Civil (C. C., artículo 14 y Ley 153 de 1887, artículo 58).

2.—El "animus sibi habendi" se halla establecido cuando está comprobada la voluntad aparente de poseer, sin perjuicio, claro está, de que para destruir la existencia de este elemento esencial de la posesión, pueda contraprobarse acreditando que el pretendido o aparente poseedor reconoció efectivamente el derecho ajeno en la misma cosa. Pero, si la contraprueba eficaz no ha sido creada, forzoso es admitir el hecho de la posesión y reconocerle sin vacilar sus consecuencias legales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil—Bogotá, julio veintiseis de mil novecientos cincuenta.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Silva Rebolledo)

El 16 de enero de 1879 el Pbro. Mariano Jácome otorgó testamento público en el que instituyó como herederos a sus sobrinos Angel, Pedro, Gabriel, Camilo, Darío, Rosa Pacífica y Mercedes Martínez y Dolores Esparza. A Darío le asignó la cuarta de las mejoras. El inventario de bienes relictos se aprobó; se pagaron los derechos fiscales que afectaban la mortuoria; se adelantó un inventario adicional y la partición de los bienes, pero estas diligencias fueron anuladas por el Tribunal Superior de Pasto en auto de fecha 24 de septiembre de 1887. Habiendo quedado en firme la sentencia aprobatoria del inventario principal, con base en éste el señor Tomás Santacruz, en representación de su mujer Dolores Esparza y de otros herederos, pidió la división de la herencia del Pbro. Jácome, la cual, se adelantó hasta dejarla en el estado de ser decretada, con intervención del señor Juan Guerrero, comprador del derecho hereditario de la mayor parte de los herederos. En este estado se suspendió el asunto desde marzo de 1891, por falta de comprobación de la personería de los herederos de Nicanor Enríquez, y el Juez del conocimiento dictó auto de 10 de diciembre de 1894 que declaró caducada la instancia, auto que de acuerdo con la providencia del Tribunal Superior de Pasto fechada el 13 de mayo de 1922 debe surtir sus efectos "mientras los interesados no promuevan una nueva acción de división".

Aparecen en autos las escrituras públicas por las cuales el señor Juan Guerrero compró derechos hereditarios en la sucesión testada del Pbro. Jácome directamente a los herederos testamentarios del causante o a sucesores de aquellos herederos. En total Juan Guerrero compró derechos a Angel, Darío, Gabriel y Camilo Martínez, como herederos de su hermana Mercedes Martínez; a Margarita, Carmen, Tomás y Federico Viteri, Jesús, Herminia y Darío Enríquez los derechos habidos de su madre Rosa Martínez; y al mismo Darío los heredados de su hermano Nicanor.

Manuel Santiago Guerrero y Rufina Guerrero como herederos de los derechos que en la sucesión del Pbro. Jácome tenía su padre Juan Guerrero, ejercitan la acción de división de la herencia del expresado Presbítero; y piden al Juez competente que acepte la demanda y que ordene tramitarla bajo una misma cuerda con el juicio de sucesión a que se refieren. Señalan por sus nombres a las personas a quienes debe notificarse la acción de partición, e indican los domici-

lios de aquéllas a quienes se les conocen; y manifiestan de cuáles no se sabe su domicilio. El Juzgado aceptó la demanda y ordenó los traslados correspondientes.

León Gil Guerrero, nieto de Juan Guerrero, se opuso, en la contestación del traslado de la demanda de división, a esa acción, manifestando que su padre General José Ma. Guerrero había adquirido por prescripción extraordinaria el dominio del bien o hacienda sobre la que Manuel Santiago y Rufina Guerrero querían recayese la sentencia de partición; porque la acción de división que ejercían los demandantes también está prescrita y porque se pide la división de solo un inmueble de la sucesión testada del Padre Jácome, cuando hay asimismo otros bienes relictos. Como la oposición debía tramitarse en juicio ordinario, propuso ó enumeró seis hechos que pueden condensarse así: el señor José María Guerrero poseyó por más de cuarenta años el fundo de Inantás (objeto de la partición), haciendo en él actos de dominio, como posesión pacífica y no interrumpida; Juan Guerrero, su esposa e hijos, y los demás herederos del Pbro. Jácome jamás poseyeron la hacienda ni efectuaron actos de dominio, y por el contrario, siempre reconocieron como único dueño a José María Guerrero; el señor José María Guerrero puso en la hacienda mejoras que valen más que el mismo fundo; tanto el opositor como su padre han sostenido pleitos en bien del inmueble sin que los peticionarios hubieran defendido tales derechos; León Gil Guerrero y su padre José María han pagado la contribución del catastro de la finca desde 1888 hasta el presente; desde que el Tribunal declaró caducidad decretada en 1894, los que hoy se presentan como herederos del Pbro. Jácome no habían vuelto a ejercer la acción de partición antes del 12 de mayo de 1922. Y luego de exponer los fundamentos de derecho, pide que en definitiva se resuelva: que la sucesión de José María Guerrero sí ha adquirido por prescripción extraordinaria el fundo de Inantás; que por lo tanto no puede dividirse dicho fundo entre las personas que se dicen herederos del Pbro. Jácome; que en caso de ordenarse la división, se pague a la sucesión de José María Guerrero el valor de las mejoras útiles y necesarias puestas por éste en el inmueble, con derecho de retención mientras no se cancele su valor; pide costas en ambos casos; y solicita, además, que se declaren prescritas la acción de división y petición de herencia intentada por los herederos y compradores de

las acciones y dérechos en la sucesión del Pbro. Jácome. En contestación a la oposición de León Gil, Rufina Guerrero lo demandó en reconvencción para que aquél pague los frutos del inmueble desde 1891 a razón de mil pesos anuales.

Tramitado el juicio debidamente el Juez 3º Civil del Circuito de Pasto dictó sentencia en el sentido de negar las peticiones contenidas en la oposición y ordenando en cambio la partición del fundo Inantás; también absolvió al señor León Gil Guerrero de la demanda de reconvencción que le iniciara Rufina Guerrero.

Para su fallo se atuvo el Juez a que está comprobada en autos la existencia de la comunidad en lo relativo al fundo de Inantás, ya que no se ha suscitado en el presente caso ninguna de las hipótesis que contempla el artículo 2340 para que se dé por terminada la comunidad; que de acuerdo con el artículo 1374 del C. C. ningún comunero está obligado a permanecer en la indivisión; que la calidad de comuneros de Manuel Santiago, Rufina y León Gil Guerrero en el bien de Inantás, relictos del causante Mariano Jácome, está comprobada con las escrituras que al respecto existen en los autos. Y que establecido esto, no puede aplicarse el artículo 2512 del C. C. puesto que en la comunidad el comunero posee a su propio nombre y en el de los otros comuneros y entonces no cabe la prescripción en contra de éstos y ejercitada por un comunero. Cita el Juez varias jurisprudencias de la Corte para reforzar su dicho. Sobré la petición del pago de mejoras manifiesta que eso le corresponde decidirlo al partidor; en cuanto a la prescripción de las acciones de petición y división de herencia, dice que por no ser ninguna de ellas la causa del presente juicio, no se puede declarar lo pedido. Y, en fin, que no hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas por Rufina Guerrero en la demanda de reconvencción por no haber allegado la actora prueba de los hechos en que ella dice fundarse.

De esta providencia apeló León Gil Guerrero, y el apoderado de Jovino Guerrero interpuso igual recurso en lo relativo al fallo sobre la demanda de reconvencción. Vinieron así los autos al Tribunal de Pasto.

#### La sentencia del Tribunal

Luego de cumplido el trámite de la segunda instancia, el Tribunal sentenció confirmando el fallo del Juez. Tuvo para ello en cuenta los mis-

mos razonamientos de éste sobre que el comunero no puede prescribir el bien comunal en contra de sus condueños, porque no posee en su propio nombre sino en el de los copartícipes todos, ya que su cuota parte se halla confundida en el todo general y en cada partícula de él.

Agrega la providencia comentada que de ser jurídicamente posible la prescripción del comunero, no sería viable en este caso por haber reconocido el opositor dominio ajeno en las escrituras números 101 de 11 de marzo de 1893; 55 de 8 de febrero de 1909 y 216 de 19 de mayo de 1915; y por ser, además, deficiente, de modo especial en cuanto al elemento "animus domini", la prueba testimonial aducida por el opositor.

En síntesis, no hay lugar a declarar la prescripción impetrada, según el Tribunal, no sólo porque ella no puede favorecer al comunero, según la ley, sino porque no se ha demostrado debidamente su posesión, y, por el contrario, se ha acreditado el reconocimiento de dominio ajeno contra el pretendido prescribiente. Sobre estas tres razones descansa la sentencia acusada y, como es lógico, su parte resolutive, desfavorable al opositor, puede cimentarse suficientemente sobre una cualquiera de ellas siempre que sea en derecho valedera.

### El recurso

Contra la providencia de segundo grado, el opositor León Gil Guerrero interpuso casación, recurso que al cabo de su tramitación, se decide en esta sentencia.

Dos cargos formula el recurrente: es el primero el de violación de disposiciones sustantivas, que pueden dividirse en dos: uno de violación directa y otro de violación indirecta. El segundo se funda en nulidades procedimentales y puede igualmente descomponerse en dos: de nulidad por incompetencia de jurisdicción y de nulidad por falta de citación o **emplazamiento**.

Por razones de técnica la Corte, siguiendo su costumbre, estudiará la acusación en orden lógico, y así contemplará primero el ataque fundado en la incompetencia de jurisdicción; en seguida el de infracción directa e indirecta de las normas sustantivas, y en último lugar, y sólo por estar planteado como subsidiario del anterior, el que se basa en la falta de citación o **emplazamiento**.

### Cargo de nulidad por incompetencia de jurisdicción

Se hace consistir en que Lisímaco Salas, quien representó legalmente en el juicio a su consorte Rosa Martínez D. con anterioridad al 1º de enero de 1933, perdió su personería en esa fecha de iniciación de la vigencia de la Ley 28 de 1932, sobre nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, por virtud precisamente de este estatuto; y en que dejaron de correr por tanto y desde entonces los términos en el negocio, conforme al ordinal 4º del art. 370 del C. J., lo que ocasionó la suspensión de la jurisdicción según el artículo 147 del mismo código.

La Sala considera:

Es incuestionable que la jurisdicción se suspende en un negocio determinado por "suspensión del asunto en los casos de la ley" (C. J., 147, ordinal 3º), y también que "por la expiración del poder o de la representación legal" dejan de correr los términos en el juicio "hasta que el hecho se haga saber a quien puede seguir en ella" (C. J., 370, ordinal 4º). Y que, en consecuencia, cuando ha expirado dicha representación, sin conocimiento del interesado, se halla paralizada la jurisdicción hasta tanto se noticie a éste de su carencia de personería; pero de otro lado es indudable que la nulidad sobreviniente es allanable, expresa o tácitamente, por el propio interesado de conformidad con el ordinal 1º del artículo 449 del Código de Procedimiento, en armonía con el 3º del artículo 450 del mismo.

De autos aparece que el 11 de febrero de 1938 la citada Martínez D. recibió personalmente y con su esposo Salas la notificación de varias providencias, sin formular entonces ni nunca reclamación alguna contra las actuaciones surtidas en su ausencia del proceso, lo que legalmente supone la tácita ratificación de lo actuado y el consiguiente allanamiento de la alegada nulidad.

Sería suficiente lo anterior para rechazar el cargo, mas no sobra, para abundar en razones, reproducir a continuación el memorial suscrito por la Martínez de Salas, interesada única en este particular, el 27 de agosto de 1945, que en lo pertinente dice: "... oportunamente me notifiqué de los autos de la memorada demanda...; en unión de otros interesados coadyuvé la demanda de partición y rechacé la demanda de oposición de León Gil Guerrero. "Manifiesto además que doy por buena toda la actuación y que faculté a mi

marido para representarme o hacer mis veces en el asunto". Y después de manifestar que ninguna facultad ha conferido al apoderado del recurrente para formular reclamación al respecto, agregó: "Y manifiesto mi absoluta conformidad con los fallos de primera y segunda instancia..."

Como se ve, lo expuesto en el precitado memorial por la Martínez de Salas constituye una inequívoca ratificación de todo lo actuado, a la que le son aplicables los artículos 449, ordinal primero, y 450, ordinal cuarto del Código Judicial.

Se rechaza por tanto el cargo de nulidad por "incompetencia de jurisdicción".

### Cargo de violación de la ley sustantiva

Para ordenar mejor el estudio, se subdivide en dos partes; para contemplar primeramente lo relacionado con la violación directa y luego lo concerniente a la indirecta.

#### I.

### PRIMERA PARTE

#### Violación directa

Puede resumirse así este aspecto del cargo: "...como la Sala Civil del Tribunal Superior de Pasto sostuvo y decidió, al fallar el pleito, que en ningún caso un comunero podía ganar por prescripción contra otro u otros comuneros el dominio de la cosa común, quizás fundándose para ello en las disposiciones de los artículos 943 y 2525 del Código Civil...", violó por interpretación errónea los precitados artículos, a los que dio indebida aplicación; e igualmente quebrantó de manera directa el artículo 2518 de ese mismo Código, por haberlo aplicado al presente caso introduciéndole salvedades y excepciones no consagradas en él ni en ningún otro precepto legal.

Considera el recurrente que si el Tribunal sentenciador hubiera interpretado rectamente las citadas disposiciones, habría declarado la prescripción adquisitiva extraordinaria alegada por León Gil Guerrero y negado por lo mismo la división demandada por la contraparte.

El razonamiento del recurrente se sintetiza así: El Derecho Español en todos los casos negó al comunero la posibilidad de prescribir en contra de sus copartícipes, y a este concepto colonial se acostumbró nuestra doctrina y jurisprudencia que

continuaron rechazándola sin distinción; después aún de la vigencia del Código de Bello, sin reparar en que éste se apartó al respecto de la tradición peninsular y en cambio acogió el principio contrario del código de Napoleón, que la acepta expresamente (C. francés, artículo 1804).

Se expresa así el recurrente:

"Al redactar el señor Bello el código civil de Chile se encontró con dos principios antagónicos: el del Fuero Real, que prohibía expresamente la prescripción entre condómines; y el del código civil de Napoleón, que la permitía expresamente. ¿Cuál de esos dos principios extremos adoptó? El del código civil francés, porque éste fue "la lumbrera que se ha tenido más constantemente a la vista", según sus propias palabras, y por otras razones que se expresan así:

a) En un texto fundamental, que en nuestro código corresponde al artículo 2518, el señor Bello escribió esta regla: "Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales"; y

b) La regla transcrita no distingue, ni tiene excepciones. Por mucho que busquemos en el Código Civil, no hallaremos en él ningún precepto que haga excepción a la regla citada y prohíba la prescripción entre comuneros. En la legislación colombiana no existe semejante prohibición. Ni podía existir, puesto que, como atinadamente observa el doctor Latorre Rizo, "no había razón alguna para colocar al condueño en condiciones inferiores que a terceros, a menos que se pretendiera sostener que por la circunstancia de tener un derecho sobre el respectivo predio estaba en imposibilidad de alegar la usucapación.

"Lo que hay es una cosa: que la larga vigencia del Fuero Real acostumbró a nuestra nación a pensar y a creer que un comunero no podía alegar la usucapación contra otro comunero aunque no hubiera poseído con su título de comunero sino sobre la base de un "corpus" y "animus" exclusivo, pues así era, en las leyes del Fuero Real. Por eso menospreciando las nuevas orientaciones de los códigos francés y chileno, muchos juristas y no pocos jueces colombianos sostuvieron hasta hace poco que en nuestro derecho le era imposible a un comunero alegar la prescripción frente a sus condómines. Según ellos, la regla del artículo 2518 sí tenía excepciones expresas, relativas a los comuneros. Dichas excepciones estaban formuladas por los artículos 943 y 2525 del

C. C., por medio de estas palabras:

"Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto a todos; y si contra alguno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno".

"Si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de uno de ellos, la interrumpe también respecto de las otras".

"Pero en el artículo 943, que forma parte del tratado de las servidumbres, no puede verse una excepción a la regla general consignada en el artículo 2518 del código civil. En el ordinal 5º del artículo 942 el legislador había dicho que las servidumbres se extinguen para el predio dominante "por haberse dejado de gozar durante veinte años". De esto salía, con toda lógica, que para que las servidumbres se perdieran por el no uso, era necesario que este no uso fuera continuo. Si había interrupción del no uso, aún por parte del usufructuario, arrendatario o cualquier poseedor de buena o mala fe, el dueño del predio dominante conservaba la servidumbre, ya que, adherida como está al **predio** y no a la **persona** del propietario, la servidumbre subsiste, aun cuando aquél o su familia haya dejado de usarla, con tal que la haya usado **alguien** con ocasión del predio. En ninguno de estos casos el dueño del predio sirviente puede alegar la extinción de la servidumbre. Y mucho menos "si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso", pues **a fortiori** que entonces "el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción (de la servidumbre) respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno". Esto es todo cuanto se proponía decir y en realidad dijo el art. 943: que el dueño del predio sirviente, esto es un **tercero** frente a los propietarios proindiviso del predio dominante, no podía alegar la extinción de la servidumbre por el **no uso**, si uno solo de ellos usaba tal servidumbre. El texto regula por lo mismo las relaciones jurídicas entre los dueños del predio dominante y un extraño o un **tercero** como es ante ellos el dueño del predio sirviente, pero nunca las relaciones jurídicas **de los comuneros entre sí**. A estas relaciones no prevé para nada, y entonces no se comprende cómo o por qué lado el artículo 943 haga excepción a la regla general sentada en el artículo 2518 del C. C."

"Lo propio ocurre con el artículo 2525: prevé a las relaciones jurídicas en que llega a colocarse

un **tercero** y los dueños comuneros de una cosa; entonces sí es evidente que, ante dicho **tercero** todo lo que interrumpe también la prescripción respecto de uno de los comuneros, la interrumpe también respecto de los demás condómines. Pero esto no es igual ni parecido a decir que uno de los comuneros no puede adquirir por usucapación las cuotas de los otros, aunque haya poseído la cosa en las mismas condiciones en que uno que no tuviese ningún derecho en ella sí la habría ganado por prescripción. Esta proposición absurda no está en la letra ni en el pensamiento del artículo 2525 del C. C., y por eso tampoco puede verse en él una excepción a la regla del artículo 2518".

"No habiendo excepciones a esa regla en la ley, la doctrina de quienes hasta hace poco sostuvieron que en el derecho colombiano no podía el comunero adquirir por prescripción la cuota de otro comunero, fue equivocada. La verdad legal estaba de parte de quienes sostenían la doctrina contraria y la Ley 51 de 1943 vino a darnos la razón".

Agrega el recurrente a continuación que dicha Ley 51 de 1943 tiene, aunque no lo expresa, el carácter de interpretativa del Código Civil en esta materia, como así se desprende de sus antecedentes.

La Sala considera:

#### La usucapación

Nuestro Código Civil define la prescripción como "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" (artículo 2512). Esta definición encierra los dos conceptos, el de prescripción adquisitiva o usucapación, y el de prescripción extintiva o liberatoria. La primera constituye un modo de adquirir el dominio y otros derechos reales, y la segunda un modo de perder los derechos reales o los créditos personales. Son antitéticos estos dos conceptos y distintas cosas, por tanto, la usucapación y la prescripción liberatoria.

Con el lenguaje de nuestro código podemos definir la usucapación como un modo de adquirir las cosas ajenas, por haberlas poseído durante cierto lapso con los requisitos legales.

Equivale esta definición, en el fondo, a la de los principales tratadistas franceses. Para Planiol

y Ripert "es un modo de adquirir la propiedad de una cosa mediante la posesión prolongada durante un período de tiempo determinado". (Tomo 3º, número 688). En su concepto, "de todas las instituciones de Derecho Civil es la más necesaria al orden social", como se dice en la exposición de motivos del Código Francés, como que sin ella sería imposible la prueba de la propiedad en la generalidad de los casos y en consecuencia los pleitos serían innumerables. De allí el sentido de la antigua calificación de "patrona del género humano".

Según los citados tratadistas, "tiene por finalidad poner fin al divorcio entre la posesión y la propiedad, transformando al poseedor en propietario, y conformar así los hechos al derecho, impidiendo de este modo la destrucción de situaciones respetables por su duración".

En el derecho colombiano, como en el francés, son susceptibles de ella, en general, todas las cosas que pueden ser poseídas legítimamente. Se exceptúan, por tanto, las que no están en el comercio, como las de dominio público o aquellas cuyo uso corresponde de ordinario a todo el mundo. Y se admite que cualquier persona física o jurídica puede usucapir, y que corre la prescripción adquisitiva "en contra de cualquier persona, salvo causa de suspensión". (Véase Vélez, IX, número 436, comentario al art. 2517 del C. C.).

El prescribiente requiere ante todo efectiva posesión, constituida por la tenencia de la cosa determinada con ánimo de señor o dueño. (C. C. 772).

### La posesión

Para los alemanes, la posesión es "el señorío de hecho de una persona sobre una cosa" (Ennecerus). Para los franceses es "un estado de hecho, que consiste en retener una cosa de modo exclusivo, realizando en ella los mismos actos materiales de uso y disfrute que realizaría el propietario de ella". (Planiol y Ripert). Los chilenos consideran la posesión como un conjunto de actos que suponen o representan el ejercicio de un derecho. (Alessandri Rodríguez).

En derecho moderno, armonizando los viejos conceptos con el moderno criterio sobre la propiedad, puede decirse que "son poseedores todas las personas que según los usos sociales explotan económicamente las cosas en provecho propio a semejanza de los propietarios". (Valencia Zea).

### Objetos prescriptibles

Recapitulando y compaginando los conceptos anteriores, puede sentarse la regla general de que pueden ser adquiridos a título de prescripción todos los bienes que son comerciables, o sea los que son susceptibles de válida posesión. Así lo reconocen los doctrinantes franceses: "La usucapión permite adquirir todas las cosas susceptibles de posesión" (Planiol y Ripert) y lo consagra expresamente el artículo 2518 del código colombiano cuando dice que se ganan de este modo "los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano..." y "los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados". Ni siquiera se excluyen los bienes y créditos fiscales (C. C. 2517). De donde, generalizando, puede concluirse que prescriben todos los derechos o cosas no exceptuados especialmente.

### Prescripción del comunero

Se discute como capital dentro del presente recurso si puede ganar el comunero el dominio de la cosa común por el modo de la prescripción extraordinaria que establece el Código Civil, para resolver lo cual se hace preciso considerar previamente las distintas circunstancias que pueden rodear esa su posesión.

En tratándose de predios indivisos, es lo natural que la posesión se ejerza bien por todos los comuneros, bien por un administrador designado legalmente, que lo haga a nombre de todos. Existe entonces la correspondencia debida entre la copropiedad y la coposesión que es la manifestación, real en este caso, de aquélla.

Pero puede ocurrir que uno de los condómines, sin haber sido nombrado administrador de la propiedad, entre a ejercer la posesión del inmueble con el asentimiento expreso o tácito de sus copartícipes, quienes concurrirán al sufragio de los gastos y se beneficiarán a prorrata de sus cuotas de los frutos naturales o civiles del mismo; caso en el cual tendrá aquel condómine el objeto común, no sólo en su nombre exclusivo, sino en representación de los interesados todos.

En las circunstancias que se acaban de contemplar, es incuestionable que no puede haber usucapación, por no existir la posesión exclusiva de cosa ajena, base esencial del fenómeno jurídico. Mas puede ocurrir también que algunos condueños negligentes abandonen la finca que les

pertenece; no entren a poseerla o no perseveren en su posesión; no soliciten el nombramiento de administrador; no pidan su división o su venta, o no activen el juicio correspondiente; no contribuyan a los gastos comunes ni reclamen su parte en los frutos; y, en fin, no ejerciten ningún acto real y efectivo de dominio en ella; al paso que uno o más comuneros diligentes toman por su sola cuenta la posesión de ella y la explotan en su propio beneficio, olvidando o desconociendo en el hecho las cuotas de los demás interesados, quienes no formulan reclamación oportuna al respecto. Se plantea entonces esta cuestión: prescribe el dominio de la cosa común en favor del comunero o comuneros que la poseyeron exclusivamente durante el lapso requerido por la ley y en las condiciones exigidas en ella?

Los jurisconsultos no están de acuerdo en la solución del problema.

Los romanos reconocieron al menos la llamada "acción de mantenimiento" en favor del comunero y en contra de sus copartícipes. En la misma favorable solución fueron más categóricos los germanos, quienes, aún después de recibir la influencia de Roma, insistieron en la prevalencia del elemento material o corporal sobre el inmaterial o subjetivo en materia de posesión, y basados talvez en ese criterio objetivo, se mostraron generosos en esta materia.

El Derecho Español antiguo se apartó, en cambio, de esta tesis.

El estatuto legal que hoy se conoce con el nombre de "Fuero Real", y en su tiempo con los de Fuero "de las Leyes", "del Libro", "de la Corte", "de Castilla" y con los de "Libro de los Concejos de Castilla" y "Flores de las Leyes", apareció en España, según la autoridad de Martínez Marina, a fines de 1254 o a principios de 1255, dividido en cuatro libros que constan de setenta y dos títulos y quinientas cuarenta y cinco leyes. Tuvo su remoto origen en la determinación de Fernando III de reformar y codificar la dispersa legislación, que acogió su hijo y sucesor Don Alfonso el Sabio, quien sucesivamente ordenó las célebres colecciones que se denominan "Fuero Real", "Espéculo" y "Partidas".

En su parte especial, destinada a los derechos reales, el "Fuero Real" admitió la prescripción con las condiciones de posesión continuada, tiempo legal y prescriptibilidad de la cosa; pero prohibió por vez primera en el Reino la prescripción del comunero. En orden a la posesión —dijo— la del comunero no aprovecha para prescribir en perjuicio del condueño.

El 14 de marzo de 1567 —trescientos doce años después— se expidió **La Nueva Recopilación de las Leyes de España**, especie de Digesto integrado por las leyes del Fuero Real, del Ordenamiento de Alcalá, de las comprendidas en el de Montalvo, de las de Toro y de otras luégo publicadas. La Nueva Recopilación, como es bien sabido, fue encomendada por Carlos I de España y V de Alemania al doctor Pedro López de Alcocer, quien por causa de muerte no pudo llevarlas a término, siendo entonces reemplazado sucesivamente por los doctores Gevara, Escudero y López Arrieta y últimamente por el licenciado Atienza, quien la concluyó por el año de 1562.

Como en la Nueva Recopilación quedaron incorporadas las leyes del Fuero Real, continuó rigiendo la prohibición de prescribir entre comuneros.

Con la mira de obtener una codificación más técnica y comprensiva, el monarca Carlos IV de Borbón ordenó a don Juan de la Reguera Valdomar, relator de la Cancillería de Granada, la formación de una nueva compilación legislativa. Esta obra recibió la real aprobación en 1805 y fue publicada con el título de **Novísima Recopilación de las Leyes de España**.

Como este cuerpo de leyes fue en el fondo una simple reproducción de las leyes anteriores, bajo distinto método, quedó vigente el Ordenamiento Real de Don Alfonso el Sabio y siguió en vigencia por tanto la mencionada prohibición.

"La Novísima Recopilación no alcanzó a regir entre nosotros, pero sí la Nueva, porque la constitución colombiana de 1821 dispuso que siguiera rigiendo la Legislación Española, y porque nuestra ley de procedimiento civil de 13 de marzo de 1825 aún fijó el orden en que debían aplicarse esas leyes por los Tribunales de la República, así: primero las leyes del congreso nacional, y en seguida las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y decretos del gobierno español anteriores al 18 de marzo de 1808; las leyes especiales denominadas Recopilación de Indias, la Nueva Recopilación, y las Siete Partidas".

"A través de la Nueva Recopilación nosotros tuvimos el Fuero Real, con su prohibición expresa de prescribir entre condueños, hasta que entró a regir el código civil de don Andrés Bello, hecho éste que no fue uniforme en todo el país: el Estado Soberano de Cundinamarca lo adoptó el 8 de enero de 1859, y en seguida lo adoptaron los demás Estados; en el Cauca y por lo mismo en el actual departamento de Nariño entró a re-

gir como ley en el año de 1871". (Chaves Chaves).

Como lo observa el recurrente, "quiere esto decir que de 1255 —año en que apareció el Fuero Real— a 1859, año en que fue adoptado por primera vez en el país el código civil chileno, transcurrieron seiscientos cuatro años. Seiscientos cuatro años de continuo creer y saber los de nuestra raza que un comunero no puede adquirir por prescripción la cuota de otro.

"Esto tenía que influir e influyó profundamente en nuestras concepciones jurídicas sobre la materia... Como decía Sayigny, en todas las naciones a las que alcanza la historia vemos al derecho civil revestir un carácter determinado, peculiar a aquel pueblo, del propio modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Mas el derecho progresa con el progreso del pueblo y se fortalece con él..."

El Código Civil Francés de 1804 admitió expresamente la prescripción entre comuneros; el artículo 816 de dicho código es claro al respecto. De acuerdo con su tenor, el comunero puede adquirir por prescripción la propiedad exclusiva de la cosa común, siéndole necesario para eso, desde luego, el haber estado en posesión exclusiva, tranquila y no interrumpida durante el lapso requerido por la legislación. La mencionada disposición, según la doctrina y la jurisprudencia francesas, es aplicable a toda clase de comuneros (Planiol, Tomo II, números 2340-2344; Aubry et Rau, Quinta Edición, Tomo X, número 622, página 156, Nota 8ª; Jurisprudencia en materia de derecho civil; Henry Solus; *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, Tomo 25, 1926, página 1067).

La prohibición del viejo derecho español "no se conservó expresamente en el código chileno (y no pasó por tanto al colombiano) —agrega la Sala—, porque el señor Bello no creyó del caso reproducirla en el articulado de aquella obra".

Contra esta teoría, que acoge sin reservas la Sala, se aducen razones de valor más aparente que real. Como principal, la de la "cierta solidaridad" que entraña la comunidad, que basan en los artículos 943 y 2525, los cuales establecen que si uno de los comuneros ejerce la servidumbre constituida en beneficio del predio común, no hay lugar a la prescripción, y que todo lo que interrumpe la prescripción respecto de un comunero la interrumpe también en favor de los demás. Tal solidaridad existe efectivamente pero se reconoce solamente sobre la base de la coposesión directa o indirecta del proindiviso, que,

como antes se vio, es natural de ordinario a la comunidad. Alcance mayor no puede dársele a los artículos citados que, como excepcionales son sólo —según la hermenéutica— susceptibles de interpretación rigurosa. Su exégesis tan amplia que permitiera ver en ellos una excepción general al principio de que todos pueden ganar una cosa por usucapión, llevaría, además, a la absurda conclusión de que al paso que la persona que sin derecho alguno se apodera de un bien puede prescribirlo en su favor, el que tiene un derecho real en todas y cada una de sus partes, no podría legalmente lograrlo, no obstante su larga posesión exclusiva y el abandono del derecho por parte de sus condueños.

Además, esas normas —como se colige de su simple lectura— regulan relaciones de los comuneros con terceros, y no las que existen o puedan existir entre los propios condueños.

Se alega también que como el derecho del comunero radica en todas y cada una de las partes de la cosa común ("tota in toto, tota in qualibet parte"), de prescribir el comunero lo haría contra sí mismo, lo que constituiría un absurdo. Este alegato se destruye con la simple consideración de que el comunero poseedor, que ha ejercitado con la posesión su dominio, lo que adquiera por usucapión no es la cuota que le corresponde, sino las cuotas de sus copropietarios que abandonaron sus derechos.

En fin, se observa en favor de esta misma tesis, que el que ha principiado a poseer con un título, en este caso el de comunero, no podría cambiar ese título inicial. Este argumento puede ser esgrimido, al menos en principio, contra quien comenzó su posesión por encargo expreso o tácito de los demás condómines, o que a nombre de ellos poseyó; pero carece de valor contra quien se presente como poseedor exclusivo desde que tomó la cosa en su poder. El hecho de que se descubra en el prescribiente un título de dominio, no lo coloca ni puede colocarlo jurídicamente en situación inferior a la que ocuparía al carecer de todo título justificativo de su posesión. Sería aberrante una distinta solución.

En tratándose de prescripción extraordinaria, se hace más clara y nítida la cuestión, ya que para ella "no es necesario título alguno", presumiéndose de derecho la buena fe; y puesto que el título que acredita un derecho de dominio no puede estimarse como inferior al de "mera tenencia" de que habla la Regla 3ª del artículo 2513 del C. Civil.

Se observa, por último, que aún el “mero tenedor” de la cosa (aún el ladrón o hurtador de ella —“magüer la cosa sea jurxada o fórcada”, decía la Partida)— se halla en capacidad de usucapir, según el artículo que acaba de citarse, cuando el pretendido dueño no puede probar que en los treinta años se haya reconocido su dominio por el prescribiente, y que éste pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo lapso. En estas condiciones, aún el tercero nombrado administrador de la comunidad podría prescribir contra quienes le dieron el encargo. Y repugna manifiestamente, como ya se dijo, situar al condueño poseedor en peores condiciones que a un simple tercero, “mero tenedor”, que para iniciar su posesión hubo de usurparla.

Del detenido análisis del artículo 2531 del C. C. se llega a la categórica conclusión de que para adquirir por prescripción extraordinaria es plenamente suficiente la posesión exclusiva y no interrumpida por el lapso exigido de treinta o de veinte años, según la legislación aplicable, sin efectivo reconocimiento de derecho ajeno y sin violencia ni clandestinidad durante el mismo lapso. No es el título entonces “conditio usucapiendi”: permítese que antes de comenzar el período haya existido uno de mera tenencia; no importa la mala fe (que no puede probarse por presumirse de derecho la buena fe), ni tienen interés alguno en ella los vicios de clandestinidad o de violencia anteriores al tiempo requerido.

Es suficiente lo anterior para concluir que el comunero que haya poseído el bien común en su propio nombre o beneficio por el tiempo y en las condiciones que la ley exige para la prescripción extraordinaria, gana como cualquiera otro en su caso, el dominio del bien por el modo constitutivo de la usucapión.

Así lo ha reconocido, aunque tímidamente, la jurisprudencia de esta Sala. “En sentencia de 29 de agosto de 1925 se aceptó que excepcionalmente “un comunero pueda ganar por prescripción el dominio de toda la finca porque la haya poseído durante el tiempo necesario con ánimo de señor y dueño absoluto y con desconocimiento de los derechos de los demás comuneros de origen. Esa sería una cuestión de hecho, sujeta a pruebas especiales”. (Casación, agosto 12 de 1936, G. J. número 1909, página 510).

En fallo de 18 de mayo de 1940 (G. J. número 1955, página 310), “reconoce la Corte que puede presentarse el caso de que un comunero pueda

ganar por usucapión el dominio de toda la finca común, porque la haya poseído durante el tiempo requerido por la ley con ánimo de señor y dueño exclusivo y con desconocimiento de los derechos de los otros comuneros. Al presentarse tal evento, es indudable que sí puede realizarse el fenómeno de la prescripción adquisitiva, dado que el condueño poseedor se considera exclusivo propietario de la cosa poseída; pero es indudable que tal caso de excepción entraña sobre todo una cuestión de hecho, susceptible de ser demostrada plenamente en el proceso por medio de elementos probatorios que evidencien tal situación especial en lo que atañe al ánimo del comunero que demanda la adquisición del dominio por usucapión”.

En similar sentido se pronunció la Corte en sentencias de 29 de agosto de 1925, Tomo III, número 773 y en las de 12 de agosto de 1936 y 18 de mayo de 1940.

Posteriormente, en providencia de 15 de marzo de 1945 (G. J. número 2017, página 662), este mismo tribunal de casación dijo: “En numerosas sentencias la Corte, antes de la Ley 51 de 1943, que consagra la posibilidad de este fenómeno por disposición expresa, ha llegado a aceptar que en ciertos casos excepcionales puede realizarse la figura jurídica de la usucapión entre comuneros y de allí deduce la consecuencia de que si un comunero logra poseer la cosa común con ánimo de señor y dueño y con exclusión de los demás condueños de origen hace suya la cosa de un modo absoluto.... esa misma doctrina de casos extraordinarios en que puede ocurrir la usucapión entre copartícipes, cuando es inequívoca la posesión de un comunero en su propio nombre, aparece expuesta en las sentencias de 23 de julio de 1932 (G. J. Tomo XL, página 203) y de 12 de agosto de 1936 (G. J. Tomo XLIII, página 610). En un fallo posterior, de fecha 18 de mayo de 1940, desarrolló esta Sala esa misma interpretación jurisprudencial en forma más nítida..., de manera que esta Sala sí ha aceptado, antes de la mencionada Ley 51, la posibilidad, como caso de excepción de que la prescripción obra contra los copartícipes cuando el comunero posee con calidad de dueño absoluto, cuestión de hecho que debe establecerse plenamente”.

La Corte en pleno, al juzgar sobre la exequibidad de la Ley 51 de 1943, concretó así su pensamiento sobre la materia: “**Prescripción entre comuneros:** Este punto fue debidamente estudia-

do al elaborar la Ley. La Comisión de Reformas Civiles del Senado dijo sobre el particular:

"La prohibición de prescribir entre comuneros fue expresamente consagrada en la Ley 2ª, Título II, Libro 2º, del Fuero Real, de donde la tomó la Recopilación Castellana, llamada también Nueva Recopilación, de orden de Felipe II, acabada por don Bartolomé de Atienza; más tarde fue incorporada aquella prohibición en la Novísima Recopilación hecha de orden de Carlos IV, en 1804, por don Juan de la Reguera Valdomar. Ahora bien: Tal prohibición no se conservó expresamente en el Código Chileno, porque el señor Bello no creyó del caso reproducirla en el articulado de aquella obra. Pero se dirá: esa prohibición resulta de la naturaleza misma de las cosas; cuando el comunero invoca prescripción contra otros comuneros, como posee a nombre de todos, no puede mudar por sí mismo la causa de su posesión (*Nemo postest sibi ipse mutare causam possessionis*; artículo 780, inciso 2º, Código Civil). Sin embargo, hay lugar para creer que esta teoría de la no prescriptibilidad entre comuneros falsea las bases mismas de la institución, es hija de la vieja escuela de la exégesis, y podría catalogarse entre las abusivamente lógicas.

"Fuera de no existir ninguna disposición que expresamente prohíba la prescripción entre comuneros, afirmar que en las grandes comunidades los copropietarios proceden guardando las formas naturales que impone la solidaridad, es ir sencillamente contra la evidencia de los hechos. Porque basta observar cuál es el proceso de lo que pudiera llamarse régimen de tales propiedades, en las que no gobierna una voluntad general o armonizada, sino que cada cual obra aisladamente, con prescindencia de los demás y con proyecciones a un utilitarismo personal, para darse cuenta de que en la mayor parte de las comunidades no existe ninguna de las condiciones esenciales para que sea posible tenerlas como a tierras en común.

"Afirma el demandante que sobre el particular la jurisprudencia ha definido su criterio diciendo que "no se puede prescribir contra un comunero mientras se le reconozca su derecho proindiviso". La aseveración es exacta. Sólo que también la Corte ha admitido la posibilidad de que la prescripción obre contra los coparticipes cuando el comunero posee con ánimo de dueño exclusivo y absoluto, cuestión de hecho que debe establecerse plenamente.

"Y es que con las personas vinculadas a la co-

munidad de un predio, pueden presentarse tres situaciones, a saber:

"1ª—Comunidad organizada y actuante. En ella los comuneros se reconocen como tales, se sabe exactamente su número, la cuota que a cada uno corresponde y el título en que la comunidad se funda.

"2ª—Comunidad sin propósitos manifiestos de solidaridad. En ésta, por el transcurso del tiempo, se ha perdido la cuenta del número de comuneros; ellos no conocen con exactitud la extensión indivisa de sus derechos y en la porción del fundo que poseen entra un criterio de aprovechamiento exclusivista.

"3ª — Desconocimiento total de la comunidad. Posesión *pro suo*. Aquí el comunero se olvida de su título y posee para sí, como único dueño, ignorando derechos ajenos sin interesarle quiénes hacen parte de la comunidad, es decir, mostrándose extraño a su existencia.

"Aún cuando no corresponda a la realidad, a las situaciones efectivas o de hecho, la Corte admite ese estado legal de las comunidades a que se ha referido en el aparte primero. Pero sí debe reconocer que las constituídas y vigentes —si acaso lo están— en esas condiciones, son en número muchísimo menor a aquellas otras (2ª y 3ª) en que los coparticipes actúan aisladamente y con miras a un lucro individualista.

"En el primer supuesto se trata de comunidades reales, que tienen que ser reguladas por las disposiciones del Código Civil pertinentes al cuasi-contrato de comunidad, en el cual no es la voluntad de las partes lo que prevalece sino el interés general. En una comunidad así organizada es inaceptable —jurídicamente— que un comunero pueda alegar la prescripción contra los condueños, pretendiendo haber usucapido la propiedad con exclusión de éstos, por faltarle los elementos característicos e indispensables de la posesión, tal como ésta ha sido instituida por la ley. Esa aspiración, inconciliable con la índole y naturaleza de la comunidad de que se trata, que necesariamente genera derechos y obligaciones entre los coparticipes por su condición de propietarios de una cuota en un fundo o en una universalidad, significaría una negación del título con que se entró a poseer, el cual no fue individual ni personal sino a nombre y en beneficio del conjunto de dueños. "El segundo aparte presenta hipótesis muy distinta. Para el comunero que ha invocado el título de tal, sólo para iniciar la explotación, la posesión material es lo esen-

cial; su conducta es la de propietario singular, y aun cuando sepa que se trata de un predio que pertenece a varios y que la cuota de cada cual es aún indeterminada, este aspecto le tiene sin cuidado y es enteramente secundario en sus planes y actividades. Tal lo que ocurre en aquellas comunidades a las que se han vinculado derechos provenientes de sucesiones ilíquidas, de origen inmemorial, en las que no sólo haya incertidumbre con respecto al número de los comuneros sino al mismo origen de la comunidad. Son, pues, comunidades nominales; la multiplicidad numérica, por sí, no le da su verdadero carácter, puesto que los interesados se comportan como dueños individuales. Luego, si estos comuneros poseen en las condiciones legales, pueden prescribir contra la comunidad la propiedad del lote que ocupan.

“La tercera situación —tan frecuente como la anterior— ofrece el claro ejemplo de posesión *pro suo*, con voluntad manifestada constantemente de negar toda partición que sea extraña a las ambiciones personales del poseedor, tal como lo haría un tercero verdaderamente ajeno a la comunidad. Este es el caso al cual se ha referido la Corte en varios fallos, como anteriormente se dijo, en los que cabe la prescripción.

“Ahora bien: los preceptos de la Ley 51 de 1943 son disposiciones interpretativas de las normas del Código Civil, a que la doctrina, por deducciones lógicas, dio determinado entendimiento, en el sentido de hacer imposible la prescripción entre cierta categoría de comuneros; nada de exótico o inconveniente hay, pues, en que el legislador de 1943 haya cambiado esa doctrina, puesto que estaba facultado para hacerlo, en razón de que la interpretación legislativa de las leyes es la que fija con autoridad definitiva su alcance verdadero (artículo 25 del Código Civil). En tal caso no hay violación de derechos adquiridos, porque éstos no descansan en lo que haya establecido la jurisprudencia, por largo, constante e inveterado que sea o haya sido su reinado, sino en cuanto los proteja expresamente la ley.

“En una palabra, el legislador tiene libertad para modificar por vía de interpretación auténtica de la ley la significación que los Tribunales habían dado por vía de doctrina”. (Sentencia de 2 de noviembre de 1944, GACETA JUDICIAL, 2016, página 10 y siguientes).”

Conforme al autorizado concepto de la Sala Plena de la Corte, en ejercicio de la facultad constitucional de decidir sobre la exequibilidad

de las leyes, la ley 51 de 1943 tiene, pues, carácter de interpretativa de las disposiciones del Código Civil en lo referente a la posibilidad de la prescripción por el comunero contra la comunidad y a las condiciones que deben rodear su posesión en orden a la adquisición del todo o parte de la cosa común al mencionado título; y, en consecuencia, por limitarse en esto a aclarar el sentido de las antiguas normas civiles, debe entenderse incorporada en éstas, tal como lo disponen el artículo 14 del mismo Código y el artículo 58 de la Ley 153 de 1887.

## SEGUNDA PARTE

### Violación indirecta

También ataca el recurrente el fallo del Tribunal por error de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas, y consiguiente violación de los artículos 762, 777, 1795, 2512, 2515, 2518 y 2531 del Código Civil.

El sentenciador consideró que el opositor reconoció dominio ajeno, sobre el predio cuya usucapción alega, en las escrituras públicas número 101 de 11 de marzo de 1893, número 55 de 8 de febrero de 1909 y número 216 de 19 de mayo de 1915.

El recurrente al respecto alega: “El 11 de marzo de 1893 León Gil Guerrero no poseía la hacienda Inantás en todo ni en parte: Único poseedor material de dicho inmueble era el general José María Guerrero, padre de León Gil.

“Así las cosas, el hijo resolvió comprarle a Pedro Martínez, y en efecto le compró por medio de la escritura pública número 101 de marzo de aquel año, las acciones y derechos que Martínez creía tener en el fundo Inantás y en los demás bienes que pertenecieron en vida al Pbro. Fray José Mariano Jácome.

“Sobra decir, que esta cesión de acciones y derechos consentida por Pedro Martínez a favor de León Gil Guerrero, no produjo ningún efecto jurídico contra el antiguo poseedor exclusivo del fundo, señor general José María Guerrero.

“Lo mismo puede decirse de la cesión consentida por Dolores Esparza a favor de León Gil Guerrero mediante la escritura pública número 216 de 19 de mayo de 1915. José María Guerrero vivía aún y éste seguía siendo el único poseedor de la hacienda Inantás, porque sólo después de su muerte entraron a poseerla sus herederos a título de tales. Toda compra de acciones y de-

rechos hecha por León Gil Guerrero era indiferente para el general José María Guerrero. No le aprovechaba ni le perjudicaba y por lo mismo no alteraba su posesión exclusiva y excluyente, trocándola en posesión común o en posesión a título de comunero.

“Ante el general José María Guerrero o mejor ante su sucesión sólo se puede invocar la escritura número 55 de 8 de febrero de 1909 por medio de la cual César Suárez, como apoderado de sus hermanas Rosa y Cemida Suárez, cedió al expresado general Guerrero las acciones y derechos que éstas podían tener en los bienes herenciales del Pbro. Jácome.

“Pero sucede:

“a) Que la cesión de Rosa y Cemida Suárez fue de acciones y derechos herenciales en abstracto y no de cuotas determinadas o indeterminadas en la hacienda Inantás. En este caso José María Guerrero no reconoció que Rosa y Cemida Suárez tuvieran cuotas en dicha hacienda.

“b) De haber hecho tal reconocimiento sólo habría sido respecto de las cuotas de las referidas Rosa y Cemida Suárez, pero nunca de las cuotas de Manuel Santiago y Rufina Guerrero y demás sucesores inmediatos y mediatos del Pbro. Jácome, ante los cuales el general José María Guerrero siempre se presentó como poseedor material exclusivo del inmueble.

“Ahora bien, pudiendo un comunero adquirir por compra la cuota de un comunero y por prescripción extraordinaria la cuota o cuotas de otro u otros comuneros, nada se opone a que el general José María Guerrero haya adquirido las cuotas de Rosa y Cemida Suárez por compra y las demás cuotas por prescripción extraordinaria.

“Si a lo anterior agregamos que León Gil Guerrero no alega la prescripción para él sino para la sucesión de su padre general José María Guerrero, como lo justifica la primera súplica principal de la demanda de oposición, donde él pide se declare en la sentencia “que la sucesión del señor José María Guerrero ha adquirido por prescripción extraordinaria la hacienda Inantás”, se llega a la conclusión de que el tribunal sentenciador apreció erróneamente estas pruebas:

“a) Las escrituras públicas números 101 de 11 de marzo de 1893 y 216 de 19 de mayo de 1915, respectivamente, porque se basó en ellas para sostener que José María Guerrero había revelado con tales escrituras que poseía la hacienda con su título de comunero y no sobre la base de una posesión exclusiva, lo cual constituye un error de

hecho y otro de derecho que aparecen de modo manifiesto en los autos. El error de hecho está en que José María Guerrero no intervino en esas escrituras sino su hijo León Gil Guerrero. El error de derecho estriba en que el tribunal les hizo producir efecto jurídico a las dos citadas escrituras contra un **tercero**, José María Guerrero, cuya sucesión es la que aquí alega la prescripción adquisitiva extraordinaria y pide su reconocimiento o declaración formal;

“b) La escritura pública número 55 de 8 de febrero de 1909 por haberla estimado como expresiva de una compra de cuotas en la hacienda Inantás, hecha por José María Guerrero a Rosa y Cemida Suárez, y por haber concluido de allí que la compra de una cuota, hecha a un comunero por otro comunero, le impedía a éste ganar las demás cuotas por prescripción adquisitiva extraordinaria. Lo primero constituye un error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, pues se ha dicho y se repite que el acto jurídico celebrado entre Rosa y Cemida Suárez y José María Guerrero fue de cesión de derechos herenciales en abstracto y no de compra de cuotas determinadas en la hacienda Inantás. Lo segundo implicó un error de derecho que también aparece de manifiesto en los autos, pues el comunero que compra a otro una cuota en la cosa común, sí puede adquirir las demás cuotas por prescripción extraordinaria, como en nuestro caso”.

“Agregó el Tribunal:

“Con el mismo fin se han recepcionado diversos testimonios de personas que permanecieron en distintas épocas en el fundo Inantás, pero ellos sólo sirven para establecer el hecho material de la permanencia y manejo de esa propiedad por parte del señor Juan Guerrero y del opositor, pero están muy lejos de probar que ese manejo y esa posesión se efectuaron con ánimo de señor y dueño exclusivo. El hecho de que una persona posea materialmente un bien cualquiera, lo cultive y disponga de su producto no indica necesariamente el dominio absoluto o el “animus domini” del propietario exclusivo, porque el arrendatario, usufructuario, comodatario, depositario, administrador, o quien tenga una propiedad cualquiera a título no traslativo de dominio, también tiene derecho a ellos y aunque esto se desprendiera de la prueba testimonial aludida, esa prueba no desvirtuaría en manera alguna el contenido de los instrumentos públicos que establecen lo contrario”.

El recurrente contesta, en resumen:

1º—José María Guerrero, por sí y por medio de sus herederos, poseyó la hacienda Inantás sin violencia, clandestinidad, ni interrupción durante más de treinta años.

2º—El elemento corporal de esa posesión consistió en actos materiales y positivos de detentación, de uso, de goce, de transformación, de aprovechamiento; cortó maderas, construyó edificios, hizo carreteras y cerramientos, plantó y sembró, cosechó para su granero, tuvo vacas y yeguas, dispuso a su soberano arbitrio de frutos y productos según lo atestiguan numerosas personas que “permanecieron en distintas épocas en el fundo Inantás”, y que en este asunto han depuesto como testigos.

3º—El elemento psicológico de la posesión, o sea el **animus domini**, se presume. Tocaba a la contraparte demostrar: a) que en José María Guerrero no existió la intención de actuar por su **propia cuenta**; b) que en los últimos treinta años le reconoció dominio a su contraparte.

4º—Esta doble comprobación no aparece en autos.

5º—La prescripción adquisitiva extraordinaria alegada por León Gil Guerrero en nombre de la sucesión de su padre José María Guerrero es por tanto un hecho cumplido que no se puede negar.

### Consideraciones

Se considera:

León Gil Guerrero se ha opuesto a la división del inmueble de Inantás en nombre y en favor de la sucesión de su padre el general José María Guerrero en su calidad acreditada de hijo legítimo; y consta de autos que el general Guerrero falleció el 6 de febrero de 1920.

En los contratos de venta contenidos en las escrituras número 101 de 11 de marzo de 1893 (c. 11 f. 138) y número 216 de 19 de mayo de 1915 (c. 11 f. 273 v.), citadas por el Tribunal de Pasto en la parte de su fallo últimamente transcrita, figura como comprador, no el general Guerrero, quien aún vivía, sino León Gil Guerrero, quien en ellas intervino en su propio provecho, y no en representación de la herencia paterna, no deferida hasta entonces. Es, por tanto, absolutamente incuestionable que las declaraciones hechas en ellas por León Gil Guerrero, que a la sazón vivía, y que al morir luégo éste, no podían perjudicar a sus herederos como tales; y es evidente que el fallador de segundo grado, al considerar que tales instrumentos eran oponibles a la sucesión del

general Guerrero, incurrió en el error manifiesto que acusa el recurrente en cuanto a la apreciación de esas pruebas.

Mediante la escritura número 55 de 8 de febrero de 1909, otorgada en la Notaría de Pasto (cuaderno 11, folios 194, siguientes), el propio general José María Guerrero compró “todas las acciones y derechos o cuotas que Rosa y Cemida Suárez tienen y les corresponde en la hacienda de Inantás, en Yacuanquer, y en una casa en esta ciudad...”, por los linderos que en el instrumento se expresan, acciones o derechos que adquirieron las cedentes “por herencia del Pbro. Jácome”. Fue, pues, objeto de la negociación el derecho de las Suárez en la hacienda de Inantás y en la casa de Pasto, que habían ellas adquirido en la mortuoria del nombrado presbítero.

No es consiguientemente exacta la alegación del recurrente sobre que la cesión fuera “de acciones y derechos en abstracto y no de cuotas determinadas o indeterminadas en la hacienda Inantás”. Esta hacienda fue determinada allí por sus propios linderos como uno de los dos inmuebles en que radicaban o se hacían radicar los derechos herenciales, materia de la cesión. Por este aspecto no se ve configurado error alguno del Tribunal en la apreciación de la escritura últimamente citada.

Mas el recurrente, como ya se vio, alega también que de envolver el aludido contrato de cesión un reconocimiento de dominio ajeno, éste reconocimiento “sólo había sido respecto de las cuotas de las referidas Rosa y Cemida Suárez, pero nunca de las cuotas de Manuel Santiago y Rufina Guerrero y demás sucesores inmediatos y mediatos del Pbro. Jácome...” En ello tiene razón: es manifiesto el error cometido por el Tribunal al considerar que el reconocimiento por el general Guerrero de las acciones de las Suárez es extensivo al de las cuotas de dominio en favor de otras personas que en el instrumento analizado no figuran.

Para ahondar más en este problema, podría pensarse, como tal vez hizo el Tribunal, aunque no lo expresó, que el general Guerrero al adquirir los referidos derechos de las Suárez en el fundo de Inantás, reconoció implícitamente la existencia de la comunidad formada entre los herederos del Pbro. Jácome, radicada entre otros bienes en la nombrada hacienda; para deducir de allí posiblemente que el solo hecho de ese reconocimiento destruía el elemento “animus domini” de la posesión que en favor suyo alega ahora su

heredero en orden a lograr la declaratoria de prescripción en favor de la herencia paterna. En esto, que tiene interés dentro del estudio del presente cargo, fue igualmente equivocada la opinión del Tribunal.

La Regla 3ª del artículo 2531 del código civil, que en general y en principio inhabilita al mero tenedor para prescribir la cosa, no es aplicable al comunero que tiene un derecho real sobre todas y cada una de las partes del objeto común. El no es un mero tenedor, ni está calificado como tal en el artículo 775 ibídem ni así considerado en esa disposición. De consiguiente, las excepciones consagradas en dicha Regla 3ª no rezan con él.

En general al menos, es necesario suponer que el comunero sabe de la existencia de la comunidad y que tiene por tanto conciencia de que no es exclusivo su derecho en la cosa. Sobre esta consideración podría cimentarse la tesis de la mala fe en su contra, para impedirle prescribir, de ser esto jurídicamente posible; pero la Regla 2ª del mismo artículo 2531 que, en tratándose de prescripción extraordinaria "presume en ella de derecho la buena fe", constituye en este camino valla infranqueable.

Además, la Ley 51 de 1943, sobre comunidades, cuyas "disposiciones son interpretativas de las normas del código civil", (como ya lo declaró con autoridad la Corte en pleno, al decidir sobre la exequibilidad de este estatuto legal), expresa con toda nitidez que el comunero en su carácter de tal y aunque haya reconocido la existencia de la comunidad, puede usucapir el todo o parte de la cosa común que ha poseído y posee en las condiciones legales. Y esta Ley, como ya se advirtió, se debe, en lo pertinente, considerar incorporada en el cuerpo del Código Civil (C. C. 14; Ley 153 de 1887, artículo 58).

La prueba testimonial aducida por el opositor Guerrero para acreditar la posesión de su padre causante el general Guerrero sobre el mencionado fundo, en las condiciones legales que permiten la prescripción, no es deficiente en manera alguna como la consideró el fallador de segundo grado.

Varias de las numerosas declaraciones recibidas adolecen, es verdad, de defectos. Así Benavides (c. 8º, f. 11 v. ss., 19 v.) Villota Ceballos (c. 8º, f. 4 v.), Burbano J. (c. 8º, f. 19 v.) y Erazo J. (c. 8º, f. 20 v.), no expresan con suficiente claridad la razón de sus dichos (C. J. 688, inciso final); Caicedo (c. 8º, f. 22 v.) dice haber conocido

la hacienda de 1910 en adelante y no tiene, por tanto, personal conocimiento de los hechos sino a partir de entonces; y Burbano (c. 8º, f. 7 v.) sólo se refiere a un corto período y no es categórico en sus afirmaciones.

Mas al lado de esas deposiciones, se hallan otras de innegable valor, como las de Manuel Rodríguez P. (c. 8º, f. 4), Antonio Villota Benavides (c. 8º, f. 8º), Manuel Ibarra López (c. 8º, f. 17 v.) y José María Calvache (c. 8º, f. 27), hábiles todos para dar testimonio, que concuerdan en el hecho de la posesión ininterrumpida de Inantás por el general Guerrero, durante un período mayor de treinta años que precisan de modo uniforme, y estas declaraciones establecen que esa posesión consistió en hechos propios de dueño, que juzga la Corte de indiscutible significación económica, ejecutados por él como señor en su exclusivo beneficio, tales como estos que enumeran: siembras y cosechas, sostenimiento de ganados propios, arriendo para reses ajenas, construcción de viviendas, construcción y mantenimiento de acueductos (zanjones), etc. Acordes están por lo demás, estos testigos en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, como lo requiere el artículo 697 del C. J., que el sentenciador dejó de aplicar.

No puede exigirse prueba distinta de la posesión. La forma habitual en que el dueño ejerce su derecho sobre la cosa, mediante el ejercicio de actos que naturalmente lo signifiquen, sirve de adecuado criterio para determinar en cualquier caso la posesión. Si una persona se comporta efectivamente como señor de un predio, construye edificios, mantiene ganados, lo cultiva, etc., todo en su propio beneficio, es menester considerarlo como a verdadero poseedor, en tanto que no se le demuestre que esa posesión la ejerce en nombre ajeno, como arrendatario, depositario o a un título precario semejante. Como lo indica Ihering: "que se pregunte cómo el propietario suele usar sus cosas, y se sabrá cuándo es preciso admitir la posesión y cuándo se debe rechazar". (La Posesión).

Dentro del criterio moderno, objetivo, del Derecho el "animus domini" no es un inescrutable elemento psicológico, inaprehensible y carente de interés por tanto en la materia jurídica, sino que está constituido como lo enseña el propio Ihering, repetidamente citado por la Corte en los últimos tiempos, por "la simple expresión de la voluntad de poseer, que hace que la mera relación de lugar se convierta en una relación pose-

soria". (Véase al respecto la conferencia del Profesor Eduardo Zuleta Angel sobre la Posesión. Sección II).

El "animus sibi habendi" se halla establecido cuando está comprobada la voluntad aparente de poseer, sin perjuicio, claro está, de que para destruir la existencia de este elemento esencial de la posesión, pueda contraprobarse, acreditando que el pretendido o aparente poseedor reconoció efectivamente el derecho ajeno en la misma cosa. Pero si, como en este caso, la contraprueba eficaz no ha sido creada, forzoso es admitir el hecho de la posesión y reconocerle sin vacilar sus consecuencias legales.

### Conclusiones

Lo dicho es suficiente para sentar estas conclusiones:

#### I

Como lo sostiene el recurrente, el Tribunal infringió directamente las normas contenidas en los artículos 2518, 943 y 2525 del Código Civil, cuya recta interpretación se ha dado en esta sentencia. En efecto, al aplicar la primera de estas disposiciones, lo hizo introduciéndole salvedades o excepciones no consagradas en la ley; y al considerar que los artículos 943 y 2525 del mismo código impedían la prescripción del comunero en perjuicio de los demás miembros de la comunidad, dio a estos preceptos y por tal causa indebida aplicación.

#### II

Igualmente el sentenciador incurrió en los errores de hecho y de derecho ya constatados en la estimación de la prueba constituida por las escrituras públicas y testimonios analizados, y como consecuencia de ellos violó, en la forma que quedó expresada, los artículos 762, 777, 2512, 2518 y 2531, Regla 3ª del mismo código. Realmente, como se desprende del análisis hecho en los anteriores considerandos, el fallador se apartó del concepto legal de posesión contenido en el artículo 762; equivocadamente juzgó que el comunero poseedor tenía la mera tenencia de la cosa y no podía cambiarla en posesión por prohibírsele el artículo 777; creyó improcedente la aplicación de los artículos 2512 y 2518 que contienen reglas generales sobre prescripción, aplicables al caso por

no estar exceptuado; y reputó aplicable al juicio la Regla 3ª del artículo 2531, que no lo era por referirse ella a títulos de mera tenencia, olvidando que el de condominio no lo es.

Se acepta por tanto el cargo de violación directa e indirecta de la ley sustantiva, formulado por el recurrente.

### Cargo de nulidad por falta de citación o emplazamiento

Conforme a lo dispuesto por el artículo 538 del C. J. no debe la Sala considerar este cargo, que de no haber sido planteado como subsidiario del de violación de normas sustantivas, habría merecido, por su naturaleza y de acuerdo con la Regla del artículo 537 *ibidem*, preferencial estudio.

### Consideraciones de instancia

Cuando la Corte, en casos como el presente, admite un cargo en casación, debe infirmar el fallo recurrido y resolver en su lugar lo que corresponde (C. J., 538). A ello se procede, previas estas últimas consideraciones:

Demuestran los testimonios citados, de manera plena, la posesión efectiva del general Guerrero sobre el fundo de Inantás, por espacio mayor de treinta años, en forma ininterrumpida, mediante el ejercicio de actos de indiscutible significación económica, realizados en su provecho propio como señor o dueño del mismo fundo.

La contraparte trató en vano de demostrar en instancias que el general Guerrero poseyera a nombre de la comunidad formada entre los herederos del Pbro. Jácome. A solicitud de uno de los interesados en la partición fueron recepcionados varios testigos, cuyas declaraciones, por falta de precisa concordancia sobre los hechos y circunstancias y por su gran vaguedad, no pueden formar plena prueba conforme a Derecho, sobre lo depuesto. Ignacio Puchano (c. 11, f. 7 v.) se limita a decir, en lo que interesa, que el general Guerrero no ha cultivado ("elaborado" la totalidad de la hacienda); Angel Pucha (id. fs. 9 y 10), asevera que el citado Guerrero "manejaba dicho fundo por cuenta de la familia", que a la casa de ésta se enviaban los frutos y de ella remitían las semillas y dinero a la finca, pero no da razón de su dicho ni indica las circunstancias de modo y tiempo, indispensables para aceptar su dicho. Manuel Mallana (c. 11, f. 12) manifiesta que el general Guerrero le facilitaba pastos

para sus animales e insinúa que éste poseía con sus inmediatos familiares. Su testimonio adolece de las deficiencias del anterior. Rodolfo Riascos (c. 11, f. 12 v.), sólo expresa que "León Gil Guerrero ha estado en el fundo Inantás...". Reinaldo Jajón (c. 11, f. 13), asegura que la familia del general le enviaba semillas y aves de corral y realizaba los productos de la hacienda, pero sin manifestar cómo lo supo ni cuándo ocurrió. José Amaguaña (c. 11, f. 14) depone sobre hechos similares, pero su declaración adolece de los mismos vicios advertidos en las anteriores. Lo mismo sucede con los demás testimonios, como los de Juan Chantijojoa, María Rosero, Felicitas Santacruz de Prado, Dolores Parra, etc. (c. 11, fs. 16 ss.): no determinan las circunstancias de modo, lugar y tiempo que rodearon los hechos por ellos declarados.

Tampoco la correspondencia traída a los autos demuestra que el general Guerrero reconociera que ejercitaba su posesión a nombre de sus familiares. Se deduce, sí, de ella que él reconocía la existencia del juicio divisorio de Inantás, lo que como antes se vio carece de importancia.

En resumen, los interesados en la división no han establecido ningún hecho adverso a la prescripción del inmueble por el general Guerrero: que no lo poseyera; o que si lo poseyó, lo hiciera a nombre y en favor de la comunidad o de otras personas.

En estas circunstancias, forzoso es reconocer la prescripción invocada en favor de la herencia del general Guerrero por su causahabiente León Gil Guerrero, y por consiguiente declarar que, como éste lo pide, no procede la partición solicitada.

También accede la Corte a declarar que la acción de división incoada se ha extinguido como consecuencia de la usucapión de la hacienda por la sucesión del general Guerrero (por tener respaldado esta petición en el artículo 2538 del C. C.).

Aceptada la prescripción adquisitiva alegada por el opositor, es improcedente proveer de conformidad con la súplica de la demanda de reconvencción, sobre el pago de frutos, que se basa en la propiedad de la finca en favor de los herederos del Pbro. Jácome, ya que ese derecho se extinguió igualmente por la prescripción reconocida.

No habiendo temeridad en la actuación de ninguna de las partes, no hay lugar a condenar en costas.

#### Resolución

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Ci-

vil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto con fecha seis de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro; infirma el fallo de primera instancia dictado por el Juez 2º del Circuito de Pasto el 10 de marzo de 1941 y falla el pleito así:

1º—Declara que la sucesión del general José María Guerrero ha adquirido por prescripción extraordinaria el dominio de la hacienda de "Inantás", ubicada en el Municipio de Yacuanquer, en el departamento de Nariño, determinada por los siguientes linderos: "A su entrada con la hacienda denominada "Tasnaque", deslindando con ella desde el pie del río Guáitara hasta dar con un tablón pequeño, zanja por medio; de allí sigue deslindando con el tablón grande, cuchilla arriba, con la misma hacienda "Tasnaque" hasta dar con la hacienda denominada "Estancia de Abajo", de los señores Villota, zanja por medio; por la cabecera con la misma "Estancia de Abajo", zanja por medio la que sigue hasta dar con la quebrada que baja de Yacuanquer; esta quebrada aguas abajo hasta entrar en el río que baja de las alturas de Opongoy, deslindando con las haciendas "Savadal" de la señora Mariana Moncayo y con la finca "Obvaje", perteneciente al señor Sixto Guerrero; dicho río de Opongoy, aguas abajo hasta su entrada al río Guáitara deslindando con las haciendas de Tarpiarquer y Guaquesal, pertenecientes la una al señor Elías Guerrero y la otra al señor Mariano de la Villota y por el frente con la finca de "Santa Rosa", de propiedad del señor Francisco Benalcázar, el río Guáitara por medio".

2º—Está extinguida, por prescripción, la acción divisoria del fundo de "Inantás", de que trata este juicio.

3º—No se accede a la súplica de la demanda de reconvencción sobre condenación al pago de frutos en favor de los herederos del Pbro. Jácome.

4º—No se condena en costas a ninguna de las partes en las instancias ni en el recurso de casación.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ricardo Hinestrosa Daza—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Pablo Emilio Manotas—Arturo Silva Rebolledo—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srío. en ppad.