



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**Radicación n.º 11001-31-03-020-2015-00919-01**

### **ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque comparto el sentido de la decisión adoptada por la Sala, respetuosamente me permito aclarar mi voto, con relación a la expresión «*interversión de la condición de tenedor*», que aparece reiterada a lo largo de esta providencia. Lo anterior en tanto que, en mi opinión, ese término, acuñado por el precedente consolidado de esta Corporación no permite definir con precisión y claridad las características del fenómeno que pretende explicar.

1. En efecto, hablar de la *interversión de la mera tenencia en posesión* sugiere que es posible que aquella se transforme en posesión, y ello desde luego no es factible, no sólo por razones de índole jurídico, sino –por sobre todo– por las restricciones lógicas que imponen las delimitadas significaciones e implicaciones de una y otra institución.

Nótese, sobre el particular, que la pretendida *interversión* resulta inviable dado el **carácter inmutable de la mera tenencia**, que se deduce del texto del artículo 777 del Código Civil, en cuanto previene que «[e]l simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión», lo que le confiere un

carácter perpetuo e inamovible, mientras se mantengan vigentes sus notas esenciales.

2. Ahora, si la mera tenencia, según el artículo 775 *ejusdem*, es la «*que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño*» –como lo hacen el acreedor prendario, secuestre, usufructuario, usuario, etc.–, es indiscutible que el mero tenedor carece de *animus domini*, el cual resulta esencial para la prosperidad y consolidación del fenómeno posesorio.

De allí que, mientras permanezca en tal estado subjetivo, ningún efecto *transformador* cumple el transcurso del tiempo. O dicho en otros términos, mientras el elemento subjetivo de la mera tenencia –el *animus tenendi*– se conserve, ninguna otra calidad diferente a la de tenedor podrá afirmarse de quien se encuentra en esa circunstancia; y el tiempo de mera tenencia no podrá ser de posesión en ningún caso, sencillamente porque ese lapso no es transferible, transmisible o susceptible de «*suma o agregación*»<sup>1</sup>.

Igual cabe sostener respecto de la posesión. El paso del tiempo no transforma la posesión en tenencia, puesto que lo que rige y consolida dicho fenómeno no es la duración temporal de los hechos posesorios (aspecto que solo será importante para efectos prescriptivos), sino el *corpus*, acompañado del elemento subjetivo o *animus domini* (afirmarse y comportarse como dueño).

---

<sup>1</sup> A esta conclusión permite arribar el artículo 2521 del Código Civil, en cuanto advierte que «*Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas, el tiempo del antecesor (poseedor) puede o no agregarse al tiempo del sucesor (poseedor), según lo dispuesto en el artículo 778*

3. Posesión y tenencia, entonces, no tienen ninguna comunicabilidad ni interdependencia, aunque ambas contengan un elemento físico, idénticamente denominado como *corpus*, como se advierte del texto del artículo 762 del Código Civil, que define la posesión como «**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».

Sin embargo, el **corpus de la mera tenencia** comprende apenas los actos materiales que propendan por cristalizar las facultades jurídicas propias de la convención que le sirve de antecedente (por vía de ejemplo, el contrato de arrendamiento, el de comodato, etc.), esto es, usar y gozar de un bien conforme a su naturaleza y función intrínseca, pero dentro del preciso marco que señala la relación obligacional subyacente.

4. Por el contrario, **el corpus del fenómeno posesorio**, aunque pudiera ser materialmente parecido, debe estar ligado con la creencia de ser señor y dueño (con el correlativo desconocimiento –en virtud de los actos posesorios públicos, pacíficos e ininterrumpidos– de la existencia de otros titulares de derechos reales sobre el bien), de modo que se desenvuelve ‘sin limitaciones’<sup>2</sup>, como ocurre con el dominio.

---

<sup>2</sup> Exceptuando las que deriven de la función social de la propiedad, reconocida constitucionalmente en el artículo 58 de la Carta Política.

Dicho *corpus*, por razón del matiz ya expuesto, debe ser de tal entidad objetiva que imponga a los ojos de un observador razonable, de manera necesaria y fundada, la convicción de que la conducta del detentador es el trasunto directo y natural del ejercicio del derecho de propiedad, es decir, que quien las ejecuta exterioriza, simplemente, las facultades propias del *ius in re*. Y como este es de naturaleza *erga omnes*, esos actos no podrán confundirse con el que hace uso de un bien, o lo disfruta, pero en desarrollo de una relación intersubjetiva, que en nada involucra al conglomerado, o por la simple tolerancia del *verus dominus*.

Por ello el artículo 2520 del Código Civil señala que «*la omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna*», por lo que «*el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique. Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales, o pascen en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto. Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro*».

5. Previamente se relevó que la relación tenencial corresponde al desenvolvimiento de un derecho personal, y por lo mismo, aquella solamente posibilita –y a eso aspiran los sujetos negociales– el ejercicio de las prerrogativas propias del respectivo acto jurídico voluntario (y lícito) que le sirve de fuente, el cual no comporta –en ningún caso– vocación traslativa (esta atañe solamente a las convenciones que conllevan la prestación de dar, como la permuta, la

compraventa, la donación y el aporte en sociedad), ni entidad traslaticia (como en el mutuo) o constitutiva (propia de la prenda civil).

Es esto, justamente, lo que ocurre en materia de arrendamiento, comodato, y en todos los fenómenos jurídicos de naturaleza asimilable (esto es, cuyo propósito no consiste en alterar la titularidad de los derechos reales), y a ello se circunscribe el poder jurídico del tenedor, al margen de si la duración de su relación tenencial es indefinida o limitada, puesto que su carácter inmutable no sufre mengua por el mero transcurso del tiempo.

Por el contrario, el hecho de la posesión aspira a que, mediante la invocación de los actos posesorios (hecho jurídico humano voluntario lícito) por el tiempo de ley (hecho jurídico natural), el derecho real prescriptible ingrese al patrimonio del poseedor para hacerse dueño, lo que jamás podrá ocurrir en los supuestos de mera tenencia, gracias a su carácter inmutable, a su falta de vocación traslaticia y a la ausencia de presunción de propiedad en favor del tenedor<sup>3</sup>.

6. Ahora bien, la pretendida *transformación (mutación o interversión) de la mera tenencia en posesión* la cimienta algún sector de la doctrina en disposiciones como el artículo 2531 del Código, especialmente en su numeral 3, en cuanto prescribe que «(...) *la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a*

---

<sup>3</sup> Artículo 762, Código Civil (inciso 2º): «*El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo*».

**menos de concurrir estas dos circunstancias:** 1ª) *Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez (10) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción*; y, «2ª) *que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo*».

No obstante, si se analiza con detenimiento la disposición transcrita, resulta forzoso concluir que la referencia no es a un mero tenedor que se transformó en poseedor, sino a un poseedor pura y simplemente, por varias razones:

(i) La norma advierte que si un mero tenedor se proclama poseedor para efectos prescriptivos, debe presumirse su mala fe, pues riñe con la probidad que exigen las relaciones jurídicas que quien –en virtud de un vínculo precario– autoafirma su tenencia, reconociendo el poder de disposición de su contraparte (propia del *dominus*), después desconozca esas calidades (subjetiva y objetivas) para efectos de hacerse al dominio del bien que detenta.

Es esta, justamente, la razón de la presunción de mala fe, dado que la naturaleza misma de la relación tenencial no permite –lícitamente– que el tenedor pueda negar la titularidad del derecho real de dominio en cabeza de quien deriva la prerrogativa de detentación, y por lo mismo, resulta válido conjeturar, como lo hace el legislador, que, al obrar en contrario a esa realidad reconocida, el primero está obrando en forma fraudulenta e inicua.

(ii) Las hipótesis que describe el precepto transcrito, además, son propias de la posesión, no de la mera tenencia, razón por la cual no podría haber nada que transformar. En respaldo de esa afirmación basta destacar que las dos circunstancias del numeral 3 reseñan requisitos esenciales de la posesión, no de la mera tenencia. Así, si el usucapiente no ha reconocido en los últimos diez años dominio ajeno, y además, prueba «*haber poseído sin violencia clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo*», sería impensable calificar su conducta como la de un mero tenedor. Antes bien, lo que reclama la norma transcrita es, exactamente, que actúe como se espera del poseedor.

7. Conforme a lo expuesto, un examen detenido del artículo 2531-3 del estatuto sustantivo civil conduce a reconocer que la totalidad de su contenido apunta a la posesión, no a la mera tenencia, y menos a la transformación de aquella en esta. Dicho de otro modo, si bien la normativa alude a un título de mera tenencia, las referencias subsiguientes desdican de ello, puesto que los elementos mencionados en las reglas primera y segunda del mismo numeral, son propios de la posesión, fundamentalmente al ***animus domini*** («*que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez (10) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción*») y a la ***utilidad de la posesión*** –para efectos prescriptivos– («*que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo*»).

8. Así las cosas, no hay duda acerca de que el Código Civil no consagró la «*interversión*» de la mera tenencia en posesión. A lo sumo, admitió que un mero tenedor puede dejar de serlo, para iniciar una posesión, sin violencia ni clandestinidad, por el tiempo de la prescripción extraordinaria –y sin que, en ningún caso, el lapso transcurrido en calidad de tenedor pueda servir para finalidad distinta a ejercer las facultades jurídicas inherentes a su condición–.

Consecuentemente, luce más adecuado sostener, en asuntos como este, que quien inicialmente fue tenedor de un bien debía probar que, en determinado momento, abandonó esa condición precaria, para en adelante autoafirmarse propietario, ejerciendo, además, «*hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión*» (artículo 981, Código Civil).

En los anteriores términos dejo expuesta mi aclaración de voto, con reiteración de mi irrestricto respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil.

Fecha *ut supra*,

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

**Magistrado**

## **Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):**

Luis Alonso Rico Puerta

**Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999**

**Código de verificación: 98B8A56DFF905C05ADB1E1FE46945641216DF9D41C014CC72528C5E30829D16F**

**Documento generado en 2021-11-16**