

**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN  
SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL**

***ACLARACIÓN DE VOTO***

PROCESO	PERTENENCIA
DEMANDANTE	HERNANDO DE JESÚS AGUILAR SÁNCHEZ
DEMANDADO	JOSEFINA LÓPEZ DE FRANCO Y OTROS.
RADICADO	05001-31-03-012-2012-00052-02
INSTANCIA	SEGUNDA
MAGISTRADO	DRA. ALBA LUCÍA GOYENECHÉ GUEVARA
PONENTE	

Si bien comparto y en consecuencia suscribo sin salvamento de voto la presente ponencia por estimar adecuado confirmar la sentencia de primera instancia, considero que la ponencia dejó de lado un tema fundamental como lo es la individualidad jurídica del bien objeto de pertenencia, tópico que fue analizado por el juzgado de primera instancia y uno de los motivos que llevaron a denegar las pretensiones, así como también fue planteado en los reparos.

Como este tema lo considero cardinal, quiero dejar planteada mi posición, en tanto he señalado que para que un bien sea objeto de prescripción debe tener una vida jurídica propia, debe ser una sola unidad debidamente determinada, y si está construida sobre un lote en común con otros bienes, debe estar reglamentado lo referente a los espacios que le son comunes a todos, es decir debe estar sometida a un régimen de propiedad horizontal que permita diferenciar que espacios corresponden a la unidad de vivienda y cuales son comunes con los demás inmuebles o unidades habitacionales, esta seguridad genera para cada uno de ellos su propio registro inmobiliario, documento que permite identificar un predio como individual.

En el caso que nos ocupa, como se desprende del material probatorio obrante en el proceso, la vivienda pretendida está construida sobre un terreno ajeno, y sobre el mismo lote están construidas otras unidades habitacionales que corresponden al primer piso y segundo piso. Así las cosas, claro es que el inmueble pretendido no forma una unidad con el terreno en el que se encuentra, por existir otras construcciones debajo de la reclamada en pertenencia, por ende no puede hablarse de la

procedencia de la prescripción adquisitiva, pues se estaría otorgando un derecho sobre una superficie, figura no contemplada en el ordenamiento jurídico colombiano, contrariando lo establecido en la ley frente a la figura de la accesión (art. 713 C.C.) más específicamente cuando se edifica o siembra en suelo ajeno (art. 739 ib.). Allí la norma establece que la construcción en predio ajeno se reputará del dueño del predio fijando las acciones que se originan para su protección.

Sobre este tema, de vieja data se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de agosto de 1968:

*La legislación positiva Colombiana no ha reglamentado el derecho real de superficie, como derecho real definitivo y estable, como sucede en otras legislaciones de que son ejemplo la alemana y la suiza. El párrafo segundo del art. 739 contempla simplemente una situación jurídica provisional que es necesario liquidar en algún momento.*

*Se observa que el segundo párrafo del art. 739 le otorga derecho de preferencia al dueño del terreno para liquidar a su favor la situación jurídica de que se acaba de hablar. En efecto, no otra cosa se deduce de los principios del glosado párrafo segundo del art. 739, que dice que el dueño del terreno será obligado a pagar el valor del edificio, plantación o sementera, si quiere recobrarlo.*

La anterior sentencia es citada por el Magistrado José Fernando Ramírez Gómez cuando hacía parte de este Tribunal, en Sentencia del 7 de marzo de 1995, donde de forma más detallada sobre el tema expuso:

*“(...) “La tierra como inmueble o bien raíz se entiende conformada por tres partes: Suelo, sobresuelo o aire y subsuelo. No existe en Colombia un texto legal destinado a describir dicha configuración, como sí se halla en otras legislaciones; concretamente el artículo 2218 del Código Civil Argentino establece que la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. También dice que el propietario del terreno es dueño exclusivo del espacio aéreo, pudiendo extender a él sus construcciones. **La legislación colombiana no regula sistemáticamente el fenómeno del aire.** Aisladamente se verifican normas relacionadas con el punto: el artículo 739 del*

*Código Civil, reglamentando la accesión que surge de la construcción en terreno ajeno; el artículo 934 ibídem, manteniendo vigente la facultad de levantar la pared del suelo vecino a pesar de la servidumbre de luz y el artículo 987 declarando como denunciable ‘toda obra voladiza que atraviesa el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios’. También se refieren al tema el artículo 25 de la ley 182 de 1948, cuando al prohibir al propietario del último piso del edificio sometido al régimen de propiedad horizontal la elevación de nuevos pisos o construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos o pisos, **hace del aire cosa común**, así como con relación al terreno lo había dispuesto el artículo 3º de la misma ley y el artículo 1º del Decreto 3665 de 1986, cuando admite someter al régimen de propiedad horizontal el edificio de varios pisos por construirse, autorizando por contera los negocios denominados ‘sobre planos’.*

No puede pretender entonces el recurrente que para proteger un hecho como es la posesión, se pase por encima de la normativa que regula la accesión, como ya se dijo, y la reglamentación de las unidades habitacionales cuando son varias las construidas sobre un mismo terreno, reglamento de propiedad horizontal, el que también tiene como finalidad diferenciar los espacios de cada unidad habitacional y los espacios comunes, lo que a su vez permite un registro inmobiliario independiente para cada unidad habitacional y, por ende, una **individualidad jurídica**.

Frente a la prescripción de una construcción no sometida al régimen de propiedad horizontal, la Corte Suprema de Justicia, reiterando su jurisprudencia expuso en sentencia de febrero 05 de 2015 STC779-2015, radicado 2015-00103, lo siguiente:

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

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

*3. Finalmente, cabe advertir que la Sala en reciente oportunidad denegó la acción de tutela interpuesta contra la mismas autoridades judiciales por xxx, demandado igualmente dentro del referido proceso, por considerar que “(...) el Tribunal tuvo en cuenta para confirmar el fallo de primer grado, en lo que atañe a la improcedencia de la pertenencia alegada por el gestor por la doble vía de excepción y de acción, que la parte del predio que ocupa no es susceptible de individualizarse al carecer de folio de matrícula inmobiliaria independiente y corresponder sólo a un piso de una edificación no sometida al régimen de propiedad horizontal. (...).*

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

*material y jurídicamente, y entonces no están dados todos los presupuestos para adquirir el dominio por ese modo invocado por la actora y por tanto confirma el fallo de instancia'...” (STC-2012, 18 ab. 2012, exp. 00733-00, reiterado en STC-2012, 22 may. Rad. 00889-00).*

Debe tenerse en cuenta que el presente caso no refiere a una pretensión de adquisición por prescripción común, de cualquier inmueble, donde se pretende dominio sobre el terreno y construcción en su 100%, este tipo de casos tienen una condición adicional, que es el hecho de que el inmueble está construido en suelo ajeno y sobre otras unidades habitacionales que no son poseídas por el demandante, de allí que se requiera la acreditación de que ese inmueble si está individualizado tanto física como jurídicamente.

En conclusión, consideró que a la ponencia le faltó estudiar el tema de la individualidad jurídica, no obstante, comparto la confirmación de la sentencia de primer grado que denegó la pretensión de pertenencia.

Con todo respeto,

**MARTHA CECILIA OSPINA PATIÑO**

**Magistrada**

*(Firma electrónica conforme el artículo 105 del Código General del Proceso, en concordancia con las disposiciones de la Ley 2213 de 2022)*

Firmado Por:  
Martha Cecilia Ospina Patiño  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 007 Civil  
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3d65879f2aba1b7cfea53ebd6ef38bcf935923885fa9b66b6b27c48ead4927ad**

Documento generado en 07/11/2023 09:38:05 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**