

ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

LUZ MADELEINE MUÑOZ ANDRADE¹

Resumen: *En el presente escrito se realizan algunas anotaciones sobre la institución de la prescripción adquisitiva en general, su tratamiento en el Código Civil y en las diferentes leyes del ordenamiento jurídico colombiano. Se explican las características y fundamentos de esta institución, así como su funcionamiento con respecto a los diferentes tipos de bienes con los que se relaciona. Asimismo, se aborda el cambio introducido en la ley 791 de 2002, la cual disminuyó los plazos de prescripción en materia civil. Lo anterior con el objetivo de dejar ver cómo esta institución ha tenido una relevante importancia histórica en las diferentes sociedades y se ha venido adaptado a los nuevos tiempos en diferentes aspectos mediante la legislación que la regula.*

Sumario: 1. Introducción. 2. La prescripción adquisitiva; 2.1. Origen de la institución 2.2 Principios 2.3 Características de la institución 3. Procedencia de la prescripción adquisitiva: cosas susceptibles de prescripción, la posesión y el tiempo señalado por la ley; actos de mera tolerancia y facultad. 4. Relevancia del concepto de posesión: interrupción y suspensión de la posesión. 5. Clases de prescripción: ordinaria, extraordinaria, diferencias y semejanzas. 5.1 Semejanzas entre la prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria. 5.2 Diferencias entre la prescripción adquisitiva ordinaria y la extraordinaria. 5.3 Tipos especiales de prescripción. 5.3.1 Prescripción entre comuneros. 5.3.2 Prescripción de herencia. 5.3.3. Prescripción agraria. 5.3.4 Prescripción de las viviendas de interés social. 5.3.5 Prescripción de naves. 5.3.6 Prescripción en pisos de edificaciones no sometidas a propiedad horizontal. 5.4 Prescripción de derechos reales que no son el dominio. 6. Efectos de la prescripción adquisitiva. 6.1. Retroactividad de la adquisición. 7. Prescripción contra título inscrito. 8. Instrumentos jurídicos para lograr la prescripción. 8.1 Opción del poseedor prescribiendo bajo la Ley 791 de 2002. 9. Conclusiones. Bibliografía

¹ Estudiante de segundo año de Derecho de la Universidad Externado de Colombia

Palabras clave: *Prescripción adquisitiva, posesión, propiedad, prescripción adquisitiva ordinaria, prescripción adquisitiva extraordinaria, derechos reales.*

La prescripción adquisitiva y extintiva se complementan cabalmente, ajustándose de una manera exacta, al punto que componen una sola noción dentro de cuyos linderos se mueven las relaciones de los hombres, en búsqueda de firmeza para la propiedad y de sosiego para los espíritus²

² GÓMEZ, José J. *Derecho Civil: Bienes*. Universidad Externado de Colombia, 1960, pg. 448.

1. INTRODUCCIÓN

El Código Civil colombiano trata la figura de la prescripción en el título XLI del libro IV. Esta figura cuenta con una doble acepción: (i) un modo de adquirir el dominio y otros derechos reales y (ii) un modo de extinguir las obligaciones. Velásquez al comentar a los autores Alessandri y Somarriva, explica que la ubicación de esta materia en el libro IV del Código Civil atiende a una razón de carácter histórico, esto es, su lectura en el Código Civil francés por parte del legislador, quien entendió que la misma era una institución “garante y estabilizadora de los derechos consagrados por dicho estatuto”³, razón por la cual debía ser incluido en la legislación colombiana.

El artículo 2512 del 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, y concurriendo los demás requisitos legales”. Según José J. Gómez, este precepto legal comprende los dos aspectos de la prescripción anteriormente mencionados; así, en su concepto, si la prescripción fuera solamente adquisitiva, la vida jurídica y social sería bastante inestable y si fuese sólo extintiva, los derechos reales y en especial, la propiedad carecería de formas eficaces de sancionarse y de protegerse. Por lo anterior es que su expresión dual se complementa y se ajusta bajo la idea de componer una sola noción dentro de cuyos linderos “se mueven las relaciones de los hombres, en busca de firmeza para la propiedad y de sosiego para los espíritus”⁴.

Ahora bien, el artículo citado anteriormente empieza refiriéndose a la prescripción adquisitiva y encasilla esta dentro de los modos de adquirir las cosas ajenas. En este escenario, la prescripción confiere un derecho real que pertenece a otro mediante la posesión de la cosa sobre la cual recae el derecho. Esta expresión de la institución, obra, entonces, de forma exclusiva, sobre los derechos reales⁵. En un segundo momento, el artículo se refiere a la prescripción extintiva y la enmarca en el campo de las obligaciones y acciones en general, al disponer que: se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción. Esto obra en consonancia con el artículo 1625 del Código Civil, según el cual: “Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte” teniendo en su numeral 10 como un presupuesto, la prescripción.

³ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Bienes*. Editorial Temis, 2014, p. 385.

⁴ GÓMEZ, José J. *Derecho Civil: Bienes*. Universidad Externado de Colombia, 1960, pp. 447-448.

⁵ *Ibid.*, p. 448

Siguiendo a José J. la “actividad e inactividad” de los sujetos jurídicos son los presupuestos esenciales para que exista la figura de la prescripción, en tanto que traen consigo una consecuencia derivada de la falta de interés por hacer efectivos los derechos propios de aquellos⁶. Es por esto que la prescripción extintiva se constituye como “el modo de extinguir las obligaciones y acciones personales en general, por no haberlas ejercido dentro del tiempo fijado por la ley para ello” y, por su parte, la prescripción adquisitiva, de igual forma, implica un efecto extintivo correlativo, esto es, que si A prescribe un fundo (prescripción adquisitiva), como consecuencia, el dominio de B se extingue (prescripción extintiva) así como su acción reivindicatoria, a favor de un poseedor que ataca el derecho del titular por su inactividad⁷.

En este trabajo, nos ocuparemos principalmente de la prescripción adquisitiva, también llamada usucapión, teniéndola como un modo de adquirir muy importante para las relaciones humanas, que las estabiliza y da seguridad jurídica, en tanto que permite la adquisición de dominio de un bien respecto del cual su propietario no se encuentra ejecutando las facultades que le son propias, razón por la cual existe una sanción a favor de aquel que verdaderamente posee el bien.

2. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

José J. Gómez define la prescripción adquisitiva o usucapión como “un modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales ajenos en general, mediante la posesión que persona distinta de sus titulares ejerza sobre las cosas en que esos derechos recaen, por el tiempo y los demás requisitos legales”⁸.

José J. Gómez y Velásquez Jaramillo tratan en sus obras los fines y objetivos de la prescripción. Los autores mencionados coinciden en los siguientes aspectos:

- a. Es el modo de adquirir en su alcance llano. Esto significa que le da efecto a la posesión al darle el derecho real al poseedor por la inactividad del titular, resolviendo el conflicto a favor del primero si ha cumplido el tiempo requerido por la ley. Gómez expresa que “la prescripción es la victoria de la posesión sobre la negligencia”. Es una forma de adquirir de hondo significado social. Asimismo, menciona que los romanos llamaban a la prescripción “matrona del género humano”⁹.

⁶ Ibid., pp. 451-452

⁷ Ibid., pp. 452-453

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

- b. La prescripción adquisitiva tiene efectos sociales más importantes, debido a que estabiliza la posesión con la sentencia judicial sobre la declaratoria de pertenencia y esta tiene efectos erga omnes¹⁰.
- c. La prescripción confiere el derecho de manera absoluta e incontrovertible al poseedor. La prescripción en las condiciones que exige la ley extingue todo derecho y acción ajena¹¹. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que la prescripción no trasgrede el derecho de propiedad “puesto que mal podría desconocerse o vulnerarse el derecho de quien ha hecho voluntario abandono del mismo, renunciando a su ejercicio o no empleando la vigilancia que la preservación de su integridad demanda”¹².
- d. Es la máxima prueba de la propiedad porque confiere el derecho de manera incontrovertible¹³. Antes, para probar su derecho, un propietario debía realizar la prueba diabólica, que consistía en presentar el título y el de sus antecesores. La prescripción, por otro lado, impide la indagación de traslaciones anteriores¹⁴.

Sobre el fundamento de la usucapión, Ternera trae a colación lo que ha expresado la Corte Suprema de Justicia en una de sus providencias al respecto:

“De lo anterior se observa que el fundamento esencial de la prescripción adquisitiva del derecho de dominio es la posesión ejercida sobre un bien ajeno determinado por el tiempo y con los requisitos exigidos por la ley, lo que significa que declare la pertenencia no es constitutiva del derecho real de dominio, sino simplemente declarativa, por cuanto no es la sentencia, sino la posesión ejercida sobre el bien, acompañada de justo título y buena fe, si se trata de prescripción adquisitiva ordinaria, o la sola posesión del mismo por el espacio de veinte años, la fuente de donde surge el derecho que el fallo judicial se limita a declarar”¹⁵.

¹⁰ Ibid., pp. 455-457.

¹¹ Ibid., pp. 457-458.

¹² *Corte Suprema de Justicia, Sala Plena*, Sentencia de 4 de mayo de 1989, exp. 1880. Se trata de una demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones del Código Civil sobre prescripción, posesión regular, acciones posesorias y reivindicación porque según el actor, vulneraban el derecho a la propiedad consagrado por la Constitución Política. La Corte reitera que la jurisprudencia y la doctrina establecen como presupuesto básico de la prescripción la inactividad del titular del derecho y así se demuestra su voluntad de no ejercitarlo. Resalta que no se puede pretender que el derecho constitucional a la propiedad ampare la inacción o negligencia del propietario.

¹³ GÓMEZ, José J. *Op. Cit*, p. 457.

¹⁴ VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Op. Cit*, p. 388.

¹⁵ *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia del 8 de mayo de 2001, exp. 6633.

2.1. Origen de la institución

La prescripción adquisitiva encuentra sus más importantes antecedentes la antigua Roma. En época clásica Ulpiano definió la usucapión como “la adquisición del dominio por posesión contada durante un año o un bienio”¹⁶. De esta forma, la titulación de los bienes se saneaba por el uso, y con la ayuda de la prescripción se volvía en firme, para lo cual, se requería el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a. Idoneidad de la cosa para la usucapión, esto es, que la cosa estuviera en el comercio y no hubiera sido robada ni sustraída. En la época imperial tampoco podían ser objeto de la usucapión las cosas fiscales.
- b. *Possessio civilis*: que estuviera respaldada por una justa causa, lo cual implicaba un comportamiento del poseedor semejante al del dueño.
- c. *Titulus o iusta causa*: la posesión debía contar con un antecedente generador cualificado como por ejemplo el título traslativo. La justa causa implicaba la legitimidad del título posesorio.
- d. Se exigía la *bona fides* expresada como honestidad, desarrollada a continuación de la justa causa, así, ya en tiempos de Justiniano, se extendió la usucapión a la posesión de buena fe, fundada en el error excusable y asistida por el título. Se dice también que la mala fe sobrevenida no perjudicaba la adquisición.
- e. *Tempus*: debido a que la sociedad era cerrada e intensamente socializada, la posesión debía durar un año para muebles y un bienio para inmuebles¹⁷.

Adicional a esto, encontramos la *praescriptio longi temporis*. En la época de los Severos se generalizó una protección a la posesión llamada excepción perentoria, pero para esto se debían cumplir unos requisitos y una vez transcurrido el tiempo determinado de posesión se podía oponer la excepción de largo tiempo a la vindicación del propietario. Se trataba, entonces, de una defensa contra la acción reivindicatoria, no una pretensión de pertenencia¹⁸.

En el derecho postclásico, se introdujo una *praescriptio* de 40 años, posteriormente se redujo a 30 años, teniendo como único requisito el de la posesión. En el siglo V Theodosio II estableció una prescripción de la acción contentiva de la pretensión del propietario. Justiniano la llamó *usucapio* para cosas muebles y *longi temporis*

¹⁶ HINESTROSA, Fernando. *Apuntes de Derecho Romano: Bienes*. Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 46.

¹⁷ *Ibíd.* pp. 47-50.

¹⁸ *Ibíd.* pp. 50-51.

praescriptio para los inmuebles, con exigencia de *iusta causa*, *bona fides* y *tempus possessionis* de 3 años en el primer caso y 10 o 20 años para los inmuebles dependiendo de si se trata de ausentes o presentes (habitantes de la misma provincia).

Asimismo, Justiniano admitió una *longissimi temporis praescriptio* de 40 años, extintiva de la acción reivindicatoria, la cual requería de *bona fides* pero no justa causa y era aplicable incluso a las cosas sustraídas¹⁹.

2.2. Principios

Velásquez expone en su obra los principios de la prescripción. El primero es que la prescripción es universal. Sin embargo, los bienes fiscales y los de uso público constituyen una excepción debido a que no son susceptibles a adquirirse por prescripción²⁰, según se dispone en el art. 64 de nuestra Constitución Política²¹, así como en el numeral 4 del art. 375 del Código General del Proceso²².

El segundo principio es que la prescripción es una figura de orden público y por lo tanto, inmodificable. Lo anterior significa que las partes no pueden disponer de este derecho debido a que el Estado tiene especial interés en que se cumplan los objetivos socioeconómicos y políticos que persigue esta institución²³. Esto concuerda con lo dispuesto en el artículo 16 del Código Civil el cual reza que “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

Sin embargo, en el inciso 1 del artículo 2514 del Código Civil se admite que la prescripción pueda ser renunciada expresa o tácitamente después de que se cumpla el plazo establecido. Esto tiene soporte en el artículo 15 del mismo código: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”. La

¹⁹ *Ibíd.*, p 51.

²⁰ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Op. Cit.*, pp 388-389

²¹ “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

²² “La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público”.

“El juez rechazará de plano la demanda o declarará la terminación anticipada del proceso, cuando advierta que la pretensión de declaración de pertenencia recae sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de alguna entidad de derecho público. Las providencias a que se refiere este inciso deberán estar debidamente motivadas y contra ellas procede el recurso de apelación.”

²³ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Op. Cit.*, pp.389-390

renuncia significa dejar el bien en manos del propietario porque cree que el acto injusto no le debe generar un derecho. Además, es un acto de disposición del derecho y como tal, requiere plena capacidad para su validez²⁴.

Como se mencionó, la renuncia a la prescripción puede ser tácita o expresa. Es expresa cuando manifiesta su renuncia mediante un acto explícito, por ejemplo, cuando se manifiesta frente al juez que conoce del proceso de reivindicación y se expresa que reconoce el dominio del propietario que reivindica. Es tácita cuando se deduce la renuncia de determinadas actitudes del poseedor²⁵, como lo explica el inciso 2 del artículo 2514 del Código Civil: “por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos”.

El tercer principio es que hay instrumentos jurídicos para lograr la prescripción²⁶. Antes de la entrada en vigencia de la ley 791 de 2002²⁷, para que la prescripción prosperara se debía adelantar como acción o demanda en reconvención. Pero el artículo segundo de la misma ley permite la declaración judicial ante una excepción interpuesta por el demandado²⁸.

2.3. Características de la prescripción adquisitiva

Los autores Velásquez, Alessandri y Somarriva coinciden en las siguientes características sobre la prescripción adquisitiva:

- a. Es un modo originario, debido a que el prescribiente no lo recibe de alguien más y queda libre de todo gravamen o vicio al momento de ser declarado²⁹.
- b. Es un modo de adquirir a título singular, esto es, que sólo se pueden adquirir especies determinadas. Una excepción a esto es la adquisición de un derecho real de herencia debido a que esto se trata de adquisición a título universal, pero esto se tratará más adelante a profundidad³⁰.

²⁴ *Ibíd.*, p. 391.

²⁵ *Ibíd.*, p. 391.

²⁶ *Ibíd.*, p. 392.

²⁷ Por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil.

²⁸ Su artículo 2 agrega un segundo inciso al artículo 2513 del Código Civil: "La prescripción tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella".

²⁹ *Ibíd.*, p. 396.

³⁰ ALESSANDRI, Arturo & SOMARRIVA, Manuel. *Op. Cit.* p. 533 y VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Op. Cit.* p. 396.

- c. Es a título gratuito, debido a que no le debe pagar a nadie y es el propio trabajo del poseedor manifestado en actos materiales lo que exige la ley para lograr el derecho³¹.
- d. Es un modo de adquirir por acto entre vivos. En otras palabras, para que la prescripción opere no es necesaria la muerte de alguien, “sino la vida de ella”³².
- e. Otros autores sostienen que la prescripción “solo sirve para adquirir el dominio y los demás derechos reales, a excepción de las servidumbres discontinuas e inaparentes; no sirve, en consecuencia, para adquirir derechos personales”³³.

3. PROCEDENCIA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: COSAS SUSCEPTIBLES O NO A LA PRESCRIPCIÓN, LA POSESIÓN Y EL TIEMPO SEÑALADO POR LA LEY; ACTOS DE MERA TOLERANCIA Y FACULTAD

Los diferentes autores coinciden en tres requisitos principales: (i) que la cosa sea susceptible de ser adquirida por prescripción adquisitiva, (ii) que haya una posesión previa (ii) y que esta sea por el tiempo señalado por la ley³⁴.

El primer requisito es que el bien sea susceptible de prescripción. La regla general es que las cosas son susceptibles de prescripción, pero hay excepciones, por ejemplo, cosas imprescriptibles como los derechos reales que recaen sobre bienes de uso público, con fundamento en el artículo 63 de la Constitución Política y el artículo 2519 del Código Civil³⁵, bienes del patrimonio arqueológico y los bienes fiscales. En otras palabras, las cosas no comerciables. También, según Ternera, constituyen excepciones el derecho de hipoteca, que no puede adquirirse por usucapión debido a que el bien gravado no lo detenta físicamente el acreedor hipotecario y los derechos reales de servidumbres discontinuas e inaparentes sobre inmuebles³⁶, de conformidad con el artículo 939 del Código Civil³⁷. Velásquez, por su parte, sostiene que “cuando se trata de prenda, el acreedor prendario no puede

³¹ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Op. Cit.* pp. 396-397; y ALESSANDRI, Arturo & SOMARRIVA, Op. Cit. p 533.

³² VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Op. Cit.* p. 397 – ALESSANDRI, Arturo & SOMARRIVA, Manuel. *Op. Cit.* p 533.

³³ ALESSANDRI, Arturo & SOMARRIVA, Manuel. *Op Cit.* p. 532.

³⁴ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Op. Cit.* p. 397 - TERNERA BARRIOS, Francisco. *Bienes*. Universidad del Rosario, 2014, p. 433

³⁵ El artículo 2519 CC dice que “Los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso”.

³⁶ TERNERA BARRIOS, Francisco. *Op. Cit.* p. 433

³⁷ “Las servidumbres discontinuas de todas clases y las continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las. Las servidumbres continuas y aparentes pueden constituirse por título o por prescripción de diez años, contados como para la adquisición del dominio de fundos”.

adquirir por prescripción, puesto que reconoce el dominio en el deudor propietario del bien”³⁸. El mismo autor expresa que los derechos personalísimos, políticos y las cosas indeterminadas no se pueden adquirir por prescripción³⁹.

Según José J. Gómez, se puede usucapir la propiedad plena, la propiedad fiduciaria, la copropiedad, el derecho de herencia, el derecho de usufructo los derechos reales de uso y habitación, el derecho real de nuda propiedad (aquella sin *usus* ni *fructus*), el derecho real de prenda clásica sobre muebles y el derecho real de retención sobre muebles⁴⁰. Acerca de los bienes imprescriptibles se trae a colación una sentencia de la Corte Suprema donde resalta que:

“El ordenamiento patrio excluye de la declaración de pertenencia a los siguientes bienes: a) los que están fuera del comercio y los de uso público (arts. 2518 y 2519 del C.C.); b) los baldíos nacionales (art. 3° de la Ley 48 de 1882 y art. 65 de la Ley 160 de 1994); c) los ejidos municipales (art. 1° de la Ley 41 de 1948); d) los mencionados en el artículo 63 de la Constitución Política;) los de propiedad de las entidades de derecho público (art. 407-4 del C. de P.C.)”⁴¹.

En cuanto a los bienes embargados, no está permitida su enajenación pero la adquisición de su dominio por prescripción es permitida por la normativa. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reitera esta posición. Por una parte, sostiene que: “el embargo de una finca en juicio seguido entre personas distintas a los contratantes no es obstáculo para la tradición”⁴². Así las cosas, la Corte afirma que:

“El embargo y depósito de una finca raíz no impide que se consume la prescripción adquisitiva de ella. Por el embargo no se traslada ni se modifica el dominio ni la posesión de la cosa depositada; y si bien es cierto que la enajenación de los bienes embargados está prohibida por la ley, bajo pena de nulidad, el fenómeno de la prescripción es cosa muy distinta de la enajenación. Si la posesión no se pierde por el hecho del embargo, no hay disposición alguna del Código Civil que se oponga a la usucapición o prescripción adquisitiva, la cual, por ser título originario de dominio, difiere esencialmente de la enajenación”⁴³.

El segundo requisito es que debe haber posesión previa. Esta se define en el artículo 762 del Código Civil: “la posesión es la tenencia de una cosa determinada

³⁸ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Op. Cit. p. 398.

³⁹ *Ibíd.*, p. 397.

⁴⁰ GÓMEZ, José J. Op. Cit. p. 474-478.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de julio de 2002, exp. 5812

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de julio de 1932, Gaceta Judicial tomo XL, número 1887 p. 177-181.

⁴³ *Ibíd.*

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”. Esto es, la tenencia del *corpus* y del *animus domini*. Es importante resaltar que en Colombia no existe la posesión inscrita, tema que se tratará más adelante en este trabajo. Asimismo, la posesión debe darse sin interrupciones⁴⁴.

El tercer requisito es el transcurso de un plazo señalado por la ley. Como se mencionó anteriormente, estos plazos no pueden ser modificados por los particulares debido a que se trata de normas de orden público. El artículo 4 de la ley 791 de 2002 que modificó el artículo 2529 C.C, dispone que cuando se trata de prescripción ordinaria, el tiempo es de 5 años para bienes inmuebles y 3 años para bienes muebles. Por otro lado, la prescripción extraordinaria tiene un término de 10 años para bienes muebles e inmuebles. Ahora bien, sobre estos tiempos, es relevante anotar que se pueden realizar la sumatoria de periodos bajo la llamada figura de la suma de posesiones, siempre y cuando se le de cumplimiento a los requisitos de los artículos 2521 y 778 del Código Civil⁴⁵ para prescribir el bien. En un momento posterior de este escrito, ahondaremos sobre los conceptos e implicaciones de la prescripción ordinaria y la extraordinaria.

La suma de posesiones para lograr la prescripción adquisitiva procede cuando entre el poseedor actual y el anterior existe un vínculo jurídico ya sea entre vivos o por causa de muerte⁴⁶. En materia de transmisión por causa de muerte, la ley asume que el heredero sucede al difunto en la posesión de los bienes que son objeto de la sucesión, de conformidad con el art. 757 del Código Civil⁴⁷. Por su parte la fuente de agregación de posesiones entre vivos es el negocio jurídico, ya que el poseedor debe acreditar la existencia de un título traslativo de derecho⁴⁸.

⁴⁴ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Op. Cit.*, p. 397

⁴⁵ El artículo 2521 del Código Civil dispone que “si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción, por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el artículo 778. La posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero”.

Además, el artículo 778 del Código Civil expresa: “Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios.

Podrá agregarse, en los mismos términos, a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores”.

⁴⁶ TERNERA BARRIOS, Francisco. *Op. Cit.* p. 434

⁴⁷ El artículo 757 del Código Civil explica que “En el momento de deferirse la herencia la posesión de ella se confiere por ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no lo habilita para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda: (i) el decreto judicial que da la posesión efectiva, y (ii) El registro del mismo decreto judicial y de los títulos que confieran el dominio”.

⁴⁸ TERNERA BARRIOS, Francisco. *Op. Cit.* p. 434

En todo caso, debe aportar la prueba de los traspasos, de lo contrario quedarían desvinculados los lapsos de posesión material⁴⁹.

Al respecto, la Corte Suprema de justicia ha afirmado que:

“Para poder fundar la adquisición extraordinaria de la propiedad en la suma de posesiones, debe el demandante demostrar, conforme lo que ha puntualizado reiteradamente esta corporación: (i) Que haya un título idóneo que sirva de puente o vínculo sustancial entre antecesor y sucesor; (ii) Que antecesor y sucesor hayan ejercido la posesión de manera ininterrumpida; (iii) Que haya habido entrega del bien, lo cual descarta entonces la situación de hecho derivada de la usurpación o el despojo”⁵⁰.

La suma de posesiones, según Alessandri y Somarriva, es facultativa; tiene lugar la accesión respecto de antecesores mediatos e inmediatos; la apropiación de la posesión del antecesor es con sus calidades y vicios; el sucesor no puede escoger sólo los antecesores que le convengan⁵¹.

Por último, es importante mencionar los actos de mera facultad y mera tolerancia, los cuales son definidos por el artículo 2520 del Código Civil. Por una parte, el inciso 4 del artículo mencionado define los actos de mera facultad como aquellos que “cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad de consentimiento de otro”. Por otra parte, los actos de mera tolerancia son “los que el dueño de un predio permite realizar a su vecino o a un tercero con base en las buenas relaciones de vecindad, amistad o cortesía”⁵² como por ejemplo, “A tiene un árbol de naranjas en el solar de su casa y permite a su vecino B recogerlas diariamente. Si algún día A decide suprimir el beneficio, B no puede argumentar, prevalido en el transcurso del tiempo, la adquisición de dicha facultad por prescripción”⁵³. Los actos de mera facultad y mera tolerancia no generan posesión y por lo tanto, tampoco generan prescripción.

4. RELEVANCIA DEL CONCEPTO DE POSESIÓN: INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA POSESIÓN

Planiol, citado por Velásquez, define la interrupción como “todo hecho que, destruyendo una de las dos condiciones de la prescripción adquisitiva (permanencia de la posesión, inacción del propietario), hace inútil todo el tiempo

⁴⁹ *Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de Julio de 1950, Gaceta Judicial tomo LXVII, pg. 695.*

⁵⁰ *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de abril de 1999, exp. 4931*

⁵¹ ALESSANDRI, Arturo & SOMARRIVA, Manuel. *Op. Cit.* p. 515.

⁵² VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Op. Cit.* p 402.

⁵³ *Ibíd.*, p. 402.

transcurrido”⁵⁴. De acuerdo con el art. 2522 del Código Civil, la interrupción del tiempo de posesión puede ser natural o civil.

La interrupción natural es aquella que se produce por un hecho de la naturaleza y por lo tanto, hace imposible el ejercicio de actos posesorios sobre el bien. Por ejemplo, inundaciones o terremotos. El efecto jurídico que trae es que se suspende el cómputo del tiempo, esto es, que se debe descontar su duración del término total de la posesión.

El artículo 2523 CC hace referencia a otra modalidad de interrupción natural que es aquella producida por un nuevo poseedor (usurpador). Por su parte Ternera no considera esta última como una interrupción porque no interrumpe el término de posesión ya que, si la posesión no se recupera por los medios legales, todo el tiempo de posesión anterior se pierde así que extingue la posesión, de manera que no la suspende, sino que se interrumpe⁵⁵. Por lo tanto, siguiendo el artículo 2536 CC una vez interrumpida o renunciada la posesión, la prescripción comienza a contarse nuevamente el respectivo término. Sí el desposeído recupera legalmente la posesión, por una ficción legal de este artículo, se entiende que para él nunca hubo interrupción de la posesión. En ninguno de estos casos se suspende la posesión: en la primera se pierde todo el tiempo de posesión y en la segunda se asume que nunca se interrumpió.

En la interrupción civil, se entiende culminado el término de posesión desde la presentación de la demanda siempre que el auto admisorio se notifique al demandado (poseedor) dentro del término de un año, contado a partir del día siguiente de la notificación de ese auto al demandante. Así, el poseedor queda advertido del interés que tiene el demandante de ejercer el derecho real sobre el bien. No se entiende interrumpida la posesión cuando el demandante desiste de la demanda de conformidad con el art. 314 del CGP, cuando ha prosperado alguna excepción que impida continuar con el trámite del proceso (art. 101 CGP) o cuando la nulidad del proceso comprende la notificación del auto admisorio de la demanda siempre que la causa de nulidad sea atribuible al demandante según el art. 95 CGP.

Siguiendo a Velásquez, la diligencia de secuestro de un bien no interrumpe la prescripción. Además, los artículos del Código Civil que tratan sobre la interrupción de la prescripción, no figura el secuestro como causa de interrupción⁵⁶. Al respecto:

“La Corte reiteradamente ha sostenido que “el secuestro de bienes no tiene de suyo virtualidad para actuar indefectiblemente como causa determinante de la

⁵⁴ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Ibíd.*, p. 403.

⁵⁵ TERNERA BARRIOS, Francisco. *Op. Cit.* p 436

⁵⁶ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Op. Cit.*.p.408.

interrupción natural o civil de una prescripción en curso, ello por cuanto (...) la respectiva situación posesoria se reputa subsistente durante todo el tiempo en que la medida tuvo efectiva vigencia, habida cuenta que en esas condiciones, en ausencia de prueba positiva en contrario y por mandato de los artículos 792 y 2523 del Código Civil, la posesión debe juzgarse legalmente recobrada y por lo tanto continuada sin interrupción” (G.J. Tomos XXII, pág. 372, XI, pág. 180, y CIII pág. 105-106)⁵⁷.

La suspensión, por otro lado, dependerá de si la pretensión de la prescripción es por vía ordinaria o por vía extraordinaria. La suspensión en la prescripción ordinaria tiene el objetivo de “proteger a determinadas personas para que el tiempo no corra contra ellas mientras dure su situación de incapacidad o inferioridad para defender sus derechos por sí mismas”⁵⁸. Su principal efecto es, entonces, detener el plazo de conteo del tiempo de prescripción. Esto se encuentra regulado en el artículo 2530 CC que dispone lo siguiente: “La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse; en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo”. En la prescripción extraordinaria, la posesión no se suspende. Pero esto tiene algunas excepciones como es el caso de las víctimas del conflicto armado⁵⁹.

5. CLASES DE PRESCRIPCIÓN: ORDINARIA, EXTRAORDINARIA. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS

Según el Código Civil colombiano, la prescripción adquisitiva puede ser ordinaria o extraordinaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2527 del mismo estatuto.

La prescripción adquisitiva ordinaria está regulada en el artículo 2528 del Código Civil que dispone que: “para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren”. El primer requisito que presenta este precepto es la posesión regular no interrumpida, definida en el artículo 764 del mismo Código como “la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión”. A su vez se encuentran dos elementos que es necesario explicar a continuación. Por una parte, el justo título es aquel que reúne los requisitos legales, esto es justo título y buena fe. Asimismo, el Código Civil en su artículo 766 señala cuatro casos que no constituyen justo título: (i) el falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende, (ii) el conferido por una persona en

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de noviembre de 2017, rad. 73268-31-03-002-2011-00145-01

⁵⁸ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Op. Cit.* p.410.

⁵⁹ Al respecto se recomienda la lectura de la Sentencia C-466 de 2014 de la Corte Constitucional.

calidad de mandatario o representante legal de otra cuando en realidad no lo es, (iii) el que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación, que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido y (iv) el meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario, cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, entre otros.

La buena fe debe entenderse aquí como “la conciencia de haber procedido rectamente al celebrar el título”⁶⁰. El artículo 768 complementa esta noción cuando dispone que, en materia de posesión de buena fe, esta se define como la “conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y otro vicio”. Se requiere solamente buena fe inicial, esto es, como lo preceptúa el artículo 764 anteriormente mencionado, que no es necesario que subsista después de que comenzó a poseer debido a que en este momento se tenía la creencia de que se estaba adquiriendo sin vicios ni fraudes. Entonces, no por el hecho de que la buena fe se pierda posteriormente al comienzo de la posesión significa que la prescripción ordinaria no tenga lugar.

Pero, siguiendo a Gómez⁶¹, hay que resaltar que los efectos de la posesión no subsisten cuando el poseedor la pierde en materia de frutos, mejoras y deterioros, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 963 y 969 del Código Civil⁶². Por lo tanto, en este caso y si el poseedor es obligado a restituir la cosa al titular e hizo las mejoras después de que cesó la buena fe, debe restituir los frutos, no se le reembolsarán las mejoras al poseedor y responderá por los deterioros, como si se tratara de un poseedor de mala fe desde el principio⁶³.

El artículo 764 del Código Civil en su inciso segundo dispone que: “Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular”, lo cual sustenta lo anteriormente dicho sobre el hecho de que se necesita solamente buena fe inicial para ser poseedor regular. Asimismo, se dice que el poseedor de buena fe puede ser irregular debido a que carece de justo título. Recordemos que la buena fe se

⁶⁰ GÓMEZ, José J. Op. Cit. p. 515

⁶¹ GÓMEZ, José J. Op. Cit. p. 517

⁶² Artículo 963: Responsabilidad por deterioro. El poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa. El poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de los deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos; por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado y vendiendo la madera, o la leña, o empleándola en beneficio suyo.

Artículo 969: Buena o mala fe del poseedor. La buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción, y relativamente a las expensas y mejoras, al tiempo en que fueron hechas.

⁶³ GÓMEZ, José J. Op. Cit. pp. 517-518

presume de acuerdo con lo señalado en el artículo 769 del mismo estatuto, sin embargo, esta presunción admite prueba en contrario.

Por otra parte, siguiendo a Velásquez⁶⁴ que cita la sentencia del Consejo de Estado de 28 de mayo de 1973, en la que se dice que la buena fe puede ser simple o cualificada. Así pues, la buena fe simple es entendida como la creencia de obrar con justicia y rectitud y constituye uno de los supuestos fundamentales del ordenamiento jurídico. Por otro lado, la llamada 'buena fe cualificada' o 'exenta de culpa', crea derechos, desarrollando el principio según el cual el error común hace derecho. Esto es, cuando bajo ciertas clases de circunstancias se induce a una persona prudente y diligente en la creencia (elemento subjetivo) equivocada de que su situación es jurídicamente perfecta (elemento subjetivo)⁶⁵.

El segundo requisito de la prescripción adquisitiva ordinaria es que se cumpla el plazo señalado por la ley. Actualmente el artículo 2529 del Código Civil dispone que el tiempo es de 3 años para muebles y 5 años para inmuebles. Asimismo, respecto del cómputo del plazo cada dos días se cuentan entre ausentes por uno solo (los que residen en país extranjero).

Ahora bien, mediante la prescripción adquisitiva extraordinaria, según lo dispuesto por el artículo 2531 del Código Civil se puede adquirir el dominio de las cosas comerciables que no ha sido adquirido por prescripción ordinaria. El mismo precepto trae una serie de reglas que serán explicadas a continuación.

La primera regla hace referencia a que no es necesario título alguno. José J. explica que no es que no sea necesario un título porque no hay modo sin título, sino que esta disposición se refiere a que no se requiere un título traslativo. Entonces, se puede realizar con un título traslativo que no sea justo o cuando siendo justo este título falta la buena fe o la tradición⁶⁶. La segunda regla es que la buena fe se presume de derecho a falta de título adquisitivo de dominio. Esto quiere decir que con la prescripción extraordinaria se purifica la posesión de todo bien incluso si se

⁶⁴ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Op. Cit. pp. 408-409.

⁶⁵ *Consejo de Estado, Sección Primera*, Sentencia de 28 de mayo de 1973, nr. 207966.

Respecto a la buena fe, se recomienda la atenta lectura de: Neme Villarreal, Martha Lucía El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de Derecho Privado* [en línea]. 2006, (11), 79-125 [fecha de Consulta 9 de Mayo de 2020]. ISSN: 0123-4366. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537587004>. De acuerdo al mismo, con la Constitución de 1991, el principio de buena fe se eleva a rango constitucional en virtud del art. 83 del mismo estatuto. Además, una de las características de la buena fe es su capacidad para crear permanentemente reglas que las partes deben cumplir en el campo contractual. Hay que tener en cuenta también que la buena fe exige el respeto de los derechos ajenos y prohíbe el abuso de los propios.

⁶⁶ GÓMEZ, José J. Op. Cit. p. 535

trata de un poseedor de mala fe y es inútil intentar probar que la hubo. No es una verdadera presunción debido a que la posesión durante tan largo tiempo se purifica del vicio inicial de mala fe⁶⁷. Por último, la tercera regla es que el título de mera tenencia hace presumir la mala fe y no habrá prescripción. Sobre el particular existen dos excepciones: La primera es que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos 10 años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción y la segunda es que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

El lapso necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es de 10 años, de conformidad con el artículo 2531 CC. La posesión en este tipo de prescripción es irregular, pero en ningún caso viciosa (por violencia o clandestinidad). Por último, debe ser ininterrumpida para que de lugar a la prescripción.

Ahora podemos hacer una comparación entre estas dos clases de prescripción de acuerdo con sus elementos más importantes:

5.1. Semejanzas entre la prescripción adquisitiva ordinaria y la extraordinaria⁶⁸

- a. Ambas conducen a la prescripción adquisitiva de dominio.
- b. La presunción del artículo 762 de considerar al poseedor como dueño mientras otro no justifique serlo ampara al poseedor regular e irregular.
- c. Tienen como común denominador la posesión material debido a que la posesión inscrita no existe en Colombia.
- d. El fenómeno de la interrupción opera igual en ambas clases de prescripción.

5.2. Diferencias entre la prescripción adquisitiva ordinaria y la extraordinaria

Dentro de las diferencias más relevantes, se pueden apuntar las siguientes⁶⁹, que serán expuestas dentro de un esquema de comparación para facilitar su comprensión:

⁶⁷ Ibid. pp. 536-538

⁶⁸ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Op. Cit. p. 420.

⁶⁹ Ibid. Pp. 419-420.

Prescripción ordinaria	Prescripción extraordinaria
Se necesita posesión regular acompañada de justo título y buena fe	Falta uno de los elementos de la posesión regular, ya sea el justo título o la buena fe
Plazo: 3 años para muebles y 5 para inmuebles	Plazo: 10 años para muebles e inmuebles
El tiempo se cuenta entre presentes y ausentes	Excepcionalmente se aplica en la prescripción extraordinaria cuando se trata de desplazamiento forzado.
Se presenta el fenómeno de suspensión	No se presenta el fenómeno de la suspensión.

5.3. Tipos especiales de prescripción

El derecho civil de nuestro tiempo consagra tipos especiales de prescripción para ciertos bienes por las necesidades que se presentan en la actualidad. Estas son: prescripción entre comuneros, prescripción del derecho de herencia, prescripción agraria, prescripción de las viviendas de interés social, prescripción de naves, prescripción adquisitiva en pisos de edificaciones no sometidas a propiedad horizontal. Veamos cada una de ellas:

5.3.1. Prescripción entre comuneros.

En este caso, es difícil demostrar si cada comunero obra para la comunidad o para sí mismo. Para solucionar esto, se debe analizar la conducta posesoria del comunero. Si la actitud del poseedor se opone de manera abierta y manifiesta a la posesión de sus demás compañeros puede prescribir contra la comunidad⁷⁰. En otras palabras, el comunero puede prescribir contra los demás cuando su posesión sea exclusiva, esto es, sin conocimiento de los derechos de sus compañeros de comunidad, según lo afirma el numeral 3 del artículo 375 del Código General del Proceso⁷¹. Además, debe explotar económicamente el bien de manera individual. Así, este mismo precepto afirma que, la prescripción debe ser extraordinaria porque se conoce la existencia de los derechos de los demás comuneros y por lo tanto, hay mala fe.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 414.

⁷¹ Art. 375 num. 3: "La declaración de pertenencia también podrá pedirla el comunero que, con exclusión de los otros condueños y por el término de la prescripción extraordinaria, hubiere poseído materialmente el bien común o parte de él, siempre que su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo con los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad.

También, inmerso en el requisito de la exclusividad, es necesario que la explotación no se haya producido por acuerdo con los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad⁷². Sobre la interrupción de la prescripción entre comuneros, el art. 2525 CC que dispone que: “Si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras”.

5.3.2. Prescripción de herencia

El artículo 757 CC se refiere a la posesión de bienes herenciales y dispone que “en el momento de deferirse la herencia la posesión de ella se confiere por ministerio de la ley al heredero”. Pero el heredero no puede disponer de esta mientras no precede un decreto judicial que le de la posesión efectivo y el registro de este y los títulos que le confieran el dominio.

El auto de 19 de diciembre de 2018 de la Corte Suprema de Justicia nos ofrece un panorama más claro respecto del tema. Explica que la sucesión es la forma como el patrimonio de una persona se transmite luego de su fallecimiento a sus herederos, entendiendo patrimonio como el conjunto de todos los bienes y obligaciones apreciables en dinero. Se reputa que el heredero ha sucedido al causante en el dominio aun cuando entre la delación y la partición el heredero no goce de la propiedad singular en los bienes de la herencia, la cual sólo adquiere una vez se liquida y se le adjudican los bienes⁷³.

El art. 783 del CC se refiere a la posesión de la herencia y establece que se adquiere desde el momento en que es deferida aunque el heredero lo ignore. Entonces, no se requieren los elementos de la posesión común porque es conferida por la ley desde que fallece el causante. Como ya se mencionó, de lo que se lee en el artículo 757 ídem, esto no lo habilita para disponer de los inmuebles porque como la doctrina lo ha indicado, la posesión legal del heredero es una ficción legal, una posesión ficticia diferente a la posesión verdadera. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia argumenta lo siguiente:

“Es indiscutible que la “posesión de la herencia” no es incompatible con la “posesión material”, en la medida que ambas pueden concurrir en un mismo individuo, pero puede ocurrir también que se escindan, en procura de obtener el

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 2 de mayo de 1990, número de providencia 161.

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de 19 de diciembre de 2018, rad. 25754-31-03-001-2013-00062-01

dominio por modo distinto a la sucesión mortis causa, como es la prescripción adquisitiva.

Ciertamente, es posible que abierta la sucesión se concurra a la adquisición del patrimonio del causante por el modo de la sucesión, al amparo de la condición de heredero teniendo así mientras permanezca la universalidad la posesión legal de herencia (posesión ficticia) hasta el momento en que se apruebe la partición que materialice la adquisición por este específico modo, pero puede ocurrir que ese heredero paralelamente accione con miras a obtener el reconocimiento de la posesión material que ha ejercido *motu proprio* sobre determinado bien de la herencia para que se declare su dominio por el modo de la prescripción, evento en el cual ha dicho esta Corte, que «tratándose del heredero que alega haber ganado el dominio por prescripción de un bien que corresponde a la masa sucesoral, debe probar que lo posee, en forma inequívoca, pública y pacíficamente, no como sucesor del difunto, sino que lo ha poseído para sí, como dueño único, sin reconocer dominio ajeno, ejerciendo como señor exclusivo y con ánimo de propietario de la cosa»⁷⁴.

Sobre este punto es relevante anotar que, en cualquier caso, esta potestad podrá ser ejercida por cualquier tercero poseedor frente a los bienes de la masa herencial, cuando quiera que satisfaga las demás exigencias de ley, sin que en todo caso puedan confundirse el derecho de herencia con el derecho de dominio, ambos derechos reales⁷⁵.

Se distingue de esta manera, la posesión legal de la herencia que adquiere el heredero derivada de la delación de la herencia como modo derivativo de adquirir el dominio como ficción legal, de la posesión material como aprehensión material de la cosa con ánimo de señor y dueño para adquirir ese dominio por el modo originario de la prescripción. Así, la Corte indica que:

“La sucesión por causa de muerte da nacimiento al derecho de herencia, que es un derecho real que tiene la peculiaridad de ser, universal, en lo cual se diferencia del derecho real de dominio que versa sobre cosas singulares. La herencia, aunque es comprensiva de ellos, es un derecho distinto de los bienes mismos que la integran o componen. Por la muerte de un individuo su heredero adquiere *per universitatem* el dominio de los bienes de la sucesión, pero no la propiedad singular de cada uno de ellos mientras no se realice la liquidación y adjudicación del acervo herencial de acuerdo con la ley. Son cosas distintas la adquisición del derecho de herencia, que versa sobre una universalidad jurídica con la esperanza de concretarse en el dominio de uno o más bienes especiales y que tiene por título la ley o la voluntad del causante, y la adquisición de las cosas hereditarias singularmente, cuyo título es la correspondiente adjudicación”⁷⁶.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ *Ibíd.*

5.3.3. Prescripción agraria

Este tipo de prescripción tiene un gran contenido social porque estimula al poseedor rural de buena fe estar explotando económicamente un terreno, cuya propiedad pertenece a un particular que la ha abandonado⁷⁷. Asimismo, constituye una materialización de la función social de la propiedad porque sin esta, los campesinos que explotaban tierras sin signos de que tuvieran dueño debían esperar a consolidar su propiedad en la prescripción extraordinaria.

El art. 12 de la ley 200 de 1936⁷⁸ consagra: "Establécese una prescripción adquisitiva del dominio en favor de quien, creyendo de buena fe que se trata de tierras baldías, posea en los términos del artículo 1o. de esta ley, durante cinco (5) años continuos, terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación, ni comprendidos dentro de las reservas de la explotación, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo artículo". Adicionalmente se lee en su párrafo: "Esta prescripción no cubre sino el terreno aprovechado o cultivado con trabajos agrícolas, industriales o pecuarios y que se haya poseído quieta y pacíficamente durante los cinco (5) años continuos y se suspenden en favor de los absolutamente incapaces y de los menores adultos."⁷⁹

Ahora bien, este artículo establece que la posesión de los términos del artículo 1 de la misma ley. Estos son: explotación económica del suelo promedio de hechos positivos propios del dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica, esto es, corpus cualificado. El mero cerramiento y la construcción de edificios no constituyen por sí solos prueba de explotación económica, pero si pueden considerarse como elementos complementarios de ella.

5.3.4. Prescripción de las viviendas de interés social

La ley 388 de 1997⁸⁰, que modifica la ley 9 de 1989⁸¹, define en su artículo 91 las viviendas de interés social así: "Se entiende por viviendas de interés social aquellas que se desarrollen para garantizar el derecho a la vivienda de los hogares de menores ingresos". Por medio de esta, se faculta al Gobierno Nacional para que en

⁷⁷ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Op. Cit. p. 420.

⁷⁸ Sobre régimen de tierras.

⁷⁹ Modificado según Art. 4 Ley 4 de 1973.

⁸⁰ Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones.

⁸¹ Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones.

el Plan Nacional de Desarrollo establezca el tipo y precio máximo de las soluciones de vivienda social. La ley 1955 de 2019 por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, en su artículo 85 define el concepto de vivienda de interés social y establece que el valor de esta no debe exceder los 135 smmlv. Excepcionalmente, para las aglomeraciones urbanas definidas por el Conpes (Consejo Nacional de Política Económica y Social) y cuya población supere un millón de habitantes, el Gobierno podrá establecer como precio máximo 150 smmlv. Por otra parte, si se trata de proyectos de renovación urbana, la VIS podrá tener un precio superior a los 135 smmlv sin que supere los 175 smmlv. Todo esto se refiere a la vivienda de interés social urbana.

La ley 9 de 1989⁸², en su artículo 51, se modificó el plazo de prescripción de la vivienda de interés social. Se dispuso que a partir del 1 de enero de 1990, la vivienda de interés social puede adquirirse por un poseedor en un plazo de prescripción extraordinaria de 5 años u ordinaria de 3 años. Además, vale la posesión acumulada a la fecha de entrada en vigencia de la ley.

5.3.5. Prescripción de naves

El art. 1443 del Código de Comercio, define el término de prescripción de naves como construcciones principales o independientes aptas para la navegación, cualquiera que sea su sistema de propulsión (art. 1432) y está reducido a la mitad de los plazos consagrados en el Código Civil⁸³.

5.3.6. Prescripción en pisos de edificaciones no sometidas a propiedad horizontal

En caso de que la edificación esté sometida a propiedad horizontal, un poseedor de bienes privados o particulares puede llegar a adquirir el dominio por prescripción⁸⁴. Pero el panorama cambia cuando se trata de edificaciones no sometidas a la propiedad horizontal.

En Colombia, algunos jueces y tribunales han admitido la prescripción adquisitiva de dominio sobre estos inmuebles. Velásquez hace algunos comentarios a esas sentencias, explicando que en Colombia, por el principio de accesión, el propietario del suelo lo es además de la construcción incorporada en él y el mejorista solo tiene a su favor un derecho personal⁸⁵. Si se declara el dominio por prescripción en favor

⁸² Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones.

⁸³ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Op. Cit. p. 423

⁸⁴ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Op. Cit. p. 423

⁸⁵ *Ibíd.* p. 424

del mejorista, se le otorga un título que la ley no permite, en expresa contradicción con el art. 739 CC⁸⁶. En la práctica, la decisión judicial concede un derecho de superficie y existiría un derecho de propiedad superpuesto del mejorista sobre el derecho existente en favor del propietario del suelo. Recordemos que, nuestro sistema registral no admite en principio el registro de mejoras en predio ajeno⁸⁷.

Por otra parte, el derecho otorgado al mejorista es un derecho de propiedad precario, de poca connotación en el tráfico jurídico. En el fondo, un derecho con vida procesal, pero con asfixia en el comercio porque no puede hipotecar, ni aportarlo a una sociedad, etc.

Por todo lo anterior, se descarta de plano la adquisición del dominio por prescripción al mejorista⁸⁸. Velásquez concluye que: “no obstante, en el caso discutido, no es descartable que el mejorista pueda obtener por prescripción el dominio de una cuota indivisa sobre la totalidad del inmueble” la cual debe ser definida en el proceso mediante una prueba pericial. De esta manera, el juez no estaría otorgando un derecho de propiedad superpuesto⁸⁹.

5.4. Prescripción de derechos reales que no son el dominio

El artículo 2533 CC consagra las prescripciones especiales, refiriéndose a derechos reales que no son el dominio. Estos se adquieren de la misma manera que el dominio, están sujetos a las mismas reglas pero dispone dos excepciones: primero, en cuanto al derecho de herencia que se puede prescribir de manera extraordinaria (10 años) y segundo, el derecho de servidumbre que se adquiere según el artículo 939 CC que dispone que las servidumbres continuas y aparentes pueden constituirse por título o por prescripción de 10 años, contados como para la adquisición de dominio de fundos.

⁸⁶ Artículo 739. Construcción y siembra en suelo ajeno. El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios. Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.

⁸⁷ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Op. Cit. p. 424.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 424.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 425.

6. EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

6.1. Retroactividad de la adquisición

Según Velásquez, el poseedor adquiere el derecho real desde el día en que empezó a poseer y no desde el día en que se consolidó la prescripción. Con esto, el legislador busca proteger a terceros que obtuvieron algún derecho del poseedor porque si esto no fuera así, cuando el poseedor se convierta en propietario, los podría burlar o desconocer⁹⁰.

Este principio no está señalado expresamente en el Código Civil pero se puede deducir del artículo 1792 cuando afirma en su numeral primero que “no pertenecerán a la sociedad las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella” (la existencia de la sociedad).

Asimismo, por el principio de retroactividad, el poseedor que se convierte en propietario, así sea de mala fe, adquiere el dominio por prescripción y se hace dueño de los frutos que hubiere producido la cosa durante la posesión. También, los gravámenes que constituyó el prescribiente sobre el bien que poseía se confirman al completar el tiempo⁹¹.

Adicionalmente, la sentencia tiene efectos erga omnes, esto es, que le es oponible a todos. Esta es la razón de ser de haber demandado y notificar al propietario del inmueble de conformidad con las leyes procesales⁹².

7. PRESCRIPCIÓN CONTRA TÍTULO INSCRITO

En la legislación colombiana, el artículo 785 CC dispone que si la tradición de una cosa debe hacerse por inscripción en el registro de instrumentos públicos nadie podrá adquirir la posesión de ellas sino por este medio. Asimismo, el artículo 2526 CC dispone que: “Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo”.

⁹⁰ *Ibíd.*, p.. 426.

⁹¹ *Ibíd.*, p. 426.

⁹² *Ibíd.*, p. 426.

La Corte Suprema de Justicia se pronuncia al respecto en la sentencia de 27 de abril de 1955. Dice la Corte que los preceptos del Código Civil anteriormente mencionados constituyen un asalto a la prescripción. Además, estos nunca han sido aplicados en nuestro derecho debido a que terceros siempre han podido poseer materialmente los fundos contra titulares inscritos, han tenido las acciones posesorias y han prescrito mediante usucapión extraordinaria o agraria aunque esta disposición reza todo lo contrario. Se advierte en la jurisprudencia nacional que adquiere la posesión quien se apodera del bien, esté inscrito o no. Recordemos que el requisito más importante para acceder a la prescripción es la posesión, que según la Corte no ha dejado de estar vinculada a la cosa debido a que consiste en actos materiales de goce y transformación que no pueden cumplirse sobre relaciones incorpóreas sino sobre los bienes físicos. El hecho de poseer las cosas hace presumir el derecho y esta presunción se basa en la posesión de las cosas que es lo objetivo y real. La Corte considera que es un error grave erigir un sistema posesorio a base de derechos y así fracasa la posesión inscrita. En concordancia con las demás disposiciones del Código Civil, la posesión material es la única y verdadera posesión. En otras palabras, la posesión inscrita en Colombia no es válida⁹³.

En la citada sentencia, la Corte inaplica disposiciones del Código Civil, pensando también en los campesinos que ejercen en realidad la función social de la propiedad y por lo tanto, son recompensados con la prescripción, la cual de lo contrario no podría darse si existiera el sistema de posesión inscrita en el país.

8. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LOGRAR LA PRESCRIPCIÓN

Los instrumentos jurídicos para su alegación son la acción (pertenencia), demanda de reconvención y excepción⁹⁴. El artículo 2 de la ley 791 de 2002⁹⁵ dispone que la prescripción adquisitiva también permite la declaración judicial mediante la propuesta de una simple excepción por parte del demandado.

Siguiendo a Velásquez, se ejerce como acción cuando el poseedor ha cumplido todos los requisitos para la prescripción para obtener una sentencia de dominio. Se ejerce como demanda de reconvención cuando el poseedor es demandado por el propietario en acción reivindicatoria y este demanda en reconvención afirmando que el bien ya fue adquirido por prescripción. Por último, se ejerce como excepción

⁹³ *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de abril de 1955, Gaceta Judicial, Tomo LXXX, núm. 2153, pg.81-101.*

⁹⁴ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Op. Cit. p. 392.

⁹⁵ Por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil.

cuando el demandado, en la contestación de la demanda alega la prescripción como excepción y el juez declara el dominio si se cumplen los requisitos⁹⁶.

Siguiendo a Ternera, “una vez ejecutoriada la sentencia declarativa de pertenencia, el registrador la debe inscribir en el folio de matrícula correspondiente del bien que se trate (ley 1579 de 2012⁹⁷ art. 56)”⁹⁸. La ley 1561 de 2012⁹⁹ establece un proceso verbal especial para otorgar títulos de propiedad al poseedor material de bienes inmuebles urbanos y rurales de pequeña entidad económica y sanear la falsa tradición. Esto es con el objetivo de promover el acceso a la propiedad, como lo explica su artículo primero.

8.1. Opción del poseedor o prescribiente bajo la Ley 791 de 2002

En la ley 791 de 2002 se reducen los términos de prescripción en materia civil. Por una parte, el artículo primero de esta ley dispone que reducen a 10 años todas las prescripciones de veinte años que establece el Código Civil. Entre estas se encuentra la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Por otra parte, el artículo 4 de la misma ley modifica el artículo 2529 del Código Civil que reglamenta el tiempo necesario para la prescripción ordinaria que es de tres años para muebles y cinco años para inmuebles.

Con este cambio de legislación, se puede presentar el problema del cómputo del tiempo para los que iniciaron la posesión antes de la vigencia de la ley. Velásquez trata este problema y explica con un ejemplo: “Si Pedro llevaba antes de la vigencia de la ley 791 de 2002, dieciocho años de posesión irregular sobre un bien inmueble, de acuerdo con la ley anterior le faltarían dos años para completar el término establecido para adquirir por prescripción extraordinaria, que eran veinte años”¹⁰⁰. Se presenta el problema ante la vigencia de la nueva ley sobre si el plazo se puede continuar con la ley anterior o hay que aplicar los términos de la nueva ley. La solución que plantea el autor es la siguiente:

“Pedro tiene la opción legal de completar los dos años que le faltan y esgrimir el cumplimiento de la prescripción bajo el ropaje de la legislación anterior. Ahora, si Pedro solo llevaba ocho años de posesión irregular, según la ley anterior le faltarán

⁹⁶ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Op. Cit. pp. 392-393.

⁹⁷ Por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones.

⁹⁸ TERNERA BARRIOS, Francisco. Op. Cit. p. 450.

⁹⁹ Por la cual se establece un proceso verbal especial para otorgar títulos de propiedad al poseedor material de bienes inmuebles urbanos y rurales de pequeña entidad económica, sanear la falsa tradición y se dictan otras disposiciones.

¹⁰⁰ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Op. Cit. p. 429.

doce años para adquirir el dominio por prescripción extraordinaria. En tal caso, puede optar por cumplir el plazo que le falta bajo los lineamientos de la nueva ley, donde solo requeriría diez años para adquirir por prescripción”¹⁰¹.

Asimismo, esta solución está prevista en el artículo 41 de la ley 153 de 1887¹⁰² que dispone lo siguiente: “La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera ó la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará á contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir”.

9. CONCLUSIONES

La prescripción es una institución de gran importancia. En lo que refiere a la prescripción adquisitiva, su principal función es asegurar y de alguna manera, premiar a las personas que ejercen actos de explotación económica y poseen materialmente un bien que ha sido desatendido por su propietario. Ahora, con la Constitución Política de 1991 esto ha tomado gran relevancia debido a que en su el art. 60 se expresa que el Estado tiene la obligación de promover el acceso a la propiedad; de esta manera se entiende que la prescripción se eleva a rango constitucional por su importancia para la sociedad colombiana; eso, sin vulnerar el artículo 58 que consagra la garantía a la propiedad privada debido a que esto no puede incluir el no ejercicio del derecho por vulnerar la función social de la propiedad que consagra la Constitución.

La prescripción sana todos los vicios que tenga esa propiedad y crea un nuevo derecho, que la sentencia judicial se limita a declarar. Se premia la diligencia y se castiga la negligencia, lo cual es muy importante teniendo en cuenta que en nuestro país, hay muchas personas que no tienen acceso a la tierra que constituye muchas veces, su único medio de sustento. Por lo mismo, es que se consagran los tipos especiales de prescripción de acuerdo a las necesidades especiales de cada bien.

Las reglas clásicas del Código Civil han cambiado a lo largo del tiempo. Por una parte, se han reducido los plazos de prescripción en materia civil en virtud de las diferentes leyes para hacer que la prescripción sea más rápida y ágil en sanear la propiedad. Esto deja un poco de lado el derecho del propietario aunque ya se ha argumentado suficiente a favor de la prescripción para que esto no constituya una grave preocupación. Por otra parte, esto se explica por el hecho de que ahora es

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² Por la cual se adiciona y reforma los Códigos Nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

muy importante que los bienes estén en el tráfico jurídico, lo cual no sería posible sin la institución de la prescripción.

La situación del país ha llevado a que los jueces tengan un papel importante en el desarrollo y evolución de la prescripción mediante la jurisprudencia que, como se vio, se ha alejado un poco de la interpretación meramente exegética del Código Civil, como en la sentencia sobre posesión inscrita, pero ajustándose también a las condiciones actuales. Por eso, es importante adaptar esta institución a los cambios de los tiempos, para que siga cumpliendo con la función que ha tenido históricamente, tan relevante para las sociedades.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- ALESSANDRI, Arturo & SOMARRIVA, Manuel. *Derecho Civil: los bienes y los derechos reales*. Imprenta Universal, 1987.
- GÓMEZ, José J. *Derecho Civil: Bienes*. Universidad Externado de Colombia, 1960.
- HINESTROSA, Fernando. *Apuntes de Derecho Romano: Bienes*. Universidad Externado de Colombia, 2005.
- TERNERA BARRIOS, Francisco. *Bienes*. Universidad del Rosario, 2014.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. *Bienes*. Editorial Temis, 2014.

Jurisprudencia

- *Corte Suprema de Justicia, Sala Plena*, Sentencia de 4 de mayo de 1989, exp. 1880.
- *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia del 8 de mayo de 2001, exp. 6633.
- *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia de 31 de julio de 2002, exp. 5812
- *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia de 4 de julio de 1932, Gaceta Judicial tomo XL, número 1887 pg. 177-181.
- *Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil*. Sentencia del 6 de Julio de 1950, Gaceta Judicial tomo LXVII, pg. 695.
- *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia de 6 de abril de 1999, exp. 4931
- *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia de 20 de marzo de 2014, exp. 05045 3103 001 2007 00120 01

- *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia de 29 de noviembre de 2017, rad. 73268-31-03-002-2011-00145-01
- *Consejo de Estado, Sección Primera*, Sentencia de 28 de mayo de 1973, núm. 207966.
- *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia 2 de mayo de 1990, número de providencia 161.
- *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, auto de 19 de diciembre de 2018, rad. 25754-31-03-001-2013-00062-01.
- *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, Sentencia de 27 de abril de 1955, Gaceta Judicial, Tomo LXXX, núm. 2153, pg.81-101.

Legislación

- Constitución Política de Colombia
- Código Civil Colombiano
- Código General del Proceso
- Código de Comercio
- Ley 791 de 2002
- Ley 200 de 1936
- Ley 388 de 1997
- Ley 1955 de 2019
- Ley 1561 de 2012
- Ley 986 de 2005
- Ley 1448 de 2011