
EMBARGO Y REMATE DEL DERECHO DE POSESIÓN SOBRE BIENES INMUEBLES

SEIZURE AND AUCTION OF THE RIGHT OF POSSESSION OF REAL PROPERTY

Laura Tatiana Jiménez Jiménez¹¹

Resumen

En este trabajo se estudia la posibilidad que otorga el legislador de utilizar, durante el curso de un proceso ejecutivo, la medida cautelar de embargo sobre el derecho de posesión de inmuebles y el eventual remate del mismo, con el propósito de determinar la existencia de garantías para el adquirente del derecho de posesión ante la posibilidad de que su derecho sea llevado a remate judicial. Para llegar a este punto se realizó un breve repaso sobre las nociones generales de los procesos ejecutivos, las medidas cautelares y el derecho de posesión, además de algunas teorías que explican la posesión y la postura adoptada por la legislación colombiana en cuanto a la naturaleza y elementos esenciales del derecho de posesión, las características de la prescripción adquisitiva de dominio o *usucapión* y los elementos necesarios para invocar la figura de la suma de posesiones.

Palabras clave: Embargo, Remate, Derecho de posesión, Prescripción adquisitiva, Suma de posesiones.

Abstract

This article studies the possibility provided by the legislator of using, during the course of an executive process, the precautionary measure of seizure of the right of possession of real estate and the eventual foreclosure of the same, with the purpose of establish the existence of guarantees for the acquirer of the right of possession in the event that his right is taken to judicial foreclosure. To reach this point, a brief review was made of the general notions of executive processes, precautionary measures and the right of possession, in addition to some theories that explain possession and the position adopted by Colombian legislation regarding the nature and essential elements of the right of possession, the characteristics of the acquisitive

¹¹ Estudiante de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Seccional Tunja - Diplomado de Conciliación Extrajudicial en Derecho *Contacto:* laura.jimenezj@usantoto.edu.co <https://orcid.org/0009-0004-7446-2344>

prescription of ownership or usucapion and the required elements to invoke the figure of the sum of possessions.

Keywords: Seizure, Auction, Right of possession, Acquisitive prescription, Sum of possessions.

Pregunta Problema

¿Cuáles son las garantías que tiene un comprador del Derecho de posesión de un bien inmueble que ha sido llevado a remate judicial?

Objetivos

General

Conocer las garantías jurídicas que obtienen los compradores de Derechos de posesión sobre inmuebles llevados a remate judicial.

Específicos

Identificar los escenarios en los cuales se puede presentar el embargo y posterior remate de la posesión de bienes inmuebles.

Determinar la existencia de garantías jurídicas de los compradores del Derecho de posesión sobre inmuebles llevados a remate judicial.

Enunciar las garantías jurídicas que tienen los compradores del Derecho de posesión de bienes inmuebles que fueron llevados a remate judicial.

Capítulo I

Embargo y Remate de la Posesión de Inmuebles

Generalidades del Derecho de Posesión

Lo primero que es preciso decir sobre la posesión es que se trata de un derecho real provisional, y para entender esto, antes de entrar a revisar la definición de posesión, necesitamos entender qué es un derecho real.

Los derechos reales establecen relaciones jurídicas entre sujetos y bienes, se trata de una variedad de facultades que adquiere el titular del derecho sobre un bien definido y que le permiten hacer uso del bien y disponer del mismo sin necesidad de contar con otra persona. El derecho real por excelencia es el derecho de dominio o propiedad; la persona que es propietaria de una cosa, por el simple hecho de tener esa calidad puede hacer uso, goce y disponer del bien en cuestión. El *derecho de dominio* se

puede hacer valer con las acciones posesorias, es un derecho definitivo; sin embargo, la posesión, aunque es protegida por acciones reales como la acción posesoria, definida en el artículo 972 de Código Civil y regulada en el artículo 377 del Código General del Proceso, puede caerse frente a las acciones que se derivan del derecho de propiedad; además, la posesión es también provisional porque -en realidad-, la finalidad del poseedor es poder adquirir la propiedad por prescripción, no quedarse eternamente como poseedor (Tenera Barrios & Mantilla Espinosa, 2006).

La legislación colombiana se refiere a la posesión dentro del Código Civil -en el Título VII del Libro Segundo- que habla de los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. La definición que ofrece el Código Civil sobre la posesión es la siguiente:

Art 762: La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. (Jiménez Moriones, 2019)

Este artículo evidencia la adopción de la Teoría de Savigny, también conocida como Teoría Subjetiva o Teoría de la Voluntad, en la cual se identifican dos elementos esenciales de la posesión, el *corpus* y el *animus*. De acuerdo con Rengifo Gardeazábal (2006), Savigny entendía el *corpus* como la relación física del poseedor con la cosa, y a la voluntad de poseer o intención de convertirse en señor o dueño le llamaba *animus*.

La apropiación de esta teoría se puede corroborar a través de la Sentencia T – 302 del año 2011 en la cual, la Corte Constitucional cita a Savigny para explicar la diferencia entre la mera tenencia y la posesión, al respecto la Corte explica:

Según Savigny la posesión se distingue de la mera tenencia por el hecho de que consta no sólo del dominio físico sobre el objeto (o *corpus*) sino también de la voluntad de comportarse en cuanto a ese objeto como dueño y propietario (*animus domini* o “intención de tratar como propia la cosa que debe formar el objeto de la posesión” / (M.P. Juan Carlos Henao Pérez, 2011)

En relación con las clases de posesión o formas en que se puede hacer ejercicio de este derecho, el artículo 764 del Código Civil, establece la existencia de posesión regular e irregular, siendo la primera aquella en la que concurren el justo título y la buena fe; a diferencia de la segunda que adolece por la falta de uno o ambos de estos requisitos.

Como todo derecho, para efectos jurídicos es menester demostrar la posesión. Ahora bien, la prueba va a depender del tipo de bien sobre el que se está ejerciendo y tratándose de inmuebles, el artículo 981 del *Código Civil* establece que la posesión se demostrará con la ejecución de actos positivos como el uso del suelo para la explotación económica; el pago de impuestos o servicios públicos, el desarrollo de mejoras,

entre otros, siempre que se realicen sin el consentimiento de la persona contra quién se disputa la posesión. Por otro lado, tratándose de bienes muebles, el artículo 762 del Código Civil, en su inciso 2º establece una presunción de posesión por el hecho de la tenencia del bien.

Angulo, A.B. (1958) se pronunció frente a una aparente contradicción entre los artículos 980 y 981 del Código Civil, ya que el primero habla de la prueba de la posesión inscrita, y el segundo -como ya vimos- establece la prueba para la posesión del suelo. Barrios considera que las normas son claras, pues se refieren a diferentes clases de inmuebles, por lo que no habría lugar a contradicciones.

Cabe mencionar que, respecto de la naturaleza jurídica de la posesión, existen dos teorías: una de ellas considera que se trata de un hecho y para la otra más bien es un derecho; sin embargo, no se abordará este tema, pues sin ánimo de restarle importancia, no resulta de relevancia para el objeto que se propone esta investigación, puesto que como lo refieren Franco, Reyna, & Gómez (2018), en cualquier caso, el legislador ha brindado protección a la posesión al establecer, en favor de quienes la ejercen, mecanismos y acciones como los procesos de interdictos posesorios, las servidumbres, prescripción adquisitiva del dominio, el deslinde o amojonamiento y ahora, con la expedición del *Código General del Proceso*, la posibilidad de decretar y practicar medida cautelar de embargo y secuestro sobre este derecho.

El Proceso Ejecutivo y la Tutela Judicial Efectiva

Partiendo de una definición general sobre lo que es un proceso, el diccionario de la real academia de la lengua española define esta palabra como el “conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada” (*Real Academia Española*, s.f.). De igual forma, Francesco Carnelutti argumenta que el proceso “es el conjunto de actos coordinados y sucesivos realizados por los órganos investidos de jurisdicción y los demás sujetos que actúan, a fin de obtener la aplicación de la ley sustancial o material a un caso concreto” (Carnelutti, s.f.). Por lo tanto, si se tienen en cuenta estas definiciones, se puede concluir que se trata de una secuencia de actos que se realizan ante las autoridades judiciales con el fin de obtener la satisfacción de una determinada pretensión, ya sea la declaración de un derecho o la ejecución de una sentencia o cualquier otro título ejecutivo, conforme a las reglas procedimentales establecidas por la ley.

Si bien el Código General del Proceso no brinda una definición sobre lo que es un proceso ejecutivo, Carlos Adolfo Prieto Monroy, en un artículo para la *Revista Via Iuris*, formula el siguiente concepto:

El proceso ejecutivo, entonces, puede definirse como la actuación jurisdiccional regulada por las leyes de procedimiento mediante la cual el titular de un derecho

formalmente probado puede hacerlo exigible, por intermedio de la manifestación de un juez. (Prieto Monroy, 2014)

Ahora bien, de esta definición se puede concluir que cuando se llega a un proceso ejecutivo se parte de la certeza sobre la existencia del derecho que se pretende exigir, a diferencia del proceso declarativo que tiene por finalidad cesar el estado de incertidumbre que se tiene sobre un determinado derecho. Un elemento esencial que permite diferenciar un proceso declarativo de uno ejecutivo, es la existencia de un título ejecutivo, que en palabras de Diego Alejandro Herrera Montañez,

Se trata de un elemento *ad solemnitatem* al rito procesal y, de paso, *ad probationem* del crédito invocado, porque cualquiera que sea la modalidad del proceso de ejecución, necesariamente debe existir un documento, denominado título ejecutivo, que supone la existencia de una obligación clara, expresa y exigible” (Herrera Montañez, 2012, pág. 78)

En ese sentido, para iniciar un proceso ejecutivo, es necesario contar con un documento en el que conste un derecho, es decir que sirva como prueba de ese derecho, ya que se puede determinar de forma clara en qué consiste y quién es su titular; como sucede con las sentencias, los actos administrativos, actas de conciliación o títulos valores.

Aunque el objetivo del proceso ejecutivo es lograr la ejecución de la obligación del deudor en favor del acreedor mediante una sentencia en la que se ordene al deudor saldar su crédito; en los últimos años se ha hablado de lo que la jurisprudencia reconoce como derecho a la tutela judicial efectiva.

En Colombia, la tutela judicial efectiva es un derecho que nace con la Constitución de 1991 y, aunque no esté mencionada de manera taxativa, se asocia con el derecho fundamental al debido proceso; aun cuando, como lo indica (Ramos, 2017) no se puede pasar en alto la mención que hace el artículo 2 del Código General del Proceso al referirse al derecho al acceso a una tutela jurisdiccional efectiva que poseen todas las personas.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-279 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2013), explica la tutela judicial efectiva como la facultad que adquieren todas las personas de, además de acudir en condiciones de igualdad a los juzgados, obtener una protección real de sus derechos y el restablecimiento efectivo de los mismos. Así mismo, considera este derecho como fundamento del Estado Social de Derecho, que constitucionalmente se encuentra, si bien no de manera taxativa, fundamentado en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política, asumiendo esto último como reconocimiento de derecho al acceso a la administración de justicia.

Como se mencionó, el propósito de las personas al acudir a la administración de justicia, más allá de obtener una sentencia favorable a sus intereses, se traduce en la

efectividad que puedan revestir estas decisiones para lograr la materialización del derecho que se encontraba en litigio, y una de las formas de lograr esa tutela judicial efectiva es mediante la ejecución de ciertas actuaciones que, de manera anticipada o durante el curso del trámite judicial, aseguren de alguna manera el cumplimiento del eventual fallo.

Medidas Cautelares

De acuerdo con (Trujillo Londoño, 2014), en Colombia, “las medidas cautelares han sido consideradas actos jurisdiccionales de naturaleza temporal y preventiva, las cuales recaen sobre personas, bienes o medios de prueba”, lo que implica que son un mecanismo para garantizar, de manera transitoria, el derecho a la tutela judicial efectiva o asegurar la materialización de un derecho futuro sobre el que se tiene una expectativa, gracias a su naturaleza preventiva.

En cuanto a la solicitud de las medidas cautelares, se pueden presentar ya sea dentro del proceso judicial o fuera de este, por ejemplo, cuando se está practicando una prueba extraprocésal.

Al respecto, el Código General del Proceso, en el artículo 589 establece la posibilidad de practicar medidas cautelares extraprocésales en las siguientes palabras:

En los asuntos relacionados con violaciones a la propiedad intelectual, la competencia desleal y en los demás en que expresamente una ley especial permita la práctica de medidas cautelares extraprocésales, estas podrán solicitarse, decretarse y practicarse en el curso de una prueba extraprocésal (Rueda, 2012).

A pesar de que en este artículo el Código se refiere de manera particular a temas de propiedad intelectual y competencia desleal, abre la posibilidad de que se presenten -en otros casos-, pero en esta oportunidad no se ahondará al respecto.

Dentro de las características fundamentales o requisitos de las medidas cautelares, la jurisprudencia española se refiere particularmente a tres elementos: el *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y la presentación de contracautelas. (Trujillo Londoño, 2014)

En la legislación colombiana, aunque el Código General del Proceso en ninguno de sus artículos establece estos criterios, no son ajenos a esta, pues en varias ocasiones las altas cortes los han mencionado dentro de sus sentencias; por lo tanto, se encuentran adoptadas en el ordenamiento colombiano mediante la jurisprudencia.

El Consejo de Estado, en sede de lo contencioso - administrativo ha desarrollado estos criterios, refiriéndose, en un primer momento al *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho, que de acuerdo con esta corporación se configura cuando el juez encuentra posible la existencia de un derecho luego de realizar una inferencia

o apreciación provisional, sin que esto implique prejuzgamiento; y el *periculum in mora* o peligro en la demora, que justifica el decreto y la práctica de medidas cautelares por la evidencia de un daño que puede ser el resultado del transcurrir del tiempo y/o la insatisfacción de determinado derecho (*Consejo de Estado*, 2018).

En cuanto a la caución que debe presentar el interesado en que se decrete la medida, el numeral segundo del artículo 590 del Código General del Proceso, establece:

Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica (Rueda, 2012).

Esto denota que la *contracautela* es una especie de garantía o reparación en favor de la persona que está soportando la medida cautelar, en el evento en que el juez decida en su favor, negando las pretensiones del demandante y el demandado se haya visto afectado con la práctica de la cautela.

Sin embargo, en lo que tiene que ver con el proceso ejecutivo, como se parte de la certidumbre del derecho reflejado en el título ejecutivo que se presenta en el proceso, el art. 599 de mismo código -en el inciso 5º-, establece que no es necesario que el ejecutante preste caución y que solamente se requerirá si se presenta una situación en particular.

En los procesos ejecutivos, el ejecutado que proponga excepciones de mérito o el tercer afectado con la medida cautelar, podrán solicitarle al juez que ordene al ejecutante prestar caución hasta por el diez por ciento (10%) del valor actual de la ejecución para responder por los perjuicios que se causen con su práctica, so pena de levantamiento (Rueda, 2012).

El ejecutado, además, puede solicitar al juez que se le embarguen otros bienes, acompañando su solicitud con la relación de todos los bienes que hagan parte de su propiedad; así mismo, el demandante obtiene la facultad de pedir al juez que, haciendo uso de sus poderes de ordenación e instrucción, le facilite información sobre los bienes en propiedad del ejecutado (Londoño, 2014).

Entonces, sólo ante la eventual proposición de excepciones de mérito por parte del ejecutado será necesario prestar caución, esto se debe al retorno al estado de incertidumbre sobre el derecho incorporado en el título valor que se pretende ejecutar. El Libro Cuarto del Código General del Proceso -a partir del Capítulo II-, consagra las medidas cautelares que se pueden solicitar en los procesos ejecutivos, que son el Embargo y el Secuestro.

Embargo de la Posesión

Cuando se habla del embargo de bienes, generalmente se relaciona esta medida cautelar con la restricción que se hace al derecho de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles, y se tiene la creencia de que solamente se puede decretar en cabeza del propietario, pues es poco común que se embarguen otros derechos sobre bienes inmuebles, como la posesión. Sin embargo, el Código General del Proceso, establece en el numeral 3º del artículo 593 la posibilidad de embargar la posesión de bienes inmuebles, la cual lleva consigo el simultáneo secuestro del bien, por lo tanto no debe existir incertidumbre sobre la posibilidad o no de solicitar esta medida cautelar.

De acuerdo con Franco, Reyna, & Gómez (2018), la posibilidad de embargar la posesión de bienes inmuebles reporta grandes beneficios a nivel procedimental y sustancial, pues permite a los acreedores perseguir la posesión, como elemento integrante del patrimonio del deudor para lograr la garantía de satisfacción de sus créditos; además, la posibilidad de que el bien sea llevado a remate y una vez terminado este proceso, el adquirente de la posesión pueda recurrir a la suma de posesiones e invoque la prescripción adquisitiva del dominio sobre el bien que había sido afectado con la medida de embargo, sin tener que esperar a cumplir por su propia cuenta con el tiempo requerido para la prescripción ordinaria o extraordinaria.

Sobre esto último, el artículo 2521 del *Código Civil* instituye la figura jurídica de la suma de posesiones bajo los siguientes términos: “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” (Jiménez Moriones, 2019); por lo tanto, si el adquirente del derecho de posesión desea invocar este artículo deberá tener en cuenta el presupuesto que establece el mismo, es decir la necesidad de que la posesión haya sido sucesiva e ininterrumpida.

Sobre la posibilidad de que se configure, con el decreto y práctica del embargo, una interrupción de la posesión, la Corte Suprema ha determinado que:

El embargo no interrumpe ni la posesión ni la prescripción, porque la ley no ha reconocido esto como causa de interrupción natural o civil, como puede verse en los artículos 2523 y 2524 del Código Civil, y no habiéndose tratado en las ejecuciones mencionadas de recurso judicial intentado por el que ahora se pretende verdadero dueño de la cosa contra el poseedor, mal puede llamarse eso interrupción civil (M.P. Luis Armando Tolosa Vilabona, 2017).

Por lo tanto, la Corte Suprema da a entender la medida cautelar de embargo, pero no constituye interrupción, pues no se consagra como tal y está más allá de las causales de interrupción de la posesión establecidas taxativamente por la ley.

Remate Judicial de la Posesión

El Código General del Proceso -en su artículo 448- señala que para que proceda la diligencia de remate de un bien, este debió ser previamente embargado, secuestrado y avaluado (Rueda, 2012). Por lo tanto, extendiendo el contenido de la disposición de este artículo al remate del Derecho de posesión, se entiende que debe cumplir los mismos requisitos.

El remate de la posesión, dada su naturaleza de venta forzada, resulta para el adquirente en una fuente de dudas e incertidumbre, pues si bien es cierto que permite a esta persona reclamar eventualmente la prescripción adquisitiva de la propiedad del inmueble sobre el cual adquirió la posesión, Franco, Reyna, & Gómez (2018) consideran que se trata de un derecho incierto, pues no configura un derecho real y, en ese sentido, es necesario que el legislador defina las garantías que obtiene el comprador ante la eventual pérdida de la posesión en el caso de que el propietario del bien decida presentar la acción reivindicatoria, lo que en ese caso podría dar lugar a una indemnización.

Con esto, parece ser que el ordenamiento jurídico colombiano presenta un vacío en lo que se refiere a salvaguardar los derechos de las personas que resulten compradores del Derecho de posesión de los inmuebles que son llevados a remate; sin embargo, a continuación se estudiará la existencia de esas garantías.

Capítulo II

Garantías del Comprador del Derecho de Posesión: Prescripción Adquisitiva de Dominio, Suma de Posesiones

Una de las facultades que se le otorgan al adquirente del Derecho de posesión es la posibilidad de utilizar la figura jurídica de la suma de posesiones para completar el tiempo que se requiere para adelantar el proceso de prescripción adquisitiva del dominio, ya sea ordinaria o extraordinaria. Esta prescripción, también denominada *usucapión*, es “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” (Gómez, 1960, como se citó en Muñoz Andrade, s.f.).

La definición legal de esta figura se encuentra en el Código Civil, artículo 2512:

La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. (Franco, Reyna, & Gómez, 2018)

Esto deja claro que la prescripción aplica como modo de adquirir, pero también sucesivamente para extinguir los derechos de otro, y más adelante, el mismo código en los artículos 2518 y 2535, se refiere tanto a la prescripción adquisitiva como de la prescripción extintiva, respectivamente.

Para este trabajo, interesa solamente la prescripción adquisitiva del dominio o usucapión, que a su vez se divide, como ya se mencionó, en ordinaria y extraordinaria; de hecho, esta clasificación se relaciona directamente con las clases de posesión reconocidas por el ordenamiento jurídico colombiano.

La posesión regular, de acuerdo con el Código Civil, concierne a aquella en la que concurren la existencia de un justo título y buena fe al momento de adquirir la posesión; por otro lado, en la posesión irregular, según el artículo 770, hay ausencia de uno o ambos de estos requisitos. Esa necesidad de justo título para la posesión regular, se refiere a la existencia de un título en el que se encuentren todos los requisitos necesarios para trasladar o constituir la propiedad. El artículo 765 del Código Civil explica que son títulos “constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción [así mismo,] son traslaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos” (Jiménez Moriones, 2019).

Por otra parte, los títulos traslaticios de dominio son -en pocas palabras-, acuerdos en los que las personas plasman su voluntad de transferir un derecho; en virtud de este título naturalmente se generan obligaciones que, como contraprestación, implicarán la transmisión de un derecho real. Entonces, si del título contiene obligaciones de dar, es título traslativo, pero si solamente contiene obligaciones de hacer o no hacer, no será válido como justo título (Jaramillo, 2005).

Desde luego, el artículo 768 de Código Civil define de manera general la buena fe, que además cuenta con una presunción en favor, según el artículo 769 del mismo código; entonces, quien pretenda desvirtuarla, deberá demostrar la mala fe, pero para demostrarla es necesario entenderla. Siendo así, encontramos que la mala fe:

Es la actitud de quien trata de obtener beneficios a costa del perjuicio ajeno, aprovechando la ignorancia o la falta de capacidad del otro, quien pretende ser, como se dice popularmente, “más vivo que todos” y busca el esguince de la norma para perjudicar a los demás. (Serrano Gómez R. y., 2012)

Entonces, el poseedor regular o de buena fe es esa persona que está convencida de ser el propietario, y actúa de forma inocente y sin malicia, creyendo que el título que se se le entregó cumplía con los requisitos de ley y era *traslativo de dominio*.

Entonces si se reúnen la buena fe y un justo título, se configura la posesión regular necesaria para solicitar una prescripción ordinaria, diferente de la prescripción extraordinaria que se configura en los casos de posesión irregular.

Muñoz Andrade (s.f.) propone que para que proceda la prescripción adquisitiva, deben reunirse tres requisitos; el primero es que se trate de un bien susceptible de ser adquirido por este modo; en segundo lugar que haya previa posesión y, finalmente, que se posea el bien por el término señalado en la ley.

Sobre el primer requisito, Andrade establece que:

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 Civil 35, bienes del patrimonio arqueológico y los bienes fiscales. (Muñoz Andrade, s.f.)

A su vez, el artículo 2518 del Código Civil establece que los bienes susceptibles de prescripción son “los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales” (Franco, Reyna, & Gómez, 2018); la última parte del artículo hace referencia al segundo de los requisitos: haber ejercido posesión sobre el bien que se pretende prescribir.

El tercer requisito, referente al *pazo* o tiempo durante el que se debe poseer un bien para luego solicitar la prescripción ordinaria, se encuentra señalado en el artículo 2529 del Código Civil, esto es: “El tiempo necesario a la prescripción ordinaria es de tres (3) años para los muebles y de cinco (5) años para bienes raíces”. (Jiménez Moriones, 2019)

Y también, en el mismo código pero en el artículo 2532, se determina que para la prescripción extraordinaria se cuenta con un término de 10 años, sin importar si se trata de bienes muebles o inmuebles.

Ahora bien, si se trata -como se plantea en este artículo-, de la posibilidad de acceder a la suma de posesiones, entendida como una herramienta jurídica que permite al poseedor de un bien adicionar a su posesión una posesión anterior con el fin de adquirir la propiedad de dicho bien según Vargas Moreno y Morcote González (2022); es preciso considerar que esta figura “procede cuando entre el poseedor actual y el anterior existe un vínculo jurídico, ya sea entre vivos o por causa de muerte” (Muñoz Andrade, s.f.), es decir que si se habla de la suma de posesiones *mortis causa*, se trata de la aceptación mediante la ley de que al momento de la muerte de una persona, él o los herederos le suceden en la posesión de los bienes que se encuentren dentro de la sucesión. Por otro lado, la suma de posesiones por acto entre vivos, se refiere a la celebración de un negocio jurídico entre el antecesor y el nuevo poseedor que reclama.

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia del 30 de junio de 2020, explicó que:

Para que la suma de posesiones pueda ser aplicada, debe cumplirse con tres exigencias, que son acumulativas: 1) Un título idóneo que sirve de vínculo sustancial

entre el antecesor y el sucesor que reclama. 2) Que la posesión ejercida por el antecesor y el sucesor sea continua e ininterrumpida, y 3) Que haya habido entrega real del bien que permita al sucesor realizar actos de señorío en ejercicio de su posesión. (M.P. Martha Cecilia Ospina Patiño, 2020)

En ese orden de ideas, si el adquirente del derecho de posesión desea invocar durante un proceso de prescripción adquisitiva, la figura de la suma de posesiones, debe asegurarse de reunir los requisitos que describió el Tribunal, a saber: un título idóneo, lo que significa que debe ser poseedor regular, con justo título y buena fe; su posesión debe ser continua e ininterrumpida, de conformidad con lo estipulado en los artículos 2522 y 2523 del Código Civil, y también la persona que le vendió el Derecho de posesión, debió hacerle una entrega material del bien sobre el que el comprador pudiese ejercer los actos de señor y dueño característicos de la posesión.

¿La compra del Derecho de Posesión otorga el justo Título?

Como se dijo en el título anterior, si se pretende hacer suma de posesiones, el nuevo poseedor debe tener la calidad de poseedor regular, es decir, requiere de un justo título y buena fe, de acuerdo con el artículo 764 del Código Civil. La buena fe, como ya se indicó y según el artículo 768 del mismo código, se refiere a la creencia que tiene el poseedor de haber adquirido el dominio del bien por vías legítimas exentas de todo vicio.

Adicionalmente, requiere de justo título, que como se mencionó debe ser traslativo de dominio y, de acuerdo con el planteamiento de Serrano Gómez (2008), si se trata de bienes inmuebles debe elevarse a escritura pública. Serrano también enumera las que considera son las características del justo título.

- i. El título debe ser verdadero, lo que significa que significa que debe tener “existencia legal; desde este punto de vista no es justo título el falsificado, material o intelectualmente, o por falta de autenticidad notarial” (Serrano Gómez R. , 2008).
Sobre la posibilidad de tachar la veracidad del título cuando se trata de venta de cosa ajena, propone que esta característica no se vea alterada, pues la venta de cosa ajena es válida en Colombia y adquiere efectos de justo título, de conformidad con el artículo 1871 del Código Civil.
- ii. El título no puede estar afectado de nulidad.
- iii. Debe ser traslativo de dominio.
- iv. Si se trata de bienes inmuebles, “se le exige al título que reúna las solemnidades de la escritura pública y la inscripción en el folio de matrícula” (Serrano Gómez R. , 2008).

- v. Para bienes muebles, “el título debe cumplir con los requisitos para la tradición de esa clase de bienes, según el artículo 754 del Código Civil” (Serrano Gómez R. , 2008).
- vi. Finalmente, agrega que se debe verificar la existencia física del título.

En cuanto a la cuarta característica y en relación con la afirmación de Serrano sobre la necesidad de solemnidades cuando el título se refiere a un bien inmueble, si bien por regla general y de conformidad con el artículo 12 del Decreto 960 de 1970 “deberán celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, y en general aquellos para los cuales la Ley exija esta solemnidad” (Decreto 960, 1970), la Corte Constitucional, en Sentencia C-750 de 2015 aclara que la posesión inscrita no existe en Colombia:

Este Tribunal precisa que la posesión tiene una concepción material, denotación que excluye la posibilidad de que la inscripción de la detentación de la posesión pueda ser considerada como una especie de esa institución jurídica. Dicha conclusión se sustenta en que el registro de los predios en las oficinas de instrumentos públicos carece de efectos posesorios, al punto que no puede fungir como una forma de restricción de la protección de la posesión, puesto que es un elemento irrelevante para ésta. En otras palabras, la posesión inscrita no existe en el ordenamiento jurídico colombiano. (M.P. Alberto Rojas Ríos, 2015)

Además, la Corte dilucida que la posesión material, a diferencia de la inscrita, es coherente con la función social de la propiedad, pues “quien adquiere un inmueble no lo hace para tener simplemente un título o un derecho abstracto sobre el mismo, sino para satisfacer necesidades o utilizarlo y extraer de él lo que requiera” (M.P. Alberto Rojas Ríos, 2015).

Por lo tanto, a pesar de existir en el Estatuto de Notariado y Registro, la disposición que indica la necesidad de celebrar mediante escritura pública todos los actos referidos a bienes inmuebles, la Corte deja claro que en temas de posesión no se requiere de esa inscripción -en ese entendido-, en el evento de que alguien adquiera mediante compra la posesión de un bien inmueble, extendiendo la interpretación de la Corte, no sería necesario elevar ese contrato de venta a escritura pública y, en ese orden de ideas, el simple contrato haría las veces de justo título necesario para establecer la posesión regular y poder solicitar la prescripción adquisitiva del bien, alegando la figura de la suma de posesiones.

Ausencia de regulación sobre la posibilidad de indemnizar al adquirente

Además de la facultad de *usucapir* el bien y solicitar la suma de posesiones que adquiere el comprador del derecho de posesión luego de un remate judicial, se encuentra un vacío en las normas referente a las garantías del comprador frente a los

perjuicios que eventualmente podría sufrir el adquirente luego de que, una vez el Estado le haga entrega del bien, el propietario inicie acción reivindicatoria para que se haga valer su derecho real de propiedad o, si dicha posesión no lleva más de 4 meses, el propietario puede presentar una querrela policiva por perturbación de la propiedad.

Entendiendo esto, el legislador debería considerar la posibilidad de exigir una garantía por “las indemnizaciones que pudiera tener ese adquirente, ante la pérdida de la posesión frente a una eventual acción reivindicatoria por cuenta del titular del derecho de dominio, en caso de no cumplir el requisito del tiempo previsto por el legislador para prescribir aun sumando posesiones” (Franco, Reyna, & Gómez, 2018), de esta forma se protegerían los derechos del comprador y se revestiría a la compraventa de la posesión con mayor seguridad jurídica.

Conclusiones

La posesión es una figura de derecho que está reconocida legalmente dentro del ordenamiento jurídico colombiano en el artículo 762 del Código Civil, en el que se desarrolla bajo la teoría de la voluntad de Savigny con los elementos de *corpus* y *animus*, que además permiten que se pueda diferenciar la posesión con la mera tenencia.

Las medidas cautelares presentan tres características: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y *contracautela*. En los procesos ejecutivos, es posible solicitar el embargo y secuestro del derecho de posesión de inmuebles, pues el artículo 593 del Código General del Proceso lo permite; la puesta en marcha de esta medida cautelar asume el objetivo de garantizar de manera transitoria el derecho a una tutela judicial efectiva, ya que intenta asegurar la materialización de un derecho sobre el cual se alienta una expectativa.

Con el embargo del derecho de posesión de inmuebles se favorece al acreedor porque se constituye una garantía para los créditos con la posibilidad de llevar a remate judicial este derecho. Sin embargo, se evidencia que además de la posibilidad que obtiene el adquirente del derecho de posesión de invocar la prescripción adquisitiva de dominio y solicitar la suma de posesiones, siempre que ostente un título, la posesión sea ininterrumpida y se haya hecho entrega real del bien; actualmente, en la regulación colombiana no existen garantías para el comprador del derecho de posesión de inmuebles, frente a los perjuicios que se le puedan ocasionar en caso de que, por ejemplo, el propietario del bien inicie acción reivindicatoria antes de que el poseedor pueda acudir a la prescripción para adquirir la propiedad del bien.

Referencias

- Barrios Angulo, A. (30 de Mayo de 1958). “La posesión inscrita en el derecho colombiano”. 568 - 577. *Estudios de Derecho*. doi:<https://doi.org/10.17533/udea.esde.333140>
- Carnelutti, F. (s.f.). *Cómo se hace un proceso*. Editorial Juris. Recuperado de <https://gmhabogados.com.co/wp-content/uploads/2018/04/Carnelutti-Como-se-hace-un-proceso.pdf>
- Consejo de Estado. (7 de Mayo de 2018). Sentencia 00291. *Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección Primera*. Bogotá. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87560>
- Decreto 960. (5 de Agosto de 1970). Por el cual se expide el Estatuto del Notariado. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0960_1970.html
- Franco, C. J., Reyna, C. V., & Gómez, M. Y. (Noviembre de 2018). *Vicisitudes del Embargo, Secuestro y Remate de la Posesión de Bienes Sujetos a Registro - Automotores*. Cúcuta, Colombia : Universidad Libre de Colombia .
- Herrera Montañez, D. A. (2012). “El título ejecutivo: presupuesto de ejecución e instrumento de intimación al pago”. Universidad del Rosario. Recuperado de: https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=BKKkDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA45&dq=t%C3%ADtulo+ejecutivo+en+colombia&ots=HURG-cQu7dP&sig=cYRxp1CBnicYrH_VzHQq9bqElXc&redir_esc=y#v=onepage&q=t%C3%ADtulo%20ejecutivo%20en%20colombia&f=false
- Jaramillo, F. J. (2005). *Derecho civil bienes II: posesión y prescripción adquisitiva*. Bogotá: Leyer. doi:ISBN 9789586908641
- Jiménez Moriones, O. L. (26 de Mayo de 2019). *Código Civil* (42ª ed.). Colombia: Legis.
- Londoño, F. J. (2014). Las medidas cautelares en el contexto del Código General del Proceso colombiano. *Criterio Jurídico Garantista*. Recuperado de: <http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/view/446>
- M.P. Alberto Rojas Ríos. (10 de Diciembre de 2015). Sentencia C-750. Bogotá. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-750-15.htm>
- M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (15 de Mayo de 2013). Sentencia C-279. Bogotá. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-279-13.htm>

- M.P. Juan Carlos Henao Pérez. (28 de Abril de 2011). Sentencia T-302. Bogotá. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-302-11.htm>
- M.P. Luis Armando Tolosa Vilabona. (18 de Julio de 2017). SC19903-2017. Bogotá. Recuperado de: <https://www.google.com/search?q=SC19903-2017&oq=SC19903-2017&aqs=chrome..69i57j0i8i13i30.751j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>
- M.P. Martha Cecilia Ospina Patiño. (30 de Junio de 2020). Sentencia Segunda Instancia. Radicado: 05001 31 03 004 2016 000623-01. *Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Civil*. Medellín. Recuperado de: <https://app-vlex-com.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/#search/jurisdiction:-CO,US,BO,BR/suma+de+posiciones/WW/vid/850356894>
- Muñoz Andrade, L. M. (s.f.). “Algunas anotaciones sobre la Prescripción Adquisitiva”. *Revista Estudiantil de Derecho Privado*. Recuperado de: <https://red.uexternado.edu.co/algunas-anotaciones-sobre-la-prescripcion-adquisitiva>
- Prieto Monroy, C. A. (2014). “Acerca del proceso ejecutivo: Generalidades y su legitimidad en el Estado Social de Derecho”. *Via Iuris*, (8), 41-61. Recuperado de: <https://revistas.libertadores.edu.co/index.php/ViaIuris/article/view/72>
- Ramos, L. E. (2017). “Análisis comparado sobre el concepto de tutela judicial efectiva entre los países de Colombia y España”. 9, 1, 128 -144 . *Erg@ omnes*. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/267966746.pdf>
- Real Academia Española. (s.f.). Recuperado de: <https://dle.rae.es/proceso?m=form>
- Rengifo Gardeazábal, M. (2006). “Teorías de la Posesión”. *Revista de Derecho Privado*, No. 36, 3-75.
- Rueda, M. d. (12 de Julio de 2012). *Código General del Proceso* (8ª ed.). Colombia: Legis.
- Serrano Gómez, R. (2008). “La desnaturalización del justo título y de la prescripción ordinaria. Análisis a las leyes 1182 y 1183 de 2008”. *Temas Socio-Jurídicos*, 26 (54), 136-156. Recuperado de: <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/988>
- _____ (2012). “Aportes jurisprudenciales y doctrinales sobre la prescripción adquisitiva del dominio y el justo título en el derecho colombiano”. 100 - 125 . *Entramado*. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1900-38032012000100008&lng=en&tlng=es.
-

- Tenera Barrios, F., & Mantilla Espinosa, F. (Junio de 2006). “El concepto de derechos reales”. 117 - 139 . Universidad de Los Andes. Recuperado de: <https://pure.urosario.edu.co/ws/portalfiles/portal/22130469/pri152.pdf>
- Trujillo Londoño, F. J. (2014). “Las medidas cautelares en el contexto del Código General del Proceso Colombiano”. *Criterio Jurídico Garantista Año 6, No. 11*, 176-185. Recuperado de: <http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/download/446/430>
- Vargas Moreno, Y. F. (18 de febrero de 2022). “La suma de posesiones en Colombia: Nexo jurídico jurisprudencial hacia un estándar de prueba en el proceso de pertenencia”. *Justicia, Sociedad y Derecho*. doi:<https://doi.org/10.24267/25009389.692>