



La prescripción adquisitiva de dominio sobre una porción de un inmueble no sometido al régimen de propiedad horizontal en Colombia – análisis legal, doctrinal y jurisprudencial

Víctor Andrés Molina Escobar

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal

Tutor

Tania Carolina Rivera Fernández, Especialista en Derecho Procesal Civil

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Procesal
Medellín, Antioquia, Colombia

2022

Cita	(Molina Escobar, 2022)
Referencia Estilo APA 7 (2020)	Molina Escobar, V. A. (2022). <i>La prescripción adquisitiva de dominio en parte de un inmueble no sometido al régimen de propiedad horizontal en Colombia</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.



Especialización en Derecho Procesal, Cohorte XV.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decano: Luquegi Gil Neira.

Coordinadora de Posgrados: Juliana Pérez Restrepo.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

De acuerdo con la jurisprudencia que tradicionalmente ha imperado en la Corte Suprema de Justicia, no es posible la adjudicación por vía de la prescripción adquisitiva de dominio, de un piso o apartamento de un inmueble no sometido al régimen de propiedad horizontal, pues al no tener matrícula inmobiliaria carece de individualización, además de que la misma Corte sigue la teoría de la accesión por edificación, lo que conlleva a que cualquier diferencia entre el propietario y quien plantó sobre su edificación otro nivel o apartamento, debe dirimirse de conformidad con lo señalado en el artículo 739 del Código Civil; empero, la posibilidad de que esta jurisprudencia pueda cambiar apareció con la sentencia SC4649-2020 de la misma Corte, abriendo la puerta a que sea posible la usucapión sin que exista reglamento de propiedad horizontal, pues la individualización de la fracción de la edificación se puede cumplir cuando el nivel o apartamento es independiente del otro u otros, cuando este físicamente separado uno del otro y que tengan entradas diferentes. Este escrito describe y analiza las argumentaciones en uno y otro sentido, dejando plantada la posibilidad de cambio que se puede dar en la jurisprudencia, con los procesos de pertenencia en niveles o apartamentos de inmuebles no sometidos al régimen de propiedad horizontal.

Palabras clave: prescripción adquisitiva, régimen de propiedad horizontal, reglamento de propiedad horizontal, accesión.

Abstract

According to the jurisprudence of the Supreme Court of Justice, it is not possible the adjudication by means of the acquisitive prescription of dominion, of a floor or apartment of a property not subject to the horizontal property regime, because not having real estate registration, it lacks individualization, in addition to the same Court follows the theory of accession by building, which means that any difference between the owner and the person who planted another level or apartment on his building, must be settled with what is stated in article 739 of the Civil Code; but,

the possibility that this jurisprudence could change, appeared with the sentence SC4649-2020 of the same Court, opening the door to usucapion being possible without there being a regulation of horizontal property, since the individualization of the fraction of the building is can be met when the level or apartment is independent of the other or others, when it is physically separated from each other and they have different entrances. This writing describes and analyzes the arguments in both directions, leaving open the possibility of change that can occur in the jurisprudence with the processes of ownership in levels or apartments of real estate not subject to the horizontal property regime.

Keywords: Acquisitive prescription, horizontal property regime, horizontal property regulation, accession.

Sumario

Introducción. 1. Generalidades sobre la prescripción. 1.1 Historia de la prescripción. 1.2 La prescripción adquisitiva en el derecho colombiano. 1.3 La posesión en el derecho colombiano. 2. Propiedad horizontal. 2.1 Definición y regulación legal. 2.2 Oportunidad para constituir la propiedad horizontal. 3. Accesión. 3.1 Concepto. 3.2 Función social de la propiedad. 4. Argumentos jurisprudenciales. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

El presente estudio aborda las dificultades que reviste la figura de la prescripción adquisitiva de dominio, cuando se trata de la declaración de pertenencia en una porción o parte de un inmueble no sometido al régimen de propiedad horizontal; esto es, que una persona solicite a un juez la declaratoria de pertenencia de un nivel o un apartamento independiente e individualizado materialmente, pero que, desde el punto de vista jurídico, hace parte de un edificio no sometido al régimen de propiedad horizontal, por lo cual no tiene identidad jurídica independiente.

Desde la década del 50 en Colombia, se ha tenido un aumento gradual de la migración de la población rural hacia los centros poblados y en los últimos años ha sido mucho mayor, lo que ha

ocasionado el crecimiento excesivo de la población en las ciudades y por ende, la escasez de vivienda, es por ello que los padres de familia que adquirieron una propiedad, cuando sus hijos empiezan a formar sus propios hogares, les brindan el apoyo necesario, y esto se traduce en que le regalan o venden en precios económicos, el mal llamado “aire” de sus propiedades, para que éstos construyan sus casas en otros nivel de la propiedad y se empiece a expandir la construcción en un edificio de apartamentos independientes e individualizados.

Pero con el paso del tiempo, esos hijos o personas que han estado ejerciendo posesión sobre dichos niveles o apartamentos en edificios no sometidos al régimen de propiedad horizontal, mismos a los que le han hecho mejoras y nunca los han abandonado, empiezan a tener problemas para legalizar sus posesiones, porque en ocasiones sus padres han fallecido y los herederos quieren desconocer aquella posesión, o porque han vendido sus posesiones y los nuevos poseedores quieren adquirir la propiedad de lo poseído, pero no se ponen de acuerdo con quien figura como propietario inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble para realizar el reglamento de propiedad horizontal y así poder abrir las nuevas matrículas inmobiliarias de esos niveles o apartamentos, de manera que cada uno quede como propietario del inmueble que efectivamente construyó o que compró, separado de los demás que pudieron resultar en dicha edificación.

También sucede frecuentemente que, una persona, por desconocimiento de las normas jurídicas que regulan la materia, adquiere por compraventa no registrada, o inclusive por promesa de compraventa, un piso de una propiedad, que como se indicó anteriormente, desde el punto de vista material tiene varios pisos construidos, pero no se encuentra sometido a régimen de propiedad horizontal; en este caso, al igual que lo indicado en el párrafo anterior, los problemas surgen con posterioridad a la adquisición de la propiedad, no solo por los conflictos que pueden presentarse con los habitantes de los otros pisos, sino también por la eventual intención de vender ese derecho. Esto por cuanto, la persona que adquirió, desde el punto de vista jurídico, no es propietaria de ese inmueble.

Ahora bien, tratándose de la prescripción adquisitiva de dominio de un inmueble de menor extensión que se encuentra dentro de otro de mayor extensión, no existe discusión dentro de los operadores jurídicos, pues si se cumple con los requisitos, además de estar individualizado por cabida y linderos, se ordena a la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente, la apertura de un nuevo folio de matrícula inmobiliaria, para que se inscriba la sentencia en la cual se

le adjudica la propiedad solicitada por el poseedor, quedando así la matrícula inmobiliaria del inmueble de mayor extensión con la correspondiente anotación registrada, en la cual, se da cuenta de la apertura de un nuevo folio de matrícula con base en ésta.

En cambio, sí existe inconveniente para que se pueda llegar a feliz término en un proceso de prescripción adquisitiva de dominio cuando se trata de un nivel o apartamento en un bien inmueble no sometido al régimen de propiedad horizontal, toda vez que, tradicionalmente se ha determinado por la jurisprudencia y la doctrina, que este tipo de declaración no procede en dichos inmuebles, pues se tiene la teoría de la accesión por edificación, según la cual, cuando se construye por superposición de una primera planta o nivel arraigado al suelo, las discusiones jurídicas que se puedan generar entre el dueño del terreno y quien construyó, se deben discutir a la luz del artículo 739 del Código Civil, por tratarse del fenómeno de accesión de cosa mueble a inmueble; esto es, que el dueño del terreno donde otra persona construyó sin su consentimiento tendrá derecho de hacer suyo lo construido, mediante una indemnización a favor del poseedor u obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno con indemnización de perjuicios. En ese sentido, no se reconoce la posibilidad de declarar como propietario, por usucapión, al poseedor de un inmueble no sometido a propiedad horizontal.

Sumado a esto, al acudir a la jurisprudencia y la doctrina nacional en busca de respuestas a las dificultades advertidas, no se encuentran soluciones concretas al respecto, ya que casi todas las decisiones que se han enmarcado en resolver las solicitudes de prescripción adquisitiva de dominio en porciones de inmuebles, cuando se trata de un nivel o apartamento en un bien no sometido al régimen de propiedad horizontal, han sido resueltas desfavorablemente, solo una decisión de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia SC4649 del 03-09-2020, del Magistrado Ponente Octavio Augusto Tejeiro Duque, ha originado la posibilidad de llegar a adquirir por la figura de la prescripción adquisitiva de dominio dichos inmuebles, pues en ella se accedió a la pretensiones del demandante.

De manera que el escenario general sobre este tópico se torna gris, y la única alternativa nacida de los pronunciamientos jurisprudenciales no basta para orientar soluciones a este problema, sin embargo, si marca un inicio y por tanto un avance a la posibilidad de que se pueda adquirir por la declaración de pertenencia una porción o parte de un inmueble no sometido al régimen de propiedad horizontal.

Así las cosas, este estudio expone el estado del arte de la prescripción adquisitiva de dominio, cuando se trata de la declaración de pertenencia respecto de una porción o parte de un inmueble no sometido al régimen de propiedad horizontal, su tratamiento jurisprudencial y doctrinario. Ello se hace a través de cuatro capítulos en los que se vierten los resultados de las búsquedas adelantadas en la obra de autores como Alessandri, A. & Somarriva, M. (1987); Gómez Colmenares, E. (1993); Ochoa Carvajal, R. H. (2006); Parra Quijano, J. (1995); entre otros, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y los tribunales de distrito judicial - Sala Civil.

El primer capítulo da cuenta de la prescripción adquisitiva de dominio a partir de una breve reseña histórica y su desarrollo normativo. El segundo capítulo da a conocer la figura de la propiedad horizontal y su regulación legal. El tercer acápite señala el concepto de accesión y su relación con la prescripción adquisitiva de dominio. El cuarto capítulo indica las razones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia por las cuales no se puede acceder a la prescripción adquisitiva de dominio en una fracción o parte de un inmueble no sometido a régimen de propiedad horizontal y de la única sentencia en que si se accedió a ello. Finalmente, se presentan las conclusiones más relevantes encontradas en torno a la posibilidad de adquirir por prescripción adquisitiva de dominio una porción o parte de un inmueble no sometido al régimen de propiedad horizontal, destacando las soluciones que se han dado a esta problemática.

1. Generalidades sobre la prescripción

La prescripción es una forma de adquirir las cosas y a la vez, extinguir derechos ajenos, por haberse poseído tales cosas o no haber ejercido dichos derechos en un periodo de tiempo señalado por la ley; así lo dice expresamente el art. 2512 del Código Civil. Si analizamos tal definición, podemos observar que la prescripción tiene dos modos: la prescripción adquisitiva, que como su nombre lo dice, su finalidad consiste en poder adquirir cosas ajenas, en este caso, por haberlas poseído durante un periodo de tiempo señalado por la ley y haber cumplido unos requisitos legales (Escobar Vélez, 2016, pág. 55). Y la prescripción extintiva cuyo fin es extinguir los derechos por no haber sido ejercidos durante un periodo de tiempo estipulado por la ley, con el cumplimiento igualmente de los requisitos legales (Hinestrosa, 2006, pág. 11).

Así las cosas, la prescripción adquisitiva tiene un efecto positivo, su aplicación tiende a estar ligada a los derechos reales, por lo cual se debe tener posesión de hecho (aprehensión de la cosa) sobre los bienes, ya sean muebles o inmuebles, lo cual conducirá a poder adquirir la propiedad de esos bienes convirtiendo esa posesión de hecho en posesión de derecho o propiedad. Diferente a la prescripción extintiva, pues su efecto es negativo, toda vez que se puede aplicar a los derechos reales que se dejaron de ejercer o a las acciones en los créditos que se dejaron de ejecutar, lo cual conduce a extinguir el derecho del propietario que no ejerció su derecho o la acción como acreedor (Gómez, 1960, pág. 452-453).

De otro lado, la prescripción adquisitiva tiene como característica que es un modo originario, pues quien está ejerciendo posesión sobre una cosa no la recibe de alguien más y al momento de ser declarada a su favor la cosa queda libre de todo gravamen o vicio; igualmente, se considera que la prescripción es a título gratuito, pues el prescribiente no debió pagar a nadie por obtener el derecho, ya que es producto del ejercicio de la posesión con todos sus requisitos legales. (Consejo Superior de la Judicatura, 2011, pág. 24)

Por otra parte, la prescripción lleva implícita la búsqueda de la seguridad jurídica, la terminación de una incertidumbre o inquietud y la necesidad de que no se prolonguen de forma indefinida situaciones jurídicas expectantes (Escobar Vélez, 2016, págs. 46-47), en la medida en que el sujeto beneficiado con ella tendrá la seguridad de que en un momento específico, no podrá ser despojado del bien del cual es poseedor, o si se trata de prescripción extintiva, sabe de antemano que existe un momento en el tiempo en el que no podrá ser obligado a cumplir.

Así lo ha dicho la Corte Constitucional:

La usucapión y la prescripción extintiva corresponden a una decisión de política legislativa contraria a la idea de perpetuidad de los derechos, que busca hacer coincidir la realidad (la posesión continua o la inacción prolongada), con el ordenamiento jurídico para, por una parte, premiar a quien explota los derechos reales, a pesar de no ser su titular, pero que desarrolla la función social de la propiedad (artículo 58 de la Constitución), en el caso de la usucapión y, por otra parte, conminar a la definición pronta y oportuna de las situaciones jurídicas, so pena de exponerse a perder el derecho o la acreencia, en el caso de la prescripción extintiva. En este sentido, para imprimir certeza en el tráfico jurídico y sanear situaciones de hecho, la prescripción materializa la seguridad jurídica, principio de valor constitucional que podría resultar comprometido por la indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes: la posesión

del derecho real ajeno o la inacción en la reclamación de los derechos u obligaciones. Al otorgar una respuesta jurídica a situaciones de hecho prolongadas, la prescripción también responde a necesidades sociales y busca implementar un orden justo, establecido como fin esencial del Estado en el artículo 2 de la Constitución. (Sentencia C 091, 2018)

En esa medida, puede afirmarse, sin lugar a dudas, que la prescripción es también un derecho de vital importancia en el ordenamiento jurídico.

1.1 Historia de la prescripción

Resulta relevante indagar por el pasado más o menos remoto de la figura jurídica de la prescripción, para poner de manifiesto la importancia de dicha figura, pues el paso del tiempo es un fenómeno que tiene y siempre ha tenido una influencia determinante en las diferentes ramas del derecho.

Algunos autores clásicos se inclinan a considerar que la figura de la prescripción tiene su origen en el derecho romano, donde en la época clásica de Ulpiano se tenía la usucapión como la adquisición del dominio por posesión, misma que se saneaba por el uso de la cosa y con la figura de la prescripción se adquiría el derecho o propiedad, igualmente se debía cumplir con varios requisitos, algunos de ellos eran que la cosa no hubiera sido robada, que no se tratara de un bien fiscal, que el poseedor se comportara con la cosa como lo hubiere hecho el dueño, que el poseedor tuviera un antecedente generador de su posesión o legitimidad del título posesorio, que la posesión fuera de buena fe, y que la posesión se desarrollara durante un año para muebles y un bienio para inmuebles (Hinestrosa, 2006, págs. 47-50).

Tiempo más adelante, se introdujo una prescripción de 40 años, misma que luego se redujo a 30 años, en la cual solo se tenía como requisito el de la posesión. En el siglo V Justiniano la denominó *usucapio* para cosas muebles y *longi temporis praescriptio* para los inmuebles, con exigencia de que el poseedor debía tener un antecedente generador de su posesión o legitimidad del título posesorio, buena fe y tiempo de posesión de tres años en el primer caso y 10 o 20 años para los bienes inmuebles, dependiendo de si eran habitantes del lugar donde se encontraba el bien en discusión (Hinestrosa, 2005, págs. 50-51).

Dicha institución jurídica se ha sabido mantener en el tiempo con algunos de sus primeros requisitos y la evolución de otros, pero en esencia la prescripción sigue siendo el modo de adquirir o extinguir cosas o derechos ajenos, por haberse poseído tales cosas o no haber ejercido dichos derechos en un periodo de tiempo señalado por la ley, con el cumplimiento de los requisitos legales establecidos.

1.2 La prescripción adquisitiva en el derecho colombiano

El artículo 2512 del Código Civil colombiano define la prescripción de la siguiente forma:

...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.

Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.

A partir del contenido de la norma anteriormente citada, se puede extraer que el proceso de prescripción adquisitiva de dominio o usucapión, está instituido con la finalidad de que una persona que ha poseído una cosa mueble o inmueble con ánimo de señor o dueño, pueda obtener su propiedad, mediante la adjudicación realizada por un juez, y por consiguiente, su titular de dominio pierde dicha calidad como sanción al no haber ejercido su derecho de propiedad.

Por otra parte, el artículo 2518 del Código Civil colombiano expresa que:

Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales. Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.

Aunado a lo anterior, para que proceda la prescripción adquisitiva de dominio o usucapión de un bien inmueble, es necesario también que concurren varios elementos, como lo son: 1) posesión material; 2) que la posesión se prolongue por el tiempo que exige la ley; 3) que dicha posesión ocurra ininterrumpidamente en el tiempo; y, 4) que la cosa o derecho sobre la cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por prescripción.

De igual manera, la prescripción puede ser ordinaria o extraordinaria según el artículo 2527 del Código Civil y de ello dependerán también los requisitos que debe cumplir cada una de ellas, de cara al trámite judicial, es decir, que el demandante, al presentar la demanda, puede optar por invocar una u otra, pero tendrá que demostrar, de forma suficiente, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para la declaración de cada una de ellas.

De esta forma, se tiene que la prescripción ordinaria está reglada en el artículo 2528 de la misma codificación, según el cual: “*Para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren*”. De lo cual se extrae que un elemento fundamental de la prescripción ordinaria es la conocida posesión regular, la misma que se encuentra definida en el artículo 764 del Código Civil y señala que se conoce por tal: “*la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión*”. Por otra parte, el segundo requisito indica que se debe cumplir el plazo señalado por la ley, el cual, según el artículo 2529 del Código Civil “... *es de tres (3) años para los muebles y de cinco (5) años para bienes raíces.*”

Ahora bien, en relación con la prescripción de carácter extraordinario, dispone el artículo 2531 que “*El dominio de cosas comerciables, que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria...*” y la misma regulación trae las siguientes reglas para ello, a saber: a) no es necesario título alguno, lo que indica que no se necesita acreditar un título translaticio de dominio; b) se presume la buena fe a falta de un título adquisitivo de dominio, lo que significa que la prescripción extraordinaria incluso habiendo mala fe al inicio de la posesión se sana a falta de título adquisitivo; y c) que no habrá lugar a la prescripción cuando el título sea de mera tenencia, pues se presumirá la mala fe. Para esta regla se tienen dos circunstancias excepcionales, a saber: 1) que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez (10) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción y 2) que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia o clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo (Sentencia T 486, 2019).

En este caso, el tiempo necesario para que se pueda operar la prescripción extraordinaria es de diez (10) años, esto, a partir de la vigencia de la Ley 791 de 2002, que modificó varios artículos del Código Civil, entre ellos, el 2532; es así que el artículo 6° de la misma ley disminuyó los tiempos para la procedencia de la prescripción. Esto por cuanto, antes de la vigencia de la ley, el

tiempo era de veinte (20) años para la prescripción extraordinaria y diez (10) años para la ordinaria, respecto de bienes inmuebles.

Con la modificación anterior, entonces, se redujo ostensiblemente el tiempo, pero solo para aquellas prescripciones extraordinarias que se hayan invocado a partir del año 2012, esto es, cuando se cumplieron los primeros diez (10) años de vigencia de la norma, por disposición expresa del artículo 41 de la Ley 153 de 1887, según la cual:

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 o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir”.

De esta forma, la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio se convierte en una opción para aquel poseedor que, no cumpliendo con los requisitos de la prescripción ordinaria, sobre todo con uno de difícil aplicación como es el justo título, ha venido poseyendo el bien durante el tiempo antes indicado y, por tanto, tiene derecho a que se le reconozca su calidad de propietario del mismo.

1.3 La posesión en el derecho colombiano

Este es uno de los requisitos fundamentales para la prosperidad de la prescripción adquisitiva o usucapión, sea en su modalidad de ordinaria o extraordinaria, y por esa razón es preciso hacer mención a la misma; para el efecto se tiene que la posesión se encuentra definida por el artículo 762 del Código Civil, de la siguiente forma:

*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.*

Este concepto ha sido desarrollado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con radicado 73268-31-03-002-2011-00145-01, dictada el 29 de noviembre de 2017, con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona (2017), en la que señaló lo siguiente:

...es decir que requiere (la posesión) para su existencia del animus y del corpus, esto es, el elemento interno, psicológico, la intención del dominus, que por escapar a la percepción directa de los sentidos es preciso presumir de la comprobación plena e inequívoca de los actos materiales y externos ejecutados continuamente y por todo el lapso que dure aquélla, que por constituir manifestación visible del señorío, llevan a inferir la intención o voluntad de hacerse dueño, mientras no aparezcan otras circunstancias que demuestren lo contrario, y el elemento externo, esto es, la retención física o material de la cosa.

El *corpus* es el elemento objetivo que consiste en la aprehensión de la cosa, en otras palabras, son los hechos físicamente considerados que dan cuenta de los actos realizados por el poseedor, de manera que se puedan percibir por los sentidos frente a la cosa poseída, por ejemplo, implantar mejoras como sembrar, construir, cercar el inmueble, etc. De otro lado, el *animus* es el elemento subjetivo que exige al poseedor comportarse como señor y dueño de la cosa de la cual pretende su propiedad, esto es, realizar esos actos que solo un dueño haría con su propiedad (Sentencia SC3687, 2021).

La posesión igualmente puede ser ejercida por el propietario del bien y como se ha expresado, por quién no tiene dicha condición; ahora, esa posesión puede ser ejercida por un tercero, que se denomina tenedor, en nombre del propietario y no el propietario que se da por tal. En ese sentido, el artículo 775 del Código Civil señala que la mera tenencia se reduce a la detentación que tiene una persona sobre una cosa a nombre del dueño. En ese caso, el individuo reconoce un dominio ajeno y la relación entre el poseedor y el tenedor surge de un contrato. Además, el artículo 777 de la misma codificación señala que “*El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión.*”

Lo anterior puede traducirse en que la posesión es un hecho con consecuencias jurídicas, pues si se examina lo prescrito en el artículo 762 del Código Civil se puede inferir que la posesión reconoce una situación fáctica; ahora, dicha visión se refuerza con el artículo 2521 de la misma codificación, disposición que señala que esa institución jurídica no se transfiere ni se trasmite, de modo que el poseedor inicia una detentación originaria, con excepción de la suma de posesiones, teniendo en cuenta los requisitos necesarios para ello, por lo que adolecería de prohibición.

Aunado a lo anterior, la posesión sobre una cosa por parte de la persona que no es su dueño se subdivide en posesión regular e irregular. La posesión regular se manifiesta cuando la

detentación de la cosa se acompaña del justo título y de la buena fe, por su parte la posesión irregular, se presenta cuando falta ese justo título o buena fe (Sentencia SC2474, 2022).

El justo título se refiere a un acto jurídico que implica una propiedad aparente y convencimiento de que se dio la transferencia del derecho de dominio; este requisito se aplica cuando se habla de prescripción adquisitiva de dominio y no para adquirir la propiedad, porque en este evento se estaría en presencia del derecho de dominio. La buena fe se relaciona con la creencia que tiene la persona de actuar conforme a derecho, es decir, la convicción de haber adquirido una cosa legalmente.

Sobre el concepto de justo título ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

El justo título y la buena fe, tienen contenido propio, no obstante, se encuentran correlacionados. El primero, inclusive, sirve para explicar el otro, según la Sala, "cuando no exista circunstancia alguna contraindicante. 4.4.1. Los artículos 765 y 766 del Código Civil, aluden al justo título. Para esta Corte, es "todo hecho o acto jurídico que, por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido, sería apto para atribuir en abstracto el dominio. Esto último, porque se toma en cuenta el título en sí, con prescindencia de circunstancias ajenas al mismo, que, en concreto, podrían determinar que, a pesar de su calidad de justo, no abraza la adquisición del dominio" (Sentencia SC 5065, 2020).

A partir de todo lo anterior se puede concluir que: la prescripción adquisitiva se puede clasificar en ordinaria y extraordinaria, pero que, en cualquiera de los dos casos, el elemento fundamental para declarar la prosperidad de la usucapión es la posesión. Que, en el primer caso, la prescripción ordinaria requiere la confluencia de dos requisitos: justo título y buena fe; mientras que, en la prescripción extraordinaria no se requiere ninguno de esos dos elementos, únicamente el paso del tiempo.

2. Propiedad horizontal

2.1 Definición y regulación legal

Al hablar de propiedad horizontal, se hace referencia a lo que se conoce como copropiedades, que igualmente se caracterizan por ser edificios, urbanizaciones cerradas o abiertas y conjuntos residenciales, en las que sus copropietarios comparten ciertas áreas comunes. Estas

zonas o áreas compartidas pueden ser ascensores, parques, pasillos, escaleras, terrazas, lobby, etc. El requisito para que se considere como propiedad horizontal, es que los copropietarios compartan las áreas descritas, ya que en este tipo de inmuebles coexisten los derechos de propiedad de bienes privados y los derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás espacios comunes.

Para entender que es propiedad horizontal, se debe dejar claro que el término copropiedad se refiere a que un bien puede pertenecer a dos o más personas, llamados copropietarios y que ellos no poseen el dominio exclusivo de las partes comunes, sino el derecho de propiedad compartido sobre cada zona común. Este derecho se distribuye entre los copropietarios en cierta proporción y dicha proporción es equivalente a su derecho de propiedad de bienes privados dentro del edificio, conjunto o urbanización (Velásquez Jaramillo, 2014, pág. 11).

La propiedad horizontal en Colombia está regulada en la Ley 675 de 2001, en la cual se establece la forma en cómo será el funcionamiento de dicho régimen, cuáles son sus características, los órganos encargados de administrarlas, entre otros; además, esa norma clasifica estas propiedades en función del uso o destino que se les brinde a los inmuebles que la conforman. Dicha normativa señala tres tipos, denominados como: 1) Edificio de uso residencial, son los que están destinados a la vivienda de personas, como los conjuntos de casas o edificios de apartamentos utilizados como vivienda o residencia. 2) Edificio comercial, se trata de los inmuebles que se utilizan en actividades mercantiles, como locales comerciales, oficinas o depósitos. 3) Edificio o conjunto de uso mixto, son las propiedades horizontales en las que se combinan las dos funciones anteriores, viviendas de personas y comercios.

El artículo 5 de la Ley 675 de 2001, establece qué es y cuál debe ser el contenido del reglamento de propiedad horizontal. Es un documento contenido en escritura pública, que regula el inmueble y que debe ser respetado por todos los copropietarios, su contenido debe redactarse respetando lo estipulado por el artículo mencionado anteriormente; igualmente, todas las propiedades horizontales inscritas en la oficina del registro de instrumentos públicos deben incluir un reglamento de propiedad horizontal, en él se deben especificar las regulaciones asociadas a la administración, dirección y control de la propiedad.

En ese sentido, ante la presencia de una construcción que esté compuesta por varios pisos, o al interior de los pisos existan varios inmuebles materialmente individualizados, lo ideal es que su propietario proceda a la elaboración del respectivo reglamento de propiedad horizontal; esto con

el objetivo de tener claridad respecto a los derechos y obligaciones de todas las personas que allí convivan, o que sean propietarias de derechos sobre esos inmuebles.

2.2 Oportunidad para constituir la propiedad horizontal

El artículo 3 de la Ley 675 de 2001, en su inciso 2° determina lo siguiente: “*Régimen de Propiedad Horizontal: Sistema jurídico que regula el sometimiento a propiedad horizontal de un edificio o conjunto, construido o por construirse*”.

Se observa entonces que el régimen de propiedad horizontal se puede constituir sobre una propiedad que está por construirse, que es lo más común en la práctica actualmente; pero también, incluye la posibilidad de constituirse en las propiedades ya construidas o existentes, obviamente cumpliendo con los requisitos señalados por la ley.

Esta misma posibilidad de someter al régimen de propiedad horizontal una propiedad existente o antigua, la había consagrado la Ley 16 de 1985, pues en su artículo 10, daba la opción a los propietarios de éstas, para continuar con el régimen de propiedad horizontal que imperaba en el momento, esto es, la Ley 182 de 1948 o acogerse a la nueva ley, que había introducido modificaciones en la materia, para lo cual se debía expresar que modelo escogería, y si era el de la nueva ley, se debía realizar la modificación del reglamento de propiedad horizontal. Así se encontraba expresamente consagrado en esa norma:

Artículo 10 Aplicabilidad. Esta Ley sólo se aplicará respecto de aquellos inmuebles que, conforme con la voluntad de su propietario o propietarios, se sometan expresamente a ella. También podrán el propietario o propietarios optar por someterlos exclusivamente al régimen de la Ley 182 de 1948, indicándolo así en el respectivo reglamento. Los inmuebles sujetos al actual régimen de propiedad horizontal continuarán rigiéndose por la Ley 182 de 1948, pero podrán, si lo prefieren sus propietarios, acogerse a las disposiciones de esta Ley, previa la reforma del reglamento y el cumplimiento de las diligencias aquí ordenadas.

Visto lo anterior, se podría decir que el sometimiento al régimen de propiedad horizontal no tiene que ser anterior a la construcción del edificio o unidad residencial, y esta ha sido la línea en materia legal, que se mantiene respecto de la propiedad horizontal desde hace varias décadas.

Ahora bien, para que se constituya una propiedad horizontal, como requisito formal se necesita de una escritura pública que contenga el reglamento de propiedad horizontal y su respectiva inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos para su perfeccionamiento, acto mediante el cual se le dará publicidad a su constitución; igualmente, el artículo sexto de la Ley 675 de 2001 dispone:

Con la escritura pública de constitución o de adición al régimen de propiedad horizontal, según sea el caso, deberán protocolizarse la licencia de construcción o el documento que haga sus veces y los planos aprobados por la autoridad competente que muestren la localización, linderos, nomenclatura y área de cada una de las unidades independientes que serán objeto de propiedad exclusiva o particular y el señalamiento general de las áreas y bienes de uso común.

Sin embargo, al ser casi imposible que la ley pueda precaver detalladamente todas las situaciones que se pueden presentar en una propiedad horizontal, es necesario que los copropietarios realicen un reglamento el cual debe ser acordado y aceptado por las partes, que señale las disposiciones legales que los regirán y para ello se crea el reglamento de propiedad horizontal, que puede definirse como un conjunto de normas dictadas voluntariamente por el propietario o propietarios de un bien inmueble con base en el ordenamiento jurídico general y que admiten el funcionamiento de unidades privadas y comunes bajo el mismo contexto jurídico y material, estableciendo los derechos y obligaciones recíprocas y demás aspectos relacionados con la administración, uso, goce y conservación de los bienes o áreas privadas de servicio común (Velásquez Jaramillo, 2014, pág. 112).

3. Accesión

3.1 Concepto

El artículo 713 del Código Civil colombiano prescribe lo siguiente “*La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles*”. Como puede verse, la accesión es una de las formas de adquirir el dominio de las cosas, en este caso se alude a la adquisición de la propiedad de una cosa nueva por el hecho de haberse incorporado a otra; es decir,

que el propietario de una cosa a la que se adhirió otra, se puede volver también propietario de ésta; para ello, deben concurrir varios requisitos, uno de ellos es que las dos cosas que se unen deben tener distintos propietarios y de esta manera correspondería al juzgador determinar a quién le pertenece el todo que se ha formado con las dos cosas, donde una “*será calificada de principal y la otra de accesoria. El dueño de la cosa principal adquiere el dominio de la cosa accesoria y el propietario de esta pierde el dominio de ella*” (Valencia Zea, 1976, p. 374).

Respecto de la accesión de la cosa mueble a inmueble señala el artículo 739 del Código Civil colombiano lo siguiente:

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.

Es a través de este artículo, que deben discutirse los problemas suscitados con las construcciones en suelo ajeno, de acuerdo con la jurisprudencia colombiana, pues en ésta se ha arraigado la teoría de la accesión por edificación; esto es, que el dueño de un terreno se hace propietario de lo construido en él, circunstancia que también se atribuye a las edificaciones en varios niveles donde el dueño de la primera planta, se puede reputar como tal de las demás por el solo hecho de estar arraigada al suelo. Es otras palabras, el dueño del terreno o de la primera planta en edificaciones verticales donde otra persona construyó, tendrá derecho de hacer suyo lo construido mediante una indemnización a favor del que la construyó u obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno con indemnización de perjuicios.

Igualmente, el propietario podrá ejercer la acción reivindicatoria, si el ánimo del edificador en la fracción del terreno o edificio no es de simple tenedor, sino de poseedor; pero, si el propietario no ejerce ninguna acción en contra del edificador poseedor, nada impediría que pueda perder su derecho de dominio sobre esa fracción por prescripción.

Lo anterior es importante por cuanto, como tendrá oportunidad de estudiarse en el capítulo siguiente, tradicionalmente, los poseedores que han iniciado procesos de pertenencia sobre una porción de un inmueble no sometido a régimen de propiedad horizontal, se les ha negado la posibilidad de adquirir ese bien con fundamento en que se está en presencia de una accesión y que, como se manifestó en líneas anteriores, debe someterse a lo dispuesto en el art. 739 del Código Civil.

3.2 Función social de la propiedad

La función social de la propiedad tiene como base legal en Colombia el artículo 58 de la Constitución Política de 1991, la cual señala:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

El desarrollo que se le ha dado a este artículo de la Constitución por parte de las altas cortes en Colombia, en relación al caso estudiado en este escrito, se ha dirigido a reconocer que la garantía a la propiedad privada no puede desconocer la función social que ésta tiene, pues en un Estado Social de Derecho, los intereses particulares no podrán prevalecer sobre los de la comunidad. No se puede desconocer que el constituyente quiso garantizar la propiedad privada en Colombia, pero también es cierto que no le dio un carácter absoluto a tal derecho, pues no solo garantizó la satisfacción del interés privado al propietario, sino que le impuso al mismo el deber de emplear su propiedad en la satisfacción de las necesidades comunes de la sociedad (Sentencia C-053, 2001).

Las construcciones realizadas por distintas personas en varios niveles, las cuales no han sido sometidas al régimen de propiedad horizontal, se han vuelto una práctica recurrente en Colombia, ya que por condiciones de familiaridad o necesidad se regalan o venden los mal llamados aires de las casas para que construyan en ellos, originando varios niveles divididos

materialmente, pero jurídicamente todas las unidades están unidas al mismo folio de matrícula inmobiliaria.

Por lo anterior, no puede pasar inadvertida la función social de la propiedad, en razón a que, si el propietario consintió o de forma descuidada dejó ejercer actos de señor y dueño respecto a la fracción de terreno o nivel de la construcción a otra persona, ésta podrá ejercer la acción de prescripción adquisitiva si cumple los requisitos para ello y no se podrá impedir la prosperidad de la acción so pretexto de no estar bajo el régimen de propiedad horizontal.

4. Argumentos jurisprudenciales

La jurisprudencia colombiana en lo relativo a decisiones que involucren la prescripción adquisitiva de dominio respecto de una fracción de un inmueble no sometido al régimen de propiedad horizontal, esto es, un nivel o apartamento, tradicionalmente se ha inclinado a negar las pretensiones del demandante, sustancialmente por dos razones: a) adolecer del reglamento de propiedad horizontal y b) la teoría basada en la accesión por edificación.

De esta forma, cuando no se ha sometido al régimen de propiedad horizontal una propiedad que cuenta con dos o más niveles o apartamentos, las decisiones que ha tomado la Corte Suprema de Justicia en materia de prescripción adquisitiva, han sido en forma negativa, sustentando dichas decisiones en que al no haberse sometido el inmueble al régimen de propiedad horizontal, el bien es una unidad jurídica y por ende, el derecho o porcentaje que le corresponde a cada copropietario se determina sobre la totalidad del bien, esto es, respecto de las plantas o niveles que lo conforman, por tratarse como se dijo, de una unidad jurídicamente hablando, no hay propietarios de dichas fracciones, todos son propietarios de todo, y que al no haber una matrícula inmobiliaria independiente para cada nivel, piso o apartamento que se pretende, no existe una individualización del mismo, en este sentido la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

... en la sentencia de tutela de 11 de noviembre de 2005, exp. 01396, se tuvo la oportunidad de indicar: “No luce irrazonable...el criterio esbozado por el tribunal accionado en la sentencia de 1º de septiembre de 2005 aquí cuestionada, pues la misma tuvo sustento objetivo en razonamientos que no pueden tildarse de arbitrarios al decir, en síntesis, que si bien el inmueble es independiente físicamente de los dos primeros pisos, no lo es

jurídicamente porque tiene un solo folio de matrícula inmobiliaria, según consta en el proceso. El apartamento del tercer piso del inmueble de propiedad de la parte demandada no es una cosa corporal independiente, no puede enajenarse y por ende tampoco es susceptible de apropiación por prescripción adquisitiva de dominio, porque ésta tiene que recaer sobre cosas corporales determinadas que estén en el comercio y, por supuesto, que existan material y jurídicamente, y entonces no están dados todos los presupuestos para adquirir el dominio por ese modo invocado por la actora y por tanto confirma el fallo de instancia.” (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2005).

Esa posición es igualmente reiterada en otras providencias, entre las que se puede destacar la STC779 del 5 de febrero del 2015, CSJ STC13555-2015 y STC12011 del 5 de septiembre del 2019; en esta última, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia manifestó que:

Al respecto es dable anotar, que el reglamento de propiedad horizontal se torna fundamental para identificar a los predios a usucapir, cuando la edificación en la que se encuentran tiene dos plantas o más y, éstos se ubican en el segundo piso o en algún otro superior, ya que en dicho caso, y de cara al predio de mayor extensión, es imposible establecer qué porcentaje o parte del terreno ocupan los bienes a usucapir, es decir, qué derecho o porcentaje de la totalidad del predio le corresponde a cada copropietario, pues se trata de una unidad jurídica, de ahí que sean imprescriptibles los bienes no sometidos al referido régimen.

Se tiene entonces que, como requisito para adquirir mediante la usucapción en Colombia, la pretensión debe recaer sobre una cosa singular o cuota determinada de la misma (Sentencia SC 4649, 2020), que tratándose de bienes inmuebles, dicha pretensión debe cumplir con una determinación en razón a la ubicación, cabida y linderos del inmueble; es más, cuando se trata de la prescripción adquisitiva de un bien que pertenece a otro de mayor extensión, no suscita problemas que la pretensión salga adelante, desde luego, siempre y cuando se cumplan los requisitos para ello, distinto a lo que pasa con las edificaciones que no tienen reglamento de propiedad horizontal.

Sobre la necesidad de que el inmueble se encuentre debidamente identificado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

... el tribunal está en lo cierto al indicar que es necesaria la identificación del lote de mayor extensión, porque sin ella aflora la imprecisión de cuál es el predio cuyo dominio pretende ganarse mediante prescripción. Alindar apenas una porción de un globo de terreno mayor

comporta, a ojos vistas, una indeterminación, pues a buen seguro que el que es fácilmente reconocible, sobre todo por razones de la publicidad a que están sometidos, es éste y no aquél. (Sentencia, 2002)

Lo anterior se acompasa, además, con lo dispuesto por la legislación, dado que, tanto el artículo 83 del Código General del Proceso disponen la necesidad de identificar los bienes sobre los cuales recae la demanda.

Dicha identificación del inmueble no es ningún capricho de la ley, toda vez que tal mandato es necesario y racional, ya que existiendo una delimitación precisa sobre la fracción del inmueble que se solicita en usucapión, los derechos que resulten con la sentencia favorable serán un límite para el demandante y demandado, y de igual forma servirá para aquellos terceros con los que se necesite definir situaciones jurídicas que se puedan presentar.

Después de que la fracción del inmueble sea individualizado, éste debe ser susceptible de adquirirse por el modo de la prescripción, toda vez que se gana por esta vía el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales, según lo consagra el art. 2518 del Código Civil; por el contrario, no se ganan por prescripción, 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, pues éstos son imprescriptibles e inembargables, tal como lo dispone el art. 63 de la Constitución Política de Colombia. Por ello, cuando se habla de los bienes inmuebles no sometidos al régimen de propiedad horizontal, nada obsta para que sea posible de adquirir por la usucapión fracciones de la edificación, pues en ninguna norma que reglamente la materia, existe la prohibición o se establece que dichas porciones de edificios queden exceptuados como imprescriptibles.

Lo anterior es importante por cuanto, siendo de facultad exclusiva del legislador regular sobre la materia, no le corresponde a los operadores judiciales disponer la imprescriptibilidad de un bien; son la Constitución y la Ley las que pueden otorgar tal carácter a ciertos bienes. De allí que, si el legislador expresamente no ha determinado que una porción de un bien inmueble que no ha sido sometida a propiedad horizontal es imprescriptible, no puede el juez, por vía de interpretación, darle esa connotación (Sentencia SC 4649, 2020).

Ahora bien, cuando se habla de inmuebles no sometidos al régimen de propiedad horizontal, se puede cumplir con el requisito de la individualización, cuando el nivel o apartamento es independiente del otro u otros, o también cuando esté físicamente separado uno del otro, cuando tengan entradas diferentes y cuando se identifica con una nomenclatura distinta, esta afirmación es posible, tal como lo plantea la misma Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC 4649 de 2020, cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque, y que indica lo siguiente:

... cuando la controversia verse sobre prescripción adquisitiva respecto de un piso, nivel o apartamento independiente de una edificación debidamente individualizado, ésta se inscribe dentro de la hipótesis de usucapión de un predio de menor extensión inmerso en uno mayor, sin que pueda predicarse un fenómeno de imprescriptibilidad ante la falta de sometimiento de la totalidad del inmueble a régimen de propiedad horizontal, por cuanto es del resorte de los copropietarios, en ejercicio de su autonomía privada, decidir si optan por acogerse a ese modelo de propiedad aun con posterioridad a la declaración parcial de pertenencia.

Ahora bien, desde su génesis, las leyes que hablan de la propiedad horizontal se caracterizaron por representar la realidad vivida en las grandes ciudades, donde cada vez, es menos el espacio para generar viviendas, por lo que se ha tenido un auge inusitado de las construcciones en vertical; por ello se han tenido que crear normas que arrojen estas realidades, mismas que no discriminan si las edificaciones que pueden ser parte del régimen de propiedad horizontal, son las construcciones que están por realizarse o ya están construidas, solo que en cualquiera de los dos casos, los copropietarios deben acordar sobre la forma de realizar el reglamento de la copropiedad.

Lo anterior, demuestra que no tienen justificación los reparos que se hacen por parte de los jueces y la Corte Suprema de Justicia, en los procesos de pertenencia cuando está involucrado la fracción de un inmueble que hace parte de una edificación que no está sometida al régimen de propiedad horizontal, al negar las pretensiones con base en ello, pues si la edificación es susceptible de regirse por ese modelo, nada impide que los propietarios en ejercicio de su autonomía y con arreglo a las normas que reglan la materia, lo determinen de esta manera y así puedan obtener la individualización jurídica de cada nivel o apartamento, aún después de que alguno de ellos lo haya adquirido por medio de la usucapión, argumento que se encuadra en lo dicho por la Corte Suprema

de Justicia en la sentencia ya citada anteriormente, la SC 4649 de 2020 del Magistrado Ponente Octavio Augusto Tejeiro Duque:

(...) cumplidos los requisitos generales y especiales que viabilizan el éxito de la pretensión adquisitiva promovida respecto de una planta de un inmueble perfectamente independiente y determinada, la circunstancia de que la edificación no haya sido sometida a régimen de propiedad horizontal no se torna en un obstáculo insalvable para acceder a las súplicas, pues como ya se examinó, la determinación de regirse por ese modelo emerge del libre albedrío de los copropietarios en la oportunidad que lo estimen pertinente si el edificio ya fue construido.

El otro obstáculo que ha visto la Corte Suprema de Justicia en mucha de su jurisprudencia para no acceder a las pretensiones de una demanda de prescripción adquisitiva cuando se trata de fracciones de inmuebles no sometidos al régimen de propiedad horizontal, es la teoría de la accesión por edificación; así se tiene que, según lo expuesto en líneas anteriores, la accesión es uno de los modos de adquirir el dominio, donde el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella, y la teoría de la accesión por edificación se refiere a que el dueño de un terreno se hace propietario de lo construido en él, circunstancia que también se atribuye a las edificaciones en varios niveles donde el dueño de la primera planta, se puede reputar como tal de las demás por el solo hecho de estar arraigada al suelo; y es así como lo plantea la Corte Suprema de Justicia cuando manifiesta que:

... en Colombia el derecho a adquirir por usucapión las unidades individuales privadas que conforman un edificio nace, cuando éste se encuentre sometido al régimen de propiedad horizontal.

Antes del referido trámite, existe la facultad del dueño del terreno de reconocer y pagar a quien construyó el valor de la mejora, siempre bajo los términos y condiciones previstas en el artículo 739 del Código Civil; a no ser que lo poseído sea una cuota en el predio descrito, o la declaración de pertenencia recaiga sobre el lote en forma proporcional, o se reclame en comunidad con los demás detentadores del bien para obtenerla a favor de todos. (Colombia. Corte suprema de Justicia, 2015).

El dueño del terreno o de la primera planta en edificaciones verticales donde otra persona construyó, tendrá derecho de hacer suyo lo construido mediante una indemnización a favor del que la construyó u obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno con indemnización de

perjuicios, pero también existe la posibilidad que el propietario pueda ejercer la acción reivindicatoria, si el ánimo del edificador en la fracción del terreno o edificio no es de simple tenedor, sino de poseedor; pero, si el propietario no ejerce ninguna acción en contra del edificador poseedor, nada impediría que pueda perder su derecho de dominio sobre esa fracción por prescripción (Sentencia SC 4649, 2020). Sin embargo, tal como lo plantea la sentencia de Octavio Augusto Tejeiro ya relacionada previamente:

...si bien el dominos soli puede adquirir un piso construido sobre otro de su edificación por el modo de la accesión (art. 713 C.C.), nada obsta para que, de no ejercer las opciones referidas en el artículo 739 del Código Civil o, de ser el caso, en su debida oportunidad la acción reivindicatoria, igualmente pueda perder el derecho de dominio sobre esa fracción por prescripción; lo contrario sería tanto como decir que los bienes adquiridos o con vocación de serlo por accesión se tornan imprescriptibles, efecto no previsto por el legislador. (Colombia. Corte Suprema de Justicia, 2020).

De donde se concluye que acudir a la tesis de la accesión por edificación es apenas una opción que tiene el demandante; esto por cuanto la existencia de esa posibilidad no impide que el poseedor de ese inmueble adquiriera el mismo a través del proceso de pertenencia, siempre y cuando cumpla los requisitos para ello y siempre que identifique plenamente el inmueble objeto de discusión.

Conclusiones

La prescripción adquisitiva es un modo de adquirir las cosas, sean muebles o inmuebles, que estén en el comercio humano y que sean susceptible de adquirir por esta vía, esto es, que no exista mandato legal que lo prohíba.

Cuando se trata de adquirir por usucapión fracciones de inmuebles no sometidos al régimen de propiedad horizontal, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha negado casi todas las pretensiones que llegan a su conocimiento en tal sentido, argumentando dichas decisiones en dos conceptos desarrollados por varios años, los cuales sostienen que si un inmueble no está sometido al régimen de propiedad horizontal, es imposible solicitar la pertenencia de una fracción de éste, es decir, un piso, una planta, un nivel o una apartamento, pues no hay una individualización de lo

pedido, ya que dicha fracción de la edificación carece de matrícula inmobiliaria, toda vez que lo que existe es un solo inmueble jurídicamente hablando, en el entendido en que así este dividido materialmente, no lo está jurídicamente.

Igualmente señala la misma jurisprudencia que en el tema de la prescripción de los bienes inmuebles que no tengan reglamento de propiedad horizontal, la fracciones de estos no se pueden adjudicar mediante la pertenencia, invocando la teoría de la accesión por edificación, la cual plantea que el dueño del terreno o del primer nivel en edificaciones verticales donde otra persona construyó, tendrá derecho de hacer suyo lo construido mediante una indemnización a favor del que la construyó u obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno con indemnización de perjuicios.

Estas dos posiciones han hecho carrera entre los diferentes magistrados que han ocupado dichos cargos en la Corte Suprema de Justicia durante más de 30 años, pero fue solo hasta el año 2020 que el magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque, se atrevió a refutar las argumentaciones señaladas y en la sentencia SC4649, planteó que las fracciones de inmuebles no sometidos al régimen de propiedad horizontal si pueden adquirirse por usucapión, obviamente cumpliendo con los requisitos que dispone la ley para ello.

Señala el magistrado Tejeiro Duque que, un nivel, piso o apartamento de inmueble no sometido al régimen de propiedad horizontal puede cumplir con el requisito de la individualización plena, siempre y cuando se señale la ubicación, cabida y linderos, que debe estar materialmente dividido de los demás pisos, niveles o apartamentos y que debe ser independiente con respecto a ellos en su entrada y nomenclatura, pues el régimen que cobija la propiedad horizontal permite que se constituya la misma antes de iniciarse la construcción o después de que la misma esté realizada, y nada impide que los propietarios de la edificación de manera libre, respetando las normas que reglan la propiedad horizontal, puedan obtener la individualización jurídica de cada nivel, piso o apartamento, aún después de que alguno de ellos lo haya adquirido por medio de la prescripción adquisitiva.

Teniendo en cuenta los argumentos del magistrado Octavio Augusto Tejeiro, Duque se abre una gran posibilidad para que se pueda cambiar la jurisprudencia que por años ha traído la Corte Suprema de Justicia en materia de inmuebles no sometidos al régimen de propiedad horizontal cuando se solicitan fracciones de los mismos.

Referencias

- Colombia. Corte Constitucional (2001). *Sentencia C-053 de 2001*. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Corte Constitucional
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2002). *Sentencia Expediente 7239*. M.P. Manuel Isidro Ardila Velasquez. Corte Suprema de Justicia.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2005). *Sentencia de tutela radicado 1100102030002005-01396-00*. Corte Suprema de Justicia.
- Colombia. Corte Constitucional (2015). *Sentencia radicado C-750 de 2015*. M.P. Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2012). *Sentencia de tutela radicado 1100102030002012-00733-00*. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Corte Suprema de Justicia.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2015). *Sentencia de tutela radicado 11001-02-03-000-2015-00103-00*. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Corte Suprema de Justicia
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2017). *Sentencia radicado 73268-31-03-002-2011-00145-01*. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Corte Suprema de Justicia.
- Colombia. Corte Constitucional (2018). *Sentencia radicado C-091 de 2018*. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional (2019). *Sentencia radicado T-486 de 2019*. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2019). *Sentencia radicado 54001-22-13-000-2019-00048-02*. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Corte Suprema de Justicia.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2020). *Sentencia radicado 50001 31 03 001 2012 00437 01*. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Corte Suprema de Justicia.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2020). *Sentencia radicado 05001 31 03 003 2001 00529 01*. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Corte Suprema de Justicia.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2020). *Sentencia radicado 25307 31 03 002 2013 00141 01*. M.P. Hilda González Neira. Corte Suprema de Justicia.

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2020). *Sentencia radicado 11001 31 03 024 2015 00456 01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo*. Corte Suprema de Justicia.

Consejo Superior de la Judicatura. (2011). *Derecho de pertenencia*. Bogotá.

Escobar Vélez, E. G. (2016). *Prescripción y procesos de pertenencia* (7 ed.). Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

Gómez, J. (1960). *Derecho civil: Bienes*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, F. (2005). *Apuntes de Derecho Romano: Bienes*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, F. (2006). *La prescripción extintiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Valencia Zea, A. (1976). *Derecho Civil, Tomo II, derechos reales, 5° ed.* Editorial Temis.