

La Prescripción como Modo de Adquirir el Dominio: Efectos de la Citación al Acreedor Hipotecario una Comparación Legislativa entre Colombia y España

Martha Cecilia Agudelo Pérez¹

martha.agudelo@urosario.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-6086-202X>

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
Bogotá D.C., Colombia

RESUMEN

La prescripción como atributo de la personalidad permite a un determinado sujeto que ha tenido un bien en posesión durante un lapso de tiempo, cuya tenencia no está impedida por la ley adquirir el derecho real de dominio sobre el mismo a través de la acción de usucapión ordinaria o extraordinaria, en donde se hace presente el acreedor hipotecario cuando existe sobre la propiedad una limitación. De esta manera, en este trabajo se muestra el efecto que se causa con dicho acreedor frente al prescribiente y el eventual proceso ejecutivo a desarrollar ante la falta de saneamiento, razón por la cual se analiza los antecedentes históricos de la figura para posteriormente puntualizar en la prescripción, la función del enunciado acreedor y finalmente se realiza una comparación legislativa entre Colombia y España frente al tema en un contexto general, para concluir en última instancia con el alcance de los objetivos planteados y la pregunta base de desarrollo, empleando para tal fin el método cualitativo.

Palabras clave prescribiente; saneamiento; adquisición derecho real de dominio; comparación normativa; efectos del acreedor hipotecario

¹ Autor principal

Correspondencia: martha.agudelo@urosario.edu.co

Prescription as a Way to Acquire Ownership: Effects of Summons to the Mortgagee a Legislative Comparison Between Colombia and Spain

ABSTRACT

The prescription as an attribute of personality allows a certain subject who has had a property in possession for a period of time, whose possession is not prevented by law, to acquire the real right of domain over it through the ordinary usucaption action or extraordinary, where the mortgagee is present when a limitation exists on the property. In this way, this paper shows the effect that is caused with said creditor against the prescriber and the eventual executive process to be developed in the absence of sanitation, which is why the historical background of the figure is analyzed to later point out in the prescription, the function of the creditor statement and finally a legislative comparison is made between Colombia and Spain regarding the subject in a general context to ultimately conclude with the scope of the proposed objectives and the basic development question, using for this purpose the qualitative method.

Keywords: prescriber; sanitation; acquisition of real ownership rights; regulatory comparison; effects of the mortgagee

*Artículo recibido 20 septiembre 2023
Aceptado para publicación: 28 octubre 2023*

INTRODUCCIÓN

El derecho de propiedad es una de las instituciones jurídicas que se ha perpetuado a lo largo de la historia siendo considerada como uno de los ingredientes de la paz social, pero al mismo tiempo, ha sido condenada por el origen de desigualdad entre los hombres, al punto de ser la causa permanente de los conflictos sociales (Rengifo y Cifuentes, 2011, p. 55), en la actualidad en Colombia se encuentra elevada a rango constitucional, el cual básicamente garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 58), sin embargo, dicha normatividad contiene altos niveles de indeterminación, de ahí que no pueda ser considerada como un regla sino con un principio, por lo menos en lo que a la primera parte se refiere, y es que no puede perderse de vista que la propiedad es parte integrante del patrimonio como atributo de la personalidad, lo que de suyo permite colegir que no se está ante cualquier aspecto o de poca monta sino que al contrario se trata de uno de los elementos más importantes de los seres humanos.

En la legislación colombiana como modos de adquirir el dominio de las cosas ajenas se encuentran establecidos los siguientes: la sucesión por causa de muerte, la tradición, la ocupación, la accesión y la prescripción, siendo esta última la que interesa para el objeto del estudio que se pretende desarrollar. En este contexto, se tiene que, las normas que regulan la prescripción (Código Civil, 1873, art. 2512) se limitan a establecer el tiempo necesario para ejercitar la usucapión, bien a través de la acción ordinaria si es que de justo título se trata o extraordinaria si es que aquel no se posee, e igualmente se requiere que el bien no sea de aquellos denominados imprescriptibles, la posesión regular de la cosa con ánimo de señor y dueño durante determinado tiempo (Código Civil, 1873, art. 2529 y 2532).

Para el ejercicio de la acción antes indicada inicialmente el legislador determino la posibilidad de demandar a los titulares de derechos reales (Código de Procedimiento Civil, 1970, art. 407, núm. 5°), aspecto que quedó plenamente ratificado con la expedición del nuevo Código General del Proceso, ya que explícitamente ordenó citar al acreedor hipotecario siempre que del certificado de tradición del bien objeto de pertenencia se desprenda que está gravado con dicha garantía (Código General del Proceso, 2012, art. 375, núm. 5°).

Pese al avance legislativo indicado, tanto en la norma sustancial como procesal civil no se determina con claridad lo pretendido con convocar y/o citar al acreedor hipotecario ni tampoco se contempla las

consecuencias jurídicas de dicho enteramiento en caso de comparecencia o no.

En efecto, dada la laguna jurídica enunciada que representa un riesgo para la propiedad como elemento de la personalidad en lo que respecta al patrimonio adquirido con ocasión de la prescripción, a pesar que el prescribiente no hizo parte de esa relación negocial que culminó gravando el bien con hipoteca, lo cierto es que el acreedor hipotecario se encuentra facultado para dirigir su demanda en contra del actual titular del derecho de dominio (Código General del Proceso, 2012, art. 468, núm. 1º, inc. 3º).

Con ocasión a lo indicado, en el presente trabajo de investigación se busca resaltar lo que ocurre frente al nuevo adquiriente-prescribiente especialmente con uso de la acción ordinaria, quien en un contexto general se vería sometido a pagar una deuda que no contrajo para evitar que su derecho de dominio sea limitado o despojado del uso, goce y disposición del bien ante un inminente remate para que con el producto de esa venta forzada se pague dicha obligación.

Por lo mencionado y teniendo en cuenta que en el proceso ejecutivo quien adquiere a través de la diligencia de remate un determinado bien se encuentra amparado por el saneamiento del mismo que se hace frente al acreedor hipotecario, aspecto que resulta desventajoso y limitativo para el prescribiente, a través de este documento se pretende realizar una comparación legislativa frente al panorama expuesto en lo que respecta a Colombia y España, a fin de resaltar la razón por la cual siendo el poseedor adquiriente del dominio un propietario legítimo a través de un título originario, se vería en la obligación de ser parte de un eventual trámite ejecutivo ante la presencia de una obligación hipotecaria insoluble del antecesor titular del derecho real, impidiendo que el bien saneado con título judicial lo sea en su totalidad.

Así las cosas, se plantea como cuestionamiento ¿Cuáles son los efectos determinados en la legislación colombiana y española actual frente a la citación del acreedor hipotecario en relación al derecho de dominio del prescribiente y el título originario que esto representa?; para dar respuesta a esta pregunta se parte del hecho de que la legislación interna como se expuso con anterioridad el bien no se entrega saneado y el prescribiente se encontraría sometido a un proceso ejecutivo en el que su derecho real de propiedad se podría ver afectado, por otra parte en España, en donde la posesión en un contexto general no se constituye como una fuente para gravar un derecho ajeno cuando se verifican circunstancias que permiten dar cumplimiento a la obligación contraída por el deudor propietario inscrito.

De esta manera, para desarrollo de lo formulado se plantea como objetivo general la determinación de los efectos legislativos producidos en la legislación colombiana y la española frente al acreedor hipotecario y lo que debe hacer el prescribiente para que su derecho real de dominio no sea limitado por dicha causa; para esto se analizan cuatro acápites el primero referente a una reseña histórica concreta sobre el alcance de la propiedad como derecho sus formas y manera de adquirirla, posteriormente se puntualizara sobre el objeto base de esta investigación, esto es la prescripción como modo de adquirir el dominio dentro de la legislación interna, posteriormente se hará alusión al acreedor hipotecario como titular de derechos reales y finalmente se expondrá desde el marco normativo vigente de España el alcance que tiene la posesión como modo de adquirir el dominio y la presencia del acreedor hipotecario frente a esta figura con enfoque hacia la propiedad, el saneamiento o no de la misma para el prescribiente y los efectos concretos causados con ello.

DESARROLLO

Breve reseña histórica de la figura del derecho de propiedad en el marco colombiano

El derecho de propiedad en lo que a Colombia se refiere hace su aparición en la época de la conquista en la cual la apropiación de tierras baldías o desocupadas se justificaba por el simple hecho del descubrimiento, la cual quedaba en cabeza o a órdenes del Rey Español; posteriormente, ya en la etapa de la colonia con el gobierno de Tomás Cipriano se abolieron los estancos y aranceles, lo que conllevó a la implementación del comercio internacional a través de la exportación de tabaco y algodón, entre otros, en ese mismo periodo tuvo surgimiento el Código Civil Colombiano en que se estableció la libre disposición de los bienes por parte de sus propietarios, en tanto que el dominio de las tierras que ostentaba el rey Español pasó a manos del nación (Rengifo y Cifuentes, 2011, pp. 19-24).

Pese a ello, es de anotar que la principal característica del feudalismo radicaba en la detentación de la tierra como sinónimo de riqueza, como quiera que el señor feudal entregaba la tierra a través del dominio directo a los vasallos para su explotación quienes ostentaba el dominio útil, es decir, que se trataba de una propiedad dividida, en tanto que el capitalismo se da a través de la producción en masa de bienes y servicios lo que conlleva que el derecho de propiedad se transforme rigurosamente en individualista, imperantes hasta la adopción de la misma como una función social (Arias, 2014, pp. 130-131).

Por otra parte, se tiene que producto de la crisis agraria surgió la Ley 200 de 1936, impulsada en el gobierno del presidente López Pumarejo y como respuesta a los constantes conflictos que se presentaron por la lucha de la tierra la cual sufrió un escalonamiento y el aumento de las protestas sociales en varios sectores como demostración en contra de la política estatal (Alviar y Villegas, 2012, p. 117), en dicha normativa se introdujo el concepto de función social de la propiedad, desarrollada por León Duguit que básicamente consiste en que la propiedad no puede ser considerada como un derecho subjetivo absoluto e individualista, sino que por el contrario, debe obedecer a criterios solidaristas de tal modo que el propietario de la tierra no puede dejarla improductiva porque de hacerlo el Estado a través de sus gobernantes se encontrarían legitimado para obligarlo a cultivarla (Mercado, 2015, pp. 9-10), lo que en últimas conllevarían a que todos los bienes deben ser explotados por su propietario en razón de la función para la cual fueron destinados so pena de que los entes públicos correspondientes intervenga. Posteriormente, como respuesta al fenómeno del bandidaje que surgió durante los siguientes años por la falta de presencia de las autoridades, época en la cual grupos mercenarios se ofrecían al mejor postor para controlar los territorios, invadir fincas y desplazar colonos, sobrevino la reforma social agraria contenida en la Ley 135 de 1961, bajo tres postulados fundamentales: 1) la enajenación voluntaria, 2) la expropiación y 3) la extinción de dominio (Rengifo y Cifuentes, 2011, pp. 31-32).

Ahora bien, en la actualidad la propiedad se encuentra establecida como uno de los derechos constitucionales que tienen toda persona, oportunidad en la que nuevamente se introdujo la ya mencionada teoría de la función social de la propiedad (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 58), empero, sin el ánimo de adentrarse en discusiones banales, en verdad no aparece documentado que ese haya sido justamente el querer del legislador con la reforma agraria del año 1936 y con el texto constitucional reseñado líneas anteriores.

Dado lo indicado, sin pretender generar un debate al respecto desde un panorama general, se determina que dentro del territorio colombiano la propiedad como derecho se encuentra alejada en la practica de ser una función social, aspecto al cual puede dársele dos alcances, el primero de estos desde la óptica restrictiva frente a los poderes del propietario y la resolución del dominio, y la otra desde un punto de vista laxo en donde se fortalece la soberanía del Estado sobre los titulares del derecho de dominio (Tenera, 2014, pp. 94-100).

En tal sentido, se tiene que la propiedad es uno de los temas más controversiales de la historia moderna, pues según se sostiene en la obra titulada “Teoría general de la propiedad: bases para la construcción de un derecho civil realista en el ámbito de la tradición jurídica romana”, la propiedad ha sido encaminada a uno de los principales ingredientes de la paz social, la economía de los recursos y la laboriosidad humana. Pero también ha sido condenada por el origen de la desigualdad entre los hombres, la fuente primaria del egoísmo y la causa permanente de los conflictos sociales. (Rengifo y Cifuentes, 2011, p. 55).

Ahora bien, establece el legislador cinco formas a través de las cuales es posible adquirir el derecho de dominio o propiedad, a saber: accesión, tradición, ocupación, sucesión por causa de muerte y prescripción (Código Civil, 1873), esta última es el objeto de este estudio.

Dado lo mencionado, se destaca que la propiedad como derecho cuenta con aspectos positivos y negativos que se han reflejado históricamente en ámbitos restrictivos frente a su disfrute, así mismo en la intervención estatal, debido a que aunque si bien causa estabilidad para su titular se constituye al mismo tiempo como método para la desigualdad entre los sujetos, aspecto que ha venido desarrollándose legislativamente, en donde se ha puntualizado en los diferentes métodos a través de los cuales es posible adquirir la propiedad de los bienes, siendo una de esas formas la prescripción sobre la cual pasa a profundizarse a continuación, pues aunque el avance normativo a sido significativo frente a este tema se presenta laguna jurídica en relación al prescribiente y la existencia de una limitación hipotecaria.

El alcance de la prescripción frente al derecho real de dominio dentro del ordenamiento jurídico interno

La prescripción se encuentra prevista en el artículo 2512 del Código Civil, como la posibilidad que tiene una persona de adquirir las cosas ajenas, es decir, se trata de la adquisición del derecho de dominio a través del modo originario, ya que, en este específico evento no interviene la voluntad del propietario inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para que el dominio pase en cabeza del poseedor, pues basta que el Juez verifique el lleno de los requisitos exigidos por la norma sustancial para que lo declare titular del derecho de dominio.

Con base en lo anterior se tiene que la declaración de prescripción requiere que concurren varios requisitos a saber: posesión material con ánimo de señor y dueño de un determinado bien por el término exigido por el legislador, dependiendo si se trata de posesión regular, el periodo será de 5 años o, si, por el contrario, se trata de una irregular el termino es de 10 años; que el bien sea susceptible de ser adquirido por este medio, es decir, que se trata de bienes prescriptibles.

En atención a lo referido, se tiene que la prescripción es una figura jurídica de gran importancia dentro del contexto normativo interno en la medida en que cuenta con la aptitud suficiente y necesaria para transformar la posesión en propiedad o derecho de domino al transcurrir el tiempo (Velásquez, 2019, p. 387); así mismo, doctrinalmente se considera un modo originario al nacer de un acto unilateral sin transmisión de una persona a otra, es decir, no deviene de una antigua propiedad sino que el hecho generador encuentra acomodo en la circunstancia de haberse poseído el bien durante determinado tiempo (Jaramillo, 2013, p. 122).

Bajo el criterio expuesto, en la prescripción no interviene la voluntad del propietario como titular del derecho de dominio quien por negligencia abre paso para que un tercero que ha ejercido la posesión de este durante el tiempo que determina la ley, realizando, además actuaciones que lo convierten en dueño del bien lo adquiera mediante declaración judicial, es decir, que siendo un acto entre vivos es de carácter unilateral y su génesis proviene del título originado a través de la sentencia respectiva inscrita en el certificado de tradición y libertad, la cual cuenta con los mismos efectos de la escritura pública.

Así las cosas, en lo que respecta a la puntualización de las modalidades de prescripción, se tiene que la ordinaria ocurre cuando la posesión es regular, se cuenta con un justo título y se ejerce la posesión con animo de señor y dueño por el termino de 5 años tratándose de bienes raíces (Código Civil, 1873, arts. 2529), que para efectos prácticos es la que aquí se analiza; así mismo, se encuentra la extraordinaria en donde no se hace necesario ningún título antecesor a la posesión sino que tan solo se requiere de la detentación material con ánimo de señor y dueño por un lapso de 10 años ininterrumpidos (Código Civil, 1873, art. 2532).

Siguiendo lo mencionado previamente, están facultado por activa para invocar la prescripción aquel que en vía ordinaria haya tenido un determinado bien durante 5 años continuos o 3 años ininterrumpidos cuando se trata de vivienda de interés social y tenga justo título, (Código Civil, 1873 arts. 2528 -2529)

o; quien haya poseído material la cosa por 10 años si es que se trata de extraordinaria (Código Civil, 1873 art. 2531); así mismo el acreedor en favor de su deudor a través de la acción oblicua a pesar de la renuencia o renuncia de éste; y el comunero con exclusión de los otros condueños siempre que esté en posesión durante el lapso señalado recientemente de todo o parte del predio cuando su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo de los demás copropietarios o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad (Código General del Proceso, 2012 art. 375).

Comprendiendo la legitimidad y en atención a que el enfoque principal de este trabajo es la prescripción ordinaria, es necesario que exista un justo título, el cual sea traslativo de dominio (Código Civil, 1873, art. 765), siendo un claro ejemplo de esto, la suscripción de la respectiva escritura pública no registrada por circunstancias que no dependieren de la voluntad de los extremos contractuales; por otra parte, se resalta que se hace posible la prescripción cuando el bien sobre el cual se pretende el otorgamiento de propiedad no es fiscal, baldío o público sino que versa sobre un derecho de carácter privado.

Así las cosas, tal como se resaltó en párrafos precedentes para que proceda la adjudicación del dominio por vía de prescripción sea esta ordinaria o extraordinaria, se requiere hacer uso de los medios de prueba establecidos en el Código General del proceso, con base en los cuales el juez pueda acreditar más allá de toda duda razonable el tiempo de tenencia, la continuidad y las acciones ejecutadas sobre el bien (mejoras, forma de llegada a él, su reconocimiento o no con quien figura dentro del respectivo certificado de tradición y libertad, pago de impuestos y recibos públicos), es decir el ánimo de señor y dueño (Código Civil, 1873, art. 762), aspecto este al que los romanos denominaban el corpus y el animus (Velásquez, 2019, p. 156).

Dado el criterio mencionado se prevé que “la posesión representa uno de los procesos que contribuyen a integrar los derechos patrimoniales sobre las cosas, y constituye la forma más adecuada de su ejercicio y explotación” (Valencia y Ortiz, 1999, pp. 63-64). De esta manera y con enfoque generalizado se prevé que la prescripción es un medio adquisitivo del derecho real de dominio en favor del tercero que cumple con los requisitos de ley, el cual al mismo tiempo se constituye como una manera extintiva de la propiedad de quien figura legalmente en el título traslativo por su falta de acción frente a lo que le correspondía.

Luego entonces, el alcance que le da la legislación interna a la prescripción es la capacidad de ser un atributo, es decir, una parte de la personalidad de un sujeto respecto a un bien, en cuanto modifica su situación jurídica frente a las cosas, en la medida en que lo hace propietario, sin atención al poder dispositivo de propietario inscrito en el título, debido a que se trata de un acto jurisdiccional en donde se ve aplicada la sana crítica del operador judicial con base en las reglas procesales.

Dentro del trámite procesal a surtir para que sea declarada la prescripción se da: 1) presentación de la demanda, 2) notificación a los demandados (propietarios, la citación de los titulares de derechos reales, además de emplazar a todas las personas se crean con derecho sobre el bien a fin de que ejerzan su derecho de defensa y contradicción), 3) decreto de pruebas y alegatos de conclusión, 4) El juez profiere fallo por medio del cual accede a declarar o no el derecho del demandante (Código General del Proceso, 2012 art. 375).

Bajo lo determinado, es la sentencia la que adquiere alto significado jurídico como objeto de desarrollo de este trabajo de reflexión académico, en la medida en que al concederse las pretensiones ocurren dos situaciones, la primera de ellas referente a la adquisición del título de propietario a través del modo de prescripción sea ordinaria o extraordinaria sin que haya una oposición o limitación alguna al dominio y el segundo escenario se da cuando entre otras circunstancias el inmueble adquirido cuenta con un gravamen hipotecario, debido a que el derecho de este acreedor que además es llamado hacer parte del trámite, cuenta con una laguna jurídica por cuanto no indica el deber del juez para pronunciarse de fondo para entregar el bien adquirido sin limitación alguna.

Lo indicado, no resulta razonable teniendo en cuenta que la naturaleza del proceso analizado es sanear el título, por cuanto otorga el derecho de propiedad a alguien que no lo tenía, es decir, que puede considerarse una forma especial o excepcional de transferencia del dominio, en donde no se ve reflejados actos del propietario más allá de su indicación en el certificado de tradición y libertad, por lo cual al entregarle la propiedad de manera limitada (con hipoteca), se estaría imponiendo el deber de buscar nuevamente purgar el bien y de no hacerlo estaría sometido a un proceso ejecutivo que tiene por finalidad satisfacer el importe el valor total del crédito en resguardo del derecho real del acreedor, lo que implica que el no pago podría llevar incluso a un remate y con ello la pérdida del bien.

Por lo anterior, a continuación, se aborda el estudio sobre el derecho real del acreedor hipotecario, con el propósito de puntualizar la postura del ordenamiento jurídico interno frente al tema, esto es de su citación al proceso prescriptivo y lo que sucede frente al prescribiente, es decir, si es posible aunque no este tácitamente contemplado en la normatividad lograr que el saneamiento del título originario del dominio sea por vía ordinaria o extraordinaria se extienda hasta los efectos del saneamiento de la hipoteca, evitando mayores tramites o la prolongación de la limitación la propiedad, teniendo en cuenta que las obligaciones originarias de esa restricción fueron contraídas por quien aparecía en el documento de registro, sin que ello implique desconocimiento frente a los derechos de dicho acreedor.

El acreedor hipotecario como titular de derechos reales: efectos de su citación en el proceso prescriptivo

Habiendo analizado lo referente a la prescripción como una figura legal que permite a los individuos que han tenido un determinado bien en posesión por cierto lapso de tiempo adquirir la propiedad de esta de manera especial, por cuanto el título originario surge de una decisión judicial; en este apartado se estudia lo referente al objetivo que tiene la citación al proceso prescriptivo del acreedor hipotecario y si tal aspecto conlleva a que el juez deba entregar saneado el dominio de dicha limitación.

Debido a lo anterior, se parte de la descripción de la hipoteca y su regulación dentro del código civil colombiano, el cual la contempla a partir del artículo 2432 como un derecho de prenda constituido sobre un inmueble que pese a ello sigue permaneciendo en poder del deudor, sin embargo, algunos tratadistas han considerado que tal concepto es incompleto, como quiera que:

(...) solo señala dos de los diversos caracteres que tiene este derecho. (...) De manera más técnica puede decirse que la hipoteca es un derecho real que recae en inmuebles singularizados, los que continúan en poder del deudor o constituyente, para garantía del cumplimiento de una obligación, quedando facultado el acreedor para realizar el valor del inmueble y pagarse preferentemente. (Valencia y Ortiz, 1999, P. 24).

Con base en lo señalado, se extraen dos aspectos fundamentales de la hipoteca, el primero de ellos, corresponde a su restricción sobre el derecho real de dominio como consecuencia de la existencia de un crédito y, en segundo lugar, la posibilidad de que el deudor durante el lapso que ha pactado el pago de la obligación, pueda realizar el uso del bien a cambio de la cancelación en fechas concretas de una cuota

específica, por lo cual su extinción se da por pago total, lo que implica que antes de tal instante el acreedor hipotecario mantiene su derecho real sobre el bien.

Ahora bien, cabe resaltar que para protocolizar la hipoteca resaltada tal como lo señalan los artículos 2432 y 2452 del anotado código civil, es indispensable que la misma se realice a través de escritura pública y que de esta se realice la inscripción en el certificado de tradición y libertad, pues solo a través de esta forma se da garantía al acreedor de perseguirlo si se presenta un incumplimiento, esto indistintamente de quien tenga la tenencia del inmueble.

Del aspecto señalado, se precisa que de acuerdo con el ya referido artículo 2452, se exceptúa el derecho de persecución para el tercero que adquirió el bien con ocasión de una subasta ordenada por el juez, es decir, que tal aspecto aplica para quien adquiere el dominio en razón a un remate derivado de un respectivo proceso ejecutivo; así las cosas, para que sea posible aplicar dicha excepción se requiere que la subasta se efectuó con citación personal durante el periodo de emplazamiento de los acreedores hipotecarios y tendrá lugar sobre el valor del aludido remate.

En atención a lo expuesto, se prevé que, desde el contexto legislativo colombiano, el acreedor hipotecario conserva derecho real aun cuando el inmueble con ocasión al objeto de este trabajo académico pase a titularidad del prescribiente como resultado de la declaración que el juez realiza al respecto, lo cual encuentra justificación debido a que se trata de un derecho de carácter patrimonial y no real, es decir que la garantía recae sobre el inmueble y no sobre el titular del dominio, lo que implica complejidad debido a que la propiedad así como es un derecho también se convierte en un deber transmisible a quien la ostenta.

Dado lo mencionado y para efectos de este artículo de investigación, se prevé que el prescribiente siendo un tercero, le podría resultar aplicable la excepción de exclusión del acreedor hipotecario, sin embargo, es un aspecto que no se encuentra taxativamente contemplado por el legislador, toda vez que hasta lo que se ha podido ser analizado, la citación del acreedor prendario dentro del proceso de pertenencia no tiene un fin distinto a impedir la afectación de todos los involucrados con derechos reales frente al inmueble sobre el cual se debate la propiedad, sin embargo, el saneamiento de la hipoteca no es una atribución obligacional del operador judicial.

Pese a lo anterior, esto es el vacío jurídico que se ha resaltado, lo que no está previsto expresamente en la norma no implica necesariamente que este impedido siempre, así las cosas, al respecto:

Dentro de las pretensiones principales de declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva de dominio sea ordinaria o extraordinaria, estando afectado el bien objeto de usucapión por hipoteca, es procedente que con la finalidad de obtener la cancelación de gravámenes reales, se haga uso del artículo 88 del Código General del Proceso para acumular pretensiones y proponer subsidiarias que estén encaminadas a extinguir el gravamen hipotecario, razón por la cual deberá demandarse al acreedor. (Cifuentes, 2021, P.16).

Bajo criterio expuesto, en el que el autor citado menciona como solución de saneamiento del bien objeto de hipoteca que se adquiere a través de prescripción, que dicho aspecto sea planteado dentro de la demanda a efectos de economía procesal como una pretensión subsidiaria, desde una perspectiva objetiva, se considera que la misma debería ser propuesta como una principal consecencial de la declaración de pertenencia, ya que estaría llamada a ser atendida de manera prioritaria en la práctica judicial a contrariedad si solo fuere analizada como accesorio.

Aterrizando lo señalado, se tiene que, en atención a la norma sustancial civil, cuando al tercero se le adjudica el bien en subasta, la cosa no puede ser perseguida así la obligación garantizada haya quedado impagada en todo o en parte, a tal punto, que corresponde al juez ordenar la cancelación del gravamen hipotecario y entregárselo libre de vicios al rematante (Código General del Proceso, 2012 art. 455, núm. 1°), sin embargo, es preciso resaltar que dentro de las causales de extinción de la hipoteca no está este evento taxativamente contemplado como causa para que se ordene el levantamiento de la hipoteca.

Lo anterior, implica en materia del proceso prescriptivo que la cancelación de la hipoteca no es una obligación del juez que haya sido asignada por el legislador, pero esto no impide que en el momento en que se debate el derecho de dominio que posteriormente es declarado por vía judicial, dentro de las pretensiones consecencialmente se invoque la aplicación de la cancelación de la hipoteca, por cuanto aquí la citación del acreedor tomaría una mayor relevancia pues lejos de ser considerado un litis consorte necesario pasaría a ser un demandado directo, ahora bien ello no implica necesariamente que prospere la cancelación propuesta, pues para ello se debe tener en cuenta las causales indicadas en la norma para tal fin.

Así las cosas y a modo de síntesis, se señala que la cancelación de la hipoteca tendrá por finalidad en la prescripción como modo de adquisición de la propiedad de un determinado bien inmueble entregarlo saneado al tercero que no opero en la contracción de la obligación que causo el gravamen hipotecario, pero que a falta de claridad taxativa del legislador, su prosperidad por vía judicial dependerá de la pretensión consecucional de cancelación, el correspondiente soporte probatorio e igualmente la aplicación de las causales indicadas en la norma, ya sea porque opere la extinción de la obligación principal, sea resuelto el derecho de crédito, por acaecimiento del plazo de constitución o por solicitud del acreedor a través de escritura pública, aspecto determinado así en el artículo 2457 del código Civil.

Efectos jurídicos de la sentencia de declaración de pertenencia: sobre el saneamiento del inmueble con hipoteca

Como punto de partida, se fija que al declararse la pertenencia de un determinado predio en favor de uno o más individuos, constituyéndolos como propietarios a través del modo adquisitivo por prescripción y el título originario es la sentencia, esa decisión del operador judicial surte efectos erga Omnes en atención a lo mencionado al respecto en el numeral 10 del artículo 375 del Código General del Proceso.

Los efectos causados por la sentencia, implican que terceros a partir de la declaratoria de pertenencia queden impedidos para reclamar derecho real sobre el inmueble adjudicado a través de ese proceso en un periodo previo al lapso determinado en dicho fallo judicial; al respecto cabe resaltar:

la sentencia de pertenencia es meramente declarativa y no constitutiva del derecho de dominio, toda vez que no es el fallo que acceda a las pretensiones de la demanda, sino de la posesión regular acompañada de justo título o de la posesión irregular de donde indiscutiblemente nace el derecho (Velásquez, 2019; Ternera, 2014, p. 400; *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, 2001; Valencia y Ortiz, 1999; Jaramillo, 2013).

Como complemento a lo referenciado, se tiene que otro de los efectos causados con la sentencia que declara la pertenencia, conlleva al reconocimiento del derecho de dominio en favor del prescribiente desde el instante en que demostró su posesión y no desde el momento en que se profiere el fallo, aspecto que aun cuando no es propios de la ley si proviene de las fuentes auxiliares del derecho que desarrollan

el principio de la retroactividad “ como análisis interpretativo del artículo 1792 del Código Civil sin crear con tal aspecto ficciones jurídicas (Ternera, 2014, p. 409).

Lo mencionado implica que al reconocerse el derecho del prescribiente y produciendo la sentencia efectos erga omnes frente a terceros, tal propietario que cuenta con el fallo como título originario debería ampararle la garantía de que el predio le fue entregado totalmente saneado, esto es con la inscripción del dominio y al mismo tiempo la cancelación de la hipoteca una vez el acreedor ha ejercido su derecho de defensa y contradicción al ser citado al proceso sea como litis consorte necesario o demandado directo.

Para poder lograr el saneamiento mencionado, es necesario realizar un estudio exegético y basado en la sana crítica, así como en el principio de legalidad por parte del operador judicial, por medio del cual se determine además del objeto principal del proceso, que es la declaración de la pertenencia, la autenticidad del gravamen hipotecario y con ello si le asiste o no derecho al acreedor de ser parte del proceso, pues en este sentido la anulación del mismo conllevaría al saneamiento total del predio adjudicado en posesión o si siendo legítimo el mismo esta prescrito o de alguna forma es posible extinguirlo.

Hasta lo aquí mencionado, se prevé que la sentencia es el título que acredita al poseedor como propietario del predio del cual se demostró la prescripción, así mismo respecto a sus efectos erga omnes con extensión a terceros, permitiría tal como se determinó en líneas anteriores que sea procedente la cancelación de la hipoteca sea por excepción de la aplicación de persecución o por la prosperidad de la pretensión consecencial de cancelación al probarse las causales de ley de extinción del gravamen hipotecario; así las cosas aunque esta abierta la posibilidad de declaración judicial y al respeto se presentaron en el año 2011 los proyectos de ley 196 y 159, lo cierto es que aún se presenta laguna jurídica taxativa, sin embargo, existen posibilidades en los términos ya analizados.

A modo enunciativo, es pertinente precisar que “no es posible, bajo ningún respecto, pensar que dichos efectos, por serlo en frente de todo el mundo, tienen la virtualidad de acarrear el arrasamiento de los derechos reales accesorios constituidos sobre el bien objeto de la declaratoria”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1995).

Este aspecto implica que la hipoteca no pierde su vigencia por la sola circunstancia de haberse adquirido el predio a través del modo adquisitivo de la usucapión, aun cuando admite que dicha acción busca la purificación de la propiedad, aspecto controvertido doctrinalmente en atención al principio de retroactividad de la prescripción, teniendo en cuenta además que la contracción de la obligación se adquirió previo al hecho posesorio. (Velásquez, 2019, p. 428; Medina, 2016, p. 443).

En conclusión, los efectos de la sentencia a la luz de la normatividad vigente en el ordenamiento jurídico interno en lo que respecta a la prescripción, es de tipo erga omnes que implica el saneamiento de la falta de título de propiedad posteriormente inscrita en el certificado de tradición y libertad en favor del prescribiente, sin embargo, cuando presenta el mismo un gravamen la citación del acreedor hipotecario tiene por finalidad hacer valer sus derechos sin implicar taxativamente por el legislador la obligación del juez de ordenar la cancelación de tal limitación, aspecto subsanable con la demostración de las causales respectivas a efectos de economía procesal y bajo pretensiones acumulativas.

Efectos de la citación del acreedor hipotecario frente al prescribiente: comparación entre el alcance normativo colombiano y España en Contexto General

En este acápite se realizará una comparación de carácter jurídico frente a la figura del acreedor hipotecario dentro del proceso de prescripción, teniendo en cuenta el objeto de saneamiento del título que tiene tal trámite de acuerdo con lo analizado precedentemente en Colombia con respecto a la manera como se observa esta figura en España, así como la influencia del Common Law y civil Law dada en el continente americano con respecto al europeo en atención a los dos países anotados.

En un contexto general se tiene que en Colombia la prescripción es un medio para que un sujeto que demuestre su derecho adquiera la propiedad con un título (sentencia), aspecto reconocido así dentro del ordenamiento jurídico interno y también doctrinalmente, así las cosas, se tiene:

La doctrina ha admitido la tesis de considera la prescripción como un modo originario que apareja la adquisición por imperio de la ley. Solo la voluntad forja y crea este derecho. El tener la calidad originaria genera para el poseedor, además, el hecho de recibirla exenta de purga de vicios o gravámenes anteriores (Velásquez, 2019, pp. 426-427).

Dado el criterio expuesto, se determina que al ser la sentencia de prescripción un título originario que purga o sana la falta de propiedad del poseedor, el mismo debe entregarse sin mayores limitaciones,

aspecto que para efectos de este trabajo resulta aplicable respecto a la cancelación de la hipoteca; por otra parte, se ha precisado que:

Doctrinalmente los actos de constitución de gravámenes sobre predios constituidos por los dueños previo a la prescripción pierden eficacia cuando es declarada la pertenencia, sin embargo, desde el aspecto jurisprudencial no ocurre lo mismo que hace que tal derecho real se mantenga aun cuando procede la declaración enunciada, lo que implica que en caso de no ser pagada la deuda el bien sea susceptible de remate en detrimento del derecho del prescribiente impidiéndole excepcionar en el proceso. (Medina, 2016, p. 443)

Bajo el criterio señalado, se abre el debate objeto de este trabajo investigativo, esto es que ordenando el actual Código General del Proceso la citación del acreedor hipotecario tal como lo fija el artículo 375, el mismo no sea limitado a hacer valer los derechos reales de este respecto al bien susceptible de usucapión sino que sea posible ordenarle la cancelación por el hecho de que la obligación que grava el bien se adquirió con quien figura en el certificado de tradición y libertad como propietario, por lo que impedir el saneamiento, implica tal como se indicó en la primera parte de este artículo una impresión jurídica con carga expositiva hacia el prescribiente, pues el incumplimiento de la obligación conllevaría a que el tercero (poseedor declarado propietario) pueda perder la propiedad por una causa externa e incluso ser sometido a un proceso ejecutivo, por lo cual lo óptimo sería la purga total del título originario dado con la sentencia.

Así las cosas, lo pretendido con el planteamiento aducido, no es desconocer los derechos del acreedor hipotecario, sino resaltar que tratándose de un proceso prescripción de pertenencia sea ordinaria o extraordinaria, lo ponderable es el derecho de saneamiento total del dominio respecto al prescribiente, lo que implica que se realice un estudio exhaustivo sobre la hipoteca y así mismo que se desarrolle la carga dinámica de la prueba que contempla el artículo 167 del Código General del Proceso, esto es que el acreedor demuestre porque debe ser adjudicada una obligación que no adquirió el prescribiente para evitar perder la titularidad que ya se le reconoció.

Pese lo anterior, lo cierto es que en el ordenamiento jurídico interno tanto sustancial como procesal la citación del acreedor hipotecario en el proceso prescriptivo no tiene un alcance y/o efecto mayor que la

evitación del desconocimiento del derecho real sobre el predio, lo que implica un desconocimiento sobre la naturaleza rectificadora o saneadora de dicho trámite que origina un derecho para el prescribiente, de tal manera que:

En el proceso de pertenencia la hipoteca no se extingue al ser este un acto de ejercicio de derecho de dominio, en donde puede el propietario despojado de la posesión gravarla con la misma, pues la posesión no limita ni afecta el derecho de disposición que sobre el bien tiene su titular (Gómez, 2018, P.407).

Desde otro enfoque como desarrollo de la interpretación legislativa dada para el caso colombiano, se expuso que:

En atención al inciso segundo del artículo 2457 del Código Civil, al prosperar la declaración de pertenencia de un bien gravado con hipoteca, el juez está en el deber incluso de oficio de cancelar tal limitación, toda vez que ocurre la resolución del derecho al realizarse el cambio de propietario, de tal manera que esa cancelación no se causa con ocasión de la posesión sino por la extinción el dominio sobre el propietario anterior adquirente de la obligación, teniendo en cuenta la titularidad originaria adquirida por usucapión. (Bejarano, 2019, P. 365)

Ahora bien, cabe precisar que para evitar la defraudación con terceros, el inciso 2° del numeral 1° del artículo 468 del Código General del Proceso determina que la demanda de pertenencia se debe dirigir contra quien aparece en el certificado de tradición y libertad, pues de no ser así se constituirían prestamos cedidos hacia terceros a fin de que posteriormente con la pérdida de la titularidad y bajo las posturas antes señaladas se desconozcan los derechos del acreedor hipotecario, esto implica que para que proceda la cancelación de la hipoteca se requiere demostrar la posesión y adicionalmente la procedencia de tal extinción de derecho real no solo del propietario sino de quien solvento la obligación inicial, carga probatoria que deberá ser dinámica.

En esta orden de ideas, desde una postura objetiva lo que resulta procedente es encontrar un equilibrio jurídico en el que, sin afectar la naturaleza sustancial de la pertenencia, desde el ámbito procesal sea posible lograr que quien adquiere la propiedad de un bien por prescripción encuentre saneado el predio incluyendo en ello hipotecas, sin que esto implique desconocer el derecho del acreedor hipotecario

con el uso de fraudes procesales por parte del propietario del predio, aspecto que se logra a través del eficiente empleo de las pruebas, la experiencia, las reglas de la sana crítica y la aplicación del principio de legalidad que implica también atención al precedente judicial en casos análogos, esto en relación al caso normativo colombiano.

Abarcando en detalle el efecto que produce dentro del ordenamiento jurídico civil interno en Colombia la citación del acreedor hipotecario en el proceso de pertenencia, pasa a exponerse la forma como se contempla o regula esta figura en la legislación española. En efecto, en el artículo 345 del Código Civil Español prevé dentro de la propiedad privada a aquellos bienes que pertenecen a los particulares sea individual o colectivamente. (Dec. Real 206, 1889)

Dado el criterio expuesto, se determina que en España la propiedad de forma análoga a Colombia, es una garantía que en el ámbito particular compete a un individuo o varios, en cuyo caso será tenido como un bien común y proindiviso; así las cosas, el artículo 348 de la enunciada ley española define con claridad este derecho, haciendo mención expresa del propietario con respecto al tenedor o poseedor, es decir, al uso de la acción reivindicatoria que se menciona solo a manera enunciativa por no ser objeto de este trabajo, lo cierto es que reconoce la titularidad y el ejercicio del dominio.

De otra parte, a partir del artículo 430 del enunciado Código Civil Español se hace mención de la posesión como aquella tenencia de una cosa de la cual también se dispone y es ejercida por una persona, con la característica que el dominio (propiedad) pertenece a otra; igualmente en el artículo 438 se prevé que la posesión se adquiere mediante el uso material de una cosa, por actos propios o formalidades de ley, sobre este último aspecto en el caso de Colombia se requiere aplicación del 764 del Código Civil.

En lo que respecta concretamente al objeto de análisis de este trabajo académico, el artículo 447 del Código Civil de España, se indica que la posesión se adquiere y disfruta como dueño, razón por la cual sirve como título para adquirir el dominio, amparado por la presunción legal de que dicho modo de adquisición es justo, es decir, que tal como ocurre en Colombia en dicha nación Europea la Posesión también tiene por finalidad legitimar al poseedor de un bien como propietario del mismo dándole un título originario que surge del cumplimiento de los requisitos de ley.

Por su parte, en lo que respecta a los efectos de la declaración de pertenencia, el artículo 459 de la legislación española enunciada con anterioridad, determina que surte efectos respecto al lapso de tiempo demostrado con la posibilidad de que este sea intermedio, es decir, dentro de un periodo pasado y presente.

En lo que concierne a la hipoteca, en el artículo 462 del código civil de España se señala que la posesión de inmuebles y en general los derechos reales no se pierden ni transmiten por causa de la prescripción en perjuicio de un tercero, sino en atención a la ley hipotecaria; esto implica que tratándose del acreedor hipotecario al ser citado al proceso y solicitar la cancelación del gravamen prendario para entregar la propiedad sin limitación al dominio, como causal de procedencia no podría invocarse la ocurrencia de prescripción de la obligación que versa sobre el bien, aspecto que en el caso colombiano si sería viable cuando así logre probarse en el proceso respectivo.

En la ley hipotecaria de España, el artículo 33 hace mención a que la inscripción no otorga valor sobre aquellos actos o contratos en los que exista la nulidad, es decir, que tal como se expresó en párrafos precedentes haciendo alusión a Colombia si se constata que la hipoteca que afecta el derecho de dominio no obedece a un hecho real sino de fraude, tal aspecto implicaría el levantamiento de la prenda, aspecto que en España se da con una presunción esto es que su existencia obedece a la realidad. (Dec. 58. 1946).

Así mismo, en el artículo 34 de la enunciada ley hipotecaria indica que la adquisición del tercero de buena fe respecto del bien surte efectos una vez se haga la inscripción, esto implica que siendo el poseedor inscrito como consecuencia de la orden judicial el mismo ostenta derecho real sobre el bien, aspecto logrado por prescripción adquisitiva tal como lo señala el artículo 35, sin embargo, no elimina el derecho del acreedor hipotecario.

Por su parte en el párrafo final del artículo 36 de esta ley, se indica que la prescripción extintiva de derechos reales de la cosa ajena que es susceptible de posesión se da en detrimento del derecho del propietario inscrito en el registro, lo que significa que surge un nuevo derecho de dominio en favor del posesor, pero aquí igual que en Colombia se genera un vacío jurídico, esto es que ocurre frente a la propiedad que se pretende adquiere en pertenencia cuando cuenta con la hipoteca, más allá de que se le aplique o no la prescripción del gravamen, es decir, que sucede cuando resulta valida tal

limitación pero no fue adquirida la obligación por el prescribiente a quien se le pretende entregar saneado de toda restricción el título.

En el ámbito procesal, el trámite de pertenencia se desarrolla como un juicio de carácter verbal, en el que se realiza la publicación de edictos y citación de las personas con derecho sobre el bien (Ley 1. Numeral 1, Art 441, 2000); así las cosas, en lo que respecta a la garantía real del acreedor hipotecario sobre el bien susceptible de prescripción este mantiene su derecho de cobro y efectividad del crédito, aspecto que genera debate debido a que la transmisión del dominio implicaría la extinción de la obligación previa, y así mismo haría que la misma careciera de la posibilidad de ejecución del título; al respecto se puntualizó:

Desde la doctrina se genera controversia, en la medida en que la inscripción del gravamen hipotecario por sí mismo no ocasiona un título ejecutivo cosa distinta a lo que si ocurre con el documento de crédito (...) sin embargo en España, el artículo 1876 del Código Civil le atribuye derecho al acreedor para satisfacer el crédito garantizado a través de acción real con efecto erga omnes, lo que implica que sin importar quien sea el poseedor de la cosa este se sujeta al ius Distrahendi, o derecho de cesión de la prenda; de esta manera tal aspecto conlleva a entender que la hipoteca pretende la satisfacción de un crédito que este legalmente constituido, así las cosas siendo tal prenda un derecho accesorio al dominio, no se afecta por la vigencia de incidencias que ocurran sobre los titulares del crédito o patrimonio” (Callejo, 2013, P. 202, 209).

Atendiendo a lo mencionado, desde la legislación española estudiada, se tiene que el derecho del acreedor hipotecario es transmisible al prescribiente, por tanto, a diferencia de Colombia, en donde existe aún como se vio en capítulos precedentes sin ser expreso en el ordenamiento jurídico, pero si facultativo, se presenta una posibilidad de solicitar al operador judicial la cancelación de la hipoteca como pretensión consecuencial que tal vez podría prosperar conforme a las causales de ley; en lo que respecta al país europeo la extinción de la hipoteca se da con base en las causales que serán analizadas en párrafos precedentes, es decir, que va más allá de una pretensión.

El juicio mencionado, causa polémica en tanto la inscripción de la hipoteca en el certificado de tradición

y libertad en sí misma no constituye un título ejecutivo, sin embargo, al no desconocerse el derecho de este y ser citado al proceso especial verbal de pertenencia, mantiene la garantía real, hasta tanto como se indicó, no sea verificada su prescripción o nulidad; por tanto, los efectos causados con su citación consisten precisamente en impedir que su garantía se extinga y siga permaneciendo para satisfacción del crédito, por cuanto la posibilidad de saneamiento total del título originario respecto del prescribiente ante este escenario español es reducida, pues el juez no está obligado a entregarlo libre de gravámenes hipotecarios.

Con el propósito de puntualizar un poco más sobre la posibilidad de extinción de la hipoteca a fin de que el prescribiente obtenga la propiedad del bien inmueble sobre el que se declara sus derechos, es preciso indicar que en España:

La hipoteca, se puede extinguir de cuatro maneras, la primera de ellas es la voluntaria que implica disposición exclusiva del acreedor o de manera forzosa cuando media la disposición de la autoridad o causa externa a la voluntad de este, así mismo se da de manera absoluta o relativa, por disposición de la ley o la ocurrencia de la prescripción o caducidad; de otra parte bajo la aplicación de la ley de la hipoteca y de enjuiciamiento civil el crédito prendario culmina cuando lo hace la obligación garantizada ya sea por el pago, la compensación, condonación, novación, transacción, confusión o transacción. De esta manera cabe aclarar que sobre la novación no se aplica cuando se da sobre un tercero que no preste su consentimiento, también se da por la ocurrencia entre otros aspectos de la ejecución o carga preferente. (Carbajo, 2018, P. 49).

Siguiendo al autor mencionado y en atención al artículo 82 de la ley de hipoteca, aquellas inscripciones realizadas a través de escritura pública sobre un bien se cancelan solo por sentencia judicial o por voluntad del acreedor; así las cosas, puede señalarse que aterrizando dicho aspecto al objeto de este trabajo, si dentro del proceso declarativo de pertenencia el juez encuentra por solicitud del prescribiente que ha operado alguna de las causales descritas en la ley de enjuiciamiento civil y la sustancial para proceder con la cancelación la ordena, es decir, que en este contexto el panorama se amplía y la citación del acreedor hipotecario no se limita a verificar el derecho real de dominio contenido en la inscripción del título del bien sino a determinar si el mismo aún se encuentra vigente o es posible cancelarlo dándole

propiedad plena al poseedor declarado propietario.

Así las cosas, la sentencia bajo la legislación española es constitutiva de los derechos de plena propiedad del prescribiente y al mismo tiempo extintiva frente al acreedor hipotecario, teniendo en cuenta tal como se señaló previamente que el mismo en este contexto cuenta con una garantía accesoria que aun cuando es transmisible a quienes entran hacer parte del dominio no es ilimitada cuando por mandato de la ley procede la cancelación.

Como adición a lo anterior, es necesario tener presente el tipo de obligación adquirida respecto al crédito hipotecario por el deudor, así las cosas:

El deudor hipotecante en atención al artículo 1911 del Código Civil español responde con todos sus bienes presentes y futuros por la obligación de crédito, lo que implica que se trata de un deber personal tal como lo prevé el artículo 105 de la ley de la hipotecaria, salvo cuando la misma es limitada” (Guiunta, 2015, P.92).

Bajo el aspecto mencionado y para efectos del proceso prescriptivo, es posible afirmar que se requiere un análisis integral del gravamen hipotecario por parte del operador judicial, aspecto para lo cual es indispensable que al ser citado el acreedor hipotecario el mismo indique si existe otra forma con la cual su derecho real puede verse materializado, es decir, si se constituyó una hipoteca que implique el ejercicio del derecho de crédito y, por ende, ejecución sobre otros bienes del deudor para asegurar el cumplimiento, evitando así la afectación al prescribiente.

De otra parte, de acuerdo con el código civil español en la parte final del artículo 1857, se indica que la hipoteca puede ser constituida por parte de un tercero no deudor que garantice el cumplimiento, razón por la cual siguiendo al autor antes referenciado, se tiene que en este caso confluyen tres circunstancias; esto es, por una parte una de tipo personal entre el acreedor hipotecario y el deudor, que faculta al primero para perseguir todos los bienes del segundo hasta el monto que satisfaga la obligación total contraída.

En segunda medida, obedece a la relación que se crea entre quien constituye la hipoteca y el acreedor del derecho de hipoteca, en donde el hipotecante no deudor se constituye como sujeto pasivo, ya que se asimila en este caso a la figura que dentro de la legislación colombiana se constituye como la fianza, y finalmente esta la relación entre el deudor personal y aquel que no siéndolo garantiza con una hipoteca

de bien propio el cumplimiento, por lo que ante el no pago del deudor principal el segundo queda sujeto al acreedor con el gravamen constituido.

Atendiendo a lo mencionado y a modo de síntesis, para que proceda la cancelación de la hipoteca en favor del prescribiente pese a la falta de regulación expresa de la legislación civil española frente al tema, la citación del acreedor hipotecario tiene como fin validar el alcance de sus derechos evitando que la adjudicación saneable del título originario dado con sentencia judicial se constituya como un medio de defraudación.

En este sentido, para que resulte procedente la cancelación de la hipoteca sobre el bien adjudicado al poseedor es indispensable que se pruebe y acceda a la prescripción, que operen las causales taxativas indicadas en la ley sustancial civil o que el juez en el análisis que realice del proceso pueda verificar que el derecho de crédito estando vigente no es adjudicable al prescribiente por cuanto en el no se constituye la voluntad para ser hipotecante no deudor y, así mismo, la transmisión del crédito resulta limitante para el ejercicio pleno de la propiedad adjudicada con título originario y así mismo que la satisfacción de la obligación se puede dar por otro medio, es decir, persiguiendo otros bienes del deudor o de aquel que haya garantizado su cumplimiento.

CONCLUSIONES

En la investigación pudo darse alcance a los objetivos planteados, por lo cual el desarrollo de la pregunta problema fue óptimo; así las cosas, en la primera parte se hizo mención del contexto histórico de la propiedad y la manera como desde el ordenamiento jurídico interno es posible adquirirla, para lo cual se puntualizó en el periodo de la colonia, posteriormente en la edad media hasta llegar a la expedición del código civil, en donde el patrimonio como atributo de la personalidad es posible adquirirlo a través de la posesión.

En ese primer acercamiento al tema base de investigación, se resaltó que siendo la propiedad una garantía de protección frente a su titular en la misma se aplica la función social, lo cual en la práctica interna no es tan real y ocasiona circunstancias de desigualdad y así misma intervención del estado.

Ahora bien, en el segundo apartado se hizo mención de la prescripción como una de las formas que determina el artículo 2512 Código Civil vigente para adquirir el dominio de las cosas como derecho real en favor de una persona, el cual puede ser de dos naturalezas, por una parte ordinario cuando media

un justo título y se ha tenido el bien con ánimo de señor y dueño por un periodo no inferior a 5 años o de tipo extraordinario ante la carencia de tal título y la posesión ha sido de un lapso de por lo menos 10 años, temporalidad que en el proceso declarativo debe ser probada para que el juez en el fallo respectivo proceda a establecer su declaratoria.

Así mismo, se determinó dentro de esa segunda parte, que ante la declaratoria de procedencia de la prescripción sea ordinaria o extraordinaria, el operador judicial no está obligado a pronunciarse de fondo frente a la entrega al adquirente del bien sin limitación alguna, cuando existe un acreedor hipotecario que es citado por tener derecho real frente a lo adquirido, lo cual desde una postura objetiva no resulta razonable, debido a que la finalidad del trámite es sanear la falta de título y no hacer mas gravoso o engorroso dicho aspecto, toda vez que impone el deber del poseedor declarado propietario de buscar la manera de cumplir con la hipoteca después de haber transcurrido el tiempo, pues de lo contrario, se vería expuesto a ser parte de un proceso ejecutivo en el que de no cancelar perdería el derecho adquirido por un acto del que no hizo parte.

En la tercera parte, se hizo mención del efecto causado dentro del proceso de prescripción con respecto al acreedor hipotecario, partiendo de que siendo la hipoteca un derecho de prenda que ofrece garantía a quien otorga el crédito para la adquisición del bien lo que permite persecución indistintamente de quien lo tenga, se aplica excepción cuando un tercero adquiere la propiedad con ocasión de un remate judicial. En relación al prescribiente como tercero, se indicó la posibilidad de que este pueda también ser exceptuado de la persecución del acreedor, por cuanto para que el predio se entregue saneado, es indispensable demandar a dicho titular real hipotecario, invocando para tal fin pretensión principal consecencial de exclusión de la obligación hipotecaria, por cuanto en este sentido el efecto de la citación de dicho acreedor va más allá de hacer valor los derechos que tenga sobre el bien objeto de prescripción adquisitiva de dominio, para en cambio dar lugar a que quien acredito la posesión adquiera la propiedad sin limitantes, extinguiendo la obligación sobre el bien.

Frente a los efectos de la sentencia de declaración de pertenencia se estableció que los mismos son Erga Omnes por tanto cuentan con dos connotaciones, por una parte, la cobertura frente a terceros que aleguen tener derecho real sobre el bien declarado en posesión antes de la fecha señalada en el fallo, y,

por otro lado, el reconocimiento en favor del prescribiente de su derecho de dominio desde el momento en que logro acreditarlo con base en las pruebas y no desde que se profiere la decisión judicial.

De otra parte, en el aspecto comparativo, se indicó que en Colombia es importante llenar el vacío jurídico existente frente a los efectos de la citación del acreedor hipotecario en el proceso de declaración de pertenencia para permitirle al prescribiente adquirir la propiedad plena del bien a usucapir, lo que implica la cancelación del gravamen, sin que ello conlleve a la defraudación sobre el crédito, sino que se constituya como una extinción de la obligación hipotecaria por el cambio del derecho de titularidad del dominio debidamente probada.

En lo que respecta a España, se estableció que las alternativas posibles para entregar el bien objeto de posesión inscrito en el título respectivo libre de hipoteca, es que operen las causales de ley para evitar la defraudación del acreedor, siendo posible solicitar como parte de las pretensiones con plena prueba, el acaecimiento de la prescripción del gravamen.

En última instancia, logro establecerse que tanto en Colombia como en España existe un vacío legislativo frente al verdadero fin buscado con la presencia del acreedor hipotecario dentro del proceso de pertenencia, sin embargo, con base en el análisis desarrollado, se puede concluir que en dicho país europeo, este aspecto puede desarrollarse cuando el juez en medio del proceso declarativo encuentra que la satisfacción del crédito es posible realizarse por otro medio, permitiendo que el bien inmueble a usucapir sea saneado en su totalidad en favor del prescribiente, teniendo en cuenta que aun cuando la prenda recae sobre el bien, la obligación es personal y la sustitución del deudor requiere voluntad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez Gómez, M. A. (2018). Ensayos sobre el Código General del *Proceso*: Vol. I (Segunda edición).

Temis.

Arias García, C. (2014). *Bienes civiles y mercantiles*. Grupo Editorial Ibáñez.

Bejarano Guzmán, R. (24 de enero de 2015). Pertenencia y cancelación de hipoteca o prenda. *Ámbito*

Jurídico. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/civil-y-familia/pertenencia-y-cancelacion-de-hipoteca-o-prenda>

Callejo, C. S. (2013). La pretensión de la ejecución Hipotecaria. (Tesis doctoral). Universidad Nacional de Educación a Distancia. Recuperado de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Scallejo/Documento.pdf>

Carbajo, P.M. (2018). Análisis Comparado de la hipoteca en España, Colombia y México. (Tesis de grado). Universidad pontificia Icai Icade Comillas. Recuperado de <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/20096/TFG-%20Carbajo%20Perteguer%2C%20MariIa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cifuentes, C.B. (2021). La pertenencia para extinguir o no garantías reales. (Trabajo de grado, Universidad Libre). Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/20696/ARTICULO%20LA%20PERTENENCIA%20PARA%20EXTINGUIR%20O%20NO%20GARANTIAS%20REALES%20CARLOS%20ANDRES%20CIFUENTES.pdf?sequence=1>

Código Civil, Pub. L. No. 84 de 1873 (1873). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Constitución Política de Colombia, (1991), 20 de julio de 1991 art. 58. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Código General del Proceso, Pub. L. No. 1564 de 2012, Diario Oficial No. 48.489 (2012). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, N.º 4219 (Corte Suprema de Justicia 1 de septiembre de 1995). Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, N.º 6633 (8 de mayo de 2001). Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Decreto 206 del 25 de julio de 1989. Por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia. (España). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>

Decreto 58 del 8 de febrero de 1946. Por el cual se aprueba la nueva redacción de oficial de la ley hipotecaria. Recuperado de [https://www.boe.es/eli/es/d/1946/02/08/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/d/1946/02/08/(1)/con)

- Guiunta, S.G. (2015). La acción de devastación. (Tesis doctoral). Universidad de Valencia. (España). Recuperado de <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/50540/TESIS%20DOCTORAL-LA%20ACCIÓN%20DE%20DEVASTACIÓN%20%28VERSIÓN%20%20%20REDEFINITIVA%20PARA%20IMPRESA%29.pdf?sequence=1>
- Jaramillo Castañeda, A. (2013). *La usucapión y su práctica: Suplemento legislativo de 1936 a 2012: urbana, rural, agraria*. Doctrina y Ley.
- Ley 1 del 7/00, enero 7, 2000. De enjuiciamiento civil. Jefatura del Estado. (España). Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>
- Ley 675 de 2001, Diario Oficial 44.509 (2001). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0675_2001.html
- Medina Pabón, J. E. (2016). *Derecho civil: Bienes, derechos reales* (Primera edición). Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Recuperado de <https://www-digitaliapublishing-com.ez.urosario.edu.co/a/46396#>
- Mercado Gazabón, A. C., autor. (2015). *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia: El sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos* (edsdpl.DIGUDROS0184). Digitalia Public Libraries. Recuperado de <https://public.digitaliapublishing.com/a/46531/>
- Rengifo Gardeazábal, M., & Cifuentes Muñoz, E. (2011). *Teoría general de la propiedad: Bases para la construcción de un derecho civil realista en el ámbito de la tradición jurídica romana*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho: Temis.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, N.º 6633 (8 de mayo de 2001). Recuperado de <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>
- Tenera Barrios, Francisco. (2014). *BIENES TERCERA EDICION*. (3ª). EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/10.2307/j.ctt1f5g452>
- Valencia Zea, A. & Ortiz Monsalve, Álvaro. (1999). *Derecho civil: Vol. Tomo II, Derechos Reales*. Temis.
- Velásquez Jaramillo, L. G. (2019). *Bienes* (decimocuarta). Grupo Editorial Ibáñez.