

# *Jurisprudencia*

*del Tribunal Superior  
de Medellin*

# JURISPRUDENCIA CIVIL

---

Magistrado Ponente: José Manuel Mora Vásquez

## PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DEL DERECHO DE PETICIÓN DE HERENCIA

Con la excepción de los casos en que se concede acción pública o popular, no toda persona, desde un punto de vista formal o sustantivo, puede asumir la condición de parte actora en el proceso judicial. Se requiere, en general, que tenga un interés positivo, que sea poseedor de algún derecho, o aun de la mera expectativa de él ante un arbitrario usurpador. "La demanda judicial es —para el procesalista Chiovenda— el acto mediante el que se ejercita el derecho de acción, se manifiesta el deseo de que la ley sea actuada". (Tomo II. Derecho Procesal Civil, Pág. 75 VI, edición de 1932).

Uno de los presupuestos procesales es precisamente el de que el demandante disponga de la acción. Sin él no puede constituirse válidamente la relación procesal. Es el interés jurídico actuando mediante las acciones organizadas por la ley, en busca de la declaración de que se es titular de un derecho o de una calidad jurídica, frente al demandado, o a todos los demás en las acciones que producen efectos *erga omnes*. De esta manera el proceso civil se dirige a lograr un efecto jurídico en favor del actor y a cargo del demandado, tanto en las acciones constitutivas como en las declarativas y en las de condena.

No establecido, como no lo fue, el interés jurídico de la parte actora para promover el proceso, por esta consideración inicial la improcedencia de la demanda es manifiesta, pero, además, existen otras consideraciones que también llevan a su desestimación. Entre ellas estudia el Tribunal la que en seguida se expone:

De si puede promoverse como acción la prescripción extintiva del derecho de herencia.

Los artículos 1o., 2o. y 4o. de la Ley 120 de 1928, dicen:

“Artículo 1º—Los acreedores y cualquiera otra persona que tenga interés en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla, a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario”.

“Artículo 2º—Todo aquel que tenga en su favor una prescripción adquisitiva de dominio podrá pedir la declaración judicial de pertenencia, la cual una vez obtenida cuando se trate de inmuebles, será inscrita en el libro número 1º de la correspondiente oficina de registro y producirá los efectos señalados en el artículo 2.534 del Código Civil”.

La acción que se reconoce por este artículo no puede ejercitarse contra la Nación y demás entidades de derecho público respecto de bienes declarados imprescriptibles”.

“Artículo 4º—Para obtener la declaración de pertenencia, se seguirá un juicio ordinario con la persona o personas contra quien se pretenda hacer valer la prescripción”.

De estos preceptos se infiere, sin necesidad de un esfuerzo de la inteligencia, que la declaración de prescripción adquisitiva, que implica naturalmente la extintiva de la otra persona de la reclamación procesal, sólo puede ejercitarse por quien haya adquirido, el dominio de las cosas o derechos respectivos, por la usucapión, o por el que tenga un interés positivo, aún el acreedor pauliano en la prescripción adquisitiva, pero no por el que quiera promoverla fuera de todo interés demostrado.

Cuando el artículo 1º de la citada Ley 120 de 1928 —transcrito antes— concede a todo el que tenga interés en una prescripción, la facultad de utilizarla, es lógico que debe actuarse dentro de las oportunidades o posibilidades que la ley establece. Así, pues, la prescripción adquisitiva podrá hacerse valer como acción o excepción, pero la extintiva, en tratándose del derecho de herencia, sólo como excepción, a menos que se suscite la usucapión como acción principal, y la extinción del derecho del demandado sobre la herencia, como declaración consecencial. La esencia de ese fenómeno jurídico así lo organiza y produce, ante la ley y la técnica.

La prescripción adquisitiva tiene, se repite, un genuino carácter activo, en tanto que la extintiva, por su misma esencia y naturaleza, no puede alegarse por medio de una acción judicial, salvo cuando se demanda como derivación de la prescripción adqui-

sitiva. El artículo 1326 del Código Civil expresamente manifiesta que el heredero putativo puede “oponer” el legítimo heredero la prescripción de diez años, contados como para la adquisición del dominio, en el caso del inciso final del artículo 766 del Código Civil, o sea cuando por decreto judicial se le haya dado la posesión efectiva, decreto que sirve de justo título. El verbo empleado, “oponer”, corresponde indubitablemente a excepcionar.

La posesión de una herencia puede ser, por tanto, regular e irregular. Será regular en el caso en que se ejerza de buena fe y se tenga el justo título aludido, o sea el que concibe el inciso final del artículo 766 del Código Civil. Irregular en los demás casos. De estas posesiones surgen las prescripciones adquisitivas del derecho de herencia, que también pueden serlo, por tanto, la ordinaria y la extraordinaria: será ordinaria la que se realiza por el transcurso de diez años en los casos de los artículos 1.326 y 766 —inciso final— del Código Civil, cuando el heredero putativo agrega a su buena fe el justo título creado en la última disposición, y extraordinaria por el transcurso de treinta o veinte años, según los artículos 2.533 —numeral 1o.— del Código Civil, 1o. de la ley 50 de 1936 y 41 de la 153 de 1887.

Mas la posesión de la herencia tiene que ejercerse sobre la totalidad de la masa hereditaria, asumiendo el poseedor el carácter de heredero, pues si sólo se ocupa de un bien específico, en nombre propio, no con la calidad aludida, sería improcedente y elementalmente injurídico todo concepto sobre prescripción adquisitiva del derecho de herencia o sobre prescripción extintiva de la acción de petición de herencia. No puede mixtificarse el derecho con la cosa. Son distintos el derecho de herencia y los bienes determinados sobre los cuales puede realizarse. Su confusión conduce a errores evidentes.

La posesión de una cosa singular, a título de dueño, durante determinado lapso y con la concurrencia de otros extremos que no es preciso puntualizar en este momento, produce la prescripción adquisitiva del respectivo objeto, que puede alegarse en una acción de dominio, o en la especial de pertenencia, mientras que para proclamar que se tiene derecho a una herencia, por prescripción, es el carácter del heredero, ejercido durante tiempo suficiente, lo que debe establecerse, para que el heredero putativo desplace al legítimo —en cuanto a sus derechos sucesorales, pero no a su calidad civil que no puede prescribir— mediante una conducta

sostenida por medio de hechos positivos acordes con la calidad de heredero, durante el tiempo que la ley establece. Son objetos distintos los de la acción de propiedad y de petición de herencia. En el primero se discute la propiedad de una cosa determinada, y en el segundo una calidad jurídica: la de heredero.

Y no se diga que el derecho de herencia no es susceptible de posesión, pues el precepto del artículo 766 del Código Civil establece que las cosas incorpóreas son susceptibles de ella y que tiene las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal. Sencilla consecuencia de este precepto será decir que quien ocupa una herencia, diciéndose heredero sin serlo, es un simple poseedor del derecho de herencia, pero no su titular.

La prescripción extintiva de la herencia no puede realizarse en el vacío. Se requiere que una persona distinta del legítimo heredero, asuma ese carácter y lo retenga durante el tiempo que la ley determina para que se produzca la prescripción. Lo contrario, haría que los objetos que integran el haber sucesoral devinieran a ser *res nullius*. Por eso el Triunal considera que el lapso para la prescripción extintiva de la acción de petición de herencia no puede contarse, como lo proclaman algunos juristas —Carrizosa Pardo, Barros Errázuris— desde que la herencia se defiere, o sea, desde el momento en que fallece la persona de cuya sucesión se trate —artículos 1.012 y 1.013 del Código Civil— sino desde el primer acto de posesión de la calidad de heredero, de parte de quien no sea legítimo sucesor. Y es porque el heredero legítimo entra a poseer la herencia, por ministerio de la Ley, sin necesidad de ninguna actuación, en el momento en que se defiere, y esa posesión presunta, legal e indiscutible, mantiene vivo su derecho a la herencia.

El artículo 757 del Código Civil dice: "En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por ministerio de la ley al heredero:...." Y aun cuando el heredero no realice la posesión con actos materiales administrativos o conservativos, en nada le afecta esa abstención, su carácter legal —si otro no la ocupa— pues el artículo 2.520 del Código Civil surge en su defensa. Dice así esta disposición:

Artículo 2.520: "La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna.

Así, el que durante muchos años dejó de edificar en un te-

rreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique.

Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales, o paste en ellas, no por eso impone la servidumbre de este tránsito o pasto.

Se llaman **actos de mera facultad** los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro".

El prestigioso comentarista universitario colombiano doctor Fernando Vélez, acierta, una vez más, en la exposición que hace sobre la materia jurídica de que se viene tratando. Al respecto pueden ser consultados sus admirables comentarios al artículo 1.326 del Código Civil en el Tomo V de su conocida obra sobre el Derecho Civil Colombiano. De allí se entresacan estos apartes, en los cuales impera la exigencia de la posesión que asuma un tercero, contra los derechos del legítimo heredero, para que pueda realizarse la prescripción extintiva del derecho de herencia: "Es prescripción general la de 30 años, a la expiración de los cuales desaparece el derecho de petición de herencia, porque ésta la adquiere el que ocupa la herencia, según el número primero del artículo 2.533, por la prescripción extraordinaria de 30 años, que es el mayor término que exige el Código para adquirir dominio o extinguir un derecho".... (Hoy veinte). "Los diez años.... de que trata se cuentan de acuerdo con el artículo 1.326 como para la adquisición del dominio. Parece que esto quiere decir que cada dos días se cuenta entre ausentes, en virtud del artículo 2.529, por uno solo para el cómputo de los años, o sea, que si el que establece la acción de petición de herencia estaba ausente del lugar donde se abrió la sucesión, no se puede prescribir por quien ocupa ésta sino por la posesión de veinte años".

En el derecho francés existe el artículo 789 del Código Civil que dice: "La faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers". Es decir: por treinta años, según el artículo 2.262 del mismo Código. Igual tiempo al fijado en el Código colombiano, y el mismo resultado: una prescripción extintiva.

Aun cuando los expositores expresan que esta disposición propiamente no consagra la extinción del derecho de herencia sino la facultad de aceptarla o de renunciarla, de parte del heredero, de lo cual, por cierto, han surgido interpretaciones diversas, la más

general acepta la tesis de que la prescripción prevista en ese precepto no es posible sino cuando se enfrenta una posesión de un tercero. Expresa al respecto el comentarista M. H. Boeuf en el Tomo III de su "Résume sur le Code Civil", página 231: "Además la dificultad referente a la situación del heredero que ha permanecido treinta años inactivo, se puede presentar independientemente de toda cuestión de petición de herencia. Basta suponer que la sucesión no ha sido aprehendida por ningún sucesor diciéndose tal: desde luego no es posible allí la prescripción prevista por el artículo 789".

Josserand sostiene una tesis semejante: "Solamente el día en que surge un contradictor, en que un tercero se comporta como si se tratara de un sucesor universal del causante, es cuando la prescripción comienza a correr, porque a partir de ese momento la petición de herencia encuentra una razón de ser, tomando verdadero cuerpo". (Tomo III, Segunda edición. No. 1.014, párrafo 3o.). El razonamiento es indiscutible: **la acción de petición de herencia presupone la existencia de un contradictor, de un adversario, y mientras éste no aparezca, no es concebible ejercitarla.** El viejo aforismo, "actioni non natae non proscribitur", tiene excepcional aplicación en este caso.

De la sentencia de casación de la Honorable Corte Suprema, dada el 9 de abril de 1940, se transcribe la siguiente doctrina: "La acción de petición de herencia es la que confiere la ley al heredero de mejor derecho para reclamar los bienes de la herencia ocupados por otra persona, que también alega título de heredero. Es, pues, una controversia en que se ventila entre el demandante y el demandado a cuál de ellos le corresponde en todo o en más parte, el título de legítimo sucesor del causante (en bienes herenciales o una parte alicuota) en calidad de heredero y de consiguiente la universalidad de los bienes herenciales o una parte alicuota sobre estos". (G. J. números 1.955 y 1.956, página 225).

Podría alargarse el fallo con la transcripción de conceptos de eminentes expositores que propugnan la tesis que se viene exponiendo y sustentando, pero se considera inútil hacerlo, pues lo dicho es suficiente para producir la convicción de que se ha incurrido en la demanda en una grave equivocación técnica, que se recogió y aceptó en la sentencia de primera instancia, al sostener que el tiempo de la prescripción extintiva de la acción de petición de herencia principia en el momento en que fallece el causante.

Los procesalistas conciben acertadamente la acción, en general, como un derecho que nace de la violación de otro derecho y que tiene por objeto asegurar el ejercicio del derecho violado. Por eso no puede existir la acción reivindicatoria, sin que un tercero haya usurpado la posesión de la cosa correspondiente y se diga dueño de ella; ni el interdicto existe sin actos perturbatorios y sólo cuando estos se inician, empieza a correr el tiempo en que prescribe el proceso posesorio. Y así con las demás acciones. Pero proponer que se declare la prescripción extintiva de la acción de petición de herencia, sin demostrar que algún acto de tercero hizo necesaria la acción para el mantenimiento del derecho herencial del legítimo heredero, es un error manifiesto, en sentir de la Sala.

(Sentencia de 31 de octubre de 1946, dictada en el Juicio Ordinario de la "Compañía de Minas Chilona S. O." contra Raquel Finck de Davidov. Ponencia del Magistrado, doctor José Manuel Mora Vásquez).

---