

GUILLERMO PAYAN ARCHER

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

La Posesión

Tesis para optar el título de
Doctor en Ciencias Jurídicas



Universidad Javeriana
MCMXLV

EDITORIAL KELLY — BOGOTA

*A FEDERICO PAYAN,
el más firme constructor
de mi espíritu.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA
JAVERIANA — FACULTAD DE CIENCIAS
ECONOMICAS Y JURIDICAS.

RECTOR:

R. P. *Félix Restrepo S. J.*

DECANO:

Doctor *Liborio Escallón*

PREFECTO DE DISCIPLINA:

R. P. *José López S. J.*

SECRETARIO DE LA FACULTAD:

Doctor *Gustavo Lombana Vargas*

PRESIDENTE DE TESIS:

Doctor *Manuel José Ramírez Beltrán*

EXAMINADORES:

Doctor *Manuel José Ramírez Beltrán*

Doctor *Gonzalo Gaitán*

Doctor *Alberto Zuleta Angl.*

Biblioteca
de

Juan From Dulger

1946



"... que el home posee una cosa, cuando somete la cosa a sí, e saca de ella lo que más le aprovecha, como si fuera dueño". De las "Siete Partidas" que hizo el Rey D. Alfonso el Sabio.

INFORME DEL SEÑOR PRESIDENTE DE TESIS

Manuel José Ramírez Beltrán
Abogado

Bogotá, 30 de Octubre de 1945.

Señor Doctor LIBORIO ESCALLON,
Decano de la Facultad de Ciencias Económicas
y Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana

E. S. D.

Como Presidente de Tesis del distinguido alumno de esa Facultad, Señor Guillermo Payán Archér, me es grato rendir a Ud. el informe reglamentario acerca del trabajo que ha presentado para su examen de grado.

Escogió el Señor Payán Archér, como tema, el fenómeno jurídico de "LA POSESION", uno de los más intrincados e interesantes, cuya importancia desde los tiempos del Derecho Romano ha agitado las mentes de los juristas y expositores y que, en los tiempos presentes, sigue siendo objeto de académicas y enardecidas polémicas.

El autor de la Tesis, con admirable acopio de doctrinas de los tratadistas antiguos y modernos, y con base en la legislación comparada, aborda y desarrolla el tema con inteligencia, ilustración y gran criterio jurídico, y demuestra espíritu de investigación y particular vocación por las disciplinas jurídicas, circunstancias que, a no dudarlo, si Payán persevera en el camino del estudio, harán de él un gran jurista y un fiel intérprete de la ley, y en sus manos y a su pericia intelectual podrán confiarse no sólo la guarda de los intereses particulares, sino los más nobles de la administración de justicia.

Payán Archér expone sus puntos de vista con gran lucimiento y con independencia de criterio, y define, discute y deduce conclusiones propias, todo lo cual hace que su estudio constituya un valioso aporte a la literatura jurídica del país y una óptima recomendación para el excelente alumno de ese Instituto.

A fuer de buenos bagajes como jurista, en la vida pública el Señor Payán Archér ha espigado provechosamente, con una vertiginosa carrera, pues su briosa juventud y su brillante inteligencia han sabido imponerse ocupando destacadas posiciones en su Departamento, y contribuyendo así al robustecimiento de una importante sección del país, todo ello fruto de su consagración al estudio y de su excelente capacidad intelectual.

El Diploma de Doctor de nuestra Facultad queda muy bien en las pulcras manos de Guillermo Payán Archér.

Dejo en estos términos rendido el informe que me corresponde, y tengo el gusto de suscribirme como su muy atento y seguro servidor,

(Fdo.) M. J. RAMIREZ BELTRAN

INTRODUCCION

Con reiterada frecuencia y no disimulada malicia quéjense a menudo muchas de nuestras gentes porque las monografías que exigen las Universidades a quienes han de optar un título, no siempre están informadas dentro de una investidura novedosa, ni dan margen a insospechados descubrimientos, razón por la cual no ha de abonárseles —como graciosa concesión pública— más que el subentendido reconocimiento de un mayor o menor esfuerzo. Propiamente, carece este trabajo de cualquiera pretensión "snobista", de ningún afán calculado de originalidad manifiesta, de todo rebuscamiento superfluo, de toda vanidad bibliográfica. En el fondo, la redacción de estas páginas no ha sido más que un alegre pretexto para discurrir con toda sencillez sobre temas explicados en cada momento por los señores profesores en clase, sobre cuestiones tratadas cotidianamente por los autores que nos han sido

más apegados, en fin, sobre puntos que, hasta para los menos entendidos en estas cosas del Derecho, constituyen bregas de muy diaria ocurrencia.

En verdad, a esta materia de la posesión no han sido pocos los estudiosos que le han dedicado cuidadosa atención y vigiliass; y ya en el alumbramiento del Derecho Romano, los jurisconsultos lucubrabán sabiamente sobre muchos de los problemas que en la aplicación de ella se suscitan, sin olvidar tampoco la circunstancia de que en el siglo pasado se discutieron con verdadero éxito tesis quizás de las más trascendentales y difíciles, siendo además el caso de que aún, en los días actuales, su interés no ha desaparecido ni sufrido la más mínima mengua, y que cuantas reflexiones sobre el particular se han puesto en limpio, siguen constituyendo referencias de graves inquietudes del pensamiento.

Por honradez que dijéramos profesional, no podemos callar aquí la verdad de haber seguido, principalmente, en esta exposición, las huellas del Marqués Federico Carlos de Savigny y de Rodolfo Von Ihering, entre los extranjeros, y de los Doctores José J. Gómez R. —nuestro profesor de Derecho Civil— y Eduardo Zuleta Angel, entre los nacionales. De los primeros, nos hemos servido para el efecto de fijar todo cuanto se relaciona con la estructura urídica de la posesión, la entidad categórica

de sus elementos, el proceso de orden dialéctico que en ella se opera, las clasificaciones a que en el curso de su análisis se atienden, etc., etc., en tanto que en los segundos, encontramos derrotero seguro para el estudio de los detalles peculiares a nuestro derecho, a las materias que por estar más íntimamente ligadas con la vida colombiana, nos son más propias, tales como la crítica a ciertas disposiciones del C.C., la llamada posesión inscrita, el Régimen de Tierras vigente, la institución del Registro y otras más.

Lejos de nuestra mente pensar en esta hora que dejamos agotada una materia, y más lejana todavía toda intención de dogmatismo. No obstante haber sido numeroso el temario aquí sometido, tenemos conciencia de que la mayoría de nuestros capítulos adolecen por incompletos, cuando no por equivocados, y que es todavía abundante lo que se nos queda por estudiar.

Porque no encontramos, ni hay razón justificable, no esperamos ningún elogio para estas líneas; mas, si acaso ellas llegaran a ser sobrestimadas en algo, abónese el mérito a nuestros profesores, a quienes en fin de cuentas corresponde la paternidad, y el amor, y la fe, y la convicción por todas estas ideas.

G. P. A.



Capítulo I

CONCEPTO DE LA POSESION

Hemos creído que para fijar mejor el concepto de lo que en el campo jurídico es la posesión, ningún método será tan conveniente e indicado como el de estudiar las definiciones que sobre la materia han venido consignándose a través de los tiempos en los Códigos y por los tratadistas. Así, no solamente se nos presenta la oportunidad de contemplar el fenómeno en una forma estática y abstracta, sino que podemos estudiarlo en todas sus proyecciones y movimientos, dijéramos, en la constante demostrativa de su evolución. Veamos, pues, algunas de estas definiciones:

El Código Civil Francés (Art. 2.228) dice que: "es la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, que tenemos o que ejercemos por nosotros mismos, o por otro que la tiene o la ejerce a nombre nuestro". El Art. 430 del Código Civil Español, que hace el distinguo entre la posesión civil y la posesión natural, habla de la primera, como que: "es la misma tenencia de una cosa o disfrute unidos a la

intención de haber la cosa o derecho como suyos". El Código Civil Alemán, no la define, pero en el Art. 854 nos sorprende una muy interesante referencia, por medio de la cual se expresa que "es un poder de hecho". Finalmente, y con el propósito de no extendernos demasiado en este punto, vamos a copiar la definición que trae nuestro C.C.: "La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y 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". (Art. 762). En cuanto a los tratadistas, las nociones explicadas por ellos tienen la característica de ser más científicas que las legales, y por lo mismo de mayores quilates jurídicos. Para Planiol, "es un estado de hecho que consiste en tener una cosa de manera exclusiva y ejecutar sobre ella los mismos actos de uso y goce que ejercita su propietario". Para Collin et Capitant, "es una relación de hecho entre una persona y una cosa, por la cual esta persona tiene la posibilidad de realizar sobre esa cosa actos materiales de uso y de transformación, con la voluntad de someterlos al ejercicio del derecho real, al cual corresponden normalmente estos actos". Louis Josserand ha escrito a este respecto: "es el poder físico sobre una cosa". El Doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, siempre devoto de la "posesión inscrita", que ocupará nuestra atención en posteriores capítulos, la define así: "es un estado de hecho que consiste en tener un bien exclusivamente, o de manera real o simbólica, con ánimo de señor o dueño". El Doctor Milcíades Cortés, (1)

(1) *Monografía sobre "La Posesión", Anales de la Academia de Jurisprudencia. Bogotá.*

quien en años anteriores le dedicó un sesudo folleto a esta materia, dice que: "es la manifestación externa del derecho, el signo o los actos que lo revelan ante los ojos de terceros". Para el Doctor José J. Gómez R., es: "la subordinación de hecho, exclusiva, total o parcial, de los bienes al hombre". Para nosotros —y perdónesenos el atrevimiento de colocarnos al lado de los maestros— la posesión es: "la relación de hecho entre una persona y una cosa, por medio de la cual **relación, la persona se comporta ante la cosa, lo mismo que si fuera su propietario**". Ni el Doctor Francisco José Chau, ni el Doctor Eduardo Zuleta Angel, dan en sus obras respectivas, definiciones sobre la posesión.

No podríamos cerrar este capítulo sin estudiar —aunque en manera breve— la posesión en el Derecho Romano. En efecto, en Roma se distinguió entre posesión y cuasi-posesión (*possessio et quasi possessio*), refiriéndose la primera a las cosas corpóreas o materiales, y la segunda a los derechos. En D., XLI, 2, 12. 52; XLIII, 17, 1, 2., y en Girard, *Textes*, quinta edición, Pág. 189 (1), se encuentran dos citas, que a continuación nos permitimos retranscribir, por considerarlas de ponderada trascendencia: "Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. La razón de proponer este interdicto fue la de que la posesión se distingue, atendido su concepto, de la propiedad. Porque puede darse muy bien el caso de

(1) *Derecho Romano*. T. 1º, Págs. 569 y 626. R. P. José M. Uría. S. J.

que un individuo sea poseedor, y no sea dueño o propietario de la cosa poseída; al revés, puede acontecer que este o aquel individuo sea propietario de la cosa, mas no su poseedor actual; por último, puede también suceder que el mismo individuo sea a la vez poseedor y propietario de la cosa"; "Tametsi animadverto nom nimium firman id genus hominum habere civitatis romanae originem; tamen, cum longa usurpatione in possessione eius fuisse dicatur, et ita permixtum cum tridentisnis, ut diduci ab iis sine gravi splendidi municipii inuria non posit, patior eos in eo iure in quo esse se existimaverunt, permanere beneficio meo". (Edictum Claudii) (1). Sintetizando la concepción romana sobre el particular, diremos, prestándole estas palabras al P. José María Uría S. J.: "la posesión es la tenencia material de una cosa, junto con la posibilidad física de usar y disfrutar de ella, con exclusión de otras cualesquiera personas naturales o morales". Por último, el Rey Don Alfonso El Sabio define la posesión en las "Siete Partidas", diciendo que: "es el sometimiento de las cosas al hombre, para que de ellas saque lo que más le aproveche, como si fuera dueño".

(1) *Derecho Romano. Ob. cit.*

Capítulo II

Elementos de la Posesión. El corpus y el ánimos. Teoría Romana. Teoría de Federico Carlos de Savigny o Teoría Subjetiva. Teoría de Rodolfo Von Ihering o Teoría Objetiva. Movimiento Dialéctico. Críticas.

Otros Códigos, como por ejemplo el de Chile, traen el Título de "La Posesión", dentro del de la prescripción, teniendo en cuenta, quizás, la circunstancia de que por medio de la posesión opera en la mayoría de las ocasiones el aspecto activo, positivo de la prescripción, la llamada prescripción adquisitiva, o sea aquella que los romanos denominaron usucapión. En nuestro C.C. la posesión está tratada en el Título VII, del Libro 2º, al lado y en compañía de los demás Modos de adquirir.

En nuestro concepto, creemos que es mucho más técnico incluir las normas referentes a la posesión, como lo hicieron los chilenos y muchas otras legislaciones, en el Título de la prescripción, por las razones que en el párrafo anterior hemos explicado y porque no alcanzamos a ver el

motivo que justifique la presencia de la posesión al lado y en compañía de los Modos de adquirir, siendo así que la posesión no es un Modo, sino apenas la expresión que necesita la prescripción adquisitiva para operar como un Modo. Otra cosa distinta es que a la prescripción adquisitiva sí haya necesidad de colocarla al lado de los demás Modos de adquirir, en el Libro 2º del Código y no en el Libro 4º.

De la misma definición que tomamos del Art. 762, podemos deducir con toda claridad los dos elementos que componen el concepto de la posesión, que son, a saber: el corpus y el ánimo.

“La posesión es la tenencia de una cosa determinada”, reza la norma en cuestión, en su primera parte, para señalararnos el elemento corpus; “con ánimo de señor y dueño”, repite en la parte final, para significarnos el elemento ánimo.

El Art. 981 del C.C. consigna una de las expresiones, uno de los significados —el mejor tal vez— del corpus. Dice así: “Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión”.

De modo que el elemento corpus es el que demuestra la posesión. El que la hace pública ante los ojos de terceros. Se trata de los actos positivos como “el corte de maderas”, la “construcción de edificios”, la “de cerramientos” y demás que enumera el Art. 981.

“El ánimo califica los actos materiales que el hombre

ejecuta sobre las cosas, dándoles sentido posesorio. Es el elemento intencional, subjetivo, que por sí solo no habla, que por sí mismo no se manifiesta, pero que habla y se manifiesta por medio de los actos materiales que componen el corpus. A él se refiere el Art. 762 cuando pide para la tenencia el ánimo del señor y dueño, y el Art. 981 cuando al tratar de los actos materiales posesorios (corpus), pide que sean ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión, es decir, con perfecto señorío, sin reconocimiento de derecho alguno de otra persona sobre la misma cosa". (Algunas Consideraciones sobre La Posesión, Doctor José J. Gómez R., Universidad Javeriana. 1942).

En el Derecho Romano, se concibió la posesión a través de cuatro elementos integrantes del concepto. La tenencia material de la cosa, exclusiva, por medio de la cual la persona poseedora tenía la posibilidad física de usar, disfrutar y disponer de ella con exclusión de los demás; la intención de tenerla como propia, es decir, de poder ejercitar sobre ella los mismos actos que se ejercitan cuando se es titular de un derecho real; que dicha intención fuera verificada en el propio nombre del poseedor, y no a nombre de otro; que hubiera un título jurídico capaz de generar un derecho. (Derecho Romano. T. 1º. Pág. 570. P. José María Uría S. J.)

Vamos ahora a exponer la Teoría de Savigny, o la Teoría Subjetiva. Para el ilustre profesor berlinés, la posesión está constituida, tanto por el elemento corpus, como por el elemento ánimos, sin que el uno despoje al otro, como generalmente ha llegado a creerse.

El corpus está formado por los elementos materiales de que dimos noticia anteriormente (Art. 981), a saber,

hechos de uso, de goce y de transformación. El *ánimus* está formado por todos aquellos hechos que califican el *corpus* imponiéndoles un sentido posesorio.

“Por tanto, según esta Teoría, el *corpus* es la materialidad escueta de la posesión, los hechos físicamente considerados, con que se manifiesta la subordinación en que una cosa se encuentra respecto del hombre; v.gr., sembrar, edificar, abrir canales de regadío, cercar el predio, etc., pero sin sentido alguno posesorio, porque no vienen a ser sino un elemento de los dos que componen la posesión. Siendo esto y sólo esto, tales hechos están en la aptitud de recibir la influencia del *ánimus* y entonces tendrán un alcance posesorio”. (Doctor José J. Gómez R., Ob, cit. Pág. 11).

El *ánimus* incorpora al *corpus* dentro de una situación posesoria. Si estos actos intencionales se ejercitan sobre el *corpus*, sobre la tenencia, sobre “el poder de hecho”, en una forma y de una manera exclusiva, y sin reconocer derecho alguno, entonces, inmediatamente hay posesión. De allí que si en la explotación de una hacienda media, por ejemplo, un contrato de arrendamiento, no se puede hablar de posesión, porque, de antemano, está en vigencia el reconocimiento de un derecho; y es natural que si se reconoce un derecho ajeno no se procede con ánimo de señor y de dueño.

Según esta Teoría de Savigny, quien ejecuta simplemente los actos materiales, los constitutivos del *corpus*, pero sin que éstos hayan sido calificados por el *ánimus*, no ha poseído jurídicamente. Ha habido apenas la existencia del elemento material, objetivo, pero sin conjugarse con el intencional y subjetivo. Es entonces indispensable que,

quien lleva a cabo esos actos materiales, lo haga con ánimo de señor y de dueño para que pueda poseer.

Cada uno de los dos elementos tiene vida propia y es tan lo debidamente especificados. Los hechos materiales no prueban sino el elemento material, como el ánimos solo tampoco prueba más que el elemento intencional. De manera que en esta Teoría, el corpus solo y el ánimos solo, son insuficientes para demostrar la posesión.

En consecuencia, "con arreglo a la Teoría de Savigny, quien tiene el poder de hecho, debe probar el ánimos, lo que significa —como anota el autor de la Teoría opuesta— que la tenencia se asciende a la posesión. La tenencia no es otra cosa que el corpus, o sean los actos materiales, los que nada significan en el terreno posesorio mientras no se establezca el elemento intencional. Mediante este acto, la tenencia deja de obrar sola, para combinarse con el ánimos y dar de tal suerte vida a la posesión". (Doctor José J. Gómez R., cit, Pág. 12).

En la Teoría de Von Ihering, o la Teoría Objetiva, juegan como en la anterior, también, los dos elementos. Pero cada uno en su órbita respectiva y con un alcance distinto que en la teoría anterior.

En esta Teoría, el elemento corpus, para llegar a la posesión, no necesita, como en la anterior, la calificación intencional o del ánimos. Los actos materiales, objetivos, que encarnan el corpus, por sí solos están encerrando y comprendiendo el elemento intencional. En esta Teoría el corpus supone el ánimos, y como se trata de una presunción legal (*iure et tantum*), es claro que admite prueba en contrario, lo cual en la práctica viene a dar por resultado que los meros hechos materiales ya logran por sí

solos establecer la posesión, porque comprenden el *ánimus* hasta tanto no se demuestre lo contrario.

De tal manera que quien logra probar el primer elemento —el *corpus*— no tiene necesidad de probar el elemento *ánimus*, por las razones antes expuestas de que aquél encierra a éste.

“Todo poder de hecho es posesión”, según la Escuela Objetiva. No quiere decir esto que en esta Teoría el *ánimus* no juegue papel ni tenga ninguna importancia, sino que está subordinado al *corpus*, o para ser más exactos, comprendido en el *corpus*.

Así, en esta Teoría, poseen el arrendatario, el comodatario, etc., etc. Porque los actos de transformación, uso y goce, constituyen la tenencia. Ahora bien, esos actos, esa tenencia, es la misma en el arrendatario que en el comodatario y que en el dueño. Luego el hecho es el mismo y los efectos son los mismos, y por lo tanto el arrendatario y el comodatario y el poseedor anticrético, poseen.

Ya lo hemos repetido, que los actos de goce y de transformación prueban la circunstancia posesoria por razón de que el *corpus* tiene la virtud de hacer suponer el *ánimus*. Pero esta virtualidad no es en manera alguna inconvencional, ni se ha establecido con el rigor de una presunción de derecho (*iures et de iure*), ni menos se ha establecido con caracteres sumos. El “elemento diferencial negativo” —prueba en contrario— puede desvirtuarla. De consiguiente, esta presunción puede ser deshecha por los terceros que demuestren que los hechos materiales, positivos “no tienen en realidad de verdad el alcance que resulta de sí mismos”. ¿Cómo está constituido el elemento diferen-

cial negativo? Está constituido por el mandato legal que hace imposible la posesión y que consiste:

- a) En la existencia de un título precario; y
- b) En la prohibición legal que haga imposible la posesión, por tratarse, v.gr., de bienes de uso público, o de terrenos baldíos reservados por la Nación, o de cosas embargadas, o de bienes extra-comercium, etc., etc.

De tal manera que lo que Von Ihering denomina "el elemento diferencial negativo" es, nada más, que el título precario y la prohibición de la ley. Y así, la posesión depende también de la ley que pueda hacerla o no jurídicamente imposible. Tanto el arrendamiento como el comodato constituyen títulos precarios, y solamente dan margen a la mera tenencia de las cosas sobre las cuales operan. Por lo demás, es sabido que el título precario establece siempre, entre el dueño y la persona titular, entre el dueño y la persona que arrienda, por ejemplo, "una relación de dependencia tal, que no puede menos de expresar el reconocimiento de la propiedad de quien entrega el bien en parte, de quien lo recibe". Por tanto, los actos materiales ejecutados sobre un bien, y en virtud de un título precario, están lejos de demostrar la posesión.

En la interpretación de las dos Teorías expuestas, se encuentra, a la verdad, el observador, con un verdadero movimiento dialéctico. En la de Savigny se proyecta el proceso de la mera tenencia a la posesión; en tanto que en la de Von Ihering se proyecta el proceso de la posesión a la mera tenencia. Para Savigny, como ya lo hemos visto, los actos materiales nada dicen de por sí, hasta que el áni-

mus no ha operado dándoles un sentido posesorio; para Von Ihering los actos materiales lo dicen todo, y tienen una verdadera significación posesoria, hasta tanto no sean rechazados en virtud del elemento diferencial negativo, o sea de la prueba en contrario. Gráficamente podríamos decir que, mientras que en la Teoría de Savigny va el proceso en ascenso, de abajo para arriba, en la de Von Ihering va el proceso en descenso, es decir, de arriba para abajo.

En nuestro parecer, la diferencia radical que existe entre estas dos Teorías, entre estas dos Escuelas, reside en un punto de vista puramente probatorio. Y así, para los subjetivistas, aunque se tenga el corpus, es necesario probar la existencia del *ánimus*; como que para los objetivistas, teniendo el corpus, no es menester probar el *ánimus*, porque éste se presume. Francamente, a nosotros nos ha parecido mucho más técnica, mucho más científica y mucho más práctica, la Teoría de Von Ihering, además de que a todas luces se ve que es mucho más jurídica. Porque, lo cierto es que, siguiendo los pasos de Savigny, es muy difícil llegar a demostrar el elemento intencional; en cambio, siguiendo a Ihering, es cuestión menos que dificultosa probar el corpus y presumir el *ánimus*, presunción que, como se ha dicho, es legal y que por lo mismo admite prueba en contrario. La Teoría de Savigny peca porque carece de una eficiente estructura probatoria, lo cual, si no sobra, por lo menos queda a la perfección en la de Von Ihering.

Ahora, valiéndonos de las ideas hasta aquí explicadas, permítasenos criticar algunas de las definiciones con-

signadas en el Capítulo I. Principalmente la que trae nuestro Art. 762.

La definición de *Colin et Capitant* comprende, en primer término, los dos elementos constitutivos. Es la "relación de hecho entre una cosa y una persona, en virtud de la cual, la persona puede cumplir sobre la cosa actos materiales (elemento objetivo, elemento *corpus*) con la voluntad de someterla al ejercicio del derecho... (elemento subjetivo, elemento *ánimus*). En segundo término, calla sobre los actos de disposición, porque éstos no son actos materiales —como sí lo son los de uso, goce y transformación— y pueden ser ejecutados por poseedores y por no poseedores. En la del *Planiol* hemos advertido, ante todo, el principio de que la posesión es un "hecho" en contraposición al principio opuesto de que es un ente jurídico; y en ella está comprendido el elemento *corpus* en cuanto habla de ejercer los "mismos actos de uso y del propietario, y el elemento *ánimus* en la exigencia de que la cosa se tenga de manera exclusiva". *Josserand* a pesar de haber elaborado su concepto en una forma azás sintética, cumple con todas las exigencias científicas, y así, al decir que se trata de "un poder físico", sitúa la distinción entre el "estado de hecho" y el "estado de derecho", aunque, por otra parte, deja reducido todo el problema de la posesión a la expresión material excluyendo el elemento intencional, que, como dijera *Savigny*, es el que fija el contenido posesorio. En la definición del Doctor *Rodríguez Piñeres*, el único detalle nuevo y a la vez sorprendente es aquel de la "forma simbólica" que, como lo veremos luégo, no tiene ningún valimento y que seguramente obedece al deseo "de cobijar la posesión inscrita que tanta devoción ha logrado des-

pertar en el ilustre jurista". El Doctor Milcíades Cortés, al decir que: "es la manifestación externa del derecho, el signo o los actos que lo revelan ante los ojos de terceros", seguramente, "siguiendo a Von Ihering ha tratado de componer un concepto con las proyecciones especiales del derecho, pero, sin decirnos cuáles son los actos, cuál es el signo que revela el derecho ante el público". (Doctor José J. Gómez R., Ob. cit., Pág. 3). Respecto a la interpretación que pudiéramos darle a la definición del Doctor José J. Gómez R., profesor nuestro en esta materia, nada más apropiado que repetir aquí sus propias palabras: "Es la subordinación —dice— porque así se expresa cabalmente el vínculo entre la cosa que se posee y quien la posee. Es la subordinación del hecho, para separar el derecho del hecho de la posesión. El derecho es la subordinación jurídica. La posesión es la subordinación material. Esta corresponde a aquélla, es decir, el hecho está en relación directa con el derecho. Pocos casos ocurren en que quien posee no sea el titular de la propiedad, de manera que aún en la casi totalidad de ellos, o sean aquellos en que la posesión corresponde a la propiedad, desde el punto de vista netamente posesorio, hay una cierta separación e independencia entre la posesión y el derecho, separación e independencia que se palpan en los juicios posesorios, en los cuales dice el Código, no se tienen en cuenta los títulos de propiedad que se aduzcan por una u otra parte (Art. 979). La subordinación exclusiva, porque así no reconoce intromisión de nadie en ese poder de hecho. Posesión que no sea exclusiva, no es posesión. La posesión es excluyente, porque significa señorío, y esta noción implica inviolabilidad. Si hubiese a la vez derecho de otro sobre la

misma cosa, el derecho no sería inviolable y la posesión no sería exclusiva. Subordinación total o parcial (nosotros nos permitimos insinuar personalmente en clase la conveniencia de modificar los términos "total o parcial" por "completa o incompleta", habiéndonos concedido la razón por entonces), porque la posesión debe condicionarse al derecho que se tiene sobre la cosa, y en tal sentido la subordinación será total (completa) si el derecho nos da el mayor número de prerrogativas posible, como acontece con el dominio; o parcial (incompleta), si sólo nos da algunas, como pasa en los de habitación, de servidumbre, de propiedad fiduciaria, de prenda, etc." (1) La definición de nuestro C.C. (Art. 762) la podemos sistematizar en los siguientes puntos:

1º El elemento corpus. "Es la tenencia —dice— de una cosa determinada".

2º) El elemento ánimus. "Con ánimo de señor y dueño".

3º) Como en la concepción romana la intención debe verificarse a nombre del propio poseedor y no a nombre de otro,... "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". Según el profesor Gómez esta proposición es inútil, porque en materia de posesión no importa hacer tales explicaciones.

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

(1) Conferencia sobre Prescripción. José J. Gómez R., Universidad Javeriana. Pág 3.

Capítulo III

Diferentes clases de Posesión. Útil e Inútil. Regular: Título Justo, Buena Fe y Tradición; Irregular: Posesiones Viciosas. Violenta y Clandestina.

“Desde el momento que el principal objetivo y ventaja de la posesión es conducir a la prescripción (usucapión), parece lógico que la clasifiquemos teniendo en cuenta la clase de prescripción a que nos puede conducir. Desde este punto de vista la posesión puede ser útil o inútil. La primera sirve para prescribir (usucapir) y por el transcurso del tiempo puede llevarnos a la situación de convertirnos en verdaderos dueños de la cosa poseída. La segunda es aquella que nos inhabilita para prescribir”. (Derecho Civil. Alessandri y Somarriva. T. 2º. Pág. 397).

La posesión útil se divide en Posesión Regular y Posesión Irregular.

La posesión Regular, al tenor del Art. 764, es la que “procede de justo título y ha sido adquirida de buena fé, aunque la buena fé no subsista después de adquirida la

posesión". En este punto hay que tener en cuenta que se ha operado la Tradición, si el título que se invoca es de los mal llamados en el derecho colombiano "traslaticios de dominio". Decimos mal llamados, porque científicamente el título jamás es traslaticio de dominio, siendo así que son los Modos los que dan margen a la adquisición de los derechos reales. Así lo que traslada, es el Modo, pero nunca el título. Con estos antecedentes deducimos tres elementos en la Posesión Regular: el título justo, la buena fe y la tradición.

La posesión Irregular, según el Art. 770, "es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el Art. 764". Es decir, que hay posesión irregular, cuando falta la buena fe, el título justo y la Tradición.

En verdad, la posesión Irregular carece de toda clase de ventajas. La ley ve con muy distintos ojos a la posesión Regular y a la Irregular, concediéndole a la primera buen número de prerrogativas, y en cambio, cargándole a la segunda totales restricciones. Fijemos la atención en algunas:

a) La presunción de que el poseedor se reputa como dueño, tiene una aplicación que cobija tanto al poseedor regular como al irregular;

b) Siendo la posesión Irregular, también pueden adquirirse las cosas por prescripción; sabiendo sí que en este caso se adquiere por medio de la prescripción extraordinaria, que entre nosotros es de 30 años en el régimen antiguo, y de 20 en el actual, de la Ley 50 de 1936;

c) El poseedor irregular, a diferencia de lo que sucede en la posesión regular, no tiene razón para hacerse

dueño de los frutos, y menos puede incoar la "acción publiciana", de que habla el Art. 951 del C.C.

Las posesiones viciosas que también se denominan inútiles no tienen ninguna finalidad en materia de posesión, por el motivo muy sencillo de que no pueden operar en el campo de la prescripción adquisitiva; y es sabido que el legislador les negó terminantemente el amparo de las acciones posesorias. (Prescripción extraordinaria).

Las posesiones viciosas son de dos clases, a saber: la posesión violenta que los romanos llamaron "unde vi", y la posesión clandestina (clandestina possessione). Estudiémoslas, aunque sea ligeramente:

La posesión violenta, como su nombre lo indica, es la que se ejercita por medio o en virtud de la fuerza. Esta fuerza puede ser física o moral, es decir, que puede consistir en un acto material o en una amenaza.

¿Cómo se califica, o mejor, cómo se determina la fuerza en la violencia? El Código dice que "la posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza", y explica esta enunciación en la siguiente forma: "El que en ausencia de su dueño se apodera de una cosa, y volviendo el dueño le repele, es también poseedor violento".

Por lo demás, la posesión violenta es apenas un vicio temporal, ya que al cesar los hechos que han dado margen a la circunstancia de la violencia, la posesión se transforma en posesión útil, pudiendo servir para usucapir.

Según el Código, la posesión es clandestina cuando "se ejerce ocultándola ante los que tienen derecho para oponerse a ella". Como se trata de un vicio (recuérdense los vicios del consentimiento y la norma consagrada por la Ley 50 de 1936) sucede con ella igual cosa que al tratar-

se de la posesión violenta, es decir, que no da margen a una prescripción, a una usucapión normal, y que no está amparada por las acciones posesorias.

“La subsistencia de la clandestinidad persiste, a diferencia de la posesión violenta, no sólo al momento de adquirirse la posesión, sino que debe subsistir durante todo su ejercicio”, dicen Alessandri y Somarriva.

Por lo demás, el vicio de la clandestinidad, como lo anotamos al hablar de la violencia, es también relativo y temporal, de tal manera que desaparecido éste, la posesión se transforma en útil.

Capítulo IV

Derivados de la Posesión: A) Tenencia, B) Mera Tenencia. Título Precario.

En el desenvolvimiento de toda situación posesoria se nos presentan diversos grados supereditados por la necesidad de la misma superintendencia. Examinemos esos diversos grados.

La Tenencia, como su mismo nombre lo indica, consiste apenas en ser uno de los dos componentes que integran el concepto de la posesión. Es tan sólo el elemento corpus.

Lo que acabamos de apuntar no solamente cuadra dentro de la Teoría Subjetiva, sino también dentro de la Objetiva. Conforme al movimiento dialéctico de la primera, habría que calificar la Tenencia con el elemento intencional, probándolo; conforme a la segunda, sin objeto de duda, operaría de inmediato el elemento diferencial negativo de que hablaba Von Ihering.

Respecto de la Mera Tenencia, diremos que es un estado todavía más inferior que el de la Tenencia. Al res-

pecto expone así la cuestión el Doctor José J. Gómez R.: “La Mera Tenencia no es ni siquiera el elemento material de la posesión, es un estado inferior porque se tiene en lugar y a nombre de otro. Cuando esto ocurre, entonces sólo disfrutamos de la Mera Tenencia. En la Tenencia hay ya un principio de posesión, en tanto que en la Mera Tenencia no hay ninguno, porque desde el momento en que se reconozca a otro como propietario, no es posible en manera alguna la posesión”. (Ob. cit. Pág. 6). El Art. 775 del C.C. fija el concepto al tenor siguiente: “Se llama Mera Tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño”. Esta, y no otra, es la razón para que sean meros tenedores, y no tenedores, el comodatario, el arrendatario, el acreedor anticrético, el depositario, el acreedor prendario, el usurario, el habitador, el usufructuario, etc., etc. Ellos están de antemano reconociendo el derecho de propiedad, el dominio, en cabeza de otra persona; tienen, es cierto, pero tienen a nombre de ella, y así su estado jurídico a todas vistas es incompatible con la posesión.

Tanto la Tenencia como la Mera Tenencia es lo que constituye el Título Precario, que desvirtúa la posesión, y que en la Teoría de Von Ihering se denomina con el nombre de elemento diferencial negativo.



Capítulo V

¿La Posesión es un Hecho o un Derecho? Derecho Romano. Teoría de Federico Carlos de Savigny. Teoría de Von Ihering

Aunque no con tanta insistencia como en épocas anteriores, todavía, en el plano especulativo, se discute hoy si la posesión es un hecho o un derecho. Y vuelven a tomar importancia las Teorías de Federico Carlos Savigny y de Rodolfo Von Ihering, ambas de trascendental valor desde el punto de vista intelectual. Analicemos el problema desde un ángulo de reflexión general.

“La doctrina más antigua sostiene, con Ihoann Gottlieb Heinecke— llamado comúnmente Heinecius— que la posesión es un hecho o un mero estado de hecho, y de ninguna manera un derecho, fundándose para ello:

a) En que la posesión cesa tan pronto como se presenta el dueño, probando ser suya la cosa, o también cuando alguno nos la arrebatara; y

b) En que puede proceder, y de hecho procede, no pocas veces de un delito, que es lo más contrario que imaginarse pueda al derecho.

Modernamente se ha sostenido que la posesión en cuanto tal es un derecho, aunque su fundamento en cuanto tal puede ser un hecho, pero que en todo caso, atendiendo a su fondo y a su esencia, es un derecho. Esta Tesis la sostiene Von Ihering y Gans. Federico Carlos de Savigny afirma que la posesión es a la vez un hecho y un derecho. Y dice: "La posesión considerada en sí mismo es, según la idea primitiva, un simple hecho; pero no es menos verdad que van unidas a dicho hecho ciertas consecuencias de derecho; por lo cual es a la vez un hecho y un derecho: un hecho por su esencia y un derecho por sus efectos". (P. José M. Uría S. J., Ob. cit., Pág. 571).

Examinando el pensamiento de los jurisconsultos romanos sobre este particular, nos encontramos en primer término con Julio Paulo, quien preguntándose si el pupilo puede poseer sin la previa autorización de su tutor, se resuelve a sí mismo la interrogación, respondiendo que ello es lo más natural porque "eam enim rem facti, non iuris esse". Y refuerza dicha solución con palabras de Aulo Ofilic y Nerva Filius. En otro pasaje, denomina a la posesión: "res facti": si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest". También el Digesto (Libro VI, Título VI, Fragmento 19) apoya el pensamiento de Julio Paulo. "Denique —dice—, si emptor, priusquam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio".

Hemos dicho que para Von Ihering la posesión es un derecho. El motivo para considerarla así (mayor argumento) consiste en que el legislador la ampara por medio de las acciones posesorias. Si la acción no es otra cosa que el derecho puesto en movimiento, el derecho deducido en juicio, al tener el poseedor acciones para defender su posesión, debe concluirse lógicamente que la posesión es un derecho. Por lo demás, no tiene nada de raro que Von Ihering sostenga que la posesión es un derecho, porque para este autor, "el derecho es el interés jurídicamente protegido"; y como la ley ampara la posesión, inteligentemente, hay que concluir afirmando que la posesión es un derecho.

"Sin embargo, la mayoría de los autores, y con ellos Pothier (el inspirador de Don Andrés Bello), piensan que la posesión es sólo un hecho. Para sostener esta opinión se aducen las siguientes razones:

1ª) De ser la posesión un derecho, indiscutiblemente tendríamos que catalogarla entre los derechos reales, porque lo cierto es que hasta ahora nadie ha pretendido incluirla entre los derechos personales. Ahora bien: el derecho real es el que se ejerce sobre una cosa sin contemplación a ninguna persona, y en el caso de la posesión habría una persona que derrotaría siempre al poseedor, y ésta sería el propietario. En consecuencia, ya no podría ser un derecho real, porque no podría ejercerse sino respecto de determinada persona, ya que siempre el poseedor sería vencido por el derecho del propietario. Además (esta razón no es de peso) entre los derechos reales que enumera el C.C., no aparece la posesión.

2ª) También es sugestiva la redacción del Art. 700 del Código Civil chileno, que equivale al 762 del Código

nuéstro. No se emplean las expresiones “facultad” o “derecho” como generalmente hace el legislador cada vez que define un derecho, sino que simplemente nos habla de “tenencia”, lo que está significando que para el legislador la posesión es un mero hecho y no un derecho.

3ª) Contra la argumentación de las acciones posesorias puede decirse que es efectivo que el legislador ha amparado la posesión por medio de acciones posesorias; pero no porque constituya un derecho, sino porque el legislador ve en él al presunto propietario de la cosa, y ya sabemos que en cierto modo la posesión es en realidad el dominio aparente. Y es precisamente por esta presunción de dominio que tiene el poseedor, que el legislador ampara esta posesión. Y, todavía más, es un principio aceptado por todas las legislaciones del mundo el que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, y si se dan las acciones posesorias es para que se recurra a la justicia”. (Derecho Civil. Alessandri y Somarriva. T. 2º. Págs. 395 y 396).

Por lo demás, para nuestra estructuración civil y para nuestra legislación, la posesión es un hecho. Ya dijimos que el C.C. no trae la posesión entre los derechos reales, que de ser un derecho, era donde debería aparecer. El profesor Gómez dice lo siguiente sobre esta materia, en sus citadas Conferencias: “Si se ensayara una definición de posesión, como derecho real, se definiría el derecho, el de propiedad especialmente. Es decir, se definiría el derecho de propiedad. Si la ocupación y la prescripción son Modos de adquirir que se fundan en la posesión, se comprende que no es un derecho real patrimonial (la posesión) lo que funda el derecho de dominio”. Y continúa: “No sería admisible, como lo anota el Doctor Fernando Vélez, una

convención en que se transfiriera solamente la posesión, como derecho que fuera, con reserva de la propiedad; o en que se transfiriera la propiedad; o en que se transfiriera la propiedad pero reteniendo el tradente la posesión. Quien adquiere el derecho adquiere la posesión. Además, la posesión aparece como el fruto de una facultad, pero no como una facultad; quien ocupa lo hace porque la ley lo autoriza; quien prescribe lo hace con apoyo en los textos legales. Pero no debe confundirse esta facultad con la posesión en sí, porque una cosa es la norma legal que da poder para poseer, para ocupar, para prescribir, y otra el efecto concreto, real, de ese poder de ejercicio. Si la posesión fuera un derecho tendríamos un derecho sobre otro, con el mismo fin social y económico, la posesión y la propiedad, lo cual carece de lógica jurídica. No es prueba de que se trate de un derecho la circunstancia de que la posesión esté amparada por las acciones llamadas posesorias, porque tales acciones al proteger la posesión protegen el derecho, ya que tales acciones, al proteger la posesión, protegen el derecho, ya que facilitan al poseedor la prueba de aquél, pues le basta establecer los hechos en que consiste la posesión". Y finalmente, agrega: "La posesión es en verdad un hecho, pero un hecho de importancia excepcional, en las relaciones de la sociedad, un bien jurídico de contenido substancial, como dice Shon, notable romanista". (Ob. cit. Págs. 7 y 8).



Capítulo VI

Semejanzas y diferencias entre la Propiedad y la Posesión. Observaciones del Doctor Eduardo Zuleta Angel

Como en esta materia están de acuerdo casi todos los tratadistas, y teóricamente carece la cuestión de mayor importancia, vamos a sintetizar en este capítulo lo que al respecto traen los Doctores Alessandri y Somarriva, además de las originalísimas observaciones que en buena hora encontraron en el Doctor Eduardo Zuleta Angel.

1ª) Propiedad y Posesión recaen sobre una cosa determinada;

2) Tanto la Propiedad como la Posesión son exclusivas, es decir, que sólo admiten o un poseedor o un propietario, lo cual no excluye la posibilidad de que existan coposeedores, así como existen los copropietarios. Pero en este caso los coposeedores están limitados en sus acciones como también lo están los copropietarios; y

3ª) Tanto los propietarios como los poseedores tienen el mismo derecho, o por lo menos, tienen derechos iguales. La forma como se comporta el propietario y la

forma como se comporta el poseedor, es la misma en el fondo, ya que, precisamente, uno de los elementos de la posesión es el ánimo de señor y dueño.

1a) El dominio supone una relación jurídica entre el propietario y la cosa; la posesión sólo entraña una relación de hecho, que a veces no es sino un poder de hecho, físico.

2) Es decir, que la propiedad es un derecho y la posesión es un hecho;

3ª) El dominio sólo se puede adquirir por medio de un Modo; se puede poseer una cosa en cambio por varios títulos;

4ª) El dominio está protegido por una acción real: la acción reivindicatoria; la posesión está protegida por las acciones posesorias, y excepcionalmente tiene el poseedor regular la "acción publiciana".

El Doctor Eduardo Zuleta Angel, en sus conferencias sobre "Posesión", dice, al hablar de esta materia, lo siguiente: "... sólo las cosas susceptibles de propiedad lo son de posesión, y todas las cosas susceptibles de posesión lo son de propiedad; mientras más enérgicamente sea protegida la posesión, más tiende a convertirse en propiedad". Y más adelante, clasifica así la materia:

1ª) Posesión de buena fe y exenta de culpa. Tiene no sólo la buena fe común, y convierte con el tiempo la posesión en propiedad. Además, tiene todo aquello que un hombre diligente y productor hace para convencerse de que ha adquirido la cosa como un verdadero dueño. Automáticamente se convierte en propiedad;

2ª) Posesión de buena fe pero no exenta de culpa. Es la posesión de que habla nuestro Código como la del tenedor de justo título y buena fe. Es la protegida por la ley con las acciones posesorias, la adquisición de los frutos y la prescripción ordinaria;

3ª) Posesión no viciosa pero no de buena fe. La aparta mucho más de la propiedad, y la ley únicamente la protege en virtud de la prescripción extraordinaria;

4ª) Posesión Viciosa. Si se purgan todos los vicios la ley la ampara con la usucapión. Además se ampara, no propiamente contra el verdadero dueño, sino contra terceros;

5ª) Tenencia.

Jamás se convierte en propiedad, a menos que ocurra el fenómeno de la "intervención del título".

Esta es la clasificación propuesta por el Doctor Zuleta Angel en cuanto a las semejanzas. Oigamos su pensamiento en cuanto se refiere a las diferencias:

1ª) La primera es un hecho, en tanto que la segunda es un derecho;

2ª) Los modos de adquirir la propiedad son totalmente distintos a los de adquirir la posesión;

3ª) La propiedad se pierde de unas maneras, y la posesión se pierde de otras; y

4ª) Respecto a la protección de la propiedad y de la posesión hay una diferencia de orden procesal: la acción del propietario es reivindicatoria, en tanto que la del poseedor es posesoria. (La Posesión. Pág. 14 y s.s.) (1)

(1) Véase la página 46, 4º párrafo.

Capítulo VII

Efectos de la Posesión: A) Presunción de Propiedad, B) Interdictos Posesorios, C) Adquisición de Frutos, y D Usucapión

A) Presunción de la Propiedad—Es cosa indudable que en la posesión hay una verdadera presunción de la propiedad. La posesión, a veces, no es más que la manifestación externa de la propiedad. Al probar el fundamento de por qué se ampara la posesión, veremos con algunos autores cómo es de cierta la idea antes expresada. Adelantándonos, veamos algunas opiniones: Donnat y Pothier dicen que la posesión se protege porque “ella encierra una presunción de la propiedad”; Gans, refiriéndose al mismo punto, dice que: “la posesión es la propiedad que empieza”; Ihering se expresa en la siguiente forma: “la protección de la posesión, como exterioridad de la propiedad, es un complemento necesario de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha en muchas ocasiones al no propietario”. Sin embargo, el Doctor Zuleta Angel, al insistir sobre este punto, agrega: “De los

efectos de la posesión, la presunción de la propiedad que ésta encierra, es quizás el menos importante. Se trata de una presunción de propiedad establecida a favor del poseedor, y digo que es la menos importante, porque aunque no estuviera establecida por la ley, esa presunción vendría a resultar en la práctica como consecuencia del principio de que "onus probandi incumbit actore".

Quiere decir esto que en el C.C. sobra esa presunción de propiedad, porque, aunque no estuviera establecida por la ley, en el plano de la práctica esa presunción se desprendería inmediatamente.

El Dr. José J. Gómez R., trata en sus Conferencias con menos desdén que el Doctor Zuleta Angel lo relativo a la presunción de propiedad, y para reevaluar el concepto, expone las siguientes ideas, que nos permitimos copiar, para mayor claridad, a continuación: "El Inc. 2º del Art. 762, dice: "el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo". Es sin duda éste el más vasto de los efectos de la posesión. Puede decirse que los resume todos. Se trata de una presunción fielmente copiada de la realidad de la vida, de la realidad de las cosas. Las presunciones no son sino la expresión llana de la vida, de las situaciones de hecho, que el hombre ha observado detenidamente, con marcada uniformidad, o al menos con bastante insistencia. Las primeras dan lugar a las presunciones de derecho, y las segundas a las presunciones legales". Y más adelante continúa: "El hombre observó desde un principio que cuando se usaba y gozaba de una cosa, sin sujeción a nadie, era porque quien así procedía tenía el carácter de dueño".

B) *Interdictos Posesorios*—"La posesión engendra los

interdictos posesorios para ampararse con ellos”, dice el Art. 972. En materia de inmuebles la posesión está protegida con la acción de recuperación y con la de conservación, y el papel que desempeñan estas acciones en las relaciones jurídicas, es desde todo punto de vista trascendental, porque amparando y conservando la posesión amparan y conservan el derecho, y de no haberlo, prestan su valioso concurso para llegar a él.

C) *Adquisición de Frutos*—Este punto conviene relacionarlo, para su mejor entendimiento, con las disposiciones que pertinentes a frutos trae nuestro C.C., en el Cap. 4º del Tít. 12, del Lib. 2º.

Primeramente tenemos el Inc. 2º del Art. 963, que dice: “El poseedor de buena fé, mientras permanece en ella, no es responsable de los deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos; por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado y vendiendo la madera o la leña, o empleándola en beneficio suyo”. Y más adelante, en el Art. 964, nuestra legislación es aún más explícita. Dice el artículo citado: “El poseedor de mala fé es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa. Y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción. Se consideran como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder. El poseedor de buena fé no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda, pero, en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas fijadas por los incisos anteriores”. “En toda restitución de frutos se

abonarán a la persona que hace los gastos ordinarios para producirlos, la cantidad de dichos valores”.

Teniendo en cuenta las normas establecidas por el Código, las cuales acabamos de copiar, vamos a deducir sobre la adquisición de frutos las siguientes reglas:

1) Poseedores de Buena Fé.

Este poseedor no está obligado a restituir los frutos, si los percibió antes de contestar la demanda. Si por el contrario los percibió después de haber contestado la demanda, estará entonces sujeto a las disposiciones comunes, establecidas para los poseedores de mala fé.

2) Poseedores de mala fé.

Primeramente están obligados a restituir no solamente los frutos naturales de la cosa, sino que tienen que restituir los frutos percibidos y los que hubieran podido percibir de haber obrado con mediana inteligente y actividad. En el caso de que los frutos no existan, deberán el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción.

3) Regla General.

Diremos a este respecto que siempre que se trate de restituir frutos, se le pagará a quien hace los gastos de producción, el valor que por tal concepto haya invertido.

D) *Usucapión*. (Prescripción adquisitiva).—Tratándose de un poseedor regular, es natural que vaya en buen camino para adquirir la propiedad o el fundo materia de la posesión, por vía de una usucapión. Tiene entonces “por excepción”, el poseedor regular, según el Art. 951, una acción reivindicatoria o de dominio, (acción publiciana) y esto, en virtud de un efecto de la posesión regular, que es este de conferir aún a quien no es titular del derecho, la acción reivindicatoria.

Capítulo VIII

DE LA TUTELA ESTATAL POSESORIA

Siendo éste de la tutela estatal posesoria uno de los problemas históricos más oscuros y discutidos, se han venido presentando en los Tratados de los autores de Derecho varias opiniones e hipótesis tendientes a resolverlo.

Analizando el asunto desde los tiempos de la vigencia del Derecho Romano, Savigny, (Instituciones de Derecho Romano), presenta una de sus más admirables teorías. Sostiene que la tutela de la posesión sólo se concedía en un principio a los poseedores del llamado "ager públicus". Y es sabido que el "ager públicus" estaba constituido por terrenos que los "quírites" habían ganado en guerra a los otros pueblos, y eran por consiguiente y de acuerdo con los principios jurídicos de aquella época, de propiedad del Estado. Pero el Estado lo cedía a sus militares, o a ciertas personas particulares, quienes, como no eran propietarios, los disfrutaban apenas en calidad de poseedores, sin poder "defenderse contra las molestias y perturbaciones eventuales nacidas de terceros, que se concedían única

y exclusivamente a los verdaderos propietarios". En vista de este estado de cosas, los Pretores resolvieron "otorgarles otras maneras eficaces de tutela pública, ya que de lo contrario hubieran quedado expuestos a toda clase de molestias y de contrariedades". El P. José María Uría S. J. dice, en su libro de "Derecho Romano", estas palabras: "Pues bien: la protección estatal, así como por ellos establecida y concedida a los poseedores del "ager públicos" —propiedad del *pópuslus romanus*—, constituye, a lo que parece, el verdadero origen histórico de la tutela posesoria por medio de los "interdicta", reconocida y aplicada con amplitud en los derechos, así imperial clásico como justiniano". (Ob. cit. Pág. 576.—La Ciudad Antigua. Fustel de Coulanges).

Luégo de haber estudiado el fundamento histórico de la tutela estatal posesoria a través de las fuentes del Derecho Romano, de acuerdo con las modalidades del Derecho Moderno y de acuerdo con la realidad presente de lo que hoy en día ha venido a ser la posesión, cabe aún preguntarse por qué se protege la posesión.

En primer término, y de acuerdo con lo que reza el Art. 762, direcos que porque la posesión encierra una presunción de propiedad, puesto que al darle a la primera una misión tan alta como es la de suponer la segunda, es lo más lógico concederle una protección.

Por excepción, y en una como a manera de vía extensiva, la acción reivindicatoria favorece a la posesión, al poseedor regular (acción publiciana).

Veamos algunas teorías conducentes a explicar el por qué de la portección:

Para Savigny se protege la posesión porque los ata-

ques que se hacen contra ella son ataques contra "la personalidad humana". No siendo la posesión un derecho sino un hecho, la violencia contra ella desplegada es un ataque a la persona. Por lo tanto, en todo ataque a la posesión hay un ataque y una injuria al sujeto de ella. Von Ihering, que a lo largo de su obra sobre La Posesión no hace otra cosa ni tiene otro propósito que el de rebatir las tesis de Savigny, refuta esta teoría diciendo que de explicarse así el motivo de la tutela posesoria, entonces deberían tener acciones el mero tenedor, el comodatario, etc., etc., lo cual es absurdo; y que, además, un simple ataque a la posesión no es un ataque a la persona porque con tal ataque en nada se agravia al sujeto de la posesión.

Putchá, Bruns y otros, dicen que se protege la posesión porque es "la expresión de la voluntad humana". El segundo agrega aún más, diciendo que es "la expresión de la personalidad humana". Aunque en verdad la posesión es la expresión más viva de la voluntad, esta teoría no convence en el fondo, "porque esa voluntad puede hallarse mal inspirada y entonces se protegería la violencia y el engaño".

Para Donnat y Pothier, la protección posesoria se justifica por la "presunción de propiedad que encierra". A esta manera de pensar, observamos: a), no siempre corresponde la posesión a la propiedad; y b), en ocasiones (la mayoría) la posesión proviene de la fuerza, y entonces se protegería la violencia, o mejor, una presunción de propiedad basada en la violencia, que es de por sí evidentemente anti-jurídica.

Rudorff, "relaciona la posesión con el orden público, y dice que todo ataque a la posesión es una injuria al orden

público y que por lo tanto debe ser reprimida. En realidad de verdad esta teoría tiene bastante fundamento, ya que son tantas las proyecciones de la posesión en la vida de la sociedad humana, que bien puede relacionársela estrechamente con el orden público. “Y aunque hay muchos casos en que las transgresiones tocan con el Derecho Penal, no alcanzan a convertir la materia de la posesión en asunto de orden público”.

Para “Thibaut —citado por Von Ihering— “es un principio imperativo y necesario para la razón, que nadie puede vencer jurídicamente a otro, si no tiene motivos preponderantes en qué fundar su derecho”; de lo cual resulta que un estado de cosas puramente de “hecho” en sí, adquiere la más alta importancia, por cuanto lleva a esta regla, según la cual “todo aquél que ejerce de hecho un derecho, debe ser mantenido en estado de hecho hasta que otro haya demostrado tener un derecho mejor”. (Cit. de “La Posesión”. Von Ihering. Traducción de Adolfo Posada. Madrid. 1924). No parece definitiva la fuerza de esta teoría, desde el momento en que hay muchos estados de hecho nacidos de lo ilícito y de la violencia. Además, hay muchos estados de hecho que no pueden ser protegidos, como lo observa el autor de la Teoría Objetiva (Von Ihering) v.gr., como el del comerciante que haya creado pacientemente una clientela —estado de hecho— y que carece de acción para evitar que otro la atraiga y domine”. (Doctor José J. Gómez R., Ob. cit. Pág. 18).

Roder, jurista germano, explica el problema diciendo que la protección posesoria debe afianzarse en la idea de que hay un principio de probidad en la persona de quien

posee. Refutaríamos esta teoría recordando que hay muchas posesiones que arrancan de la violencia, y esto no demuestra, no puede demostrar, la presunta probidad.

Gans, dice que se protege la posesión porque es la propiedad que empieza. El Doctor Gómez dice, al analizarla: "Ciertamente, puede ser la propiedad que empieza, cuando se está en vía de usucapir, pero, cuando se tiene el derecho, ¿cuál sería la razón de la protección posesoria?"

"La posesión, como la propiedad, sirve al destino del patrimonio; esto es, para la satisfacción de las necesidades humanas por medio de las cosas", dice Sthal. El sentido económico de la posesión no basta para explicar con él la protección posesoria. Hay muchísimos casos en que la misma posesión carece de ese sentido económico.

TEORIA DE VON IHERING

Dice este autor: "La protección de la posesión como exterioridad de la propiedad es un "complemento" necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual, desgraciadamente, aprovecha también al no propietario". "La protección de la posesión es un postulado de la protección a la propiedad, es decir, un complemento indispensable de la propiedad de los romanos". "La propiedad dejada así misma, es decir, a la prueba de su existencia, sería la institución del mundo más compleja y más defectuosa. Por lo general aprovecha sólo al propietario". "El fin de tal facilidad en la prueba se frustraría si se introdujese en la controversia la cuestión de saber si el demandante es o no propietario".

“Una consecuencia inevitable de esta exclusión de la cuestión de derecho es que participe de la protección posesoria el poseedor ilegítimo”. “La expresión, la más exacta, según esto, para dar a la posesión toda su importancia, es decir, que es una posición avanzada de la propiedad. La posesión es una obra avanzada en la cual el propietario se defiende todo el tiempo que puede. La posesión es un valor patrimonial. El mismo interés que tiene el sitiador de apoderarse de la obra avanzada, y el sitiado de defenderla, lo tiene el no propietario de adquirir la posesión, y el propietario de defenderla o conservarla. A menudo la suerte de la propiedad es casi enteramente decidida en la posesión, como en la posesión del título está decidida completamente la suerte del valor al portador. Quien pierda o gane la posesión, pierde o gana en la práctica, en la mayoría de los casos, la propiedad, lo que la propiedad está llamada a procurarle: la seguridad del goce, emanada del mismo atributo de la propiedad. Precisamente, por esto, tiene la posesión un valor patrimonial, tanto para el propietario como para el no propietario”. (La Posesión. Von Ihering. Trad. de Adolfo Posada).

Sintetizando los puntos de la Teoría de Von Ihering, tenemos:

- 1º) Que la posesión es la exterioridad de la posesión;
- 2º) Que es un complemento necesario de la protección a la propiedad;
- 3º) Que la posesión facilita la prueba de la propiedad, pues de no serlo así, ésta sería la institución más defectuosa del mundo;
- 4º) Que la circunstancia de proteger la posesión aprovecha tanto al poseedor legítimo como al poseedor ilegítimo.

gítimo (no propietario), lo cual, desgraciadamente, no puede evitarse;

5º) Que la posesión es una posición avanzada de la propiedad, dentro de la cual el dueño se defiende con los recursos que le ofrece su situación posesoria; y

6º) Que, generalmente, la suerte de la propiedad depende y se decide de la manera como se resuelva el problema de la posesión, circunstancia ésta que favorece al propietario y al no propietario. (Gómez. Ob. cit. Pág. 19).

Esta Teoría que, según concepto de eminentes tratadistas, es la que se presenta con mayores fundamentos de convicción, y que el Doctor José J. Gómez R. califica como "la mejor y más juicosa", ha sido, no obstante, criticada por varios, y así, por ejemplo, en la Tesis de Grado del Señor Luis Fernando Sanmiguel ("Del Derecho a la Acción", Universidad Javeriana, 1945), encontramos las siguientes ideas, que textualmente nos permitimos transcribir del original:

"El aparté g) de las razones aducidas por el Doctor Gómez afirma que las accesorias posesorias al proteger la posesión protegen el derecho, pensamiento que aparece expuesto con mayor claridad cuando enumera las teorías que se han ideado para justificar la tutela estatal posesoria. Acepta como valedera la explicación de Ihering, que coincide con lo dicho antes, o sea que la posesión protegida se funda en que ella es exteriorización de la propiedad, complemento de la protección a ésta, y de la cual se sigue inevitablemente que se pueda proteger al que no es propietario.

"Pero esto no es para nosotros tan exacto; la posesión, conforme figuró entre las instituciones romanas, como po-

der material sobre las cosas, desfigurada más tarde con la llamada posesión inscrita y de acuerdo con las ideas sociales imperantes hoy no debe mezclarse para nada con el derecho, porque de ser así, lo único que se estaría protegiendo sería la manifestación de un derecho, en el fondo un derecho, y nosotros damos por descontado que la posesión es un hecho; si se protege su existencia y se niega que sea un derecho, hay una contradicción hasta cierto punto en pretender que se la protege porque es la manifestación de un derecho, lo que al fin equivale a decir que es un derecho. Pero esta razón puede no ser muy clara y pensamos en otra tal vez más interesante: la ley no solamente protege al poseedor, sino que llega a hacerlo con el mero tenedor y contra los despojos violentos.

“En efecto, el Art. 984 del C.C. estatuye protección posesoria que no quiere llamar acción de tal índole, pero que se equipara a lo que nosotros entendemos por acción, para la mera tenencia; y bien sabido tenemos que en la escala de los poderes sobre las cosas, ésta es algo así como el último grado, el más precario de todos; no se ha pensado jamás que sea derecha la tenencia cuando no lo es la posesión y aquélla es aún menos que ésta. Se protegen, pues, meros hechos.

“Pero hay una razón más: estatuye el Art. 973 que no hay lugar a acción posesoria respecto de las cosas que no pueden ganarse por prescripción, lo cual vale tanto como decir que la acción posesoria es para quien posee, un bien prescriptible; y es por demás lógico pensar que quien está prescribiendo, gozando del hecho de la posesión, es justamente quien más necesita de esa acción, porque, de haber concluído ya el tiempo indispensable, tendría otra

clase de acciones. Y nosotros nos preguntamos: ¿qué manifestación o exteriorización de propiedad se protege cuando hay tutela para quien posee en vía de prescribir? Porque ese no ejercita derecho de propiedad a nombre de nadie sino actúa un poder físico por determinado tiempo en vía de adquirir un derecho.

“Y más aún, si se dijera que la ley, al proteger al mero tenedor defiende en realidad y remotante al propietario, y así tutela una exteriorización de la propiedad, tampoco sería valedero este sofisma porque la intención de la ley es precisamente proteger al mero tenedor, y no por vía de defender a ese propietario remoto, sino con el criterio de detener al agente de la violencia y en favor de quien la sufra. Y ello es tan cierto, que contra la víctima de ella ni siquiera es posible objetar clandestinidad o despojo anterior, como lo consigna expresamente el Art. 984, ya citado”.

No queremos clausurar este capítulo sin dedicarle siquiera unas líneas al problema de la protección que la ley dispensa a los denominados poseedores violentos. El Art. 984 del C.C. dispone indirectamente protección a los poseedores violentos, al decir que a determinadas personas no les puede ser objetada violencia ni clandestinidad anteriores por parte de quienes de idénticas maneras pretenden adquirir posesión; esto vale tanto como decir que por medio de la violencia no se le puede arrebatar su posesión ni siquiera al que la ha adquirido en la misma forma, lo cual equivale a protegerlo.

Esta tutela se explica como una aversión de la ley en contra de quienes por medios tan reprobables buscan ad-

quirir posesión y es una especie de sanción para ellos; pero que en verdad protege la ley a poseedores violentos y clandestinos se confirma con la siguiente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, referida al derecho minero pero aplicable al derecho civil por ser las mismas las formas de posesión contempladas en los dos estatutos: "La acción posesoria que reconoce el Art. 33 del C. de M. puede ser ejercitada no solamente por el poseedor regular de la mina (Art. 323 del C. de M.), sino también por el poseedor ordinario y aun por aquél que ha adquirido posesión violenta o clandestina. Aquel artículo consagra una excepción a favor de los que carecen de posesión regular, pero que han adquirido las otras que mencionan los Arts. 304 a 309 del referido Código". (Sentencia de 9 de septiembre de 1921, XXIX, 113, 3^a).

Capítulo IX

Análisis crítico del Artículo 762 y demás disposiciones del C.C. en materia de posesión

Como lo observa el Doctor Eduardo Zuleta Angel, "nuestro derecho positivo adolece de deficiencias graves en materia de posesión". Para este eminente jurista las disposiciones de nuestro Código en materia de posesión fueron "tomadas literalmente del Código de Napoleón, y se quedaron problemas esencialmente nuestros sin contemplar". Y agrega: "Es claro que allá (en Francia) la materia de la posesión se presenta con caracteres fundamentalmente distintos a los nuestros, que tienen como origen, principalmente, la desproporción entre la extensión territorial y la densidad de población; los orígenes de la propiedad y de la posesión en Francia tienen que ser muy distintos a los nuestros, ya que entre nosotros existen los terrenos Baldíos, que no se presentan ni conciben en Francia, dando por resultado la consiguiente imposibilidad de identificar los fundos entre nosotros".

Artículo 762 del C.C.—Este artículo define la pose-

sión diciendo que “es latencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño...” Esta definición, informada dentro de un criterio eminentemente subjetivista (la “tenencia” ha de calificarse con el “ánimus” de señor para que pueda llegar a la posesión), técnicamente, no está de acuerdo con las doctrinas jurídicas verdaderas que hemos venido explicando sobre la posesión. Por lo demás, ya habíamos dicho, haciendo nuestras las palabras del Doctor José J. Gómez R., que “la tenencia no es posesión, porque es tan sólo el elemento corpus”. El Art. 762, que dice que la posesión es la tenencia con ánimo de señor y dueño, lo que quiere expresar en el fondo y en la doctrina es que apenas alcanza a cristalizar uno de los componentes de aquella noción.

El Art. 784 también está orientado dentro del pensamiento de la Escuela Subjetiva, y por eso al hablar del “comienzo de la posesión material”, exige “la voluntad y la aprehensión material”.

El Art. 787, que es el que regla “la pérdida de la posesión en una cosa mueble”, prevé una fórmula también subjetiva, ya que “se pierde desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya”.

El Art. 788 es asimismo subjetivista, “por cuanto la posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se encuentre bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero”. Se ampara en tal caso la posesión, porque nada está en contra del ánimus del que ha perdido la cosa, cuando ninguna otra persona la ha aprehendido con la voluntad de hacerla suya.

De tal manera que, en nuestro C.C., casi todos los artículos que se relacionan con la posesión están informa-

dos dentro del criterio de la Escuela Subjetiva, notándose apenas, en los Estatutos sobre Tierras (Ley 200 de 1936 y Ley 100 de 1944), de los que hablaremos más adelante, una nueva modalidad de la posesión armonizada con los principios científicos de la Escuela Objetiva. (1)

Incongruencia de los Artículos 980 y 981.—Quien lea detenidamente estos dos artículos, inmediatamente tiene que observar la profunda contradicción, que las dos normas encierran.

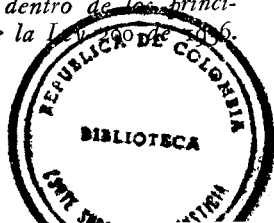
Para el primero, el 980, la posesión de los derechos “inscritos” se prueba por medio de la inscripción, y mientras subsista la inscripción con tal de que haya durado un año completo, no es admisible ninguna otra prueba de posesión con que se pretenda impugnarla.

Según este precepto, en el campo de la prueba de la posesión, lo que está por encima de todo es la “inscripción”, no pudiéndose impugnar tal posesión si la inscripción subsiste hasta el momento del pleito, y si ha sido duradera, por lo menos, durante un año.

Para el segundo, es decir, para el Art. 981, la posesión deberá probarse con “hechos positivos”. Los hechos positivos están enumerados en el cuerpo del mismo artículo, y son: el corte de maderas, la construcción de edificios, cerramientos, plantaciones, etc. etc. Estos son hechos que deben adelantarse sin el consentimiento del dueño.

¿A cuál norma se debe acoger el Juez? ¿Cuál de las dos posesiones, la inscrita o la material, es la verdadera?

(1) Normas legales informadas dentro de los principios objetivistas Arts. 1º, 4º y 12 de la Ley 100 de 1944. Ratf.: Ley 100 de 1944.



¿Cómo se resuelve la dificultad probatoria? ¿Vale más el título inscrito, elaborado ad-hoc en una Notaría, o la posesión material nacida de un hecho perfectamente humano? Estos interrogantes serán resueltos en un capítulo posterior, destinado a tal objeto. Por el momento, sólo hemos querido dejar enunciado el problema para una crítica futura.

Capítulo X

Adquisición y Pérdida de la Posesión: A) Adquisición, B) Conservación, y C) Pérdida

A) Adquisición de la Posesión—De acuerdo con los principios consagrados en la Escuela Subjetivista, la posesión se adquiere desde el momento en que se tiene el corpus calificado por el ánimo. Es decir, desde el momento en que concurren, en que se conjugan los dos elementos: corpus y ánimo. De acuerdo con la Escuela Objetivista, la posesión se adquiere desde el momento en que se tiene el corpus, ya que éste tiene la virtualidad de encerrar, de comprender el ánimo sin que haya necesidad de probarlo separadamente.

Como entre nosotros, según la definición aquella del Art. 762, la posesión “es la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño”, habrá de adquirirse, pues, en el momento en que se conjugan los dos factores constitutivos que la integran.

Capacidad que se requiere para adquirir la Posesión—En el caso de que la adquisición de la posesión no

se aplican los principios generales que rigen en materia de capacidad en tratándose de contratos (Art. 1.502). En este punto rigen normas de carácter especial. Conviene, por lo mismo, distinguir entre la posesión de los bienes muebles y la de los bienes inmuebles.

El Art. 784 dice que “los relativamente incapaces” pueden, no obstante su incapacidad, adquirir por sí mismos la posesión, “con tal de que concurren en ellos la voluntad y la aprehensión material”. Si bien es cierto que éstos relativamente incapaces pueden adquirir la posesión de los bienes muebles, no así pueden ejercitar los derechos que corresponden como poseedores, pues para ello necesitan la autorización de sus representantes legales.

Respecto a la adquisición de la posesión en los inmuebles, nosotros creemos, ciertamente con temor a equivocarnos, que deben seguirse las mismas normas que para los muebles. De manera que los relativamente incapaces pudieran poseerlos sin necesidad de previa autorización. Para defender esta tesis, hemos pensado en la siguiente forma:

a) Se adquiere la posesión cuando se verifica la coexistencia de los dos elementos constitutivos de la posesión, el corpus y el ánimos, sean muebles o inmuebles los bienes en donde se verifique tal coexistencia;

b) Es así que, el relativamente incapaz puede hacer que concurren los dos elementos que componen la posesión sobre una cosa, sea mueble o inmueble, porque no hay razón de ningún orden que se lo impida;

c) Luego, los relativamente incapaces pueden poseer los inmuebles en la misma forma que los muebles.

Nos damos cuenta que se puede argumentar en contra de este simple raciocinio, que para “inscribir el título”

es menester la capacidad. Pero ya probaremos cómo la posesión inscrita del Art. 980, no es, jamás de los jamases, una verdadera posesión, sino un mero formulismo.

La posesión también se puede adquirir por medio de violencia y clandestinidad. Entonces (caso de las posesiones viciosas), será una posesión violenta o clandestina. Téngase, eso sí en cuenta, que cuando median la violencia o la clandestinidad, deben observarse las reglas del Art. 771, y que no sirven intrínsecamente para prescribir.

“En consecuencia, la posesión material de muebles e inmuebles se adquiere mediante la aprehensión u ocupación de la cosa, con ánimo de señor, o sea desde el momento en que una misma persona puede invocar los dos elementos constitutivos de la posesión. Y se pierde desde el momento en que uno cualquiera de los elementos desaparece, bien por la voluntad de otro que se apodera de la cosa, violenta o clandestinamente, o de otra manera”.

La posesión se adquiere mediante uno cualquiera de los Modos que establece nuestro C.C. Por medio de la Ocupación, que es la más frecuente, y que tiene repetida ocurrencia en materia de Baldíos; por medio de la Adquisición en sus modalidades de inmuebles a inmuebles, inmuebles a muebles y muebles a muebles, en sus tres aspectos de adjunción, especificación y mezcla; por medio de la Sucesión por causa de muerte, y finalmente por medio de la Tradición. (Respecto a la prescripción, ya hemos dicho que se trata —la posesión— de uno de sus componentes).

Todo lo que antecede hace referencia a la posesión material. Respecto de la posesión inscrita, diremos que se adquiere o se pierde cuando se inscribe o deja de subsistir el título inscrito (Art. 789).

B) *Conservación de la Posesión*—El Inc. 2º del Art. 789, a que hicimos mención arriba, dice que “mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere la posesión de ella ni pone fin a la posesión existente”.

Constituída ya la posesión, se pueden desmembrar los elementos que la formaron y que fueron necesarios para adquirirla, y puede conservársela con la presencia de uno solo de ellos.

Es natural que, cuando se trate de posesiones inscritas, la posesión se conserva con la subsistencia del título inscrito.

El Tit. de “Las Acciones Posesorias” confirma lo dicho, al reconocer Interdictos para recuperar y conservar la posesión. Por eso las acciones posesorias son de dos clases: conservativas y recuperatorias; teniéndose en cuenta que por disposición expresa de legislador no operan sino respecto a los inmuebles.

En síntesis: la posesión material se conserva en el fondo (plano procesal), por medio de las acciones posesorias conservativas, las cuales no tienen más que ese objeto y están instituídas con ese propósito.

C) *Pérdida de la Posesión*—El Art. 790 dice que “si alguien pretendiéndose dueño se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde”.

Quien posee, teniendo en corpus, es decir, ejecutando los actos materiales que lo integran, y no puede probar el ánimo calificante de ese corpus, pierde la posesión de acuerdo con nuestra ley, y de acuerdo con la Teoría de Savigny, pues es lo cierto que ni siquiera ha poseído. De

acuerdo con la Teoría de Von Ihering, quien tiene el corpus, pero luégo se lo desvirtúan con las pruebas del elemento diferencial negativo, también la pierde.

El Art. 787 dice: "se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan". Si se halla bajo el poder del poseedor, no se entenderá perdida. (Art. 788).

Y respecto a la mal llamada posesión inscrita, ¿cómo se adquiere y cómo se pierde?

1) Se adquiere el símbolo de la posesión —que símbolo es y como símbolo debe entenderse—, decimos que se adquiere "inscribiendo el instrumento que contiene el título generador de la transferencia de dominio".

2º) Se pierde "cancelando la inscripción en la Oficina de Registros, porque "si se adquiere mediante una nota en el respectivo libro, se ha de perder cancelando esa nota por medio de otra". Las inscripciones se cancelan, según el Art. 789, por la voluntad de las partes, por la transferencia que hace un poseedor a otro, y por medio del Decreto del Juez.



Capítulo XI

Accesión o agregación de Posesiones. Unidad de la Accesión

La ley ha establecido, con muy buen acuerdo, la agregación de posesiones, mediante la cual el poseedor pueda juntar a la suya la posesión de sus causantes, o de quienes le antecedan en la vía de hecho, según el caso, y completar así el término necesario que exige la ley para efecto de la prescripción adquisitiva. Decimos que con muy buen acuerdo, porque de no estar instituido el fenómeno de la accesión o agregación de posesiones, prácticamente, nunca se podría llegar a una usucapión perfecta, es decir, nunca se podría llegar a la propiedad. O en su defecto, esto sería terriblemente difícil.

Entre los requisitos necesarios para poder hacer uso de la accesión en materia posesoria, podemos señalar los siguientes:

- 1º) El poseedor que quiera agregar a la suya las posesiones de sus antecesores, tiene que tomarlas con sus calidades y con sus vicios; y
- 2º) Respecto al régimen que en materia de posesión

deba adoptarse, es menester tener en cuenta que si se agregan posesiones que vienen desde antes de la Ley 50 de 1936, serán las normas del C.C. las que rijan sobre la materia; y si se agregan posesiones realizadas ya en la vigencia de dicha ley, será este nuevo estatuto el que predomine (factor tiempo).

En tal forma, cuando una persona reclama el carácter de dueño, alegando prescripción, es preciso no solamente fijarse en la "calidad" de su posesión, sino que hay que tomar en cuenta también la "calidad" de las posesiones anteriores que suma a la propia. Es así como entendemos el concepto de la "unidad" de la accesión; unidad, que como en materia de prueba judicial, es indivisible.

Si, por ejemplo, X ha estado poseyendo durante un tiempo de cinco años, y suma a esa su posesión de cinco años, digamos, la de su causante (su padre) que fue de diez, pero que adolece de un vicio cualquiera, entonces tenemos que dichas posesiones agregadas llevan el sello de dicho vicio. Por el contrario, si tales posesiones están en orden a la ley, es decir, si han subsistido de un modo perfecto, se proyectarán al futuro favorecidas por el prestigio de semejante calidad.

Por lo demás, si la posesión que X agrega a la posesión propia, fue viable antes de la Ley 50 de 1946, se entenderá, como lo insinuamos antes, que rige para ella el estado antiguo del C.C., y si después, solamente el término de veinte años. Advertimos que nos estamos refiriendo a la posesión extraordinaria, al término de la posesión extraordinaria (el ordinario no nos interesa; por sí solo se explica), y que a ella estamos haciendo mención al hablar de la fórmula planteada por la Ley 50 de 1936.

Capítulo XII.

De la Posesión Material y de la Posesión Inscrita. Observaciones de los Doctores José J. Gómez R. y Eduardo Zuleta Angel

La posesión material, que es la verdadera y única posesión, tiene su raigambre desde los principios del Derecho Romano, concebida como la que ejerce el hombre sobre la tierra y sobre las cosas, con ánimo de señor y dueño. Es decir, que es aquélla en la que concurren el corpus y el ánimus, sin más formulismos y sin mayores complicaciones.

Nuestro C.C. trata de ella, de la material. Como lo hemos venido repitiendo, es el Art. 762 el que la define. En los Art. 774 y 770 se la divide. En el Artl. 771 y s.s., está reglamentada, y se anotan allí los vicios de que puede adolecer; y en el campo de nuestra legislación posterior al código, la Ley de Tierras (Leyes 200 de 1936 y 100 de 1944), no aluden a otra sino a ella, especialmente en los artículos 1º y 4º de la primera.

“Tiene su raíz en los primeros tiempos, cuando el hombre se halló en medio de la inmensidad sin dueño. To-

de lo ocupó y todo fue suyo. La posesión comenzaba a dar sus primeros frutos. El correr de los siglos no ha hecho más que confirmar aquel origen". (Doctor José J. Gómez R. Ob. cit. Pág. 21).

Por lo demás, si en realidad se quiere elaborar una Teoría sobre la posesión (como las de Savigny y Von Ihering) sólo es ello posible tratándose de la posesión material. Es claramente meridiano que los elementos corpus y ánimos no pueden actuar sino en la posesión material. Y es que la misma vida le está enseñando al hombre la conjunción de estos dos elementos. De allí que en el principio la posesión fuera eminentemente objetiva; llevaba inherente la intención, la intención de adquirir, porque nada tenía dueño.

Ya en la edad moderna, don Andrés Bello introdujo sobre el particular un nuevo detalle. Un detalle que a nuestra manera de ver las cosas apenas corresponde al campo de los símbolos, de las ficciones. Ese fue el registro, que en cierta forma, al darle publicidad al acto jurídico, implicaba la esencia de dicha publicidad.

La posesión inscrita, y así deben interpretarse las normas del C.C. sobre el particular, no es sino una mera fórmula. Como lo explicaremos en el siguiente capítulo, dedicado a la institución del Registro, es una concepción que se debió al noble como equivocado propósito de Don Andrés Bello, que anheló fusionar en una sola idea las nociones de propiedad, posesión y registro.

Si el registro —pensó el Señor Bello— da fe de los gravámenes que pesan sobre los inmuebles, pues que solamente basta con examinar las titulaciones en la Oficina denominada de Registro de Instrumentos, es natural que tam-

bién sirva para dar fe, para divulgar, para publicar la posesión. Y entonces ideó ese nuevo papel del registro, hasta entonces desconocido, para que con la sola circunstancia de que se inscribiesen los títulos donde constasen mutaciones de la propiedad, diera la posesión inscrita. "Al propio tiempo, y como aplicación llana de estos fines, el registro probaría, además, la propiedad y la posesión, en favor de la personas en cuyo interés se hubiese inscrito el título, es de de la propiedad".

La posesión inscrita en la única forma en que es aceptable, es como el símbolo de la verdadera posesión, que es la material. Y aun, concibiéndola así, se corren muchos riesgos, si se tiene en cuenta el sinnúmero de defectos y de imperfecciones de que adolece entre nosotros el régimen del registro. De tal modo que la posesión inscrita, como símbolo de la posesión material, debe estar sometida a ella. Y por consiguiente, el símbolo debe existir solamente cuando nadie, fuéра del poseedor inscrito, posea; y debe dejar de existir inmediatamente que otro posea, materialmente. Es decir, que mientras la realidad de las cosas concuerde con la posesión inscrita, ésta debe existir; y acabarse, liquidarse, cuando esa realidad adquiera otras modalidades y giros.

Refiriéndose al juego de estas dos clases de posesiones, dice el Doctor Gómez (Ob. cit. Pág. 27): "los conflictos que se han suscitado, con estímulo de nuestros exégetas, en relación con los textos de la posesión, se han debido principalmente a la falta de señalamiento del campo que a la posesión corresponde y del sitio que toca a la inscripción en sus nexos con la posesión. Determinados esos campos, la material obra en el suyo, como posesión fundamental,

única, verdadera, y la inscrita en el que le es propio, como proyección o signo de aquélla”.

Hemos querido, siguiendo el pensamiento del ilustre profesor, sistematizar los puntos principales, ya explicados, a fin de dar estabilidad a una doctrina que por lo menos sea un llamamiento cordial para los interesados para discutir en regla el criterio con arreglo al cual se deben resolver tales conflictos.

Tenemos, entonces, lo siguiente:

1º) La posesión material o clásica es la única y verdadera posesión.

“Este postulado se demuestra con la historia de la posesión”. Con la presencia insistente de los actos materiales en las legislaciones de todos los tiempos y de todo el mundo. También refuerza tal demostración la misma noción que trae nuestro Código cuando habla “de la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño”. “Al lado de tal posesión fundamental, origen de tan profundas y extensas proyecciones, no puede coexistir otra posesión, y menos la que comienza por prescindir de lo que es esencial en aquélla. Puede convivir cualquiera otra cosa, figura o institución, pero como simple aditamento, encaminada, entre otras cosas, a desarrollar las numerosas aplicaciones de la posesión clásica”.

2º) La posesión inscrita no es una especie o clase de posesión diferente de la material, sino un símbolo de ella.

Si tratáramos de fijar a la posesión inscrita en la categoría de una nueva especie de la posesión, ésta tendría que tener siquiera algo del género. Y ya sabemos que la posesión inscrita, al revés de la material, que es un poder de

hecho, consiste en una simple nota puesta en los libros notariales.

3º) Si la posesión inscrita no es sino un símbolo de la material, debe estar sometida a ella.

El signo no es más que una expresión del hecho vivo. Donde el hecho vivo sufra mutaciones, también ha de sufrirlas el símbolo.

4º) A los textos legales sobre posesión inscrita no puede dárseles un alcance distinto del que les corresponde en razón de su papel de símbolo de la verdadera posesión.

5º) El símbolo existe solamente cuando nadie, fuera del poseedor inscrito, posee; y en consecuencia deberá de dejar de existir, habrá de liquidarse, cuando sea otro distinto quien posea.

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

Capítulo XIII

Breve relación histórica del Registro. Fines con que opera en Colombia. Modificaciones introducidas por Don Andrés Bello en materia de Posesión y de Registro

Propiamente el Registro es una institución del derecho moderno. En la antigüedad solamente se encuentran algunos ligeros rastros de él. Debido a la abundante cantidad de solemnidades con que estaban envueltos y a las rigurosas formalidades que se requerían en el proceso, con la “*macipatio*” y la “*inuire cessio*” (Modos de adquirir en el Derecho Romano), se principió a tener una ligera noción. Después vinieron, al decir de Fustel de Coulanges, ciertas “*insinuaciones*”, como fue, entre otras, la “*costumbre de levantar una columna sobre el terreno, que demostrase, por ejemplo, el gravamen hipotecario que se le hubiera impuesto*”.

Según Josserand, (1) en Francia el régimen feudal lograba, sin propósito a ello dirigido, cierta publicidad para

(1) *Los Bienes. Doctor José J. Gómez R., Pág. 197. Universidad Javeriana. 1942.*

los trasposos de la tierra, por medio de la "toma de posesión" que debía darse al adquirente, ante el Soberano, con arreglo a ritos y formalidades simbólicas; y en algunas regiones, aquello, ya con un fin claro de publicidad, era indispensable para que la propiedad fuera traspasada "respecto de terceros". Esto era sin duda un principio de publicidad debidamente sancionado, pero no un sistema de registro. (1)

Respecto de España, veamos lo que mandaba la Novísima Recopilación, en su Libro X, Título XVI, Leyes 1ª, 2ª, 3ª y 4ª: "... y por quitar los inconvenientes que desto se sigue, mandamos que en cada cibdad, villa o lugar donde hubiera cabeza de jurisdicción, haya una persona que tenga un libro donde se registren todos los contratos de las cualidades y usos dichos, y que no se registraron dentro de seis días después que fueron fechos, no hagan fe, ni se juzguen conforme a ellos, ni sea obligado a cosa alguna ningún tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor; y que el tal registro no se muestre a ninguna persona, sino que el registrador pueda dar fe, si hay o no algún tributo e venta, a pedimento del vendedor".

Dijimos que Don Andrés Bello, llevado por un noble propósito, que desgraciadamente no logró realizarse, y que llevará mucho tiempo para tomar consolidación en el futuro, anheló fusionar las nociones de propiedad, posesión y registro. Por demás está advertir que, en vez de solucionar con tal fórmula el problema, lo que hizo fue agravarlo tremendamente.

(1) *Cours de Droit Civil. Louis Josserand, N° 1.702 y s.s.*

El registro tiene por objeto, o ha tenido por objeto, informar a los terceros de los gravámenes que pesan sobre un inmueble. Y con este fin —como lo hemos visto— se viene practicando desde tiempos inmemoriales en casi todos los países que se precian de tener una estructura jurídica y civilista.

En Colombia —por culpa del Señor Bello, que redactó el Código de Chile, traduciendo casi totalmente el de Napoleón, y que fue el que luégo nosotros adoptamos— se amplió la institución del registro, utilizándolo con fines diferentes a los anotados arriba, y hasta queriendo confundirlo, como ya lo dijimos, con la propiedad y la posesión. En esta forma, el registro ya no sólo iba a servir o servía de medio de información de terceros sobre el estado de un inmueble, sino que servía también de Modo de adquirir los mismos. De adquirir el derecho de dominio sobre los inmuebles. Así las cosas, la inscripción del registro debía corresponder en todos los casos a la realidad del dominio. Y no contentos con haber ligado la institución del registro al campo del derecho de propiedad, a lo cual nada tendríamos qué objetar en el fondo, quisieron ligarla sin razón al campo de la posesión.

Don Andrés Bello justificó de la siguiente manera la institución del registro, como se deduce del Mensaje del Gobierno de la República de Chile al Congreso del mismo país:

“La transferencia y la transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una Tradición; y la única forma de Tradición que para estos actos corresponde, es la inscripción en el registro conservatorio. Mientras ésta no se

verifique, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee; es un mero tenedor. Como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable que la inscripción. En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión sino de la propiedad; mas, para ir tan lejos, hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todos usuario de bienes raíces, a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración. No dando la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirla por la prescripción competente. Pero como no sólo los actos entre vivos sino las transmisiones hereditarias están sujetas respecto a los bienes raíces a la solemnidad de la inscripción, todos los referidos bienes, a no ser los referentes a las personas jurídicas, al cabo de cierto número de años, se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a me-

didadas odiosas, que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial.

“Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos; la propiedad territorial de la República a la vista de todos es un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente, sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse”.

De las palabras del Señor Bello, que acabamos de transcribir podemos deducir los siguientes fines que el ilustre americano buscó para el registro:

1º) Aparece como una forma indispensable para transferir los derechos reales inmuebles;

2º) Es un medio conducente a publicar las mencionadas transferencias, ya que sin él, el contrato tiene existencia entre las partes, pero no efectos contra terceros;

3º) Da la posesión real, efectiva, y mientras no se cancele la inscripción, el que no ha inscrito su título no posee: es apenas un mero tenedor;

4º) Como el registro es público, no podrá haber posesión más pública, más solemne y más indisputable que la inscripción; y

5º) En virtud del registro se llegaría a una época en que inscripción, posesión y propiedad serán términos idénticos.

De aquí nació nuestro Art. 2.637, teniéndose en cuenta que en tal disposición el 5º fin obedece a “hacer que los

instrumentos o títulos que deben registrarse presenten fe en juicio”.

El Doctor Eduardo Zuleta Angel dice al respecto: “El Señor Bello, al organizar en su Código la institución del registro, en lugar de hacerlo como en la Reforma Torrens (1) organizó uno que no cumple ninguna de las ventajas que con él se persiguen, y que sólo presenta inconvenientes”.

El Señor Bello, sin atreverse a establecer un exámen previo de las fincas, para el efecto del dominio en cuanto a la primera inscripción, organizó un registro en el cual las inscripciones son enteramente arbitrarias y pueden no corresponder al verdadero propietario, sobre todo en cuanto a la inscripción inicial.

Por otra parte, el Señor Bello modificó la verdadera razón de ser del registro, relacionándolo con el hecho de la posesión, para establecer que ésta se adquiría, se conservaba y se perdía, sólo con el registro.

Las finalidades propias que antes hemos anotado las cumplía a perfección el registro: dar publicidad a los gravámenes, servir de medio de tradición y de prueba del derecho de dominio. Pero la posesión es en el fondo un hecho completamente extraño”.

Esta tergiversación de las ideas y esta mala interpre-

(1) *La Reforma Torrens, en el Registro de Australia, cuyos fines eran: servir de medio de publicidad a los gravámenes; servir de medio de tradición; servir de prueba del dominio. Esta reforma se hizo en Australia con el objeto de resolver los muchos problemas que a diario se presentaban sobre esta materia. Es una de las mejores Reformas sobre el particular.*

tación de los textos que de la reforma australiana hizo el Señor Bello, creó un mundo de absurdos, que hasta ahora persisten, cada vez más graves, para perjuicio de la justicia civil.

En estas circunstancias, nuestro sistema de registro, fué de publicar los gravámenes que pesan sobre los inmuebles, objeto que siempre le ha cabido, lo que presenta en la práctica son desventajas y problemas.

En Colombia, son muchas las leyes que han venido reformando al C.C. en materia de registro. Recordamos por el momento las siguientes:

- 1º Ley de 11 de Mayo de 1825;
- 2º Ley de 22 de Marzo de 1826;
- 3º Ley de 1º de Junio de 1844;
- 4º Ley 84 de 1873 (C.C.); y
- 5º Ley 57 de 1857 (C.C.)

Estas dos últimas leyes son las que traen el Título XLIII, del Libro 4º. (1).

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

(1) Ver la Exposición de Motivos del proyecto que dad), de que es autor el Doctor Luis Felipe Latorre. luégo fue la Ley 40 de 1932 (sobre matrícula de la propie-

Capítulo XIV

La posesión en la Ley 200 de 1936 y en el Nuevo Estatuto sobre Tierras expedido por el Congreso en 1944

Un estudio a fondo sobre la Ley de Tierras, naturalmente tendría que resultar demasiado extenso en una monografía como la presente, donde la brevedad da obligadamente la pauta de las explicaciones. Sería, pues, tema —y muy interesante— para un estudio aparte. Pero con todo, no nos hemos resistido al deseo de decir aunque sea ligeramente la nueva modalidad que entre nosotros introduce la Ley 200 en materia de posesión.

Como lo dijéramos en las páginas anteriores, la posesión de que habla la Ley 200 es la posesión material, la posesión clásica, la posesión única y verdadera. Pero el legislador quiso darle a esa posesión una nueva modalidad, imponerle una como a manera de nuevo requisito, y fue éste el de que la posesión debía tener un “sentido económico”. Por eso el Art. 1º de dicha ley dice: “se presume que no son baldíos, sino de propiedad privada, los fundos

poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la "explotación económica" del suelo por medio de hechos positivos propios del dueño, como las plantaciones, etc., etc..." A la misma posesión material, hacen referencia los Arts. 4º y 12.

Por lo demás, la posesión de la Ley 200 también es una clase de posesión informada en los principios de la Escuela Objetiva. A los colonos les basta probar el hecho de la "explotación económica", es decir, el corpus, de acuerdo eso sí con la nueva modalidad de la posesión, para que se les repunte como a tales.

Dentro de este mismo criterio objetivista están redactados los Arts. 4º y 12 de la misma ley, donde también se habla de la nueva modalidad posesoria pretendida por el legislador.

Los rasgos característicos de esta Ley en materia de posesión, podemos sintetizarlos siguiendo al Doctor José J. Gómez R. (Régimen de Tierras. Ley 200 de 1936. Universidad Javeriana. 1942), en siete apartes, a saber:

1º) El de haber establecido, mediante el Art. 1º, una presunción a favor de los particulares, y no a favor del Estado conforme al régimen del C. F.;

2) Da a la posesión económica de la tierra el sentido jurídico de la Ocupación, modo de adquirir el dominio;

4º) Se refiere a la posesión material, clásica, y en manera alguna a la simbólica o inscrita;

5º) Toma en cuenta una calidad nueva de la posesión: la calidad económica;

6º) Comprende, además, "porciones de tierras", y sobre esas zonas amplía el concepto de la posesión;

7º) Fija nítidamente su objetivo en los fundos rurales.

La Ley 100 de 1944 (sobre régimen de Tierras), en nada varió el concepto de posesión consagrado por la Ley 200, y en ella, más que todo, de lo que se trata es de reglamentar cuestiones referentes a materias de orden agrícola.

La única modalidad o cambio que hemos encontrado digno de mencionar aquí, por relacionarse directamente con el tema que estamos desarrollando, es el tratado por el Art 10, que por sí sólo se explica, y que a la letra dice: "Extiéndese a quince años el término de la prescripción extintiva del dominio o propiedad a que se refiere el Art. 6º de la Ley 200 de 1936, para aquellos predios rurales respecto de los cuales se compruebe que se han celebrado, antes del 1º de Enero de 1947, contratos de la especie a que se refiere el Art. 1º de la presente Ley, que cubren por lo menos una tercera parte de la extensión inculca del respectivo predio".



Capítulo XV

Por qué la Posesión Material es la única y verdadera posesión

En el Capítulo XII de este trabajo, que titulamos: "De la Posesión Material y de la Posesión Inscrita", dijimos que sólo había una posesión, una sola clase de posesión específica, que no podía mudarse ni con fórmulas, ni con reglas más o menos mecánicas, porque éste era el reflejo de una realidad. Entonces, al referirnos a la mal llamada posesión inscrita, nos expresamos en el sentido de que solamente podía aceptársele, y solamente podía entenderse como un símbolo, como una protocolización de la verdadera posesión que es la material, la que nos viene desde los orígenes del Derecho Romano, la que tiene prendidas sus raíces en el momento mismo en que el hombre ocupó la tierra. Es la posesión humana, que se copió, que se reflejó en el modo de ser de la misma naturaleza.

Sea como fuere, la posesión material hasta ahora jamás ha podido ser desconocida. Ella persiste. Tiene sus bases en el tiempo y desde la antigüedad se proyecta hacia

el futuro con una fuerza inmovible. Contra ella, de nada han valido las fórmulas, de momento, de gabinete, ideadas por los legisladores y por los tratadistas, porque ella es más tenaz todavía que las leyes. La vida le enseñó al hombre a poseer, a poseer materialmente, sin prescribirle que para ello era menester que inscribiese de antemano sus títulos en los libros de una Notaría. Por eso hemos dicho que es humana. Y porque es humana se conjuga con el trabajo. Es una síntesis, en el fondo, del viejo anhelo de los hombres latente a través de todos los tiempos: ligarse definitivamente a la tierra, a la tierra que es lo único que persiste.

Capítulo XVI

De la Posesión de la Herencia y de la Posesión en el Derecho Minero

Una cuestión jurídica de importancia innecesaria por destacar, ya que la tiene en gran manera por los múltiples efectos que acarrea, es la llamada posesión legal de la herencia, fenómeno que los franceses denominan "saisine"; la índole propia de este fenómeno se acerca a la categoría de las presunciones, si bien constituye ésta uno de sus caracteres peculiares, cuando no el más principal; opera en favor de determinados herederos y en virtud de ella se reputa que el heredero entra a poseer de pleno derecho los bienes de su causante, por el mero hecho de la muerte de éste.

Si nos remitimos al concepto que a través de esta Tesis se ha dejado establecido sobre la posesión, y recordamos que ésta constituye una "tenencia material de algo", surge la primera consecuencia, que nosotros estimamos un tanto, o un mucho, irregular; el asunto se plantea sobre la posibilidad o imposibilidad de ejercitar verdadera pose-

sión sobre una universalidad jurídica, como la herencia o una cuota de ella, ya que la idea misma de tenencia (*corpus*) sugiere la noción de un cuerpo cierto u objeto determinado sobre el cual sea verdadera y efectiva esa tenencia; nada importa para el caso el factor *ánimus*, porque tal factor es algo psicológico e intangible, y nada obstaculiza la circunstancia de que exista sobre una universalidad; pero sea de ello lo que fuere, parece que la idea del *corpus*, de los actos materiales "propios del señor y dueño", sí se hacen difíciles sobre una universalidad. Pero, abandonando este punto, hemos de ver ahora cómo es ficticia y puede llegar hasta ser falsa (científica y doctrinariamente) la institución de la posesión legal de la herencia. Por otra parte, la ley sí se ocupa de las diversas formas que toma la posesión legal de la herencia, pero éstas se hacen más precisas, a medida que la noción de universalidad va desvaneciéndose y en su lugar aparecen los bienes reducidos a su individualidad propia a través de las distintas etapas que constituyen el juicio de posesión, juicio que es eminentemente divisorio.

En el derecho francés, como en el nuestro, pero con algunas diferencias, el fenómeno es idéntico; no opera en favor de los denominados herederos irregulares, pero sus efectos son de peso en pro de los herederos legítimos. "Les successeurs irréguliers doivent se faire envoker en possession parce qu'ils n'ont pas la saisine, su lieu que les héritiers légitimes son exempts de cette formalité parce que la possession de l'hérité leus est dévolue de plein droit en meme temps que le titre même d'hériter". (Cours de Droit Civil Positif Français. Louis Josserand. Vol. III. Pág. 475).

Esta institución jurídica según algunos autores remonta sus orígenes al Derecho Romano, por cuanto los herederos, en este instituto jurídico, podían ser demandados en pago de las deudas desde el mismo momento de la muerte del causante y a su vez tenían las acciones que en vida pertenecieron a éste. Los derechos se transmitían sin sucesión en el tiempo y de aquí parece arrancar la vida de la llamada posesión legal en nuestro derecho y de la "saisine" en el francés.

Las críticas formuladas a este fenómeno por nuestros tratadistas, las hemos hecho nuéstras, y trataremos de explicarlas a continuación:

En efecto, y como lo dejamos consignado en el capítulo II, dos son los elementos (*corpus* y *ánimus*) que componen el hecho jurídico de la posición siendo ambos de singular importancia; la verdad es que la única posesión verdadera es la material y ostensible por los actos señoriales de quien la ejerce, y a ella va acompañada el *ánimus* o intención de señor y dueño. Hemos de ver si los dos elementos aparecen en la llamada posesión legal de la herencia para que ésta exista.

El fenómeno de la "saisine" no obedece al ejercicio de un poder acompañado de una intención, sino que es el fruto de un precepto legal que pretende al heredero poseedor por el mero hecho de ser tal; es claro que en la realidad además de su título sucesoral puede tener la intención de dominio, y más aún, ejercitar los actos que forman el *corpus*; pero en ninguna parte la ley ha dicho que tales circunstancias sean necesarias, sino que le basta para ser poseedor tener "la calidad de heredero", y a no durarlo, lo es, desde que fallece el causante; desde este momento,

entra, de pleno derecho, a poseer legalmente la herencia y con sólo este título la ley lo llama a poseer, lo denomina poseedor, como si la posesión fuera materia apta para cualesquiera clases de ficiones y no una realidad poderosa, superior a semejantes leguleyadas.

El heredero puede carecer del corpus, pues es bien fácil que ignore su calidad de heredero; el hecho es frecuentísimo, dijéramos que de diaria ocurrencia, y mal se puede pretender que ejercite actos de dueño, actos de señor, cuando está ignorando que lo es. Si esto decimos del corpus, las observaciones que pudiéramos surtir sobre el ánimos son semejantes, y aún más convincentes, porque mal puede tener intención de poseer y comportarse como dueño quien ni siquiera sabe que ha heredado.

Aún en la hipótesis de que el heredero conociera su calidad de tal, puede suceder perfectamente que la verdadera posesión esté radicada en cabeza de otra persona, esa sí tutular y ejercitante de la verdadera posesión, porque es sujeto del corpus y tiene intenciones señoriales.

Entonces, es factible que surja un conflicto que, el Doctor Hernando Carrizosa Pardo (Las Sucesiones. Hernando Carrizosa Pardo. 2º Ed. Universidad Javeriana. 1943. Pág. 24), califica de anómalo y que consiste en la posible pugna que podría surgir, llevándose a cabo —así es la realidad— entre poseedores; y si la posesión es tenencia exclusiva aunque parcial no se concibe cómo puedan tenerla dos a la vez sobre una misma cosa. En este caso, la ley ha venido a plantear un conflicto entre dos poseedores, uno de los cuales, no es tal, sino por una graciosa e inexplicable e injurídica concesión de la ley.

El fenómeno de la posesión legal constituye en verdad

una ficción en las más de veces y es una desnaturalización de hecho posesorio; tanto y tanto se ha recalcado sobre que este hecho debe ser algo externo, tangible y real, que ciertamente no se concibe cómo se pueda hablar de posesión en las circunstancias que hemos venido anotando.

La ley, como lo hemos apuntado, ha tergiversado en más de una oportunidad el hecho posesorio, y lo hasta aquí estudiado apenas sí que señala uno de los muchísimos casos.

Otro, que vale la pena de recordar, aunque no corresponde estrictamente a esta materia de estudio, es el que se presenta en el derecho minero, o mejor, los que se presentan en tal derecho. En efecto, dispone el C. de M. que "es poseedor quien da el aviso de una mina" y así la diligencia administrativa de "avisar" una mina, eleva a la categoría de poseedor a quien adelanta tal cosa; por otra parte, se reputa poseedor regular, a aquel que paga el impuesto. Este último caso, así como el anterior, pueden hasta denotar, si se quiere, la existencia de un *ánimus posesorio*, pero jamás podrían identificarse con el *corpus*. Es cierto, que quien "avisa" y quien paga sus impuestos deja entender una intención de señorío, pero a nuestro modo de ver, tal categoría de actos no alcanzan a constituir el verdadero factor del *corpus*. Este, corresponde a ejecuciones, a actos más reales, que no simbólicos, y así como se ha repetido que mal se puede poseer desde las oficinas de registro, tampoco es posible que se posea desde una alcaldía, me-

nos que olvidada, o desde la dependencia de una Administración Seccional de Hacienda.

Finamente, no podemos llamar poseedor (de acuerdo con la doctrina) a un individuo en gracia de una inconsecuencia de la ley o de la circunstancia de ser heredero del dueño de los bienes.

Capítulo XVII

De la prueba de la Posesión.

Antes de finalizar este trabajo, aunque el tema corresponde más a un estudio sobre "Las Acciones Posesorias", es natural que digamos ciertamente en términos muy breves, algo sobre la prueba de la posesión.

Hablan sobre este particular los Arts. 980 y 981 del C. C. Como lo explicamos anteriormente, estos dos artículos, por interpretaciones sectarias (dígase exegéticas), han dado margen a la más absurda y contradictoria de las incongruencias. Porque según el primero (980), "la posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, y mientras ésta subsista, y con tal de que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla". Y según el segundo (981), "se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos que se ejercitan cuando se tiene el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otras de igual significación, ejecutadas sin el consentimiento del que disputa la posesión". Sobre esta antinomia, los profesores han ensayado infinidad de teorías para buscar una solución adecuada, pero la realidad es de que aún persiste el conflicto, con síntomas de agudezas extremas.

Según el Art. 980, la prueba de los derechos inscritos no puede darse sino por la inscripción; y según el Art. 981, la posesión se prueba por hechos positivos propios de quien es propietario.

Nosotros, honradamente, con los pensamientos y enseñanzas que se nos han inculcado y con las ideas hasta aquí traducidas, creemos que la prueba verdadera de la posesión radica en la norma estatuida por el Art. 981. Y esto, porque en dicho precepto legal se está hablando de la posesión material. Si, en el fondo, son los hechos positivos los que encarnan el corpus, y este hace presumir el ánimos (no podemos menos de ser objetivistas), quiere decir que con esos hechos positivos se ha llegado a la posesión.

¿Cómo debe acreditarse?

Luego de entablar la acción posesoria, el actor debe acreditar lo siguiente:

1º) Que es poseedor ininterrumpido en el tiempo de un año; y

2º) Que le han arrebatado la posesión.

Volviendo al problema que se suscita en la interpretación de los Arts. 980 y 981 (Arts. 924 y 925 del Código Civil Chileno), se han planteado en Chile diversas teorías, que por la autoridad de quienes las sostienen y la prestancia intelectual con que están defendidas, merecen, a nuestro modo de ver, que siquiera demos de ellas un resumen.

Es la primera la del Doctor Ruperto Bamohonde. "El Art. 924 (980) se aplica a la prueba de posesión de todo derecho real sobre inmuebles, excepto el dominio. En cambio, el Art. 925 (981) se refiere precisamente y únicamente a la prueba del dominio. Esta doctrina es

sostenida por los que aceptan la prescripción contra el título inscrito. Acompañan al Doctor Bamohonde, Don Juan Esteban Montero y Don Teodoberto Alvarez”.

La segunda teoría es la del Doctor Humberto Trucco. “Es bien notorio —dice— porque así lo vimos al empezar el estudio de la posesión, que el legislador reconoce dos clases de posesión en materia de inmuebles: la inscrita y la no inscrita. Este mismo criterio del legislador para ver cómo se adquiere, cómo se conserva y cómo se pierde la posesión, es lógico que también lo haya conservado para referirse a la prueba de la posesión. Hay en ello perfecta y lógica cadena de ideas. El Art. 924 (980) se refiere a la prueba de la posesión de todo derecho real inmueble, llámese dominio, uso o habitación, etc. En cambio, el Art. 925 (981) se refiere a la prueba de los inmuebles, o de los derechos reales no inscritos. También tiene esta doctrina varias sentencias a su favor, más recientes, y de la Corte Suprema que generalmente son de mayor autoridad”. (Sentencia de 26 de diciembre de 1907, “Revista de Derecho y de Jurisprudencia”, tomo V, sección 1ª, pág. 217).

Alessandri y Somarriva, en su “Derecho Civil”, tan admirable y tantas veces citado, hablando sobre este mismo particular se hacen la siguiente pregunta: “¿Qué efecto produce, con respecto a la acción posesoria, el hecho de que el poseedor inscrito sea burlado en su posesión inscrita?” Nosotros respondemos diciendo que en tal evento es susceptible de incoarse una querrela de amparo, en gracia de que se está turbando la posesión inscrita. Sin embargo, la jurisprudencia ha vacilado en concederle este derecho al poseedor inscrito. Por lo menos así consta en una Sentencia de la Corte de Santiago, fechada el 10 de julio de 1912.



Capítulo XVIII

Conclusiones.

Para finalizar esta monografía, permítasenos sintetizar en apartes individuales las más importantes de las conclusiones que a través de los temas estudiados nos ha sido posible deducir. Ellas son:

- A) En la posesión intervienen indefectiblemente dos elementos, ambos de igual trascendencia, denominados el corpus y el ánimos, sin la conjunción de los cuales es cosa imposible determinar un concepto adecuado;
- B) Solamente la posesión regular (título justo, buena fé, tradición), es apta para los efectos de la prescripción adquisitiva ordinaria;
- C) La Tenencia y la Mera Tenencia, en materia de posesión, carecen de un efectivo propio, y no constituyen más que elementos separados de ella;
- D) Según nuestro C.G., y la opinión de los más insignes tratadistas, la posesión es un hecho conforme a la

teoría de Savigny, en contra de la de Von Ihering para quien es un derecho;

- E) A pesar de las profundas semejanzas existentes entre el derecho de propiedad y el hecho de la posesión, las diferencias que las excluyen son de una claridad tal que, el límite de sus respectivos campos de acción no sólo se hace necesario por motivos didácticos sino que obedece a razones fundamentales;
- F) El principal efecto de la posesión es, a no durarlo, la aptitud que presenta como factor indispensable de la prescripción adquisitiva;
- G) No obstante las muchas teorías elaboradas para demostrar la tutela estatal posesoria, aceptamos como la más científica y razonable, la preconizada por Von Ihering, a pesar de los reparos con que frecuentemente se le ha logrado perjudicar;
- H) A excepción de los Arts. 1º, 4º y 12 de la Ley 200 de 1936, todos los textos legales (C. C.), están informados en los principios de la Escuela Subjetiva de Savigny;
- I) La posesión se adquiere, y se conserva, y como es obvio se pierde, siempre que estén en conjunción los elementos que la integran (corpus y ánimos), o cuando cualquiera de ellos llegan a faltar. En tratándose de la mal llamada posesión inscrita, se adquiere o se pierde, siempre que se registre o se cancele el título en la Oficina de Registros.
- J) La posesión es susceptible de beneficiarse mediante accesiones de la misma; pero al tomar o sumar las anteriores posesiones hay que aceptarlas con sus cualidades y vicios;

- K) Solamente la posesión material, clásica, es la única y verdadera posesión; la inscrita, no es más que un mero símbolo de ella, y por lo mismo, a ella deberá estar supeditada;
- L) Además de los fines establecidos en todas las legislaciones del mundo para el Registro (publicar los gravámenes que pesan sobre los bienes raíces), tiene en Colombia, —por razón de las modificaciones introducidas por Don Andrés Bello— la de transferir los derechos sobre los inmuebles y dar la posesión inscrita;
- M) La posesión a que alude la Ley 200 de 1936, no es otra que la posesión clásica y material, consistente en hechos positivos propios de señor y dueño; con la circunstancia de que está revestida de una nueva modalidad; el carácter económico;
- N) La posesión material, clásica, es la única y verdadera posesión, porque es un reflejo de la realidad de la vida, y la realidad de la vida, al decir de Josserand, “es mucho más ingeniosa que los legisladores y mucho más fuerte que las mismas leyes”; y
- Ñ) Doctrinariamente hablando, la llamada posesión legal de la herencia no puede ser una posesión porque le faltan sus propios elementos constitutivos. La aceptamos sencillamente como una ficción adecuada para arreglar problemas de orden práctico. Igual cosa repetimos respecto de la posesión en el Derecho Minero.

Honradamente, volvemos a reiterar nuestro pensamiento de que en manera alguna creemos haber agotado la ma-

teria. Ciertamente, los puntos analizados han sido más que abundantes, pero, a no durarlo, será mucho, muchísimo, lo que inadvertidamente, lo que impensadamente, se nos ha quedado por estudiar. Recalcamos nuestra idea de que ni se ha tratado aquí de un trabajo con pretensiones de original y novedoso, ni menos de una presuntuosa demostración de autores desconocidos. Lo hasta aquí escrito, no es sino leve fruto de lo que se nos ha enseñado; de lo aprendido en la fugacidad de los pocos años de una carrera.



Obras consultadas

- ALLESSANDRI y SOMARRIVA—Derecho Civil. T. II.
BARROS ERRAZURIS—Derecho Civil.
CORTES MILCIADES—"La Posesión".
CARRIZOSA PARDO HERNANDO—Las Sucesiones.
CLARO SOLAR—Derecho Civil.
COULANGES FUSTEL DE.—La Ciudad Antigua.
GOMEZ R. JOSE J.—Los Bienes. Conf. Universidad Javeriana. 1942.
 Algunas consideraciones sobre la Posesión. Conf. Universidad Javeriana. 1942.
JOSSE RAND LOUIS—Cours de Droit Civil Positif Français. V. III.
URIA JOSE M^º, S. J.—Derecho Romano. T. I.
ZULETA ANGEL EDUARDO—La Posesión. Conf. Universidad Nacional.
SAVIGNY M.F.C. DE.—Instituciones del Derecho Romano Actual.
IHERING VON RODOLFO—La Posesión. Trad. Adolfo Posada. Madrid.

INDICE

INTRODUCCION	13
Capítulo I—Concepto de la Posesión	17
Capítulo II—Elementos de la Posesión. El Corpus y el Animus. Teoría de Federico de Savigny o Teoría Subjetiva. Teoría de Von Ihering o Teoría Objetiva. Movimiento Dialéctico	21
Capítulo III—Diferentes clases de Posesión. Util e inútil. Regular: Título Justo, Buena Fé y Tradición; irregular: —Posesiones Viciosas— Violenta y Clandestina	33
Capítulo IV—Derivados de la Posesión: A) Tenencia, B) Mera Tenencia. Título Precario	37
Capítulo V—¿La Posesión es un Hecho o un Derecho? Derecho Romano. Teoría de Savigny. Teoría de Von Ihering	39
Capítulo VI—Semejanzas y Diferencias entre la Propiedad y la Posesión. Observaciones del Doctor Eduardo Zuleta Angel	45
Capítulo VII—Efectos de la Posesión: A) Presunción de Propiedad; B) Interdictos Posesorios; C) Adquisición de Frutos, y D) Usucapión (Prescripción Adquisitiva)	49

Capítulo VIII—De la Tutela Estatal Posesoria . . .	53
Capítulo IX—Análisis crítico del Artículo 762 y demás disposiciones del C.C., en materia de Posesión	63
Capítulo X—Adquisición y Pérdida de la Posesión: A) Adquisición; B) Pérdida; y C) Conser- vación	67
Capítulo XI—Accesión o agregación de Posesio- nes. Unidad de la Accesión	73
Capítulo XII—De la Posesión Material y de la Posesión Inscrita. Observaciones de los Doc- tores José J. Gómez R. y Eduardo Zuleta An- gel	75
Capítulo XIII—Breve relación histórica del Re- gistro. Fines con que opera en Colombia. Mo- dificaciones introducidas por Don Andrés Be- llo, en materia de Posesión y de Registro . . .	81
Capítulo XIV—La Posesión en la Ley 200 de 1936 y en el Nuevo Estatuto sobre Tierras, expe- dido por el Congreso de 1944	89
Capítulo XV—Por qué la Posesión Material es la única y verdadera Posesión	93
Capítulo XVI—De la Posesión, de la Herencia y de la Posesión en el Derecho Minero	95
Capítulo XVII—De la Prueba en la Posesión . . .	101
Capítulo XVIII—Conclusiones	105
Obras consultadas	109