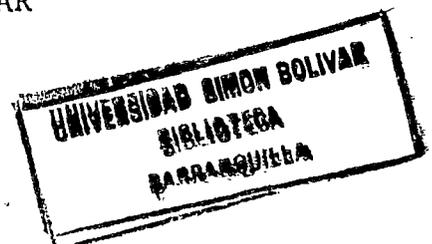


LA POSESION

JOSE MARIA MEZA RODRIGUEZ

**BARRANQUILLA
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO**

1987



34378

DR #0835

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	
BIBLIOTECA	
BARANQUILLA	
C.C. = 4034370	
No. INVENTARIO	303
PRECIO	
FECHA	21 FEB. 2008
GENE	CONACION

LA POSESION

JOSE MARIA MEZA RODRIGUEZ

Trabajo de Grado presentado como
requisito parcial para optar
al título de Abogado.

Director: JULIAN CABALLERO N.

BARRANQUILLA
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
1987

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

RECTOR:	Dr. JOSE CONSUEGRA H.
SECRETARIO GENERAL	Dr. RAFAEL BOLAÑO M.
DECANO DE LA FACULTAD	Dr. CARLOS LLANOS S.
SECRETARIO	Dr. ELVIRA
PRESIDENTE DE TESIS	Dr. JULIAN CABALLERO N.
JURADOS	Dr. RAUL DIAZ
	Dr. BLAS CASTILLO

T
346.043 4
M. 677

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla,

DEDICATORIA

A mis Padres, JOSE MARIA MEZA RAMO y MARIA ILUMINADA RODRIGUEZ, quienes con el esfuerzo digno de su trabajo contribuyeron a que se realizaran mis sueños, de ser un profesional del Derecho.

A mi Hijo AUGUSTO CESAR MEZA PAEZ y mi Esposa, quienes significan la semblanza de mi ser y por quienes imploro para que siga mis pasos en la difícil tarea pero honesta carrera del Derecho.

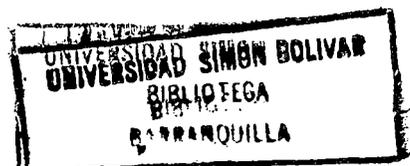


TABLA DE CONTENIDO

	pág
INTRODUCCION	1
1. LA POSESION	12
1.1. ASPECTOS GENERALES	12
1.2. ASPECTO HISTORICO	12
1.3. LA POSESION EN EL DERECHO ROMANO	14
2. NATURALEZA LEGAL DE LA POSESION	17
2.1. LA RELACION HOMBRE-MATERIA (O COSA)	17
2.2. LA VOLUNTAD HUMANA	19
2.3. COSA (RES) Y VOLUNTAD (CONCIENCIA DE TENER)	20
3. INSTITUCION Y PROTECCION DE LA POSESION	24
3.1. NORMAS O INSTITUTOS DE POLICIA	29
3.2. PROCEDIMIENTO DE POLICIA	31
3.3. TUTELA O PROTECCION SUSTANTIVA	34
3.4. ADQUISICION DE LA POSESION	36
3.5. CONSERVACION DE LA POSESION	42
3.6. PERDIDA DE LA POSESION	44
3.6.1. Pérdida voluntaria de la posesión	44
3.6.2. Pérdida involuntaria de la posesión	44
4. ELEMENTOS DE LA POSESION	51
4.1. CORPUS	51
4.2. EL ANIMUS	53

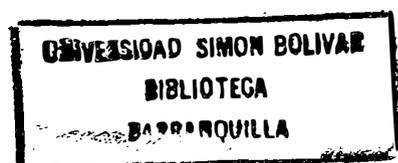
	pág
4.3. TEORIA DE IHERING Y SAVIGNY	56
5. ANALISIS DE CADA UNA DE LAS POSESIONES	58
5.1. POSESION MATERIAL Y POSESION INSCRITA	58
5.2. POSESION REGULAR Y POSESION IRREGULAR	65
6. PRINCIPIO Y FIN DE LA POSESION	73
6.1. LA POSESION	73
6.2. ADQUISICION DE LA POSESION	75
6.2.1. Posesión adquirida directamente.	75
6.2.2. Posesión por medio de mandatario o representante.	78
6.2.3. Puede adquirir la posesión por medio de un agente oficioso?	79
6.3. EN LA COMUNIDAD INDIVIZA Y EN LA SUCESION HEREDITARIA CUANDO COMIENZA LA POSESION	81
6.4. CONSERVACION DE LA POSESION	83
6.5. PERDIDA DE LA POSESION	84
BIBLIOGRAFIA	87

INTRODUCCION

Las relaciones materiales del hombre son las cosas de la naturaleza, a través del desarrollo histórico de las instituciones jurídicas que han protegido hasta hoy la tan cara propiedad, nos pone de presente y a primera vista, que la esencia, la última razón de ser de la propiedad está encaminada y es la de que esas cosas (bienes) permitan la subsistencia del hombre, no se tiene o se posee, V. gr. una extensión de tierra, cualquiera que sea su extensión más que para sus productos; provean la subsistencia; esto mismo diremos de un pastizal para ganado, de una vivienda, etc.

El trabajo que desarrollamos esta vez, referente a la posesión como institución del derecho civil, y por fuerza de la misma naturaleza de esta investigación, nos coloca frente a los principios inmanentes a la posesión de cosas materiales que el hombre toma del entorno en orden a su desarrollo biológico, intelectual, económico, etc.

El solo hecho de que el hombre requiera para subsistir de los bienes de la naturaleza le ofrece, los cuales transforma, construye en toda la nación y el mundo, el fundamento de su ordenamiento institucional. El poder de hecho del hombre sobre la cosa vino a ser desde los estadios primitivos la fuerza matriz, en lo social, de su desenvolvimiento jurídico. La despropiación de la fuerza, institucionalizada en el Estado, entre el más fuerte y el débil, también vino a constituir, hasta nuestros días, el fenómeno humano de más impacto en la vida del hombre cotidianamente, el hombre desarrolla su actividad física e intelectual, a través del trabajo, para ensanchar y darle más cabida a su esfera de PODER DE HECHO SOBRE LAS COSAS. He aquí esta actividad es anterior a la aparición del omnipresente Estado. El Estado, viene a tratar de nivelar, compensar, la desproporción de fuerza (ya económicas) entre los particulares dando origen a un orden jurídico en el cual se regula ese poder de Hecho que el hombre puede tener sobre las cosas, cómo y cuándo y hasta dónde le es lícito y permitido ejercer ese poder de hecho, se extendía hasta la vida de sus semejantes; se ejercía posesión, propiedad, dominio institucionalizado sobre los hombres, por otros hombres, es éste uno de los pasos dolorosos que la institución de la posesión, en su incipiente fenomenización social, dió en sus albores. El ser humano-esclavo, era considerado por el orden jurídico como cosa. Estos hombres provenían; como cosas, la subsistencia de los amos.



Hoy, ya superada la oscura fase de la propiedad y posesión del hombre sobre el hombre, el desarrollo jurídico de todas las naciones han institucionalizado sus normas o reglas que rigen el poder de hecho del hombre sobre las cosas; las relaciones del hombre con la cosa de la naturaleza en orden a su subsistencia y evaluación. Estos son los grandes rasgos, los pilares sobre el cual descanza la teoría general del derecho de propiedad, cuya expresión es la posesión.

El presente trabajo ha abordado no pocos de los fundamentos filosóficos, históricos, sociales del derecho de posesión, puesto que no se le logra entender a cabalidad el funcionamiento de una normatividad jurídica, sin que se haya comprendido los principios tutelares de esas normas que lo integran, su evaluación histórica, lo que ha significado a través de su evolución, lo que significa en otra latitud, lo que busca proteger la norma, su objeto institucionalizante, por ello en el presente trabajo, hemos incluido un capítulo, el tercero, en el que ponemos de presente al lector las normas específicas y concretas que con respecto a la posesión se han consagrado en nuestro ordenamiento civil y no pretendemos en este modesto trabajo agotar el tema, puesto que hablar de la posesión es hablar o investigar sobre la propiedad, y nuestro Código Civil en toda su extensión es la norma fundamental, tutelar del régimen de propiedad privada que se nos ha permitido desarrollar hasta hoy socialmente.

Nuestro estudio es de carácter académico, erudito y aspira a contribuir al aporte teórico de nuestra facultad. Ha sido elaborado este trabajo siguiendo una teoría expositiva, y de aquí que tenga cabal cumplimiento nuestro objetivo de confeccionar una obra accesible a los estudios del derecho civil de esta facultad, como manual teórico-práctico de consulta. Por ello el cuerpo de este trabajo rehuye expresamente las disquisiciones doctrinales y se profundiza sí en el desarrollo de los principios fundamentales de la posesión en un lenguaje no por elemental y accesible, exento de la técnica y corrección que la interpretación de las normas requiere.

Consta el cuerpo del trabajo, de 6 capítulos, en los cuales tratamos, enmarcados en la metodología expuesta anteriormente y en orden estricto:

Aspectos generales e históricos de la posesión, naturaleza legal de la posesión; instituciones y protección de la posesión; elementos de la posesión; análisis de cada una de las posesiones; principio y fin de la posesión.

1. LA POSESION

1.1. ASPECTOS GENERALES

En cualquier sistema positivo de derecho posesorio existen las siguientes bases comunes:

En primer lugar, la posesión, cualquiera que sea su naturaleza, ha implicado siempre una relación material entre el hombre y las cosas de la naturaleza.

En segundo término, la posesión supone siempre un elemento de orden psicológico (voluntad posesoria).

Finalmente, la posesión se ejerce sobre las cosas de la naturaleza.

1.2. ASPECTO HISTORICO

El estudio de la posesión es uno de los más importantes del derecho Civil, pues se le ha considerado como la vanguardia de la propiedad, toda vez que la humanidad llegó al dominio

de las cosas por medio de la posesión.

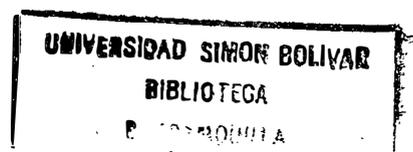
Si observamos a través de la historia la forma como se desarrolló la humanidad para llegar hasta hoy podemos precisar así el criterio de la posesión. De todos es conocido que mientras se llevó una vida nómada, mientras las gentes no se establecieron en lugares determinados, la posesión no pudo darse; pero cuando el hombre encontró en algunos sitios medios de subsistencia como la caza y la pesca, se vio precisado a un asiento más o menos fijo para el desarrollo de dicha actividad.

El pastoreo también marca un avance hacia una institución, ya que para esta labor había que permanecer en el lugar que le proporcionara medio de subsistencia a su ganado y que descocupaban para trasladarse a otro. Aparece posteriormente la agricultura y comienza, por decirlo así por arraigarse un poco más la exigencia del tiempo para obtener el producto, que era mayor o menor de acuerdo con el número de miembros que formaban la familia, núcleo de la sociedad humana. Esta formó posteriormente grupos llamados tribus, a la cabeza de las cuales se encontraba un jefe con suprema autoridad, se constituye así la primera organización social del hombre. Posteriormente unas tribus guerrean con otras y los vencidos se someten a los vencedores formándose los estados esclavistas, al frente de los cuales había un monarca, príncipe o gobernante, cuya misión era proteger a la

humanidad. Así se fueron estabilizando cada día más en de terminados lugares dando lugar a las primeras formas de posesión.

1.3. LA POSESION EN EL DERECHO ROMANO

Partiendo del aspecto de la posesión, éstos no se elevaron a un concepto filosófico y amplio de la posesión, la razón de ello es el modo como nació y se desarrolló la idea y la doctrina de la posesión en el derecho romano; modo aceptado por Savigny, según este autor la idea de la posesión como institución jurídica nació a causa de los repartos del ager público o terrenos conquistados en la guerra, lo cual fueron en parte destinadas al uso público, en parte dadas en propiedad de los padres de familia y en parte asignados a los particulares en uso (posesión), conservando en cuanto a estos últimos la propiedad, el Estado, de aquí que los pater familias pudieron tener dos clases de bienes; unos in dominio ex jure quiritium y otros in possessiones. Para defender los primeros tenían la reivindicatio, mas para para defender los segundos no podían ejercitar ésta, sino que deberían acudir al Estado que era el propietario, lo que siendo difícil ocasionó que se le concedieran medios jurídicos para que por sí mismo pudiesen defenderlo, medios que en un principio tuvieron carácter político administrativo y que se modelaron sobre los que servían para defender la propiedad,



no pudiendo ser lo propio de ésta, por no ser los propietarios de tales terrenos sino otros especiales, que fueron los interdictos por la tendencia a conservar lo que en vez se ha tenido, los poseedores aún cuando sus posesiones eran revocables a voluntad del Estado la sostuvieron enfrente de éste, alegando el largo tiempo que hacía la disfrutaban, los trabajos en ella realizados como: cultivos, construcción de casas, cercas, etc., la adquisición por compra o permuta en muchos casos, o cualquier otro hecho que lo vinculara a ella, lo que trajo como consecuencia frecuentes agitaciones, y para poner fin a la cual, una ley agraria del año III antes de Jesucristo (643 de Roma), que algunos identificaron con Ley Thoria, transformó estos poseedores en propietarios. Con esto fue ya posible defender aquellas tierras con la reivindicatio, pareciendo que por ello deberían desaparecer los interdictos, pero ello no fue así, sino que respecto a estas tierras pudieron estos seguirse entablando además de otorgarse la reivindicatio, acumulándose así las ventajas del antiguo régimen y del nuevo, esta supervivencia de los interdictos obedeció a que la reivindicatio estaba sometida a fórmulas solemnes y difíciles, al paso que los interdictos eran más rápidos y sencillos.

De esta manera los antiguos poseedores gozaban de mayor ventaja que los que eran propietarios desde un principio, diferencia injusta a la que se puso fin otorgándole a éstos los

interdictos al lado de revindicatios que ya tenían , como se observa a través del desarrollo histórico de la posesión , esta institución contempla desde sus albores la misma forma y acciones de que gozan actualmente los poseedores.

2. NATURALEZA LEGAL DE LA POSESION

2.1. LA RELACION HOMBRE-MATERIA (O COSAS)

La posesión de las cosas como institución jurídica, nació para regular las relaciones de orden material del hombre con la naturaleza; ellas constituyen el supuesto necesario de cualquier orden jurídico, tanto de los pueblos primitivos, como de los pueblos civilizados.

La conservación del hombre exige fatalmente un contacto material con la naturaleza que lo rodea, pues sólo ella le suministra cosas para satisfacer sus necesidades de orden material. Sin cosas, la especie humana habría perecido.

Relaciones materiales del hombre con la naturaleza, se han realizado siempre y se realizan hoy mediante la apropiación de los bienes que requiere para su sustentación. Apropiación individual o colectiva, transitoria o permanente, pero apropiación en todo caso.



El hombre primitivo satisfacía sus necesidades mediante la ocupación de los animales (caza y pesca); esta ocupación no indica sino un poder de hecho que la fuerza humana ejerce sobre las cosas. El hombre moderno ha extendido extraordinariamente su dominación sobre la naturaleza; es del único ser del cual puede predicarse que la ha dominado totalmente, mas el mismo principio de inteligencia guió al hombre del período inferior del salvajismo, los ha guiado en todo los períodos subsiguientes hasta el actual, denominado período de civilización: poseer las cosas, tomarlas, someterlas a su fuerza, en fin, dominar la naturaleza.

La posesión, pues, comenzó por indicar algo muy simple y fácil de entender: tener una cosa a nuestra disposición, ejercer sobre ella un poder de hecho.

El término posesión tuvo desde sus orígenes un sentido especializado. Evidentemente de las muchas relaciones que el hombre puede establecer, solo algunas de ellas reciben el nombre indicado. Así, las relaciones que el hombre establece con otros hombres, las que existen entre marido y mujer o entre padres e hijos, jamás han recibido la denominación de relaciones posesorias.

Ahora bien, esta primera idea encerrada en la palabra posesión no ha cambiado esencialmente a través de la historia

jurídica, siempre ha servido para indicar un grupo especial de realizaciones ; las que el hombre establece con las cosas de la naturaleza, a fin de satisfacer sus necesidades materiales.

2.2. LA VOLUNTAD HUMANA

El hombre establece contacto material con una cosa de diferentes modos , en primer término, nos encontramos con relaciones que solo indican una simple proximidad de lugar entre la persona y la cosa. Estas relaciones son involuntarias . Se tiene una cosa sin querer tenerla, tal es el caso del prisionero sujeto con cadenas, que antes de poseerlas, más bien cabe decir que las cadenas lo poseen a él²

En el mismo sentido, la silla en que se sienta un visitante , o el cubierto con el cual se sirve en un restaurante o en casa extraña, no engendran relaciones posesorias³.

La razón decisiva es la de que no se quieren tener esas cosas; tan solo existe una simple relación de proximidad espacial.

Estas relaciones materiales con las cosas totalmente objetivas, permanecen al margen del derecho. El orden jurídico solamente se ocupa de la relación material que es querida, es

decir, voluntarias. La posesión del hombre ejerciendo un poder material sobre una cosa.

2.3. COSA (RES) Y VOLUNTAD (CONCIENCIA DE TENER)

Dos elementos, pues son necesarios para que una relación material del hombre con una cosa adquiriera sentido jurídico:

- a) La relación material en sí: tomar la cosa, tenerla, ocuparla, poseerla.
- b) La conciencia de una persona, esto es, la voluntad de tener la cosa.

El elemento material fue denominado por los romanos con el nombre de corpus, y el psicológico, con el de animus.

Cómo se conexionan entre sí el elemento objetivo y subjetivo de la relación posesoria, es decir, el corpus y el animus?

Estos dos elementos forman un todo indivisible, no es correcta la investigación que pretende dilucidar cuál tenga una mayor importancia. Preguntar qué vale más, si mi voluntad de tomar una cosa o relación material en sí, es tanto como preguntar qué elemento prevalece en la acción humana;

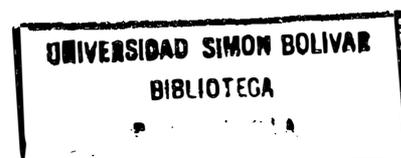
si el psicológico o el físico.

Esta observación es importante, pues algunos autores dieron una trascendencia excesiva al elemento subjetivo, es decir, a la voluntad de poseer.

Tal fue el caso del expositor Savigny, cuya doctrina por ese motivo ha sido calificada de teoría subjetiva de la posesión; subjetiva, no en el sentido de que con el solo elemento intencional construyera su doctrina, sino por la importancia que dió a dicho elemento como menoscabo del elemento material u objetivo.

¿Puede existir una teoría puramente objetiva, como calificó Ihering a su doctrina? no es posible si con ello se pretende indicar que el solo elemento material es posesión; tal denominación tiene un sentido en cuanto pretende dar toda su importancia a dicho elemento, y nada más. Al respecto es enfático el autor citado: "Nosotros descomponemos la relación posesoria en dos elementos: corpus y animus, entendiendo por el primero, la mera relación de el lugar de una cosa, y por el segundo, el acto por el cual la voluntad se aprovecha de esa relación, y hace de ella una relación de posesión ... en realidad, el corpus no puede existir sin el animus.

Ambos nacen al mismo tiempo por la incorporación de la voluntad en la relación con la cosa. La posesión no es, pues,



la simple reunión del corpus y el animus, lo que implicaría para cada una de esas dos condiciones una existencia previa sino que el cuerpo es el hecho de la voluntad: no existe en el pasado, al modo que la palabra existe antes de ser pronunciada. El corpus y el animus son entre sí como la palabra y el pensamiento ⁴.

Por el momento, nos es suficiente indicar que solo las relaciones materiales del hombre con la naturaleza que reúnen el requisito de la voluntariedad, merecen el calificativo de jurídicas; mas adelante demostraremos que son erróneas las doctrinas según las cuales son posible las relaciones materiales con significado jurídico.

No debe pues contraponerse una teoría subjetiva de la posesión a una teoría objetiva de la misma. Ni teoría objetiva, simplemente teoría general de la posesión.

NOTAS

1. TORRES, L.M. y otros (Traducción). La Sociedad Primitiva.

Morgan divide en tres grandes sectores la historia de la humanidad; el período del salvajismo, el de la barbarie y el de la civilización, cada uno de ellos se caracteriza por el número que el hombre puede tener a su disposición: en el estado de salvajismo, el hombre subsiste a base de pezcardo y otros animales: el arco, la flecha y el fuego. La barbarie (un estado superior) comienza con la invención del arte de la alfarería y sigue con la domesticación de los animales, el cultivo de la tierra y la fundición del hierro, finalmente, el ferrocarril y la máquina en general marcan el triunfo de la civilización.

2. Ejemplo de THERING, La Voluntad de la Posesión. Trad. de Posada. Madrid: 1986. p.36
3. Ejemplo de WOLFF Y RAISER, Sachenrecht, 1957, 5 (en lehrbuchdes Burgerlichen rechts de ennec'cerus, Kipp y Wolff), También 5 de latrad española de Pérez y Alger.
4. La Voluntad de la Posesión.

3. INSTITUCION Y PROTECCION DE LA POSESION

En el desarrollo del presente trabajo, veremos cómo la propiedad es uno de los más importantes fenómenos que se presentan en el seno de todas las sociedades, del concepto, concepción o doctrina que se tenga acerca de la propiedad en tal comunidad social, de las ideas imperantes, depende en gran parte la conformación del sistema político mismo que en un momento determinado se de una nación al organizar jurídicamente, es decir, crear sus instituciones.

Instalados en nuestro ordenamiento social, básicamente cimentado éste sobre la concepción de la propiedad privada, en tal dirección operan y apuntan los institutos (normas positivas) que establecen o reglan las diferentes maneras de adquirir, conservar y perder la propiedad. De igual manera, independientemente de que se hable de la posesión como inherente a la propiedad, existen en nuestro ordenamiento jurídico vigente, instituto o normas (sustantiva y procesales) que regulan la adquisición, conservación, pérdida de la posesión.

En este capítulo analizaremos las normas vigentes relacionadas con la protección al derecho de la posesión, que comprende la dicha de adquisición, conservación y pérdida de la posesión, pero antes conviene recordar en forma breve las definiciones que consagra el C.C. acerca de las relaciones que pueden establecerse, y de hecho se establecen entre las personas (incluye esta noción tanto a las personas humanas como a las personas jurídicas, por ser este ente, sujeto de derecho y como tal adquiere, conserva y pierde la posesión), y las cosas.

1) DOMINIO: Es el derecho real (propiedad) en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella no siendo contra la ley y el derecho ajeno. Conviene señalar aquí, a manera de glosa y para efectos conceptuales nuestros en el presente trabajo hacia adelante, que no solamente se ejerce dominio, propiedad y por ende posesión sobre las cosas corporales, sino sobre cosas incorporales sensorialmente (Res Incorporae) como por ejemplo, derecho de autor, creación o elaboración intelectual en los campos físico, literario, artístico, etc. Así, es ese el doble alcance que al interpretar el artículo 669 del C.C. debe tenerse en sana hermenéutica.

2) NUDA PROPIEDAD: Es el derecho mismo de propiedad pero separada ésta del goce de la cosa. También se le llama mera o nuda propiedad.



3) LA POSESION. 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 o en nombre de él. A este respecto, conviene glosar rápidamente que las dos palabras señor y dueño, nos vienen desde el código Napoleónico, pauta que sirviera al venezolano Andrés Bello en su elaboración del C. Civil Chileno, el cual a su vez fuera la pauta base en la elaboración del colombiano en 1873.

Hasta hoy la doctrina y la jurisprudencia al respecto de la posesión, no ha podido crear, elaborar o acuñar otra frase para reevaluar la concepción literal de Rajambre Feudal , que comporta la frase SEÑOR Y DUEÑO.

Debe en consecuencia elaborarse otra definición más técnico-jurídica acorde a la evolución del Derecho Civil.

Anotemos sobre la posesión, que es importante la presunción establecida por la ley en favor del poseedor: ES REPUTADO DUEÑO MIENTRAS OTRA PERSONA NO JUSTIFIQUE SERLO). O dicho en términos técnicos, se trata de una presunción legal, pues admite prueba en contrario, pero no basta solamente probar que un poseedor no es dueño, para desvirtuar esa presunción; es indispensable que quien le niega esta calidad pruebe ser el propietario (Art. 762 del C.C.). Ello se da, V. gr. en los procesos reivindicatorios del dominio en el cual es

condenado un poseedor a reintegrar la cosa poseída a su único dueño, este dueño, para el evento de la reivindicación del inmueble, es el que se halla inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar. Al contrario, censu, contra la propiedad inscrita no corre la prescripción ni le es oponible título alguno por el poseedor vencido.

4) MERA TENENCIA. Se llama la que se ejerce sobre la cosa, no como dueño sino en lugar y a nombre del dueño. Esta noción se comprende con claridad cuando en la Legislación Civil se establece que el acreedor prendario, el secuestre, usufructuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo uso, usufructo o habitación les pertenece. En términos generales, se explica la mera tenencia a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.

En nuestro sistema jurídico vigente, y por obedecer a organización social basada en el individualismo, la propiedad es también individualista, o sea, régimen de propiedad privada. Pero este rigor de las doctrinas e ideología individualista en que se basa nuestra organización jurídica, se halla atemperada, teóricamente, como la doctrina de la función social de la propiedad, cuya fuente primogenia fue la constitución de Weimar, socializante ésta. Según esta doctrina de la función social de la propiedad el interés público o general prima sobre el interés particular. En Colombia esta doctrina

fue elevada a rango de canon constitucional, ya que el Art. 30 de nuestra carta establece: "Se garantizan la propiedad privada (Art. 669 C.C.) y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, lo cual no puede ser desconocido, ni vulnerados por las leyes posteriores. Cuando la expedición de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder el interés público o social la propiedad es una función social que implica obligaciones.

Por motivo de utilidad pública o de interés social definido por los legisladores, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial indemnización previa. Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá terminar los casos en que no haya lugar a indemnización mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara (Art. 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936)!"

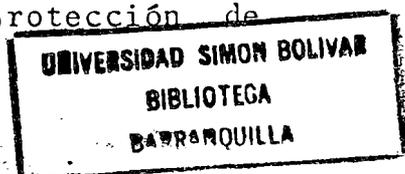
En concordancia con tales mandatos, y de acuerdo a lo establecido en el Art. 16 de la Carta, acerca de la razón de la autoridad de la República en el sentido de que éstas se han instituído para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, es que encontramos en desarrollo de normas constitucionales, los institutos que regulan las diversas formas de adquirir, conservar,

perder y readquirir la posesión de la cosa, por ello es que nos dedicaremos a estudiar en este capítulo las normas que para dicho efecto son de carácter policivo, jurisdiccional y sobre todo las normas sustantivas del Código Civil.

3.1. NORMAS O INSTITUTOS DE POLICIA

Debido a que en nuestro medio se ha descuidado preponderantemente la pronta y cumplida administración de justicia, sobre todo para eventos o casos de conflictos entre particulares que requieren premura en la solución y protección debida, el estudio de la norma de policía, interés para exponer lo en este trabajo. A lo dicho se suma la especial contingencia de que nuestra institución es de policía, los funcionarios para ser más concretos, son ejercidas por personas (civiles, que no son cuerpo armado) con escasos conocimientos jurídicos, comisario). Por ello conviene ocultar la norma de PROTECCION POLICIVA DE LA POSESION, estas normas se aplican, y de hecho deben aplicarse en base al principio de la CELERIDAD, PRONTITUD, que ciertos conflictos entre particulares requieren, sobre todo por cuestiones de inmuebles; tienen un carácter a través de la autoridad jurisdiccional y con mecanismos de controversia prolongados, como son los procesos ordinarios, abreviados, posesorios, etc.

El decreto 522 /71 es el Estatuto de Policía o Código Nacional de Policía y las normas referentes a la protección de



la posesión se halla fundamentado por los siguientes principios en el capítulo V del libro II:

1) La Policía no puede intervenir para limitar el derecho de propiedad, sino por vía de seguridad, salubridad y estética pública (Art. 122).

2) La Policía sólo puede intervenir para evitar que se perturbe el derecho de posesión o mera tenencia que alguien tenga sobre un bien.

3) En caso de que se haya vulnerado ese derecho, puede intervenir para restablecer y preservar la situación que existe en el momento que se produjo tal perturbación.

Los principios estos de acuerdo al art. 125.

4) En los procesos de policía no se contravertirá el derecho de dominio (Art. 126)

5) La protección que la policía presta al poseedor, se dará también al mero tenedor (Ar. 129)

6) Las medidas de policía para proteger la posesión y la tenencia se mantendrán mientras el juez no decida otra cosa (Art. 127).

A nuestro modo de ver, no se estableció un procedimiento claro para darle operancia a estos principios, como se trata es de evitar e impedir los actos de perturbación, el procedimiento que veremos enseguida es común tratándose de inmuebles tanto para predios urbanos como para predios rurales.

3.2. PROCEDIMIENTO DE POLICIA

Cuando se trata de perturbaciones a la posesión o a la mera tenencia se sigue el siguiente procedimiento:

El querellante solicita por escrito al respectivo alcalde (superior de policía) la intervención policiva. Esto constituye el petitium de el AMPARO policivo. Repartida o radicada la petición, el funcionario dicta un auto avocando el conocimiento; ordena la ratificación bajo juramento y la inspección judicial para verificar el estado y la tenencia del inmueble frente a los actos de perturbación; se fija la fecha para esta diligencia y se designan los peritos, la notificación es personal.

Durante la inspección se practican las demás pruebas conducentes como también se reciben los testimonios que presente el querellante y querellado. Lo mismo que las demás versiones que estos den de la contingencia. Una vez realizado lo anterior, allegados los dictámenes periciales se dicta la resolución ordenando lo que sea pertinente de conformidad con

lo que aparezca probado; restablecer o preservar por ejemplo la situación que existía en el momento en que se produjo la perturbación. Contra esta resolución procede el recurso de apelación y reposición. Cualquier vacío que se presente por este procedimiento se llena con la norma correspondiente al Código Departamental de Policía, subsidiariamente, ya que de acuerdo al Art. 187 de la C.N., la Asamblea puede reglamentar lo relativo a la Policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal especial.

Esto de la reglamentación policiva, como facultad de cada departamento, es uno de los pocos resagos que quedó en nuestro ordenamiento jurídico federal que abolió la constitución de 1986.

Al comentar el alcance del art. 997 del C.C., el tratadista ARTURO VALENCIA ZEA, conceptúa que la acción se encamina a prohibir la realización de actos que perturban la posesión y a la indemnización de los perjuicios sufridos, sostenidos además, no se exige que el perturbador sea culpable o que proceda de mala fé: es suficiente que se produzca un acto material que embarace la posesión de un inmueble tampoco se exige que la perturbación cause un daño a la posesión ajena basta que el poseedor sea incomodado en la tranquilidad de la posesión de el inmueble como los ruidos excesivos, malos

olores que provengan de el predio vecino fundamentan el ejercicio de la conservación del mantenimiento, consecuen cialmente:

Es entendido que esta protección alcanzará al FIDUCIARIO, contra la vía de hecho que pueda alterar la cosa en poder del fedecomisario;

Al ACREEDOR PRENDARIO, cuando la prenda la tenga el deudor y al DEDUDOR, cuando la prenda la tenga el acreedor;

Al DUEÑO o POSEEDOR de la cosa dada en depósito;

Al ARRENDATARIO, contra las perturbaciones del arrendador;

Al USUFRUCTUARIO , contra las del nuevo propietario;

Al USUARIO, contra las del dueño de la cosa dada en comoda to o préstamo de uso;

Al ACREEDOR ANTICRETICO, contra las del deudor y la de éste cuando el acreedor no protege debidamente el bien.

Esto es la protección a la posesión o mera tenencia de las cosas en los eventos arriba enunciados se dará por vía poli civa, mediante el procedimiento corto ya descrito, a los titulares de esa relación contractuales.²

Formas especiales de perturbación a la posesión se dan en las ocupaciones de hecho o invaciones, ya a nivel urbano o a nivel rural , siendo en estos casos el procedimiento el mismo, denominado somunmente amparo policivo, conviene recordar respectó a los predios rurales a la Ley 200 de 1936 según el Art. 32 de esta Ley se establece que "sus mandatos no impiden que mientras actúa el juez , la policía evita la vía de hecho".

3.3. TUTELA O PROTECCION SUSTANTIVA

En sentido estrictamente filosófico-jurídico, la relación del hombre (relación por demás sustancial como de que de la naturaleza de las cosas materiales deriva el hombre su medio de existencia) con la naturaleza o entorno ha venido en evaluación progresiva de forma inferior o superior de organización sociojurídica. A través de esta evolución y situado ya en nuestro ordenamiento institucional esas relaciones que tenemos con las cosas o bienes (tierra, agua, vías, cultivos, etc.) se hallan delimitadas con normas positivas, esto es normas sustantivas y elaboradas por el Código Civil, entendido este con todas las reformas introducidas en el Código Civil, encontramos las normas tutelares de la relación del hombre con las cosas en lo que respecta a nosotros y en ella se reglamenta y desarrollan las formas de adquirir, conservar, proteger y perder la posesión de la cosa.

Con una estructura técnica de cuatro libros, nuestro Código Civil actualmente vigente y el cual ha de entenderse como tal, con las modificaciones introducidas por las leyes y decretos, data desde mayo 26 de 1873, fue redactado por Andrés Bello, quién tomó como pauta el Código Civil Chileno y éste a su vez inspirado en el Código Napoleónico raigambre de individualista y apenas retoricamente ha temperado en su individualismo (del liberalismo francés) por las normas sobre función social de la propiedad introducida a partir de 1936, especialmente con la Ley 200 de 1936, los cuatro libros tratan o regulan la propiedad de la siguiente forma:

LIBRO I; DE LAS PERSONAS, con 36 capítulos.

LIBRO II: DE LOS BIENES Y DE SU DOMINIO, POSESION, USO Y GOCE, con 14 títulos.

LIBRO III: DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE, Y DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS, con 13 capítulos.

LIBRO IV: DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS, con 44 títulos.

Los títulos se dividen en capítulos, y estos en artículos, los cuales a su vez pueden constar de incisos, ordinales, literales y párrafos.

Pues bien, con referencia a la POSESION, esta se halla reglada en los títulos 7° hasta el 14° inclusive, puesto que el título VIII y subsiguientes, desarrollan los principios fundamentales del VII desliziándose no pocas veces en reglamentaciones casuísticas a veces extensas y verdaderamente inoperantes a estas horas de nuestra evolución jurídico-civil.

Veremos entonces en primer lugar qué normas sustantivas o positivas son las relativas a la adquisición de la posesión; en segundo término las normas sustantivas y procesales para conservar o mantener la posesión, y en tercer lugar, las normas relativas a la pérdida de la posesión.

3.4. ADQUISICION DE LA POSESION

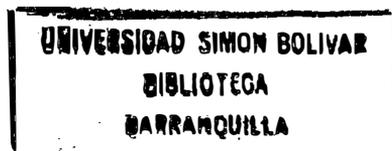
La institución de la posesión a que se contrae el Art. 762 del C.C. es la norma por excelencia de tipo expositivo de ese fenómeno social que es la tenencia de una cosa. La sublimación del Yo; la trasposición de una voluntad que ha aportado del entorno cosmogónico determinada cosa, que queda excluida de la esfera volitiva de las demás; así sea que en esta sublimación del ego en la cosa (INRE de los romanos) no se haya traspasado los límites de la misma naturaleza humana, y es que así como en la leyenda Robinson Crusoe, en lo que no se concibe al hombre desligado de sus congéneres, así y guardada la relación del símil, tampoco es concebible

un hombre desligado de la nación SUYO; MIO, DE EL, esta institución de la propiedad (La posesión es una de las formas de ésta) ya en concreto, en nuestro estatuto comporta una presunción (término técnica-jurídica) una noción, una categoría, una proposición básica de silogismo. PRESUNCION en el sentido técnico jurídico que lo conocemos por cuanto que mientras alguien no amerite prueba contraria, quien tiene ALGO: UNA EN SU PODER, será tenido como su dueño, no en vano la definición del Art. 762 del C.C. comporta y trasciende, o sea, entiende poseedor a quien tiene la cosa con ánimo señor para sí mismo o que la tenga en lugar de él, para él, reconociendo superior derecho en este caso. NOCION, en sentido ontológico.

CATEGORIA: Económica-social, Proposición básica del silogismo por el cual si yo tengo la cosa soy el dueño de ella, el proceso o la sentencia de éste será concluyente cuando se declara que quien me despojó no era el poseedor.

Y así sucesivamente, y según sea el ángulo desde el cual se adopte la perspectiva, la posesión como el horizonte de la mirada, será el PODER del hombre sobre una cosa, sobre las cosas ya plasmadas, esta relación (hombre-cosa) en una forma positiva, o sustantiva, según se desee decir.

Pero no todas las veces, y con relación a todas las cosas,



la posesión es el ánimo de dueño sobre una cosa. Al que ocupa una cosa o un terreno en el convencimiento de que es baldío, no puede considerársele poseedor (Casación de la C.S.J) porque para poseer se necesita ánimo de dueño y dicho ocupante reconoce que el terreno es del Estado, a quien se le puede pedir la adjudicación, esto ha sido sentado por la corte la C.S.J. de aquí tenemos entonces, una de las formas de adquisición, esto es, cuando el Estado nos la otorga, adjudicándonosla.

La noción jurídica, que es por demás una definición, establecida en el Art. 762 inciso 2° del C.C. cuando establece que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, es en todo el rigor técnico jurídico que le conocemos, una PRESUNCION DE DOMINIO, esto es, de propiedad, que desaparece en presencia de otro título anterior a la posesión que se discute, el cual contrarresta la posesión material, el poseedor queda entonces en el caso de exhibir otro título que acredite derecho igual o superior al del acto³. Esta presunción favorable en su inciso 2° también es importante anotarlo, tanto el poseedor demandado como el poseedor, como el demandante, desarrollando el principio de la igualdad de todo ante la ley en primer lugar, y en segundo lugar el principio de que la posesión es un hecho que proporciona ventajas jurídicas como por ejemplo, el aprovechar al poseedor demandado el no sufrir el peso de la

prueba y cómo la de estar en vía de hacerse dueño por prescripción.

Por ello es que adquirirse la posesión mediante las vías que por estas se adquieren, se adquiere igualmente la tutela de la presunción en comento, por cuanto que si se produjera el evento perturbador de la posesión, el molestado en la posesión de la cosa o el despojado de ella tiene en la presunción del 762 un medio, fácil para que se respete su derecho, no necesitando probar dominio sino posesión y ésta, como es un hecho se demuestra con testigos y por vía sensorial en el JUEZ de los hechos o actos posesorios, tales como cultivos, sementeras, construcciones, obras en general, etc. protegiéndose la posesión, se protege la propiedad presunta.

La presunción del Art. 762 del C.C. es por así decirlo, la norma rectora o básica, la columna vertebral de la institución de la posesión y de esta norma rectora derivan a su vez las formas de adquisición de la posesión a que se contrae, por ejemplo, el Art. 764, que clasifica la posesión como regular e irregular. A su vez, se adquiere la posesión por justo título como:

- a) La OCUPACION (Art. 685 a 712 C.Civil)
- b) La ACCESION (712 a 739 C.C.) y-
- c) La PRESCRIPCION (Art. 2512 a 2534 C.C.)

Estas tres formas (institutos positivos también definidos en nuestro C.C.) se adquiere la posesión de la cosa (muebles, inmuebles, incorpóreas) mediante justo título, son definidas y determinadas en nuestro orden jurídico civil bajo la denominación de CONSTITUTIVAS, es decir, la ocupación, la acción y la prescripción son cada uno JUSTO TITULO CONSTITUTIVO DE DOMINIO.

Pero el justo título, como medio tutelar de adquirir posesión de las cosas, es también traslativo, en cuanto que suponen el traspaso de la posesión, mediante un título traslativo de dominio, y estos títulos traslativos son:

- a) LA VENTA (Art. 1849 a 1892 C.C.)
- b) LA PERMUTA (Art. 1956 a 1958 C.C.)
- c) LA DONACION ENTRE VIVOS (Art. 1443 a 1493 C.C.)

Estos títulos traslativos de la posesión y por ende del dominio, se realizan en los múltiples actos que de esa naturaleza produce los particulares entre sí en sus relaciones económicas fundamentalmente.

A su vez, el justo título es declarativo de dominio y pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicio divisorio (división de grandes comunidades, V gr. en los aspectos legales de partición (sentencia de los juicios de sucesión intestada o testamentaria).

Los institutos de los Art. 764 y 765 del Código que nos definen las formas de adquirir la posesión de las cosas, se desarrollan a cabal profundidad en las normas que en el Código Civil rigen la ocupación, la accesión, la prescripción, la venta, la permuta, etc., que hemos clasificado anteriormente.

Para una cabal comprensión de esta clasificación de los títulos adquisitivos y declarativos que hemos expuesto, transcribimos lo que al respecto dice el profesor Arteaga:

"Los justos títulos son constitutivos, traslativos y declarativos del dominio, aunque estos últimos no los enumera el Código en este artículo como distintos los primeros es lo que sirve para constituir el dominio sin que haya desplazamiento de una cabeza a otra y sin otro o ninguno del anterior dueño, a diferencia de los traslativos que sí implican un acto del dueño anterior. Los declarativos declaran que ya existía dominio".

Mención especial debe hacerse sobre la transmisión de la posesión por causa de muerte. Hemos de decir, en primer lugar, que la adquisición de la posesión Martis causa, es denominada por el tratadista ARTURO VALENCIA ZEA adquisición derivativa de la posesión, indicándose con esto que heredero o el legatario son simples sucesores jurídicos del causante y que por tal causante⁷

Así, a causa de la muerte, tanto la posesión en nombre propio, como a nombre ajeno se trasmite con todas sus cualidades originarias. Ciertamente es esto, pues sería contrario a las necesidades jurídicas y del comercio, que la transmisión Mortis causas de una relación posesoria al heredero o legatario tuviese la virtualidad de cambiar su naturaleza; muy grave sería entonces que las cosas que tenían en simple depósito o arrendamiento el causante no pasasen en esta misma calidad al heredero o legatario. Desde este punto de vista se ha predicado la tesis de que si el causante era poseedor de mala fe aún desconociendo el sucesor el vicio de la posesión.⁸

El heredero por su parte y en lugar respectivo a nuestro esquema jurídico de Derecho Civil, está autorizado para entrar en posesión de las cosas (muebles, inmuebles, cosas incorpóreas) que poseía el causante. Hasta tal punto y con bases en las normas protectoras de la posesión y vistas, que el heredero o legatario reivindicará las cosas del causante, iniciará acciones posesorias-, amparo posesivo, etc. En suma perseguirá la posesión contra toda perturbación de donde proviniera.

3.5. CONSERVACION DE LA POSESION

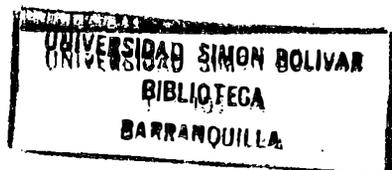
La idea más sencilla sobre conservación y pérdida de la posesión, está dada por el concepto general de la misma: adquirida

una posesión, se conserva por todo el tiempo que el poseedor ejerza un "poder de hecho" sobre la cosa; y se extingue cuando por una causa u otra "cesa el poder de hecho".

Entre las causas de pérdida o extinción de la posesión deben distinguirse las que tienen carácter absoluto de las que tienen carácter relativo. Causales de la extinción absoluta de la posesión son aquellas en virtud de las cuales el poseedor cesa definitivamente de poseer y nadie le sucede la posesión como cuando la cosa perece o se confunde con otra en forma que pierde su individualidad por no poderse identificar, o sin perecer materialmente, perece jurídicamente, como cuando el animal domesticado recobra su libertad natural. Causales de extinción relativa son simplemente las que implican extinción de la posesión en una persona por sucederle otra en el ejercicio del poder de hecho; se trata, entonces, de una simple transmisión de la posesión por acto entre vivos o por causa de muerte.

Ningún problema especial suscita la extinción absoluta de la posesión, de manera que debemos detener nuestra atención sobre las causales de extinción relativas, que como acabamos de decir, presupone la no desaparición de la cosa como objeto de relaciones posesorias.

A este respecto se distingue con sumo cuidado en el derecho



civil actual, la extinción de la posesión en el poseedor actual mediante la intervención de su voluntad o sin dicha intervención, es decir, "pérdida voluntaria" y "pérdida involuntaria" de la posesión.

3.6. PERDIDA DE LA POSESION

3'6'1' Pérdida voluntaria de la posesión. Un poseedor puede abandonar voluntariamente su poder de hecho o relación posesoria, de dos maneras: mediante acto unilateral o mediante entrega. Unilateralmente se pierde la posesión cuando el poseedor abandona su poder de hecho sin interesarle quien la tome, como cuando se bota un periódico o las cosas inservibles. El abandono unilateral se caracteriza por cuanto no hay sucesión jurídica en la posesión; en consecuencia, quien se apropia de una de tales cosas comienza necesariamente una posesión nueva.

La pérdida de la posesión mediante entrega voluntaria supone que el actual poseedor entrega a otro una cosa, existiendo tanto la voluntad de entregar como la de adquirir, se trata pues, de una sucesión derivativa de la posesión por acto entre vivos.

3.6.2. Pérdida involuntaria de la Posesión. En general, todas las cosas robadas, o sustraídas al poseedor, constituyen

pérdida involuntaria de la posesión, como igualmente las cosas extraviadas cuyo paradero se ignora.

El poseedor conserva la posesión de la cosa aunque no la tenga actualmente; sólo se pierde cuando la facultad de disponer se torna imposible. En consecuencia, se es poseedor en tanto se pueda disponer de la cosa, es decir, exploratoria; se es poseedor aunque actualmente no esté explotando, es suficiente que el poseedor esté en posibilidad de explotar en cualquier momento la cosa.

IHERING, critica este punto de vista; "El poseedor, según Savigny, puede tranquilamente abandonar en el bosque o en pleno campo los objetos que en ellos ha dejado, mientras que de la posibilidad de ir a recogerlos, conserva la posesión. En mi opinión, al contrario, pierde enseguida, porque el propietario diligente no abandona así una cosa. El poseedor, según Savigny, puede abandonar por completo los fundos y dejarlos incultos; puede alejarse de ellos sin arrendarlos y sin confiarlos a nadie; conserva la posesión, porque pueda que vuelva algún día, dentro de diez o veinte años. Según mi teoría pierde su posesión."

En la explicación de IHERING, existe un punto de vista que no debe olvidarse. La conservación de la posesión exige que el poseedor explote permanentemente la cosa. En este

sentido se orienta el derecho moderno.

La ley colombiana N°200 de 1936, hace consistir la posesión de fundos rurales en la explotación económica de los mismos; por lo tanto, el propietario que no mantenga una explotación continua, dados ciertos requisitos, pierde la propiedad en favor de la Nación.

Mas el legislador que exija una explotación continua de las cosas para conservar la posesión, debe indicar las sanciones del caso para quienes no cumplan las normas; y mientras se guarde silencio sobre el particular, es natural que la posesión se conserve aunque no se explote actualmente la cosa, siempre que el poseedor esté en posibilidad de hacerlo en cualquier momento.

La posesión se conserva, según lo hemos expuesto, por intermedio de los poseedores inmediatos. Las reglas anteriores se han referido a la conservación o pérdida de la posesión actual.

La posesión mediata se pierde por varias causas:

- 1) Cuando el poseedor inmediato pierde la posesión; en este caso podrá surgir la obligación de indemnizar el valor de la cosa a cambio de la extinguida de restitución de la cosa

(que es la esencia de toda posesión mediata);

2) Cuando el poseedor inmediato enajena como propia la cosa que tenía en nombre de otro.

La pérdida involuntaria de la posesión puede ser transitiva. Sobre el particular, enseña POTHIER: "No hay que confundir con las cosas perdidas las que, no habiendo salido de mi casa, tan solo se ha desarriado; porque no tengo presente el lugar donde se encuentra, no deja por esto de conservar la posesión.. Por la misma razón, no llego a perder la posesión de una cosa, en tanto no haya sido sustraída del lugar en que la había puesto para su conservación, aunque no recuerde el lugar en que la he colocado; siendo indiferente que esto sea en mi heredad o bien en la de otra persona."

El Art. 788 del Código colombiano reproduce la doctrina de Pothier: "La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero".

Ya en el campo rigurosamente técnico-jurídico, ángulo desde el cual hemos desarrollado este capítulo acerca de los modos de adquirir, conservar y perder la posesión, podemos destacar como instituto específico con relación a ello, las siguientes normas del Código Civil a manera de reglas:

a) Art. 787 C.C. expresa que se deja de poseer una cosa, desde que otro se apodere de ella, con ánimo de hacerla suya, planteando así la hipótesis de adquisición de posesión, generada por la pérdida correlativa. Aquí, corresponderá desatar el conflicto a la jurisdicción competente, según sus reglas. La acción reveindicadora de dominio en el inmueble mediante proceso ordinario, sin perjuicio de la acción política, es decir, que ésta prescribe en un año contado a partir de la fecha del acto de despojo, antes de este año no se puede reveindicar: Arts. 957, 2526 C.C.;

b) Para que cese una posesión inscrita, es necesario que la posesión o dominio inicial Es el caso de los fallos de procesos ordinarios en que se declara la prescripción adquisitiva de dominio, por haberse poseído un inmueble por más de 20 años; es el caso de las sentencias que adjudican título previo al proceso de expropiación: el expropiado pierde la posesión inscrita, Arts. 789, 756, 980 y 2526 del C.C.

c) La reveindicación (de Res: cosa y vindicatio: reclamo) cuyas normas sustantivas están consagradas entre otros en los Arts. 946 a 971, constituyen los institutos sustantivos por medio de los cuales se recupera la posesión de los bienes y el usurpador sea condenado a restituir la cosa, que expresamente , según el Art. 947 puede ser corporal, raíces

o muebles; la acción reveindicatoria corresponde en tal virtud (Art. 950 C.C.) al que tiene la propiedad plena o nula, absoluta o fiduciaria de la cosa. Normas concordantes y complementarias son los Arts. 665, 670, 1988, 2278, 2342, 2418 C.C. El procedimiento es el ordinario, según las reglas de la competencia.

d) Al desatar las litis sobre recuperación y pérdida de la posesión, se aplican las normas relativas a las prestaciones mutuas, Arts. 961 a 971 del C.C. según los principios de buena o mala fé, violencia, clandestinidad, tiempo, etc. particulares de cada caso.

e) Las acciones posesorias, (Arts. 972 a 1007 del C.C.) son institutos que tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o ya derechos reales constituídos en ellos. Requisito indispensable, casi un presupuesto procesal, es que quien ejercite una acción posesoria, debe haber estado en posesión tranquila e ininterrumpida no menos de un año. Art. 974 C.C. , cabe señalar que estas acciones prescriben:

Al cabo de un año completo contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella cuando sea acciones cuyo objeto apunte a conservar la posesión;

Las que tienen por objeto recuperarla, prescriben o expiran al cabo de un año completo desde que el poseedor anterior la ha perdido.

4. ELEMENTOS DE LA POSESION

Corpus y Animus, son los dos elementos esenciales requeridos en la posesión, el uno material, el primero, o sea el hecho exterior; el segundo inmaterial cual es la intención de considerarse como dueño de la cosa.

4.1. CORPUS

Este primer elemento consiste en la retención material de la cosa, en el hecho de retenerla a su disposición y ejerce sobre ella actos dueños, en forma directa e inmediata. Aquellos que retienen reconociendo el derecho superior de otro, poseen, son simples detentadores o como solían llamarlos algunos: poseedores corporales, como el secuestro, usuario, etc. encajados en el Art. 775 C.C.. Se presenta la posesión como el señorío de hecho sobre una cosa. Por esto la Corte ha dicho que solo hay una posesión material; esta jurisprudencia de la Corte es la única que se ajusta al texto y al espíritu del artículo 30 de la C.N. que hace la propiedad una función social, significando esto que la Constitución solo reconoce el dominio en tanto que se cumpla dicha función

social de la propiedad mediante la explotación económica socialmente útil, para lo cual es necesario la posesión material de la cosa, y no podría explotarse económicamente, si no se posee materialmente.

La tenencia de que habla el artículo 762 es la tenencia material y se observa ella en el artículo 781 en la relación con los inmuebles, y dice éste " 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 cerramiento, las plantaciones o sementeras y otros de igual significación , ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión. Esta posesión descrita en este artículo es objeto de las acciones posesorias, y concurre como elemento de la prescripción adquisitiva de dominio.

Complementada luego por el Art. 1º de la Ley 200 de 1936, según el cual "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 o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica.

El cerramiento y la construcción de edificios no constituye por sí solo prueba de explotación económica, pero si puede

considerarse como elementos complementarios de ella.

De modo, pues, cuando se trata de un bien raíz urbano, la posesión se prueba por medio de actos de explotación económica, de acuerdo con el artículo 981 y por si se trata de bienes raíces rurales, la posesión se prueba por medio de actos de explotación, como lo dispone el artículo 1º de la Ley 200 de 1936.

Si vemos las dos normas y sus exigencias para demostrar la una y la otra nos encontramos, con que ambas requieren actos de explotación económica; pero si avanzamos en su inciso con la diferencia, pues, el cerramiento y la construcción de edificios por sí solo no constituye prueba de explotación económica, sino meros elementos complementarios de ella. Pero cuando se trata de inmuebles urbanos, el cerramiento y la construcción de edificios constituyen una forma de explotación económica. La Ley 200 de 1936 ha solucionado el conflicto doctrinario entre las teorías de la posesión escrita y material sobre bienes rurales, en el sentido de la prevalencia de esta última.

4.2. EL ANIMUS

Este segundo elemento consiste en la voluntad bien manifestada de considerarse como dueño de una cosa. No solamente

la creencia de ser propietario, es la voluntad de serlo, como se ve, en este elemento, es donde juega un papel importante la voluntad, se puede concluir: que aquellas personas cuya voluntad está ausente, se encuentra incapacitada para poseer. Un loco, por ejemplo, no será jamás sujeto de posesión por faltarle la voluntad, tampoco lo será aquel en que ésta adolezca de vicios. Creo que no me falta razón cuando considero que aquellas personas que se le obliga por fuerza, o por error o que dolosamente entre en posesión de una cosa no es poseedora por hallarse en presencia de un vicio del consentimiento, y es que hay que tener presente que donde quiera que intervenga la voluntad, lo que se ejecuta carecerá de valor si adolece de algún vicio. Este elemento es el que transforma la detención en posesión. Para que haya tenencia basta la detentación material, la posesión, en cambio exige no solo la tenencia, sino el ánimo de tener para sí la cosa o detenerla como señor y dueño.

El que haya posesión o tenencia depende, de la voluntad de la persona que tiene la cosa, si su ánimo es de poseer para sí mismo, hay posesión, si su intención es poseer para todo, o reconocer dominio ajeno, hay tenencia, pero este ánimo no solamente debe existir en el futuro interno, porque inclusive ningún efecto producirá, sino que debe aparecer exteriorizado, y una de las mejores formas de presentarlo al mundo exterior, comportándose como se comporta un propietario, haciendo de la cosa lo que hace el verdadero dueño.

No quiere esto decir que la detención hay que excluirla de la voluntad, pues según mi modo de ver, convengo en que se trata de un elemento común, tanto a la posesión como a la tenencia, ya que si se hace un contrato de arrendamiento, donde se reconoce dominio ajeno, también existe el elemento intencional, y de no existir éste queda afectado por un vicio, puesto que se trata de un contrato consensual, lo que pasa es que la voluntad aquí está encaminada a reconocer un señorío y en la posesión, el ánimo es poseer para sí, luego si hay voluntad en la tenencia. Ahora bien, es preciso dejar bien claro el criterio de ánimo de señor y dueño de que trata el Art. 762, ya que no debe entenderse en forma literal, para que exista posesión es necesario no sólo la existencia del corpus y del Animus o voluntad no debe estar descalificada por un título que excluya la posesión.

En efecto, el art. 791 dice: " Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa, dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte, la posesión ni se adquiere por otra a menos que el usurpador enajene a su nombre la cosa, en este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior. Y el Art. 780 como complemento dice en su inciso segundo: si se ha empezado a poseer en nombre ajeno, se presume igualmente la constitución del mismo orden de cosas". He aquí retratado el principio romano, de que nadie puede cambiar por sí

mismo la causa de su posesión.

Por tanto quien haya recibido una cosa a título de tenencia, aún tenga el corpus y el ánimus, no puede por ello cambiar su tenencia en posesión, si aún por el lapso del tiempo, por el ánimo o intención que tenga de hacerse dueño de la cosa que detenta materialmente, por existir un título que excluye precisamente la posesión.

4.3. TEORIA DE IHERING Y SAVIGNY

Las doctrinas de estos dos autores se presentan como antagonismo. Mientras que la de Savigny hace primar el ánimus sobre el corpus, Ihering sostiene lo contrario. La teoría expuesta por el primero le da un papel preponderante a la posesión al ánimus o intención de tener la cosa como si se tratara del dueño, y como este elemento es subjetivo, para ser considerado poseedor, se necesita que la persona quisiera ser dueño de la cosa de detenta.

Conforme a la teoría de Ihering, el hecho de que una persona tenga en su poder materialmente una cosa, sino existe título excluyente de posesión, hace suponer en el poseedor el ánimus, y por tanto debe considerársele poseedor.

La corte se ha mostrado partidaria del sistema posesorio de

nuestro código con la tesis de Ihering, ya que según ella, son dos elementos constitutivos de la posesión, cuerpo y voluntad, pero ésta última dirigida a un fin, o sea el señoreo físico sobre la cosa.

Por consiguiente, para los efectos de la prueba de la posesión, una vez cumplida la existencia de quien la afirma de los dos elementos de la posesión corresponde a la otra parte que pretenda desvirtuarla, dar la prueba que excluya la eficacia legal y de las condiciones jurídicas de ellas.

Se desprende de la doctrina sostenida por la Honorable Corte Suprema de Justicia, que toda persona que pretenda demostrar ser poseedor, debe demostrar de antemano la explotación económica de la cosa a manera de dueño, para dejar fijado el ánimus de dominio; y aquel que alegue que tal posesión no existe, deberá con pruebas-desvirtuarlas. Salta aquí nuevamente la presunción que ampara al poseedor, establecida en el inciso del artículo 762 del Código Civil.

5. ANALISIS DE CADA UNA DE LAS POSESIONES

5.1. POSESION MATERIAL Y POSESION INSCRITA

La posesión material es el señorío de hecho sobre una cosa, la que tiene el poseedor de modo a ejercitar sobre ella actos de explotación económica a manera de dueño.

Parece que esta definición agotara el concepto de posesión, sin embargo, el Código nos habla de posesión inscrita; y así el Art. 785 preceptúa: "Si la cosa es de aquella cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos, nadie podrá adquirir la posesión de ella (sic), si no por este medio".

Pero no solamente trae el Código esta norma a significar la posesión inscrita, sino que el inciso segundo del artículo 791 dice: Con todo, si el que tiene la cosa en el lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni adquiere por otra, si la competente inscripción; o el artículo 980 "la posesión de los derechos".

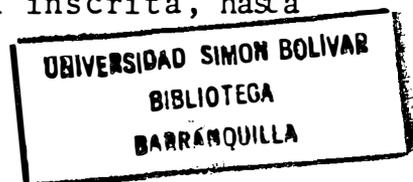
Inscritos se prueba por la inscripción, y mientras ésta subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretende impugnar, o el 2526 al decir:- contra un título inscrito no empezará a correr sino desde la inscripción del segundo.

De conformidad con esta norma, tratándose de bienes cuya tradición requiere la inscripción del título, no se adquiere la posesión de estos sino con la cancelación de la anterior y la inscripción del segundo, como puede apreciarse en el artículo 789, la cual es del siguiente tenor:

"para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes o por una nueva en que el poseedor inscrita transfiera su derecho a otro o por decreto judicial.

Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de las cosas a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, si pone fin a la posesión existente.

Frente a los artículos enunciados, se encuentra otra norma tales como los artículos 981 y 2531 entre otros que consagran el sistema de la posesión material. Como puede observarse, esto ha dado lugar a que algunos sostengan la prevalencia de las normas relativas a la posesión inscrita, hasta



el punto de que se trató de consagrarse en forma definitiva, pero no alcanzó a regir.

Otras entre las que cuenta muchas sentencias y obras y tienen de a hacer prevalecer a las que regulan la posesión material, sosteniendo que la posesión verdadera es la posesión material y hay doctrinas consagradas en algunas sentencias de la Corte, según las cuales no hay incongruencia entre las dos series de normas antes citadas, sino que ellas se refieren a objetivos diferentes.

Las relativas posesiones inscritas se relacionan únicamente con la posesión regular, o sea aquella que permite adquirir por prescripción ordinaria, en tanto que las normas relativas a la posesión material, se refiere a la posesión irregular, o posesión simplemente, y se reflejan en los preceptos del código que regula la prescripción extraordinaria.

A mi modo de ver, los sostenedores de las teorías sobre prevalencia de una posesión sobre otra de extremistas, ya que la sentencia de casación del 4 de julio de 1911 dijo: "La posesión de los bienes raíces no la adquiere el comprador, sino cuando se ha efectuado la tradición de ellos por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos". Como consecuencia de esta sentencia se tiene que tratándose de bienes raíces no hay más posesión

que la inscrita; y el poseedor inscrito no pierde la posesión aunque otro se apodere del bien violentamente o en cualquier otra forma, pero esto no puede ser así, ya que en derecho positivo no solamente existen las normas que hablan de la posesión inscrita, sino que hay otra serie de normas que se refieren a la posesión material y hasta dándole prelación a ésta. Ahora, en doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en los fallos del 27 de abril de 1955 y del 11 de mayo de 1956, no existe posesión inscrita, en el derecho colombiano. Sólo hay una posesión verdadera, que es la posesión material, tampoco estoy de acuerdo en que este punto de vista, y para contrariarlo se puede erigir lo mismo para los que pretenden afirmar que sólo hay una posesión, la inscrita, porque es inexacto que existan normas que consagran la posesión inscrita.

Mas bien comparto con los que sostienen la tesis de que hay congruencia entre las dos series de normas sino que se refieren a objetivos diferentes.

Veamos lo explicado de la siguiente manera: la serie de normas relativas a la posesión inscrita, tiene por objeto fijar unos de los elementos esenciales de la posesión que acceso a la prescripción. Así, el artículo 764 dice: "La posesión puede ser regular o irregular" y en su inciso cuarto

agrega: "Si el título es traslativo de dominio es también necesario la tradición, debe cumplirse por medio de la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

De manera, pues, que en materia de inmuebles, el justo título debidamente inscrito constituye uno de los elementos esenciales de la posesión regular, quiere esto decir que la posesión inscrita es la puerta de entrada de la posesión regular, si el poseedor la adquiere de buena fé; pero esto en manera alguna significa que el poseedor inscrito no debe ser al mismo tiempo poseedor material. La mera posesión inscrita, si no va acompañada de la posesión material, no es posesión, lo que configura la posesión inscrita es el hecho de posesión material del respectivo inmueble amparado por un justo título inscrito más para que el poseedor tenga posesión regular, se requiere que haya adquirido de buena fe esa posesión. Por eso estableció la Corte en sentencia del 7 de enero de 1907: "Tratándose de inmuebles, la posesión requerida para la prescripción ordinaria la constituye la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño, acompañada de un justo título registrado, aunque el título no provenga del verdadero dueño y el registro este no haya anulado por su propia voluntad o mandato judicial", de allí que sea correcta la doctrina sentada el 21 de marzo de 1927, según el cual: "Registrada la escritura de la venta de una finca raíz, el

comprador queda habilitado para entrar en posesión de la cosa vendida sin la necesidad de la presencia del vendedor, y esa posesión reúne todos los requisitos exigidos por la ley para ser regular".

De manera pues, que no hay contrariedad entre los textos que regulan la posesión inscrita, lo relativo a la posesión material. Las normas sobre posesión inscrita no sólo se oponen a la posesión material sino que la presuponen. Esas normas no tienen por objeto desechar la posesión material sino que califican esa posesión, cuando se trata de bienes raíces, al exigir para la posesión regular, además de buena fé, una posesión material acompañada de un justo título, inscrito conforme la ley.

Si una persona tiene su título inscrito pero no posee materialmente, y otra persona que carece de título posee materialmente, esta última que es poseedor irregular según el artículo 770 porque carece de uno de los requisitos señalados en el artículo 764, puede adquirir el dominio por prescripción extraordinaria, a despecho del título inscrito del propietario del bien raíz que no lo posee materialmente. Es más, cuando el artículo 762 dice que el poseedor es reputado dueño mientras otro no justifique serlo, se refiere a la posesión material. En efecto, como lo dice la Corte en fallo del 24 de agosto de 1916 "La posesión de bienes raíces que

origina la presunción de dominio a que elude el artículo 762 del Código Civil, es la posesión material que se prueba con hechos positivos conforme al artículo 981 y por tanto esa posesión puede establecerse por medio de testigos".

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en diversas doctrinas que cuando se transfiere un bien por escritura pública registrada, pero el vendedor no posee legalmente, el bien al momento de la enajenación, sino que su posesión material está en poder de terceros con anterioridad a la fecha de la escritura de transferencia, el comprador no adquiere el derecho de dominio, porque este se halla radicado presuntivamente el poseedor material conforme al artículo 762, desde antes de la enajenación; por esto para que la persona que alega ser propietario de un bien raíz venza en juicio de reivindicación al poseedor material, debe presentar un título inscrito con anterioridad a la fecha en que comenzó la posesión del demandado.

Finalmente el artículo 30 de la Constitución desarrollado para la propiedad territorial, por el artículo 1 de la Ley 200 de 1936, armonía con el 981 del C.C. y con el artículo 5 de la Ley 120 de 1928, sólo reconoce la posesión material, o sea aquella que consiste en hechos de explotación económica de las que sólo da derecho a dominio, esta posesión da acceso a la prescripción de cinco años de que trata el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, mucha más corta que la ordinaria

del Código Civil.

Insiste en que cuando la posesión material se suma a la posesión inscrita y el poseedor adquiere esa posesión de buena fé, se estará en presencia de una posesión regular. Por el contrario, cuando sólo existe una posesión material o cuando a pesar de sumarse la posesión material a la posesión inscrita el poseedor la adquirió de mala fé, su posesión no será una posesión regular, sino irregular.

No existe una posesión inscrita solamente, es decir, una posesión por medio del registro del título, sino va acompañada de posesión material del respectivo bien. Quedan de esta manera armonizadas las normas sobre la posesión inscrita y posesión material, contenida en nuestro Código.

5.2. POSESION REGULAR Y POSESION IRREGULAR

Según el artículo 764 del C.C. inciso segundo " Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fé, aunque la buena fé no subsista después de adquirida la posesión" .

Estos son, pues, los elementos que integran la posesión regular según definición legal: justo título y buena fé. Sin embargo, es preferible decir que existe posesión material quien

tiene la cosa en virtud de un justo título y la ha adquirido de buena fé.

Veamos estos elementos:

Posesión Material. La posesión regular requiere la posesión material, se prueba por medio de hechos positivos, de aquellos a que sólo da lugar el dominio.

Justo Título. El Código no define lo que es justo título, sino en su artículo 765 enumera los justos títulos; sin embargo, puede decirse que es "aquel por cuya virtud, se posee alguna cosa de acuerdo con la ley".

En esto están de acuerdo la generalidad de los autores nacionales, de conformidad con el artículo 765, el justo título es constitutivo o traslativo de dominio.

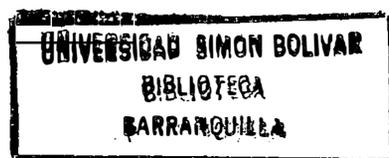
Son constitutivos de dominio la ocupación y la prescripción según esta norma. Ante esta numeración cabe preguntarse si el Código llamó títulos a los modos de adquirir el dominio. En verdad, en el artículo 673, se dice: "Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

Si el justo título constitutivo de dominio es lo mismo que modo originario de adquirirlo, para que la teoría del título

y del modo de don Andrés Bello. En efecto, la ocupación, la accesión y la prescripción serían títulos y modos a vez. No obstante, lo que hay es una impropiedad como ocurre con muchas otras en nuestro Código. En efecto, tratándose de la ocupación y de la accesión, el justo título es la ley. Tratándose de la prescripción adquisitiva del dominio, el justo título es la sentencia, conforme al artículo 2534, según el cual, "la sentencia judicial que declare una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derecho real constituido en ellos; no valdrá contra terceros sin la competente inscripción."

Ahora, según el mismo artículo 765, "Son títulos traslaticios de dominio lo que por naturaleza, sirven para transferirlos como venta, la permuta, la donación entre vivos".

Podemos observar otra impropiedad, pues en nuestro derecho, excepción hecha de los contratos que perfecciona, como mutuo y algunos casos de la compraventa comercial, no existen títulos traslaticios del dominio. Para transferir el dominio de una cosa se requiere entre nosotros de un modo, pues el título por sí sólo no tiene la virtud de transferir el dominio. De esta manera, pues que es inexacto decir que son traslaticios de dominio los títulos que por su naturaleza sirven para transferirlo, como lo hace el artículo 765, por que en Colombia no hay título que por su naturaleza transfiera el dominio.



Nuestro Derecho conoce títulos en los que se contiene una obligación de dar, es decir, de transferir el dominio, pero esa transferencia debe hacerse acudiendo a uno de los modos enumerados por la ley, cual es la tradición.

El acto jurídico en que consta una obligación de dar, como la venta, la permuta, la donación entre vivos, constituye un justo título de la tradición o transferencia del dominio de una cosa raíz o mueble.

Pero además, son justos títulos traslaticios de dominio, la sentencia de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición, también lo son los actos de transacción en cuanto transfiere la propiedad.

El Art. 765, no menciona los artículos declarativos del dominio, sino que se limita a declarar o reconocer el ya existente. Por ejemplo, las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar un derecho preexistente. Estos títulos no forman, porque son títulos nuevos, según el inciso 6° del artículo 765, y no lo forman porque son títulos declarativos aunque el Código no les dé este nombre. Otro tanto ocurre con las sentencias declarativas sobre derechos litigiosos de que trata el inciso 5° del artículo 765.

Se ha visto, cómo el inciso 4° de la misma norma clasifica

de "Títulos traslaticios de dominio" a la sentencia de adjudicación en los juicios divisorios y en los actos legales de partición, sin embargo, esta aseveración aparece contradicha por otras normas del propio Código.

En efecto, cuando una cosa es poseída proindiviso o en virtud de un título anterior o de facto.

Si lo primero del dominio radicaba ya en cabeza de los comuneros y de consiguiente la sentencia de adjudicación en el correspondiente juicio divisorio, no viene a transferir al respectivo comunero el dominio de la parte que le cupo en la división.

La división tiene un efecto retrospectivo y en virtud de ese efecto, se considera como lo dice el artículo 779, que "Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión". Es decir, que por virtud del título anterior, el acto de partición adquirió exclusivamente, por sí la parte que se le adjudicó en dicho acto, o en otra forma, el título le transfirió desde un principio esa parte, por eso si durante la indivisión ese comunero enajenó o gravó la parte que se le adjudicó en la partición, subsistirá la enajenación o el gravamen, pues se considera que esa parte le correspondía desde un principio; pero si lo enajenado o

gravado no se extiende a más no podrá subsistir la enajenación o el gravamen contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios.

Se ve, pues, cómo el Art. 779, contradice lo afirmado por el Art. 765 inciso 4º; también lo dice el artículo 1401 según el cual: "cada asignatario se reputará haber sucedido inmediatamente al difunto, en todos los defectos que le hubiere cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión".

Por consiguiente, agrega el mismo texto: si alguno de los consignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otros de ellos, se podrá proceder como en el caso de venta de cosa ajena.

Si la comunidad o indivisión se produjo de facto, es decir, sin título anterior el acto de partición no puede ser en manera alguna, título traslativo de dominio. Si éste no existía en cabeza de los comuneros, no la adquieren por el acto de la partición; este acto puede ser declarativo de la situación anterior, es decir, de un derecho aparente de dominio de la cosa común, en virtud de la presunción establecida en el Artículo 762, situación que puede conducir a la prescripción ordinaria del respectivo bien, pero en manera alguna puede decirse que el acto de partición constituye

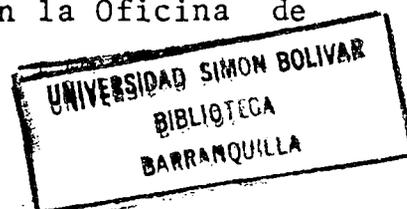
un título traslaticio de dominio.

Para que se verifique la tradición de la propiedad, se requiere de un modo, conforme lo enseña el artículo 673, es más, el Artículo 764, inciso 4º, nos enseña que "si el título es traslaticio de dominio, es también necesaria la tradición", para que el adquirente obtenga la posesión regular de la cosa. Todo esto indica que lo que Bello llamó título traslaticio de dominio, no son otro que los actos en los cuales una de las partes se obliga a dar, de esta manera, título traslaticio de dominio es aquel que contiene a cargo de una de las partes una obligación de dar.

Obligación que se cumple por la tradición que es el modo de adquirir el dominio, por lo tanto, para ser poseedor regular se requiere la tenencia material de la cosa con ánimo de dueño, en virtud de un justo título.

Siempre que sea adquirida la posesión de buena fé; siendo de advertir que tratándose de un título en virtud del cual una de las partes, se obliga a enajenar determinada cosa a la otra, esta última sólo adquiere la posesión regular mediante la tradición.

Ahora bien, tratándose de bienes raíces, la tradición se verifica mediante la inscripción del título en la Oficina de



Registro de Instrumentos Públicos.

Esta inscripción, como la preceptúan los Artículos 749 y 756, es esencial para la transferencia del dominio de los bienes raíces y los demás derechos reales constituídos en ellos. La inscripción, como se ve, abre la puerta a la posesión regular del respectivo bien raíz; la posesión material de la cosa, no hay posesión regular de ésta (Art. 785).

La Corte en providencia del 10 de mayo de 1890, ha aceptado esta diferencia entre poseer regularmente el dominio y poseer materialmente la cosa.

En efecto, en la citada providencia, dijo la Corte: "No debe confundirse la posesión regular de dominio, conferida en abstracto por la escritura pública y su registro, con la posesión real de la misma cosa a que ese derecho se refiere.

Pero esa posesión real del Derecho, que se mantiene y conserva mientras no sea cancelada la inscripción por uno de los medios de que trata el Art. 789 del C.C. no impide al poseedor material de la cosa hacerla suya por prescripción.

6. PRINCIPIO Y FIN DE LA POSESION

6.1. LA POSESION

Considerándose como se considera la posesión un hecho, el principio es que ella se inicia en el poseedor, ya que los hechos no se transmiten; de allí que el artículo 768 diga : "Sea: que se sucede a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en el... "Sin embargo, este principio no se mantiene de manera absoluta; ello , se debe, sin duda, a las peculiares características de este hecho jurídico llamado posesión, que para algunos es un derecho. La circunstancia anotada ha llevado a establecer excepciones al principio entendido en el artículo 778 que agrega: " a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya...", por que si bien la posesión anterior no se trasmite, a quien ha adquirido la posesión en virtud de un título derivado, o sea, de aquellos que trasmite el dominio, puede sumar la posesión de su antecesor a la suya propia, es más, puede sumar a la suya la posesión de una serie no interrumpida de poseedores anteriores a él; pero si bien se puede sumar a

la propiedad la posesión de los antecesores, al hacerlo se acepta esa posesión anterior con todas sus calidades y vicios.

Este fenómeno denominado suma de posesión, autorizada también por el artículo 778.

La suma de posesiones tiene consecuencias importantes:

1) Al ser permitido sumar las posesiones de los antecesores a la propia, para efectos de la prescripción se considera como si el poseedor hubiera comenzado a poseer al iniciarse la posesión de sus antecesores.

Por ejemplo, "A" ha poseído durante 15 años sin ser dueño y enajena a "B", "B" quien posee durante 5 años más. "B" puede ampararse a la prescripción adquisitiva extraordinaria, sumando a su propia posesión la de su antecesor. En esta forma, aunque "B" sólo haya poseído cinco años, incompletos así los 20 años necesarios para la prescripción extraordinaria.

2) En relación con la acción reivindicatoria, la suma de posesiones tiene gran importancia como veremos. En efecto, el poseedor cuya posesión se inició con posterioridad a la inscripción del título de otro, puede sumar la posesión de su antecesor a la propia venciendo así en el juicio de reivindicación, a menos que el título presente un título anterior

al comienzo de la posesión del demandante, entendiéndose por tal la de su antecesor sumada a su posesión actual, ejemplo: "A" demanda en juicio a "B", suma a su posesión la de "C" que se inició antes de la inscripción del título de "A" esta tiene que presentar un título anterior al comienzo de la posesión de "C" se quiere derrotar al actual poseedor "B".

6.2. ADQUISICION DE LA POSESION

La posesión puede tomarse directamente por el que trate de adquirirla, o por medio de mandatario o representante legal o aún por agente oficioso

6.2.1. Posesión adquirida directamente. La posesión se adquiere directamente por quien trata de obtenerla para sí, mediante el ejercicio personal de hechos que impliquen señoría, o sea actor propio de señor o dueño sobre la cosa mueble, o conforme a los Artículos 981 y siguiente del C.C. y primero concordante de la Ley de tierra, según se trata de inmueble urbano o rural.

Para adquirir la posesión material sólo exige la ley que el sujeto sea capaz de expresar su voluntad. Es bien sabido que el Código ha fijado la edad de siete (7) años para el sujeto que se halle en capacidad de expresar su voluntad, son de consiguiente, absolutamente incapaces para adquirir

la posesión. Otro tanto sucede con los dementes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

En razón de lo anterior, el Art. 784 dispuso: "Los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ella la voluntad y la aprehensión material o legal.

"Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por voluntad la posesión, sea para sí mismo o para otro".

En cuanto a los primeros, cabe observar a pesar del texto de la norma en estudio, ningún inconveniente hay para que un menor que no sea infante o relativamente incapaz adquiera la posesión material de un inmueble con tal de que concurren la voluntad y la aprehensión material de la cosa, como lo exige dicha norma. Otra cosa es la posesión legal de un bien raíz, que requiere como hemos visto, de un título inscrito, la cual está vedada aún a los relativamente incapaces, ya que el art. 745 inciso 2° nos inhiere de la posibilidad de adquirir por sí mismo dicha posesión legal, porque tratándose de un acto jurídico es inexplicable que se exija la plena capacidad del sujeto. No ocurre lo mismo con la posesión material, por eso comparto la tesis sentada por la Corte.

En el fallo del 7 de octubre de 1913, que dice: Un menor que no sea infante o demente puede adquirir la posesión irregular de una cosa, ya inmueble, con sólo tenerla con ánimo de señor y dueño. Cualquier persona que sea relativamente incapaz, puede adquirir por sí mismo la posesión material, sea mueble o inmueble, la posesión, no puede en cambio hacer lo los absolutamente incapaces.

Pero esto nos lleva a lo siguiente: aunque el inciso 2° del Art. 784 habla de demente y de infante y no excluye a los sordomudos, el principio debe extenderse a éstos siempre que no puedan darse a entender por escrito, porque la ley los ha equiparado a los dementes e infantes, declararlos absolutamente incapaces para expresar su voluntad; siendo esto así, no puede adquirir la posesión por sí mismo, ya que el Art. 784 exige voluntad y aprehensión material de la cosa, para la posesión irregular, y voluntad y aprehensión legal para la posesión legal. Esto último es imposible para un sordomudo que no puede darse a entender por escrito; y en lo relativo a la aprehensión material, si bien es posible que el sordomudo que no puede darse a entender por escrito, aprehenda materialmente la cosa, como puede también hacerlo el infante y el demente, a todos ellos falta la voluntad que exige la ley, puesto que ésta los considera absolutamente incapaces de manifestarla, pero si bien pueden los menores que no sean infantes a los relativamente incapaces de adquirir

para sí la posesión material de la cosa no puede en cambio ejercer los derechos de poseedor sino con autorización legal competente; así lo dispone la parte final del inciso 1° del Art. 784 .

Es bien sabido que la capacidad tiene dos aspectos diferentes , la llamada capacidad básica o de derecho que corresponde a toda persona por el solo hecho de serlo, en virtud de la cual pueden ser sujetos de derechos o de obligaciones, y la capacidad de goce o de ejercicio, que sólo tiene los relativamente capaces. De allí que los relativamente capaces necesiten de la autorización legal competente, para ejercer los derechos que poseen.

6.2.2. Posesión por medio de mandatario o representante. De conformidad con el art. 781: "La posesión puede tomarse no sólo por el que trató de adquirir para sí, sino por su mandatario o sus representantes legales". Significa esto que la persona que trata de adquirir la posesión si es capaz, puede encomendar a otra el encargo de tomarla por cuenta o a nombre de aquella, porque lo fundamental es que el mandatario la intención de ejercer el señorío de hecho de la cosa para otra persona, el verdadero poseedor.

Puede también el representante legal de una persona adquirir la posesión para ella. El art. 62 C.C. nos dice quienes son

representantes legales de una persona: pero hay que tener presente la modificación por el Art. en mención a través de la Ley 28 de 1932, el marido no es representante legal de la mujer.

La posesión adquirida por medio del marido o del representante legal, principia en el acto mismo. De conformidad con esto, el mandante o representado la adquiere aún sin su consentimiento.

Las reglas anteriores se aplican tanto a la posesión material como a la inscrita.

6.2.3. Puede adquirir la posesión por medio de un agente Oficioso. Es tal la persona que sin poder y por su propia iniciativa resuelve actuar por cuenta y riesgo de la otra, la posesión adquirida por medio de agente oficiosa debe ser interesado, o sea el tercero para quien se adquiere. El Art. 782 en su inciso final nos dice: "Si el que toma la posesión a nombre de otra persona, no es un mandatario ni representante, no poseerá ésta sino en virtud de su conocimiento y aceptación; pero se retrotraerá su posesión al momento en que fue tomada a su nombre.

La posesión de la herencia, ésta se adquiere al momento de su delación, aunque el heredero lo ignore, según lo dispone el art. 780, se refiere esta norma a la posesión del heredero.

En efecto el Art. 1013 dice: "La declaración de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla.

La herencia o legado se refiere al heredado o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente, o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional... "Es el mismo principio que anuncia el Art 757 cuando dice: "En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no lo habilitará para disponer en manera alguna de un inmueble , mientras no procesa:

- 1) El decreto judicial que dá la posesión efectiva.
- 2) El registro del mismo decreto judicial y de el título que confiere el dominio" Sin embargo, esta posesión legal debe confirmarse por medio de la aceptación de la herencia, porque si el heredero repudia, se entiende no haber poseído jamás la herencia".

Además el Art. 757 habla de posesión efectiva de la herencia, que habilita a los herederos para disponer de los bienes raíces de la sucesión , y es justo título para efecto de la posesión regular como se desprende del inciso 4° del Art. 766

del C.C. cuando dice: Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como el legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido.

6.3. EN LA COMUNIDAD INDIVIZA Y EN LA SUCESION HEREDITARIA CUANDO COMIENZA LA POSESION

Los bienes sujetos a copropiedad, esto es, aquellos en los que el dominio pertenece en común y proindiviso a varias personas, y los bienes de una sucesión hereditaria, se rigen por una regla especial, contenida en los Arts. 799 y 1401, de conformidad con el primero: "Cuando uno de los partícipes de cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la investigación.

Podrá, pues, añadir este tiempo al de su posesión exclusiva y las enajenaciones que haya hecho por sí solo de la cosa común, y los derechos reales con que la haya gravado, suscitarán sobre dicha parte si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen.

Pero si lo enajenado o gravado se extendiera a más, no subsistirán la enajenación o gravamen, contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios,

La segunda norma, en armonía con la anterior, es del siguiente tenor: "Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente a difunto, en todos los efectos que le hubiere cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión.

Por consiguiente, algunos de los consignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de venta de cosa ajena.

En principio, en toda comunidad, inclusive en la comunidad herencial, la propiedad o la posesión del bien o bienes comunes corresponde a los comuneros proindivisos, pero la partición, es decir, el acto de división del bien o bienes comunes, tiene efecto retroactivo. De consiguiente, desde el punto de vista del dominio como de la posesión, los efectos de la partición se retrotraen en el momento que comenzó la indivisión, que en el caso de la sucesión hereditaria, lo es la muerte del cujus. Se considerará pues, a todo adjudicatario, como propietario y poseedor exclusivo de la cosa, o parte del tiempo que duró la indivisión. Ejemplo: Dos bienes pertenece en común y proindiviso a "A" y "B", el primer bien se adjudica a "A" y a "B" el segundo, en el respectivo acto de partición.

Se considerará que "A" ha sido propietario durante todo el

tiempo de la indivisión del bien que se le adjudicó o sea, el primero, y a "B" se le tendrá como propietario y poseedor del segundo bien, igualmente durante toda la indivisión.

Si mientras esta subsistencia "A" enajenó o gravó el bien primero, que en la partición le fue adjudicada esa enajenación o gravamen tendrá plena validez y subsistirá sobre dicho bien por habersele adjudicado a "A" ; pero si éste enajenó o gravó el bien segundo, que se adjudicó a "B", no subsistirá la enajenación o gravamen contra la voluntad de ésta; o sea, que "B" puede actuar como si hubiere gravado o enajenado por "A" cosa ajena. La misma regla se aplica cuando en lugar de dos cosas es una sola, la que se divide, por ejemplo, dos personas: "A" y "B" son comuneros proindivisos de determinado bien subseptible de división material a cada una de las cuales se adjudica la mitad de ese bien. En virtud del efecto retroactivo de la partición se considerará que cada una de ellas ha sido propietario y poseedor de la parte adjudicada. Si "A" gravó o enajenó la parte que se le adjudica todo estará correcto pero si ha enajenado o gravado en la parte que se le adjudica a "B", podrá este proceder como en el caso de la venta de cosa ajena.

6.4. CONSERVACION DE LA POSESION

El poseedor material conserva la posesión de la cosa aunque

transfiera la cosa dándola en arriendo, comodato, prenda, de pósito, usufructo o cualquier otro título no traslativo de dominio, conserva igualmente el poseedor la posesión, mientras la cosa mueble se halle en poder aunque ignore accidentalmente su paradero, art. 785.

El que ha perdido la posesión y la recupera legalmente se entiende haberla tenido durante todo el tiempo intermedio.

El poseedor sólo tiene que probar el comienzo de su posesión actual se presumirán dos cosas conforme el artículo 780:

- 1) Que la posesión ha continuado hasta el momento que se alega
- 2) Que de consiguiente entre la posesión inicial y la posesión actual, el poseedor tiene para conservar y defender acciones posesorias.

6.5. PERDIDA DE LA POSESION

Se pierde la posesión material de una cosa, desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya menos en los casos en que las leyes expresamente exceptúan, dispone el Artículo 787. No importa que exista violencia o clandestinidad, Art. 790.

Sin embargo, es preciso aclarar esta norma, agregando que el que se apodere de la cosa con el ánimo de hacerla suya no debe ser detentador de ella, es decir, que no la tenga a título de mera tenencia.

En este caso, aunque el tenedor se apodere materialmente de la cosa con el ánimo de hacerla suya, no se pierde la posesión por parte del poseedor, ni se adquiere por parte del tenedor, de conformidad con el principio:

"Nemo potest sibi ipse mutare causam possessione", es preciso que se produzca la intervención del título sólo así es posible al tenedor convertirse en tenedor cuando una persona ha comenzado como simple tenedor, esto es cuando empezó a tener en nombre ajeno se presume la continuación de esta situación, al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 780.

Se pierde la posesión inscrita de un derecho real, desde el momento que se cancela la inscripción del mismo derecho de conformidad con el artículo 789.

El poseedor que ha perdido la posesión de la cosa puede recuperarla mediante el ejercicio de una acción posesoria.

PENSAMIENTO:

" Y Dios dijo: Produzca la tierra seres vivientes según su género, bestias y serpientes y- animales de la tierra según su espacio: y fue así. Fue así que el hombre obtuvo la posesión tanto de los seres vivientes como de los animales y la propia tierra."

BIBLIOGRAFIA

- CAICEDO CASTILLA, José. Derecho internacional privado. Bogotá: Temis, 1967.
- CARNEWTTI, Francesco. Instituciones del nuevo proceso civil italiano. Barcelona: Bosch, 1942.
- ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil comentado. Bogotá: Temis, 1976.
- BONIVENTO FERNANDEZ, Alejandro. Los principales contratos civiles. Bogotá: 1970.
- BONNECASE, J. Elementos de derecho civil. 3 tomos. Puebla México: 1945.
- BELLO, Andrés. Obras completas. Tomos IV y V, proyecto de Código Civil. Santiago de Chile, 1932
- GOMEZ, José J. Debe desaparecer la posesión inscrita? Revista Universitaria. Números 5. Bogotá, 1953.
- MORGAN, L. H. La sociedad primitiva. Buenos Aires: Sopena, 1956.
- MARX C. y ENGELS, F. Obras completas . 3 tomos. Moscú: Progreso, 1970.
- RODRIGUEZ PIÑERES, E. Curso elemental de Derecho Civil Colombiano. Bogotá: Temis, 1976.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo I. Bogotá: Temis, 1972.
- VALENCIA ZEA, Arturo. La Posesión. Bogotá: Temis, 1972.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Derecho Civil. Santiago de Chile: Esfuerzo, 1980.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo II, Derechos reales. Bogotá: Temis, 1958. p. 122.

OHVAR BONILLA, Leonel. Derecho de Policía. Bogotá: Imprenta y Publicaciones de las Fuerzas Militares, 1981. pag.143, 144, 155.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación de mayo 27 de 1936. XLII 599.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación de marzo 13 de 1937, XLV; 713.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación de marzo 13 de 1937, 713. citado por Jorge Ortega Rojas. en Código Civil . BOGOTA: Temis, 1975. pag. 323.

VALENCIA ZEA, Arturo. La posesión. Bogotá: Temis, 1978. p. 240 y s.s.

WALF y RAISER. Citado por Valencia Zea, Arturo. op cit. p. 240.