

PROPIEDAD, POSESION Y TENENCIA

ACENETH DEL ROSARIO BENITEZ RAMOS

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

Director: DR. ERNESTO ARIZA M.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1987

4034351

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

DR #0808.



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

15-4034357

No.

219

FECH.

ORIGEN

21 FEB. 2000

CONSIGN.

T  
346.04  
B.467



Nota de Aceptación

---

---

---

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

Barranquilla, Junio 10

Barranquilla, Junio 10 de 1987

Señor doctor

CARLOS LLANOS SANCHEZ

Decano de la Unidad Académica de Derecho

Corporación Educativa Mayor del Desarrollo Simón Bolívar

La ciudad

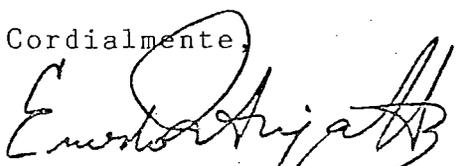
La egresada Aceneth del Rosario Benítez Ramos ha presentado el trabajo de investigación dirigida "PROPIEDAD, POSESION Y TENENCIA".

Ha analizado en forma sintética las tres instituciones y a manera de conclusión propone que se hagan al Código Civil las siguientes reformas: modificación del inciso 4º del artículo 768, derogación del artículo 769, ampliación del artículo 765, adición del artículo 767, modificación del inciso 2º. del artículo 782 y la derogación del artículo 790.

Como se acaba de resaltar, la egresada formula objeciones al tenor literal de algunos preceptos del Código Civil y propone cómo deben estar redactados.

Doy concepto favorable al trabajo de Grado en referencia.

Cordialmente,



ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

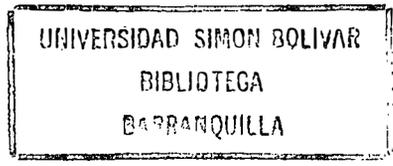
Director



PERSONAL DIRECTIVO DE LA CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL  
DESARROLLO SIMON BOLIVAR

RECTOR: DR. JOSE CONSUEGRA H.  
DECANO: DR. CARLOS LLANOS SANCHEZ  
VICE-DECANA: DRA. EMILIA DAZA DE PÚLGAR  
SECRETARIO GENERAL: DR. RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA  
DIRECTOR CONSULTORIO  
JURIDICO: DR. ANTONIO SPIRKO CORTEZ

BARRANQUILLA, JUNIO DE 1987



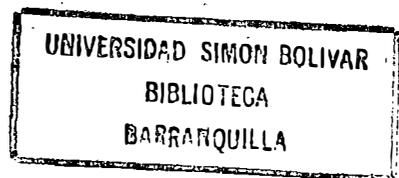
### AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos

Al Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, mi director, profesional incansable y hombre dispuesto en todo momento a brindar sus invaluable y sabias orientaciones.

Al Dr. CARLOS LLANOS SANCHEZ, Decano de la Facultad por su motivación e impulsos que me brindó a lo largo de la carrera profesional del Derecho.

A : todas aquellas personas que en una u otra forma me colaboraron con sus valiosos aportes para la culminación de este triunfo.



## DEDICATORIA

Después de tantos sacrificios dedico mi tesis de grado:

A mis padres Francisco Benítez A. y Roquelina R. de Benítez.

A mis hermanos, porque ellos fueron para mí un aliciente a lo largo de mis años de estudio.

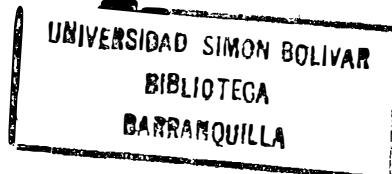
Al Doctor Alfredo Olivares P. y Nubia V. de Olivares por el estímulo y apoyo moral que me brindaron para la culminación de mis estudios profesionales.

Aceneth

## TABLA DE CONTENIDO

	pág.
0. INTRODUCCION.....	8
0.1 OBJETIVO.....	10
0.2 JUSTIFICACION.....	11
0.3 METODOLOGIA.....	12
1. LA PROPIEDAD.....	13
1.1 CONCEPTO.....	13
1.2 PROPIEDAD INDIVIDUAL.....	13
1.3 PROPIEDAD COMUNAL Y PUBLICA.....	13
2. DERECHOS QUE SE ADQUIEREN A TRAVES DE ALGUNAS SITUACIONES JURIDICAS.....	18
2.1 USO.....	18
2.2 USUCAPION.....	18
2.3 USUFRUCTO.....	18
2.4 ENFITEUSIS.....	18
2.5 LAUDEMIO.....	19
2.6 VECTIGALE.....	19

2.7 ACCION POSESORIA.....	19
2.8 INTERDICTO.....	19
2.9 ANIMO DE SEÑOR Y DUEÑO.....	20
2.10 JUS UTENDI.....	20
2.11 JUS FRUENDI.....	20
2.12 JUS ABUTENDI.....	20
2.13 DOMINIO.....	21
2.14 DERECHO REAL.....	21
2.15 DERECHO PERSONAL.....	21
2.16 TRADICION.....	21
2.17 RESERVA DE DOMINIO.....	21
2.18 PACTO COMISORIO.....	22
2.19 CONTRATO REAL.....	22
2.20 CONTRATO CONSENSUAL.....	22
2.21 MODO DE ADQUIRIR.....	22
2.22 PRESCRIPCION ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA.....	23
3. LA PROPIEDAD BASE DE LA SOCIEDAD PRIMITIVA.....	24
3.1 DEFINICION .....	24
3.2 CONTENIDO SOCIAL DEL USO.....	26
3.3 CONTENIDO SOCIAL DEL USUFRUCTO.....	26
3.4 CLASE DE UUFRACTO.....	27



3.5 ERRORES SOCIALES EN LA PRACTICA DEL USO.....	27
4. PLANTEAMIENTO DEL ASPECTO LEGAL.....	28
5. ANALISIS DE LA BUENA FE EN LA PROPIEDAD POSESION Y TENENCIA.....	38
CONCLUSIONES.....	44
BIBLIOGRAFIA.....	49

## INTRODUCCION

El tema de mi trabajo de investigación, por abarcar toda la gama de los grados de la propiedad, desde su simple tenencia hasta su absoluta disposición, me ha exigido un gran esfuerzo; es amplio el campo y profunda la intensidad de la sola propiedad, a la que entraremos por la división de Individual y Privada acercándonos así a los límites de la posesión, y teniendo un límite preciso entre la propiedad, la posesión y la tenencia. Dice Margadant, jurista mexicano, que la posesión es la loca de casa, que todo lo revuelve, a quién nadie entiende, pero que sin ser el Derecho, domina el derecho y penetra en el alma de los pueblos. En tanto que la tenencia no es el simple uso de las cosas, sino que tiene una cierta relación con la propiedad, es el caso de la usucapión que teniendo cierta relación con la posesión, es sin embargo de escaso fondo jurídico, confundiéndose muchas veces con el usufructo y con la posesión; no tiene esta un límite preciso con la propiedad, y es por ello que su investigación es de difícil acceso, pues no se encuentra asidero alguno para establecer su naturaleza, ni siquiera para

aclararlo en el derecho, cuanto menos para definirla siendo así que el fenómeno natural de la mejora apenas sirve para señalar un impreciso límite de partida.

No obstante, por considerar de tanta trascendencia el objetivo, me he lanzado al análisis científico buscando descifrar el enigma.

## 0.1 OBJETIVO

Me propongo en el presente trabajo, investigar sobre la naturaleza de la posesión que ni es propiedad ni es tenencia, sino un algo indecifrado que flota en la incertidumbre del derecho, que sin ser derecho no es obstante fundamento de interrelaciones humanas.

Llegar a conocer esa naturaleza es lo que me lanza al campo de la investigación.

## 0.2 JUSTIFICACION

No sólo por los problemas que para la sociedad presenta la usucapión, el uso y el usufructo a quienes a menudo se le confunde, sino porque en sí la misma posesión y la propiedad presentan serias confusiones que es de rigor aclarar, me siento obligada a dedicar mis esfuerzos a esta difícil investigación, esperando llegar a proponer reformas a las que podríamos llamar estatuto posesorio.



### 0.3 METODOLOGIA

Sigo en este trabajo el método ICONTEC, propuesto por el ICFES para trabajos de investigación y a veces me oriento también por mi propio criterio en algunos puntos de división.

## 1. LA PROPIEDAD

### 1.1 CONCEPTO

La propiedad y su concepto son tan antiguos como la humanidad misma; la propiedad es una modalidad connatural al hombre. Pero esa propiedad que consiste en un ánimo de disposición de las cosas que nos rodean, no sólo está limitada a una disposición físicamente posible en su totalidad sino además, moralmente posible. Así, nadie puede disponer de todo el mar, ni de todo el aire, ni tampoco de la casa que construyó el vecino, ni del perro de otra persona.

### 1.2 PROPIEDAD INDIVIDUAL

Fué la primera que conocieron los antiguos, cuando durante el invierno hubieron de fabricar un pelliza para defenderse del frío, pelliza que por ser a la medida, fué entonces propiedad particular de un individuo.

### 1.3 PROPIEDAD COMUNAL Y PUBLICA

Más hubo cosas, que ya no pertenecieron a una sola persona

o porque era producidas por varios trabajando en comunidad, o porque era del libre uso de todos, si lo primero se llamó propiedad comunal; y si la segunda se llamó propiedad pública.

A esta clase de propiedad se añadió bien pronto otra., no ya natural, sino creada en gran parte por el egoísmo del hombre, la propiedad industrial, y en parte por su ambición del poder, la propiedad privada. Esta tuvo como objeto material la tierra; y la otra la manufactura. Así desde un comienzo el hombre al transformar la materia prima dejó a un lado la cooperación directa o indirecta que en ésta su hechura tenían los demás hombres; en efecto nadie por sí solo pudo hacer alguna cosa sin que intervinieran otros hombres, ya en la materia prima o ya en su elaboración, de donde ésta propiedad industrial en realidad era una modalidad de propiedad comunal.

Y menos natural resultaba la propiedad privada, pues la tierra, lo mismo que el mar, lo mismo que el aire, son propiedad pública, siendo solo propiedad particular el trabajo ejercido por el sedicente.

Al panorama anteriormente trazado en un ligero esbozo, pertenecieron todos los pueblos de antigüedad, en donde las tribus, los clanes, y luego los reinos forjaron su

poderío, tanto político como económico y militar, en la propiedad privada, en la que, como resultado de las guerras entre ellos, introdujeron la esclavitud, fortaleciendo con esta ominosa institución la antijurídica de la propiedad privada en general, y en especial la de la ocupación de la tierra.

Con el discurrir de los siglos, y ya asentada la propiedad privada, en la mente y corazón de los hombres, surgió como una rectificación natural, la posesión u ocupación de cual objeto ajeno, y en determinada circunstancia (usucapión) y especialmente de la tierra llamada ajena (posesión).

En la época ante Romana no tenemos noticia de una ley civil codificada; fue solo en Roma en donde aparece un Codex Civilis, en el cual no sólo se organiza, reglamenta y legaliza la propiedad privada sino que haya cabida la monumental arquitectura de la posesión, no emergente de los terrenos sino constituyente de un ente jurídico que aparentemente le da al derecho un signo de ambigüedad, siendo de veras un fenómeno de ontología jurídica muy propia.

Desbaratado el Imperio Romano y ya en albor las nuevas nacionalidades europeas procedentes de las ruinas románicas, surge la edad media alimentada por las doctrinas cristianas. El cristianismo recogió las normas del Codex

Civiles referentes a la propiedad, la posesión y la tenencia, y sobre esta base, incluyendo normas evangélicas propias, la iglesia elaboró lentamente lo que podemos llamar ESTATUTO JURIDICO NEOROMANO. Desde esa época para acá nada ha cambiado en materia de propiedad, posesión y tenencia, salvo algunas modificaciones en materia de posesión de tierras, de las cuales modificaciones le cabe a nuestra patria el honor de ser las más avanzadas, aun que con algunas deficiencias todavía. No se puede pues hablar de época moderna en esta materia.

Pero si debemos hacer un bosquejo del tratamiento que a la propiedad privada y a la posesión le daban los indígenas de nuestro territorio.

Tanto los Aztecas como los Incas tenían una legislación tan avanzada como la Europea, y aún superior en algunos puntos por su alto contenido social.

Los Chibchas y las subrazas precolombianas, aunque menos socialistas que los aztecas e incas, sin embargo presentan interesantes cuadros de esta organización.

En la Sábana de Bogotá como en la del Tolima y las del Tolima y las del Sinú, el cacique era dueño nominal de todas las terrazas, las que repartían proporcionalmente a sus jefes militares, según el valor desplegado por éstos

en los combates, pero siempre esas terrazas consideradas comunales para su uso, y no constituían tierras hereditables. La usaban los individuos razos de la tribú según las necesidades de la común y la actividad agrícola de los usuarios. La verdadera posesión, tal como la idearon los romanos y el vigente en nuestros estatutos, no existió entre ellos, es decir no eran modo de adquirir la propiedad, pero sí existió una cuasi-posesión en algunas ocasiones, como por ejemplo: cuando moria el cacique, el usuario de una parcela era inmóvil y solo podía ser removido cuando en la guerra otro jefe sin parcela superaba a aquel en valor.

## 2. DERECHOS QUE SE ADQUIEREN A TRAVÉS DE ALGUNAS SITUACIONES JURÍDICAS

### 2.1 USO

En derecho esta palabra tiene la acepción especial de disfrute de una cosa ajena, con la autorización de su dueño y con conocimiento o disposición de la ley.

### 2.2 USUCAPION

Es el uso de una cosa mueble ajena, pero de dueño desconocido con ánimo de señor y dueño y que no haya sido ocupada por ningún medio injusto.

### 2.3 USUFRUCTO

Es el uso de una cosa ajena, autorizada por el dueño o por la ley siendo el disfrute de propiedad del usufructuario.

### 2.4 ENFITEUSIS

Es la cesión de un inmueble, mediante pagos anuales hechos

al cedente con el usufructo del inmueble o con el laudemio del mismo.

## 2.5 LAUDEMIO

Es el pago que hace al propietario de un inmueble, el usufructuario de un enfiteusis, cuando enajena todo el inmueble o parte de él a un tercero.

## 2.6 VECTIGALE

Palabra latina pero de uso en español, que equivale a arrendamiento anual de un fundo.

## 2.7 ACCION POSESORIA

Llámase así al reclamo hecho ante el juez por todo acto atentario de la posesión, ya sea violento o ya mañoso, mediante cualquier artificio. En latín se llama interdicto.

## 2.8 INTERDICTO

Equivale a acción posesoria, pero en el derecho romano y aceptada en el nuestro, tiene una segunda acepción: adjetivo con que se califica a la persona caída en interdicción; lo que tiene lugar cuando un padre de familia malgas

ta su hacienda cayendo en la disipación de la misma.

## 2.9 ANIMO DE SEÑOR Y DUEÑO

Esta expresión califica la conducta de una persona, que posee un bien ajeno, con la intención de apropiárselo, y que por consiguiente ejerce sobre él actos que solo haría el propietario, como son: mejoras substanciales.

## 2.10 JUS UTENDI

En el derecho romano es el derecho de uso que tiene el ocupante de un bien ( uso, en la acepción, que le damos en este capítulo).

## 2.11 JUS FRUENDI

Es el derecho de disfrutar de una cosa (usufructo según la acepción dada en este capítulo).

## 2.12 JUS ABUTENDI

Es en derecho romano, el derecho de disposición de una cosa atribuido solamente a la calidad de propietario o dueño de una cosa; es elemento esencial de la propiedad.

### 2.13 DOMINIO

En el lenguaje vulgar equivale a poder, pero en el lenguaje jurídico equivale a propiedad.

### 2.14 DERECHO REAL

Es la facultad de disponer de una cosa material o de la calidad de esa cosa.

### 2.15 DERECHO PERSONAL

Es el derecho que tiene toda persona a que se le reconozca todas sus calidades personales.

### 2.16 TRADICION

Es el acto de entregar la cosa enajenada (acepción totalmente jurídica).

### 2.17 RESERVA DE DOMINIO

Es la retención del derecho de propiedad que ejerce un propietario mientras el deudor no le haya cancelado todo el importe de la cosa vendida.

## 2.18 PACTO COMISORIO

Es el acuerdo entre acreedor y deudor de que aquel pueda disponer (Jus Abutendi) de la cosa entregada por el deudor en garantía de su deuda, sin el requisito de escritura pública.

En el derecho colombiano está prohibida, a no ser que medien ciertas condiciones como por ejemplo la no cancelación de la deuda con sus intereses en un plazo fijado. Se aplica sólo a muebles.

## 2.19 CONTRATO REAL

Es el acuerdo de voluntades mediante el cual surge el derecho real con la tradición de la cosa contratada sin la tradición, el acuerdo dicho solo genera un derecho personal.

## 2.20 CONTRATO CONSENSUAL

Es aquel que no necesita de tradición, por no tratarse de la cesión de una cosa.

## 2.21. MODO DE ADQUIRIR

En derecho y aplicable a la adquisición de un bien la

acepción de esta palabra es: La vía declarada por la ley, para que una cosa ajena pase a ser propia sin la voluntad del dueño.

## 2.22 PRESCRIPCIÓN ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA

Prescripción en el derecho es la cesación del dominio de una cosa, cuando se trata de objetos materiales; es ordinaria cuando la posesión, justa, continúa, regular y pacífica es durante diez años; y es extraordinaria cuando esa posesión dura veinte años, no importa las demás calidades.

### 3. LA PROPIEDAD BASE DE LA SOCIEDAD PRIMITIVA

#### 3.1 DEFINICION

La propiedad es divisible en dos grandes secciones: la propiedad individual y la propiedad privada.

La propiedad individual, es aquel sentimiento de pertenencia inalienable que tiene el ser humano de todas aquellas cosas que son de su uso privado que solo competen a su satisfacción individual. Este sentimiento de propiedad le es connatural, ya que instintivamente la naturaleza exige el lleno de sus propias necesidades.

Pero en cambio la propiedad privada, surgió cuando comenzó a usar las cosas para el lleno de sus necesidades individuales especialmente cuando esas cosas comenzaron a ser manufacturadas, entonces sintió que el trabajo de su elaboración era parte de sí mismo, de donde surgió una inminente proclividad a retener esas manufacturas y acumularlas como un uso posterior, como también para intercambiarlas por otras fabricaciones hechas por otros hombres. De

aquí que esa propiedad privada resultara el aglutinante indispensable de agrupación que determinó la aparición de la sociedad. No fue pues natural el origen de la sociedad sino más bien el resultado de varios factores de un principio común: la propiedad privada, y la satisfacción de necesidades biológicas comunes, cuales son la consecución de alimentos y la producción de manufactura. A estos factores se añadió la defensa instintiva contra los ataques de las fieras y las asperezas de una naturaleza fecunda en tópicos agresivos, como el frío, la lluvia, el calor y otros fenómenos climatéricos.

Todo ello en conjunto contribuyó a la organización de la propiedad privada. En un principio la tierra, el bosque y el agua no fueron objetos de esta propiedad exclusiva, pues la tierra era de todos y no siempre fértil en todas las épocas del año; las fuentes se secaban en el verano, desaparecían los peces de las aguas escasas y la producción vegetal aparecía solo en épocas. Todas estas modificaciones del ritmo natural de las cosas causó grandes emigraciones hacia parajes más hóspitos, lo que fué motivo del nomadismo primitivo. Y tal vez contribuyó ese nomadismo a la ambición de quedarse el hombre en las tierras más fértiles y mejor dispuestas, que resistían más a esos avatares del clima y las estaciones, ambición que se cristalizó en la propiedad privada de la tierra.

de esta propiedad, resultó pues una política de retención de la materia prima establece, lo que poco a poco originó enriquecimiento de unos y la depresión económica de otros, trayendo como incidencias sociales el vigor del poder, y con él la creación del Estado.

### 3.2 CONTENIDO SOCIAL DEL USO

Como disfrute de las cosas el uso es de suyo natural, pero muy pronto, siendo el uso común, a todos los individuos de una tribu, fue preciso que la autoridad entrara a reglamentar su manejo frente a los variados problemas que debió presentar su libre empleo por todos los miembros del clan; nació así el uso legal que hemos explicado anteriormente, y también los contratos de mutuo y comodato.

### 3.3 CONTENIDO SOCIAL DEL USUFRUCTO

Del uso legal nace el usufructo. El uso por su excepcional contenido social dio paso al fenómeno del usufructo, con intervención de la ley y como medio de solución a la carencia económica y algunos individuos, que no teniendo tierras u otros bienes, tuvieron la necesidad de producir para su subsistencia, y fue así como los que la tenían de sobra, las proporcionaron a los indigentes en calidad de préstamo o de arrendamiento (Vectigale) para que obtuvieran sus frutos propios mediante un canon convencio

nal. Es fácil considerar en este fenómeno jurídico, una importante incidencia en la organización de la sociedad.

### 3.4 CLASE DE USUFRUCTO

Se da el usufructo tanto en los muebles como en los inmuebles, pero no siendo el usufructo una producción de frutos agrícolas, estos productos se llaman civiles, como los arriendos de una cosa, y los que consisten en frutos de una tierra se llaman agrícolas, pero en realidad la raíz jurídica es la misma para ambos ramos.

### 3.5 ERRORES SOCIALES EN LA PRACTICA DEL USO

En el ejercicio del uso ( y también en parte en el de usufructo) hallamos ciertas deficiencias que escasamente han sido llenadas por el derecho. No referimos al desgaste natural de las cosas que por el uso vienen poco a poco a menos, desgaste que repercute en la economía social, y que la ciencia económica concreta en el rubro que asigna la contabilidad en el desgaste anual de una maquinaria, de la cual anualmente se hace un descuento de su valor de adquisición por este respecto. No es de nuestro trabajo investigar este punto que, nos limitamos a advertir porque afecta la integridad social de la propiedad.

#### 4. PLANTEAMIENTO DEL ASPECTO LEGAL

ARTICULO 768 C.C. "La buena fe es la conciencia de haber se adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.

Así en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

DOCTRINANTE: "Dos son los elementos que integran la buena fe, de acuerdo con el artículo 768:

- 1º. Convicción sincera, conciencia de haber adquirido el bien del propietario o titular real del derecho y
- 2º. Convicción sincera, conciencia de que no hubo fraude

ni otro vicio en el contrato"<sup>1</sup>.

"Buena fe es el convencimiento sincero que tiene la persona, de que ha adquirido la posesión de conformidad a los preceptos legales y de quien era dueño de la cosa"<sup>2</sup>.

Cas. #XXXI, 111; 30 de septiembre de 1924.

"Por buena fe entienden los expositores la opinión o creencia en que uno está de que posee legalmente una cosa, y por mala fe el procedimiento en que falta la sinceridad y reina la malicia.

Cuestiones ambas de conciencia, en que por no aparecer generalmente de manifiesto ninguna regla o cortabón puede establecer la legislación civil sobre ella, y queda al buen criterio del juzgador definir las en caso concreto"<sup>3</sup>.

Cas. #XXI, 111 30 de septiembre de 1924.

"Si muy difícil es para cualquier poder apreciar la buena o mala fe con que otro haya procedido en determinado caso,

---

<sup>1</sup>CORTEZ, Milciades. Código Civil. p.326.

<sup>2</sup>RODRIGUEZ, Alexandri. Código Civil. p.326.

<sup>3</sup>Cas. #XXXI, 111; 30 de septiembre de 1924. p.326.

mucho más difícil y grave es para el juzgador hacer una apreciación rotunda en asunto tan delicado, que pertenece al fuero interno y desprender de ello un fallo absoluto o condenatorio que puede resultar injusto. De aquí que siguiendo los principios generales sobre benévola aplicación de la ley penal en caso de duda, y teniendo en cuenta la calidad de la persona, su buena conducta de antecedentes acojan los jueces la disposición menos rigurosa para la condenación al pago de frutos"<sup>4</sup>.

DOCTRINA DE POTHIER: "Decía POTHIER que la buena fe es la justa opinión que tiene el poseedor de haber adquirido el dominio de la cosa"<sup>5</sup>.

MI COMENTARIO: La buena fe en cuanto a posesión se refiere es la conciencia y además convicción sincera, de haber adquirido esa posesión por medios legítimos e idóneos.

ARTICULO N°. 769 C.C. "La buena fe se presume excepto en los casos en que la ley estable la presunción contraria.

En todos los otros casos la mala fe deberá probarse".

---

<sup>4</sup>Cas. #XXI, 111; 30 de septiembre de 1924. C.C. p.326.

<sup>5</sup>Doctrina de Pothier. C.C. p.326.

Cas. #LXXVII, 129; 24 de marzo de 1954.

"La presunción que la ley establece en el artículo 769 del Código Civil requiere como base indispensable para poder actuar y producir sus efectos jurídicos la existencia en quien pretende utilizarla, de un título constitutivo o traslativo de dominio"<sup>6</sup>.

COMENTARIO PROPIO: A mi modo de ver y analizar el anterior artículo, digo que la presunción de que se habla es meramente legal, es decir que sí admite prueba en contrario.

Teniendo en cuenta que la buena fe se presenta cuando se realiza la posesión sin violencia ni clandestinidad, de acuerdo a esto, sostengo que los dos son los elementos o aspectos que suponen la buena fe:

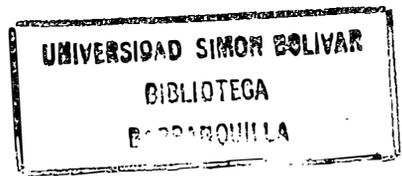
1º. A la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, y

2º. A que estos medios sea exentos de fraude y de todo otro vicio.

Quiere decir que si existe la presencia de estos elemen

---

<sup>6</sup>Cas. #LXXVII, 129; 24 de marzo. C.C. p.328.



tos no podemos hablar de buena fe en cuanto a posesión se refiere.

A contrario sensu de la mala fe, en la posesión es aquella que se da en forma violenta o clandestina y que además como lo señala nuestro C.C. la mala fe deberá probarse.

ARTICULO 775 C.C. "Se llama mera tenencia, la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.

Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno".

Cas. #LIX, 714 - 11 de octubre de 1924.

"Si bien es verdad que un ocupante sin ánimo de dueño y señor es decir, no poseedor, puede dar en arrendamiento una cosa, la calidad del arrendador por largo tiempo y declarada por un arrendatario que siempre ha tenido como dueño a tal arrendador, es un acto innegable de posesión, porque es un hecho jurídico tan valioso por lo menos como

los hechos meramente materiales"<sup>7</sup>.

Cas. #XXVIII, 70 de 27 de mayo de 1920.

"La promesa de venta de una finca raíz, seguida de la entrega material de la cosa objeto del contrato prometido, no es título de posesión sino de mera tenencia, puesto que el presente comprador ocupa la cosa prometida reconociendo necesariamente dominio ajeno. El derecho de este ocupante no puede competir con el del poseedor, que tiene título inscrito de fecha anterior a la ocupación material"<sup>8</sup>.

ARTICULO 777 C.C. "El simple lapso no muda la mera tenencia en posesión".

Sent. S. de N.G. #LVII, 779 - 31 de enero de 1945.

"La existencia de un título inicial de mera tenencia desvirtúa la posesión del que se ha levantado contra el dueño en razón del contenido del artículo 777 del C.C. y porque la ley presume que quien ocupa una cosa a nombre de otra persona la ha seguido ocupando en la misma forma precaria

---

<sup>7</sup>Cas. #LIX, 714 - 11 de octubre de 1954 C.C. p.329.

<sup>8</sup>Cas. #XXVIII, 70 - 27 de mayo de 1920. C.C. p.329.

con que empezó a poseerla"<sup>9</sup>.

ARTICULO 782 C.C. "Si una persona toma la posesión de una cosa, en lugar o a nombre de otra de quien es mandatario o representante legal la posesión del mandante o representado principia en el mismo acto, aún sin su conocimiento.

Si el que toma la posesión a nombre de otra persona, no es su 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".

COMENTARIO PROPIO: De acuerdo a este artículo (782 C.C.) puedo precisar que la posesión se puede adquirir mediante representante y que esta representación puede ser legal o convencional.

Como también se puede adquirir la propiedad a nombre de otra persona sin ser representante.

Cuando se adquiere la posesión mediante representante,

---

<sup>9</sup>Sent. S. de N.G. #LVII, 779 - 31 de enero de 1945. C.C. p.330.

estoy de acuerdo en que es necesario que éste exprese su voluntad, es decir que esté de acuerdo en adquirir para otra persona, es aquí en este caso, en donde se transmite inmediatamente la posesión al mandante sin su conocimiento, aquí se da una representación directa, o sea que ésta transmite automáticamente el derecho al mandante es decir, la posesión.

ARTICULO 786 C.C. "El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o cualquiera otro título no traslativo de dominio".

COMENTARIO PROPIO: Después de analizar el anterior artículo, quiere éste decir, que un poseedor, no pierde su derecho de posesión por el mero hecho de ceder o transferir la tenencia de la cosa, lógicamente siempre y cuando no se trate de un título traslativo de dominio.

ARTICULO 790 C.C. "Si alguien pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde".

Cas. #XX, 293; 21 de septiembre de 1911.

"Siendo la posesión principalmente una cuestión de hecho,

en tanto puede decirse que el poseedor que ha sido perturbado, conserva o recobra la posesión en cuanto obtiene en realidad la cesación de los actos que le perturban o el goce del que ha sido privado por el despojante; por tanto la simple decisión judicial favorece al poseedor, no basta por sí sola para producir tales efectos, si el fallo no se ha hecho cumplir y ejecutar debidamente hasta obtener el lanzamiento del despojante o la cesación de los actos de molestia inferidos a la posesión"<sup>10</sup>.

COMENTARIO PROPIO: El artículo en comento, no es más que si el poseedor de un inmueble cuyo título no lo haya inscrito, puede perder la posesión si se presenta alguien que verdaderamente haya inscrito el título y pretenda ser el dueño ya sea violenta o pacíficamente.

Cuando la ley dice, que el pretendiente a la posesión tiene derecho a ella aunque emplee medios violentos, da a entender que se trata o del verdadero propietario, quien en este caso debe presentar su título, o de otro poseedor que tenga ya su mejora inscrita. El texto del artículo expresa claramente que la inscripción es de un título; es pues necesario un análisis para saber de qué título

---

<sup>10</sup>Cas. #XX, 293; 21 de septiembre de 1911 C.C. p.337.

se trata. Por otra parte es también necesario dilucidar cuál es el espíritu de la ley cuando admite abiertamente los métodos violentos, siendo así que para toda litis de posesión existen las (acciones posesorias). En la parte analítica haremos este análisis y propondremos una solución al respecto.

Cuando la ley en lo que podemos llamar estatuto posesorio del C.C. habla de título, los doctrinantes han entendido que se trata de la buena fe, y cuando se habla de registro de título, debe entenderse el registro de las mejoras, que por recientes disposiciones debe ser inscrito mediante Escritura Pública en la Oficina de Registros Públicos.

Estos elementos de derecho conformarán el análisis que más adelante haremos al referirnos a este tópico de títulos.

## 5. ANALISIS DE LA BUENA FE EN LA PROPIEDAD POSESION Y TENENCIA

ARTICULO 768 C.C. Por buena fe y siguiendo a los doctri nantes y a la Corte Suprema de Justicia que en ellos son contextes, es un hecho psíquico, cuya prueba es bastan te difícil de obtener, pues consiste en "cônciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legíti mos exentos de fraude y de todo otro vicio y que por ello se presumen mientras no se aduzcan pruebas fehacientes que las desvirtúe"<sup>11</sup>. (Cas. 14 de dic. de 1941); lo que induce a que la Corte Suprema de Justicia la considere como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimi dad,... "La buena fe constituye el elemento indispensable del título que debe tener el poseedor para que la ley le reconozca la posesión; pero como esta buena fe es una realidad jurídica actuante exige hechos materiales en que

---

<sup>11</sup>Cas. 14 de dic. de 1941. C.C. p.327.

se concrete el animus domini. Esta concreción no es otra cosa que la mejora que, aunque también puede ser hecha fuera de una posesión regular, esto es de mala fe, esta es improbable, vale decir que no se puede probar, luego queda en pie que las mejoras constituyen el animus domini. De aquí también resulta que no sea fácil probar la mala fe, y que sean necesarios los hechos o mejoras para constatar el animus domini. En el inciso 3º del artículo 768 C.C. encontramos que "un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe", lo que quiere decir que, siendo el error de hecho, una causal de vicio del consentimiento, en la posesión, ese error no vicia la buena fe; hasta aquí de acuerdo, más en el inciso 4º del mismo artículo hay este complemento: "pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario". Francamente no estamos de acuerdo porque el error de derecho es proveniente de una ignorancia, que sí es invencible, no hay como destruirla, por lo que proponemos esta solución:

Modificar este inciso 4º del artículo 768, en el sentido de que el error en materia de derecho no constituye presunción de mala fe salvo en los casos en que no se pueda probar un vicio del consentimiento.

ARTICULO 769 C.C. Establece una excepción para la presunción de la buena fe que como hemos visto, se presume siempre, no se prueba, porque para la posesión no existen pruebas materiales que la destruyan; más aquí la ley contrapone otra presunción:

La que la ley establece y la Corte Suprema de Justicia (Cas. 24 de marzo de 1954) afirma que es indispensable para que esta presunción exceptuante de la buena fe pueda producir sus efectos jurídicos, debe tener el pretendiente un "título constitutivo o traslativo de dominio"<sup>12</sup>. Entonces para esta segunda presunción de la ley se requiere tal título de dominio, de aquí nacen serios problemas:

1º. Otro poseedor no podrá nunca invocarla pues carece de este título de dominio. Si por ejemplo, Isidro posee una parcela que le usurpa, de mala fe a Carlos, otro poseedor, por carecer éste de título no podrá invocar presunción de mala fe en aquel individuo aún cuando la pueda probar.

2º. Si una persona contrata con un propietario la compra-

---

<sup>12</sup>Cas. 24 de marzo de 1954. C.C. p.328.

venta de un terreno de éste y lo compra bajo de una promesa de venta, que el vendedor no cumple, este vendedor, como tiene un título de dominio podrá invocar una presunción de mala fe en el comprador posesor, y sin pruebas de esa mala fe. Como se ve la situación es grave, hecha por tierra toda justa norma, protectora de la posesión.

Propongo: para este caso, o una ampliación del artículo 769 C.C. o su total derogación.

ARTICULO 775 C.C. En el inciso 2º de este artículo reconoce como tenedor "a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno".

Con este inciso no estoy de acuerdo, porque en la mayoría de los casos de los largos arrendamientos ocurre que ese presunto tenedor hace mejoras sustanciales en el inmueble, sin consentimiento del dueño, que a menudo las ignora; ya hemos visto que esta situación crea una verdadera posesión por el animus domini, y sería injusto que, después de 20 años de esta ocupación, no pudiera el ocupante invocar como poseedor la prescripción extraordinaria, en lo cual nos acogemos a sentencia de 29 de mayo de 1963 de la Corte Suprema de Justicia que dice: "el ánimo de dueño decide si se trata de posesión o

tenencia"<sup>13</sup>. Por lo tanto proponemos que amplíe la ley este inciso, y más cuando dice "generalmente", lo que indica que esto no siempre ocurre.

ARTICULO 777 C.C. Consiguiente a lo que acabo de exponer este artículo merece modificación en el sentido de que se le abra una excepción, que podría ser añadiéndole el adverbio generalmente, veamos porqué:

El artículo dice: "el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión", pero acabamos de ver que hay casos en que sí, y es por ello que, como esto no ocurre siempre, se añada "generalmente".

ARTICULO 782 C.C. El inciso 2º de este artículo dispone que si el ocupante de un inmueble poseído por otro, no es mandatario ni representante de este otro, no tendrá derecho a poseer. El problema que vemos en el cumplimiento de esta disposición es que, como no se hace referencia a la buena fe, y ésta no se prueba, sino que se presume, puede presentarse el caso de que alguien de buena fe ocupe una posesión que supone abandonada, y que según este inciso no tenga derecho a poseerla. Dura nos parece esta negación de la ley, y por ello nos parece indispensable una solución que la haga más justa.

<sup>13</sup>Sent. de 29 de mayo de 1963 C.C. p.330.

ARTICULO 786 C.C. Estamos en pleno acuerdo con este artículo, solo nos falta ampliarlo para que su aplicación resulte clara. El artículo se refiere a que un poseedor no pierde su posesión si la da en arriendo, o la da en administración, etcétera; y ello obedece a que cualquier cesión de sus derechos equivale a una exhibición de ánimo de señor y dueño, estimamos pertinente esta aclaración porque le es aplicable la norma a cualquier caso no contenido en el artículo que corresponda a este ánimo de señor y dueño, como por ejemplo, si se deja de explotar algunas hectáreas de un predio agrario, para que la tierra repose, y así la deja amontar; esto es importante para oponer lo a la prescripción corto agraria.

ARTICULO 790 C.C. Totalmente en desacuerdo porque como ya comentamos en el planteamiento del aspecto legal, aquí la ley le enciende faro verde a la violencia, y esto en flagrante contraposición al interdicto Romano De Vi, en que todo atropello es rechazado por el Codex Civilis, y entre nosotros resulta peligrosa esta disposición legal, dado el ambiente de atropello, reinante en los campos debido a fuerzas rebeldes. Por ello proponemos una solución a este problema.

## CONCLUSIONES

Redactamos así la modificación propuesta para el artículo 768, inciso 4º

Pero el error en un punto de derecho solo vicia el consentimiento si se comprobare un vicio del conocimiento, de la voluntad o de la normalidad, en los casos en que la ley lo declara suficiente, y en los casos en que un tercero recibe un daño grave a juicio del juez.

SUSTENTACION: Si decimos "vicio del consentimiento" es porque nos referimos a la ignorancia en sus dos clases: vencible e invencible; de la primera sabemos, que no vicia el consentimiento, porque no es suficiente para crear una laguna en la mente, ya que es posible eliminar esa ignorancia; de la invencible en cambio sí se puede afirmar que vicia el consentimiento toda vez que no es posible llenar el vacío de conocimiento que supone.

También nos referimos a los vicios de la voluntad: a la violencia física que, por ser de común doctrina afirmamos que siempre vicia el querer, y la violencia psíquica que es aceptada por los modernos postulados de la psico

logía, como un impedimento del consentimiento. Y finalmente el dolo que por ser un engaño eficiente, nula la psiquis, y en tal forma la desvía, que desviado de su objetivo queda también el consentimiento. A estos vicios se añade la anormalidad, de la cual también se puede asegurar que cuando impide el normal funcionamiento del binomio SCIO-VOLO (quiero solamente lo que conozco) el consentimiento desaparece. Es de advertir que estos vicios son relativos, esto es, que deben ser condenados en cuanto a su intensidad para la aceptación de su impedencia y es por ello que nuestra solución habla de "eficiente".

Al comentar en el artículo 769 del C.C. ya dijimos en el análisis de la buena fe en la propiedad posesión y tenencia que la buena fe, se presume siempre, pero que este artículo introduce una presunción de mala fe, lo que por lo tanto no se prueba. La ley procede aquí arbitrariamente, porque abre una excepción a una regla general por ella misma establecida.

¿Qué argumentos presenta la ley para esta excepción? Ella no los declara, ni los doctrinantes los explican, por lo que estimamos que se trata de ser los hechos mismos los que la deban producir, pero, ¿cuáles hechos? No encontramos ciertamente ninguno, y por esto calificamos de

arbitraria esta excepción. La Corte en la Casación del 24 de marzo de 1954, afirma que es indispensable para que esta presunción exceptuante de la buena fe pueda producir sus efectos jurídicos, debe tener el pretendiente un "título constitutivo o traslativo de dominio".

Según esta jurisprudencia, se requiere para esta presunción de la ley un título de dominio, que para la investigación de nuestro trabajo, introduce serios problemas. Como ya comentamos ampliamente en el análisis de la buena fe en la propiedad posesión y tenencia.

Por ello proponemos:

#### DEROGACION DEL ARTICULO 769 DEL C.C.

ARTICULO 765 C.C. inciso 2º. Después de haber comentado en el punto anterior proponemos ahora la siguiente solución:

Amplíese este artículo en el sentido de reconocer también como poseedor a un tenedor que reúna los requisitos de buena fe, regularidad, justa ocupación, etcétera.

El artículo 777 del C.C. establece que la tenencia no se muda en posesión; por el simple lapso de tiempo, ya comentamos que en muchos casos sí ocurre lo contrario, proponemos una simple adición dejándolo así:

El simple lapso de tiempo no muda generalmente la mera tenencia en posesión.

En el inciso 2º del artículo 782 del C.C. se refiere al ocupante de un inmueble poseído por otro del cual no es mandatario, ni representante, no tendrá derecho a poseer. Vimos en el correspondiente análisis que se le hizo a este artículo en el capítulo 5, el argumento que nos lleva a proponer una solución al problema aquí planteado; que fue el de la buena fe, ejemplo, Luis ocupa a nombre de su sobrino posesión de buena fe de un predio rural; su sobrino ausente no tuvo notificación de esa ocupación hecha a su nombre; a vuelta de 20 años vuelve el sobrino, y al ser notificado de la posesión de ese predio a su nombre, lo rechaza. Luis entonces, según este inciso, no posee nada, sino que comienza a poseer. ¿Es esto justo?, por ello proponemos esta modificación:

Si el que toma la posesión a nombre de otra persona, no es su mandatario, ni representante, poseerá desde el momento de su ocupación, cuando el primer rechace la gestión a su nombre.

ARTICULO 790 del C.C. Ampliamente manifestamos nuestra franca oposición a este artículo que admite, no sólo, que autoriza el empleo de la violencia, y no nos explicamos por qué, la solución que proponemos, cae de su peso:

Deróguese totalmente el artículo 790 del C.C.

Existiendo disposiciones legales que le permiten a un propietario ejercer la acción reivindicatoria, no hay por qué legitimarle un apoderamiento, violento o clandestino, cuanto más que su título no está inscrito.

Dejo así terminada la investigación cuyo trabajo he llevado a cabo con criterio independiente.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRI RODRIGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURREGO, Manuel.  
Los bienes y los derechos reales. Imprenta Universal.

ANGARITA GOMEZ, Jorge. Bienes. Edit. Temis. Bogotá, 1984.  
2ª. Edición. Tomo II.

CODIGO CIVIL COMENTADO. 2ª. Edición. Edit. Temis.

GOMEZ, José I. Bienes. Universidad Externado de Colombia.  
1983.

HINESTROZA, Hernando. Derecho Civil. Primer Año. Universi  
dad Externado de Colombia. 1980.

OUNDJIAN BESNARD, Ovidio. Tablas de Derecho Civil Bienes.  
Tomo II. 1967.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derechos Reales. Tomo II. Edit.  
Temis. Bogotá, 1980.