

34457

DR
#0715 926

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA JURÍDICA
FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
DIRECCIÓN

Barranquilla, Junio 21 de 1.986.-

Señor Doctor

CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ,
Decano de la Facultad de Derecho,
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL
DESARROLLO "SIMON BOLIVAR".

E. S. D.

REF.: Concepto de Tesis.-

Apreciado Doctor:

Me permito rendir concepto acerca del trabajo de tesis presentado por la Egresada EEDONOR SALOME VERGARA, intitulado "La Posesión" y cuya dirección me fué encomendada por la facultad a su cargo.

Se trata de un juicioso estudio, que pretende efectuar un análisis histórico-jurídico de la institución de La Posesión, como medio para llegar a usucapir, presentado en siete (7) sustanciosos capítulos, en los cuales la futura abogado profundiza en el tema, empezando desde su concepción en el derecho romano, pasando por los diferentes aspectos objetivos y subjetivos que la estructuran, hasta terminar con sus personales conclusiones.

Creo por tanto justo y necesario, dar mi concepto FAVORABLE al referido trabajo de tesis.

Atentamente,



BLAS CASTILLO DIAZ

c.c. #7.414.502 de B/quilla.

T.P. # 26.989 del Minjusticia.

T
346.043 u
S 175

L A P O S E S I O N

LEONOR MARIA SALOME VERGARA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1986

L A P O S E S I O N

LEONOR MARIA SALOME VERGARA

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

Director: Dr. BLAS CASTILLO
DIAZ.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1986

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Junio de 1.986

DEDICATORIA

Con todo amor y cariño dedico mi Tesis de Grado:

A mi madre, por haber impulsado a mi logro profesional.

A mi esposo, quien siempre estuvo presente en momentos de dificultad, dándome amor y aliento para seguir adelante.

A mi hermana Tey, por el amor y apoyo tanto moral como material que me brindó para la culminación de mis estudios.

A mis hermanos y cuñado Armando Daza, fueron para mí un corazón abierto y una mano tendida.

A Gladiis N. de Espeleta : Amiga y consejera de todos los momentos.

A José Reyes Galván : Amigo y compañero y a todos mis sobrinos.

AGRADECIMIENTOS

La Autora expresa sus agradecimientos a los Doctores:

- A BLAS CASTILLO DIAZ, mi Director de Tesis.
- A ERNESTO ARIZA MUÑOZ, Profesor y Amigo.
- A CARLOS LLANOS SANCHEZ, Decano Facultad.
- A RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA, Secretario General.
- A BLANCA FRANCO DE CASTRO, Secretaria Académica.
- A ANTONIO ESPIRKO CORTEZ, Director del Consultorio Jurídico.
- A La CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO "SIMON BOLIVAR" y a su Cuerpo Directivo, quienes me acogieron en el seno de su Facultad de Derecho, y pude obtener mi logro profesional.
- A Todos mis profesores y amigos.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION.....	1
1. LA POSESION.....	3
1.1 ELEMENTOS.....	3
1.2 DISTINTAS CLASES DE POSESION.....	6
1.3 POSSESIO JUSTA E INJUSTA.....	6
1.4 POSSESIO BONAE FIDEI Y MALAE FIDEI.....	7
1.5 PROTECCION POSESORIA.....	7
2. RELACIONES MATERIALES DEL HOMBRE CON LAS CO- SAS DE LA NATURALEZA.....	10
2.1 IMPORTANCIA DE ESTAS RELACIONES.....	10
2.2 TODA RELACION MATERIAL DEL HOMBRE CON LA NA- TURALEZA HA DE SER VOLUNTARIA.....	12
2.3 PRECISION DE TERMINOS.....	14
2.4 ELEMENTO ESENCIAL DE LAS RELACIONES POSESORIAS: EL PODER DE HECHO.....	16

3.	LA VOLUNTAD EN LA POSESION.....	20
3.1	INTERVENCION DE LA VOLUNTAD EN LAS RELACIONES POSESORIAS.....	20
3.2	EXTERIORIZACION DE LA VOLUNTAD POSESORIA...	24
3.3	DE LA CAPACIDAD POSESORIA DE LAS PERSONAS FISICAS.....	28
3.4	CAPACIDAD POSESORIA DE LAS PERSONAS JURIDICAS.....	32
4.	DEL OBJETO DE LA RELACION POSESORIA.....	35
4.1	LAS COSAS DE LA NATURALEZA COMO OBJETO DE LA POSESION DEL CONCEPTO DE COSA.....	35
4.2	LAS COSAS SON PARTES DE LA NATURALEZA NO LIBRE.....	38
4.3	DELIMITACION Y AUTONOMIA DE LAS COSAS.....	42
4.4	POSESION SOBRE COSAS PRINCIPALES, PARTES INTEGRANTES Y PERTENENCIAS.....	44
4.5	POSESION DE OBJETOS QUE NO SON COSAS - POSESION DE DERECHOS.....	46
4.6	POSESION DE HERENCIA.....	51
4.7	EXISTE LA POSESION DE OBJETOS INMATERIALES?	55
4.8	CONCLUSION SOBRE EL OBJETO DE LA RELACION POSESORIA.....	56
5.	AUTONOMIA, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA POSESION.....	58

5.1	AUTONOMIA DE LA TEORIA DE LA POSESION.....	58
5.2	POR QUE SE PROTEGE LA POSESION EN SI MISMA CONSIDERADA?.....	61
5.3	PROTECCION DEL INTERES INDIVIDUAL DEL PO - SEEDOR.....	64
5.4	PROTECCION DE LA UTILIDAD SOCIAL.....	67
5.4.1	La posesión y la paz social.....	67
5.4.2	La posesión y la explotación económica de los bienes.....	69
5.5	NATURALEZA JURIDICA DE LA POSESION.....	70
6.	ADQUISICION, PRUEBA Y PERDIDA DE LA POSESION	73
5.1	ADQUISICION ORIGINARIA Y DERIVATIVA POR AC- TO ENTRE VIVOS.....	73
5.2	ADQUISICION DERIVATIVA POR CAUSA DE MUERTE.	82
5.3	LA POSESION CONTINUA EN EL SUCESOR.....	87
5.4	DE LA PRUEBA DE LA POSESION.....	89
5.4.1	La causa de la relación posesoria deter - mina su calidad o clase.....	89
5.4.2	Cuando no es posible determinar la cali - dad posesoria por la causa, se recurre a una presunción	90
5.4.3	Una relación posesoria actual y una remo- ta hacen presumir la intermedia.....	92
5.4.4	La relación tiende a conservar su calidad inicial.....	93

6.4.5	Transformación de la relación posesoria..	94
6.5.1	Causas de pérdida de posesión.....	97
6.5.2	Pérdida voluntaria de la posesión.....	97
6.5.3	Pérdida involuntaria de la posesión.....	99
7.	POSESION MATERIAL E INSCRITA EN EL DERECHO - COLOMBIANO.....	100
7.1	ANTECEDENTES SOBRE LA POSESION INSCRITA....	100
8.	ANALISIS DE LOS TEXTOS SOBRE LA POSESION INS CRITA.....	114
8.1	ARTICULOS 759 Y 785 CODIGO CIVIL.....	114
8.2	ARTICULO 789.....	118
8.3	ARTICULO 790.....	121
8.4	ARTICULO 791.....	122
8.5	ARTICULO 980.....	124
8.6	ARTICULO 2526.....	127
	CONCLUSION.....	129
	BIBLIOGRAFIA.....	138

INTRODUCCION

Ha sido para mí un reto hacer este interesante trabajo de tesis con el cual pretendo reunir uno de los requisitos necesarios para obtener el título de Abogado.

El tema cuyo título es "La Posesión", ha sido desde siempre de vital importancia en la vida de los hombres, y es así, como en el transcurso de esta tesis y teniendo en cuenta los principios rectores de la institución de la posesión, vemos que desde el hombre primitivo hasta nuestros días, es la posesión un hecho social.

Por toda la trascendencia histórica-jurídica de la posesión, como medio para llegar a usucapir tanto para el hombre individualizado como para la sociedad, decidí hacer esta tesis basada en un estudio empezando desde su concepción en el Derecho Romano, pasando por los diversos aspectos subjetivos y objetivos que la estructuran, haciendo un análisis de su aplicación en el Derecho Colombiano y las críticas pertinentes a la institución de la posesión inscrita, de tal manera,

llego a una conclusión personal no olvidando y aplicando todas aquellas teorías que esclarecen todo lo relacionado con el tema.

Al iniciar este trabajo y después de haber ampliado mis conocimientos sobre la posesión es menester expresar que la posesión no puede estar desligada de sus elementos esenciales, tal como son: el poder de hecho, la voluntad y el objeto, ya que de ninguna manera subsistiría y se vería desvirtuada la naturaleza de tan interesante institución.

Es así como pretender una excesiva importancia al aspecto psicológico negando y quitando la importancia del aspecto material iría contra la misma institución al igual sucedería si se hiciera a la inversa, o sea excediendo el aspecto material.

No ha querido con el presente trabajo de tesis hacer algo perfecto, pero si lo mejor posible al alcance de mis posibilidades tanto intelectuales como culturales.

1. LA POSESION

1.1 ELEMENTOS

La posesión según se expresa en los textos legales, es la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño. Pero si bien es lo común y ordinario que quien ejerce la posesión es dueño de la cosa, sucede muchas veces que el poseedor no es dueño. Consecuencialmente puede haber un propietario que no es poseedor. Para estos casos ha existido, desde el derecho romano, la acción llamada reivindicatio, que tiene el dueño que no es poseedor, para obtener que el poseedor que no es dueño, le entregue la posesión de la cosa que en tal situación jurídica se encuentra.

Según el derecho romano, la posesión se compone de dos elementos: un elemento intencional o subjetivo llamado animus, y un elemento material o de hecho denominado corpus.

El corpus es la tenencia de la cosa, el animus es la

intención, el ánimo de dueño (animus domini).

Es preciso no confundir el animus domini con el animus c affectio tenendi. Este último es el ánimo de tener la cosa más no como dueño.

El arrendatario tiene el animus o affectio tenendi, porque quiere tener la cosa; pero no tiene el animus domini, porque no es su intención tenerla como dueño.

Según el derecho romano, solo podían ser objeto de posesión las cosas corporales, puesto que eran las que podían materialmente ser retenidas. Pero llegó a admitirse una cuasi posesión, sobre las cosas incorpó- rales, o sea los derechos.

Se adquiría la posesión de una cosa adquiriendo sus dos elementos: corpus y animus. Para adquirir el prime- ro bastaba tener la cosa a disposición de la persona. Se adquiría el segundo concibiendo la intención de ser dueño o el animus domini. Una vez reunidos esos dos elementos se adquiría la posesión.

Pero si bien el corpus podía adquirirse y conservarse por otra persona, el animus debía ser personalísimo de quien adquiría la posesión, y no podía conservarse

por medio de otra.

Consecuencia de ello era que el infans y el loco no podían adquirir la posesión por cuanto, careciendo de discernimiento, no podían dar su animus. Para corregir esto llegó a admitirse que el tutor del infan y el curador del loco podían adquirir la posesión para dichos incapaces prestando su animus en nombre y en lugar de ellos.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, la posesión se perdía con la pérdida de sus dos elementos o de uno de ellos: Animus et corpus, corpus solus, animus solus.

Se perdía corpore et animo cuando el poseedor se desprendía del corpus y del animus domini, como cuando enajenaba la cosa entregándola al adquirente.

Se perdía corpore solo, conservado el animus, cuando otra persona, contra la voluntad del poseedor, se apoderaba de la cosa, en términos que dejaba de estar a disposición de aquel.

Se perdía ánimo solo cuando, conservándose la cosa, se dejaba de tener el animus, abdicando de él en benefi-

cio de otra persona. Por ejemplo, el vendedor que, una vez perfeccionada la venta, se constituía arrendatario del comprador.

1.2 DISTINTAS CLASES DE POSESION

La simple tenencia sin ánimo de dueño no constituye posesión. Pero los romanos solían llamar esa tenencia possessio naturalis, reservando la denominación de possessio civilis a la tenencia con ánimo de dueño que es la verdadera posesión.

1.3 POSSESIO JUSTA E INJUSTA

La posesión se decía justa cuando había empezado nec, vic, nec clam, nec precario: Sin violencia, sin clandestinidad y sin precariedad.

Se llamaba injusta o viciosa cuando había empezado con algunos de aquellos tres vicios. Con violencia, cuando se había ejercido ésta contra las personas o las cosas para hacerse a la posesión. Con clandestinidad cuando se había tomado la cosa ocultando el hecho al anterior poseedor para evitar su resistencia. De manera precaria, cuando se había empezado por concesión de otra persona, pero con destino a reintegrarse en

ella cuando a bien lo tuviera.

La posesión injusta era protegida contra terceros, más no contra el poseedor de mejor derecho, esto es, la persona contra la cual se poseía de manera injusta.

1.4 POSSESIO BONAE FIDEI Y MALAE FIDEI

Posesión de buena fé era la que se adquiría con la convicción de no violarse en ella derecho ajeno, esto es, en la creencia sincera de ser legítima. la que deesa manera no se adquiría, era de mala fé.

Se podía ser poseedor injusto, pero de buena fé, v.gr, si una persona, creyéndose con derecho a una cosa, la tomaba por la fuerza a quien la estaba poseyendo.

Al contrario, podía haber posesión justa, pero de mala fe, vgr; la de la persona que había tomado la cosa sin violencia, sin clandestinidad y de manera no precaria, pero a sabiendas de no ser dueño de ella.

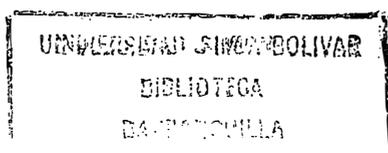
1.5 PROTECCION POSESORIA

El derecho romano protegía la posesión de cualquier clase, ya para hacerla conservar por quien la tenía,

ya para que fuera recuperada por quien injustamente había sido despojado de ella. El pretor instituyó con ese fin los interdictos posesorios, que eran de tres clases: interdicta retinendae possessionis, interdicta recuperandae possessionis, e interdicta adispiscendae possessionis, destinados a retener, recuperar y adquirir la posesión, respectivamente. Pero estos últimos, destinados a obtener una posesión que no se ha tenido, no forman propiamente entre los medios de protección posesoria.

Los interdictos recuperandae fueron dos: interdictum de vi, a favor de quien había sido despojado de la posesión de un inmueble por medio de la fuerza y el interdictum de precario, a favor de quien había cedido a otro la posesión de una cosa de manera precaria, es decir, con la condición de poderla recuperar a su voluntad. Si el poseedor precario no quería restituir la cosa, el poseedor cedente, por el solo hecho de su posesión anterior, podía recobrarla mediante el interdicto de precario.

Cuando no era posible hacer uso de los interdictos posesorios, v.gr.; para el caso de despojo violento de la posesión de una cosa mueble, siempre había protección posesoria mediante el ejercicio de otras acciones



fundadas en el principio prohibitivo del enriquecimiento sin causa. (1)

(1) MEDELLIN, Carlos J. y MEDELLIN F., Carlos. Lecciones de derecho romano. Universidad Externado de Colombia.

2. RELACIONES MATERIALES DEL HOMBRE CON LAS COSAS DE LA NATURALEZA

2.1 IMPORTANCIA DE ESTAS RELACIONES

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 solo ella le suministra cosas para satisfacer sus necesidades de orden material. Sin cosas la naturaleza humana habría perecido.

Relaciones materiales del hombre con la naturaleza se han realizado, y se realizan hoy mediante la apropiación de los bienes que requiere para su sustentación.

Apropiación individual o colectiva, transitoria o permanente, pero con 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 el único ser del cual puede predicarse que ha dominado totalmente. Más el mismo principio de inteligencia que guió al hombre del período inferior del salvajismo, lo ha guiado en todos los períodos subsiguientes hasta el actual, denominado período de la civilización: poseer las cosas, tomarlas, someterlas a su fuerza, en fin dominar la naturaleza.

La posesión 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 desde sus orígenes tuvo un sentido especializado. Evidentemente de las muchas relaciones que el hombre puede establecer, solo algunas de ellas recibe 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 al través de la historia jurídica. Siempre ha servido para indicar un grupo especial de relaciones: las que el hombre establece con las cosas de la naturaleza, a fin de satisfacer sus necesidades materiales.

2.2 TODA RELACION MATERIAL DEL HOMBRE CON LA NATURALEZA HA DE SER VOLUNTARIA

El hombre establece contacto material con una cosa, de diferentes modos. En primer término nos encontramos con relaciones materiales 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 que poseerlas, más bien cabe decir que las cadenas lo poseen a él. En el mismo sentido, la silla en que se sienta un visitante, no engendran relaciones posesorias. La razón decisiva es la de que no se quieren tener esas cosas; tan solo existe una relación de proximidad espacial.

Estas relaciones materiales con las cosas totalmente

objetivas permanecen al margen del derecho. El orden jurídico solamente se ocupa de las relaciones materiales que son queridas, es decir voluntarias. La posesión se introduce en el terreno jurídico, cuando aparece la conciencia del hombre ejerciendo un poder material sobre una cosa.

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

- La relación material en sí: tomar la cosa, tenerla, ocuparla, poseerla.

- La conciencia de una persona, esto es, la voluntad de tener una 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 subjetivo y objetivo de la relación posesoria, es decir el corpus y el animus?

Estos dos elementos forman un todo indivisible, pregun-

tar qué vale más, si mi voluntad de tomar una cosa o la relación material en sí, es tanto como preguntar qué elemento prevalece en la acción humana: si el psicológico o el físico.

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

2.3 PRECISION DE TERMINOS

En los sistemas latinos no existe un término lo suficientemente amplio para designar todas las relaciones jurídicas materiales del hombre con las cosas. El término posesión solo indica un grupo de tales relaciones; lo mismo sucede con la detentación o mera tenencia.

En el derecho Francés, la palabra posesión se le emplea en dos sentidos: primeramente, para indicar toda relación material; y en segundo lugar, para indicar la relación posesoria propiamente dicha.

En el primer sentido suele distinguirse la posesión propiamente tal de la posesión que no corresponde al ejercicio de un derecho real, con el nombre de posesión precaria o detentación (possession o detention).

En el sistema romano, la palabra posesión indicaba toda relación material del hombre con las cosas. La posesión que engendraba la propiedad por usucapión, recibía el nombre de civilis possessio.

Existen, vocablos adecuados para designar cada grupo de relaciones materiales: posesión en nombre propio, posesión en nombre ajeno, posesión subordinada, etc.; pero falta un término que las abarque a todas.

Ante esta deficiencia del lenguaje emplearemos indistintamente las expresiones relación material, relación posesoria, poder de hecho o señorío efectivo en el sentido más amplio y abstracto, es decir, cualquier relación material y voluntaria del hombre con una cosa.

Cada grupo de relaciones se dará a conocer con algún adjetivo o frase complementaria, por ejemplo: posesión de propietario, o posesión en nombre propio, posesión de usufructuario; posesión de buena o mala fé, etc.

2.4 ELEMENTO ESENCIAL DE LAS RELACIONES POSESORIAS:
EL PODER DE HECHO

Toda relación jurídica del hombre con las cosas implica un poder de hecho o potestad efectiva.

a. El poder de hecho es común a toda relación material entre el hombre y las cosas. El propietario, el arrendatario, el depositario, el acreedor prendario, el ladrón, etc., se encuentran en contacto material con una cosa, ejercen sobre ella una potestad o poder de hecho. Cómo se determina en cada caso si existe o no un poder de hecho?

b. Una cosa está sometida a nuestro poder cuando sobre ella podemos ejecutar actos materiales, ya sea de simple conservación (depositarios, acreedores prendarios), ya de uso (arrendatarios), ya de goce y disposición (usufructuarios, propietarios).

No es necesario, desde luego, que la cosa esté actualmente presente, ni que sobre ella ejecutemos continuamente actos materiales, pues no todas las cosas son susceptibles de una misma relación material.

Sobre este particular sigue siendo exacta la doctrina

de Ihering, para quien los poderes de hecho o relaciones posesorias se exteriorizan de distinto modo.

Sin duda, cuando se habla de relaciones materiales con las cosas o poderes de hecho, se hace referencia a cierta conexión local entre personas y cosas. Más el poder de hecho no se puede caracterizar por esta simple conexión espacial; se necesita, especialmente, que exista cierta iniciativa personal en quien tiene el poder de hecho, o sea la posibilidad inmediata o mediata de obrar sobre la cosa. Por esta razón muchas relaciones materiales no constituyen relaciones jurídicas por la ausencia de toda iniciativa personal.

c. La iniciativa personal de obrar sobre la cosa implica que todo poder de hecho en grado más o menos acentuado, debe ser voluntario; que no existen poderes de hecho totalmente objetivos. Así si alguien introduce en mi bolsillo una suma de dinero sin mi conocimiento, es natural que, a pesar de la conexión entre la cosa y la persona, no tengo ningún poder de hecho sobre esa suma de dinero.

La expresión poder de hecho lleva en sí un elemento intencional; hablar de poderes de hecho totalmente objetivos, es decir, desprovistos de toda voluntariedad,

representa un contrasentido.

d. La cuestión de si se tiene o no un poder de hecho sobre las cosas, se resuelve según las costumbres y usos sociales. Tratáse, en verdad, como lo advierten Wolff y Raiser, de un concepto elemental. Es la opinión general, la que ha de dar la pauta para juzgar si la relación entre una persona y una cosa es o no señorío de hecho. "Señorío es lo que aparece como tal ante la conciencia común".

2.5 PLURALIDAD DE PODERES DE HECHO SOBRE UNA MISMA COSA

El concepto de relación jurídica material con una cosa o poder de hecho es relativo, y sobre todo, objetivo.

Normalmente una persona ejerce el poder de hecho sobre la cosa. Será posible que varios sean al mismo tiempo poseedores de una misma e idéntica cosa?. Los viejos juristas no pudieron resolver satisfactoriamente semejante problema. En efecto, los romanos partían de la idea de que toda posesión era exteriorización del derecho de propiedad, y daban a aquella las mismas notas que a la propiedad. En consecuencia, la posesión sobre una cosa en forma exclusiva solo podía ser ejercida por una persona.

En derecho actual existen diferentes formas de concebir la relación posesoria y de resolver el problema planteado. Ante todo, la posesión ha cesado de ser la mera exteriorización del derecho de propiedad. La posesión es en sí solo un poder de hecho, un señorío efectivo sobre la cosa. En la caracterización de semejante poder de hecho, se hace abstracción del derecho que en muchos casos es exteriorización; además, no es posible que el poder sea emanación precisamente de la propiedad, pues bien lo puede ser de cualquier otro derecho.

Sin duda, varias personas pueden poseer al mismo tiempo una cosa, es decir a semejanza de lo que sucede con los derechos, puede contemplarse la pluralidad de poseedores, la cual es concebible desde varios puntos de vista.(2)

VALENCIA ZEA, Arturo. La posesión. 3ed. p.11-20.

3. LA VOLUNTAD EN LA POSESION

3.1 INTERVENCION DE LA VOLUNTAD EN LAS RELACIONES POSESORIAS

Toda relación posesoria supone la intervención de la voluntad del poseedor. Justamente lo que ha hecho necesario regular las relaciones de las personas con las cosas, ha sido la circunstancia de que el hombre, mediante el dominio de la naturaleza, somete a su voluntad los objetos que la forman. Esta subordinación es lo que se llama poder de hecho o relación posesoria.

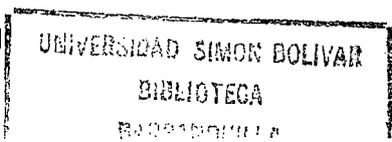
a. Las mismas expresiones poder de hecho, señorío efectivo, potestad material, relación posesoria y otras equivalentes, no son concebibles sin un elemento de orden psicológico. Este elemento lo examinaremos en su forma abstracta. No es necesario precisar que clase de voluntad es la que se debe tener: si la de ejercer el poder de hecho para sí o para otro. El arrendatario, el propietario, el depositario, el ladrón, se relacionan voluntariamente con las cosas que se le arriendan,

compra, se le depositan, o roba.

Existe igualmente la voluntad cuando la relación posesoria permite al poseedor una amplia autonomía en el uso de la cosa, como también en los casos en que esa autonomía se encuentra limitada. El que posee como propietario es el que tiene una mayor autonomía para disponer de la cosa; dicha autonomía se halla limitada en los arrendatarios, depositarios, comodatarios, etc.

b. La intervención de la voluntad en las relaciones posesorias ha sido un problema intensamente discutido en la más moderna doctrina. En cambio los antiguos juristas no tuvieron, en verdad, conciencia exacta del problema. Efectivamente: los romanos no alcanzaron a estructurar una noción completa de las relaciones materiales del hombre con las cosas, debido a que tomaron como punto de partida una voluntad concreta, es decir, una de las varias voluntades que se dan en determinados grupos de relaciones posesorias, y no la voluntad abstracta o genérica.

A este respecto dice Savigni, al analizar los elementos esenciales de la posesión: "Para que pueda ser considerada como posesión la detención (corpus) debe ser intencional, es decir: para ser poseedor, no es suficiente



tener una cosa, es necesario querer tenerla.

Más este querer tener una cosa, se asimila al animus possidendi, el cual "no es otra cosa sino la intención de ejercer el derecho de propiedad".

Esta orientación del derecho romano es constante al través de todos sus intérpretes, ello es fácil de explicar. El jurista romano no gustaba de las lucubraciones científicas; partía de hechos, especialmente de los más comprensibles. Las relaciones materiales que implicaban el ejercicio de la propiedad, eran las más notorias y frecuentes.

Unas personas aparecían ejerciendo la propiedad (civilis possessio); otras, una propiedad ajena (naturalis possessio). De ahí las dos voluntades concretas que conocieron. Voluntad de poseer para sí y voluntad de poseer para otro.

c. Este punto de vista del derecho romano se acentuó en los países que más tarde se gobernaron por aquel sistema. La posesión es estudiada como un capítulo complementario de la propiedad, como la forma de su ejercicio. No es de extrañar que la escuela de los pandectistas alemanes considerase como parte integrante

esencial de la propiedad, la posesión de una cosa.

d. Sin duda, el primer estudio de las relaciones posesorias realizado en forma abstracta, se debe a Ihering. Según este autor, toda relación posesoria es voluntaria.

"Ni el lenguaje, ni el derecho, ni la ciencia, consideran como posesión la simple relación en el espacio de la persona con la cosa.....Sin voluntad no hay relación posesoria.....; el contacto corporal, aunque sea inmediato, cuando se verifica sin conocimiento y sin voluntad por parte de la persona no produce posesión. El mero conocer no basta aún para este efecto".

Ihering no refiere el término posesión a la voluntad de tener la cosa para sí como lo hace el propietario, sino al hecho de tener la cosa voluntariamente. La voluntad concreta de tener la cosa para sí o tenerla para otro, según la doctrina enseñada por Savigni y Windscheid, es reemplazada por una voluntad genérica o abstracta: tener la cosa voluntariamente.

Ihering denominó su doctrina con el nombre de "teoría objetiva", únicamente en el sentido de que su construcción se ha realizado sin el animus domini o animus rem sibi habendi de Savigni, no en el sentido de que

prescinda de la voluntad en sentido genérico. "Cuando las dos condiciones que en general se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el corpus y el animus, concurren, se tiene siempre la posesión".

3.2 EXTERIORIZACION DE LA VOLUNTAD POSESORIA

Se ha llegado a la firme conclusión de que no son posibles relaciones jurídicas del hombre con las cosas totalmente objetivas, que en todas se descubre un elemento subjetivo, o sea la voluntariedad o intención. Podemos decir que ningún interés existe para el comercio en general, ni para la aplicación del derecho, en tener en cuenta y gobernar mediante normas totalmente objetivas entre el hombre y las cosas. El hombre establece contacto espacial solo con aquellas cosas que presentan para él algún interés, que le sirven para la satisfacción de alguna necesidad. Es la satisfacción de necesidades humanas lo que justifica toda relación del hombre con la naturaleza.

Naturalmente, al lado de las relaciones en las que puede descubrirse un interés, ocasionalmente existen relaciones transitorias, totalmente objetivas en razón de carecer el hombre de todo interés en ellas; por falta de ese interés no constituyen relación posesoria,

y, por lo tanto, no se encuentran protegidas por el ordenamiento jurídico.

La exposición hecha en los párrafos anteriores adquirirá mayor comprensión y firmeza, al examinar ahora cómo se revela o exterioriza la voluntad posesoria, es decir, cómo se hace presente el interés que el hombre muestra por las cosas.

a. La voluntad posesoria no necesita ser expresa; puede ser tácita. Una voluntad expresa (directa) es la que en forma directa e inmediata se dá a conocer mediante algunas de las formas ordinariamente reconocidas para declararse o exteriorizarse (la palabra escrita). En cambio, una voluntad tácita (indirecta) es la que cabe deducirse de determinados hechos, de la conducta de la persona.

La voluntad posesoria puede ser deducida de hechos, de circunstancias; no es necesario que el poseedor exprese en forma directa e inmediata la voluntad de adquirir la posesión de que cada cosa de las que adquiere, ni menos que en cada momento tenga conciencia plena de todas y cada una de las cosas que se encuentran bajo su control o influencia.

Por este motivo el dueño de un buzón adquiere la posesión de las cartas que en él son depositadas, sin necesidad de que este presente en el momento en que la carta es depositada. No importa la falta de conciencia en tal momento, existe en todo caso una voluntad tácita deducida del hecho de ser dueño del buzón y de haberlo hecho colocar precisamente para que en él depositen cartas, periódicos, etc.

Es suficiente que la cosa se encuentre en la esfera de dominación del poseedor. Así, se estima que en relación con la casa en que una persona habita, el habitador posee todas y cada una de las cosas que en dicha casa se encuentren, por una parte, y, por otra, las que allí le son entregadas en su ausencia.

b. Existe, pues, una acentuada diferencia entre la voluntad que se requiere para celebrar determinados negocios de enajenación de inmuebles y la que se exige para adquirir y retener la posesión de cosas muebles. La voluntad en la venta de un inmueble debe ser expresa: nunca puede presumirse. Pero varía sensiblemente la cuestión cuando nos referimos a la voluntad que se necesita para adquirir la posesión de cierto número de cosas muebles. En razón, precisamente, de que semejantes cosas suelen a veces ocupar la posición de partes

accesorias o integrantes de una cosa principal, compuesta, por ejemplo, un establecimiento comercial. Sin duda, el poseedor del establecimiento es poseedor de todas las cosas que prestan alguna función para la marcha de aquel.

En este sentido señala H. Westermann que "es suficiente para el establecimiento de la posesión, que la cosa se encuentre colocada en una organización, que normalmente corresponda a una esfera de denominación".

Con razón se advierte que no es necesaria siempre una voluntad singular o concreta, siendo suficiente en muchos casos una mera voluntad genérica la que se aplica en general a todas las cosas que se encuentren en la zona de influencia del poseedor.

c. Al hablar de la voluntad tácita o presunta, como de una voluntad genérica para explicar el elemento subjetivo de un gran número de relaciones posesorias, desaparecen muchas de las objeciones que fueron presentadas por quienes querían interpretar dicho elemento con los mismos criterios con que apreciamos las declaraciones de voluntad en los negocios importantes de la vida práctica.

No obstante, alguien podría decir que al extender excesivamente la interpretación de las voluntades tácitas o genéricas, llegamos a confundir una relación objetiva en sí con una voluntad genérica o tácita. Sin embargo no es así, ya que pueden indicarse en forma clara los linderos entre la ausencia de voluntad y la existencia de voluntades genéricas o presuntas.

3.3 DE LA CAPACIDAD POSESORIA DE LAS PERSONAS FISICAS

La posesión no solo requiere la existencia de una voluntad, sino que exige, además, determinada capacidad de obrar en el poseedor.

a. Para la validez de los negocios jurídicos, especialmente de los contratos, suele exigirse la existencia de una voluntad plenamente desarrollada, la cual se presume existir únicamente en las personas que han cumplido 18 años y no padecen enfermedad mental alguna.

Pero la capacidad para exteriorizar una voluntad capaz de adquirir o retener una relación posesoria, no sigue la regla general; se exige una capacidad de grado inferior.

La razón de esta especial reglamentación de la capacidad

posesoria, es bien clara: el ejercicio de un derecho mediante negocio jurídico, requiere una o varias declaraciones de voluntad encaminadas a producir determinados efectos jurídicos, entre los cuales se encuentran actos de disposición, de administración, etc. En cambio la relación posesoria se integra, por un simple poder de hecho; y para que sea posible dicho poder o señorío, y, ante todo, para que la conciencia popular reconozca la existencia de tal poder solo exige una voluntad o capacidad natural.

La llamada voluntad natural hace relación a "la natural capacidad de entender y querer".

Por tal circunstancia, el niño que va a la escuela posee su cartera y sus libros; mientras que el loco furioso, la persona sumida en el delirio de la fiebre o el niño de pecho, no pueden constituir posesión.

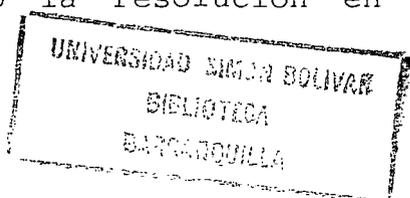
El Código Civil de Bello establece que los incapaces "no necesitan autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurran en ello la voluntad y la aprehensión material".

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

Dicho código señaló claros límites en relación con las personas que tienen capacidad o voluntad natural. Se presenta un problema en relación con los infantes, o sean los menores de siete años, a quienes se estima incapaces a quienes se estima incapaces de establecer una relación material con una cosa que tenga sentido jurídico, y, por lo tanto, desprovista de toda protección jurídica. De aplicarse en forma rigurosa tal regla tendríamos que cualquiera podría arrebatarse impunemente a un niño de seis años sus útiles de estudio, en lo cual, observando estrictamente la regla, no habría incorrección alguna. No obstante no es así. La costumbre y los usos sociales tienen derogada la regla en semejantes casos.

La cuestión se agrava con los dementes. Aplicando el texto a los dementes declarados en incapacitación por sentencia judicial, resulta que muchos de ellos no pierden la voluntad natural; pueden darse cuenta de que poseen cosas y no es justo, en consecuencia, no dar protección alguna a semejantes relaciones posesorias.

Más real y lógico es el camino que han seguido algunos legisladores al no señalar límites exactos a la mencionada voluntad natural, dejando la resolución en los



casos concretos a la doctrina y a los jueces.

En tal dirección, el derecho Alemán. La doctrina se limita a decir que dolo es necesaria una "voluntad lo suficientemente madura para poder dirigirse a una relación duradera con la cosa".

b. La voluntad posesoria no constituye una declaración de voluntad negocial. Esta clase de capacidad, especialmente la capacidad contractual, está dirigida a la producción de determinados efectos jurídicos.

Así, en la compra-venta, la declaración de voluntad del vendedor se dirige a la transmisión de la propiedad de una cosa y al precio que por tal transmisión recibe; y la declaración del comprador debe perseguir el adquirir la propiedad y pagar un precio. La capacidad posesoria en cambio, se encadena únicamente con un hecho de la vida real: el poder de hecho. Nada más se exige para que exista la voluntad posesoria. No se requiere que el adquirente de una posesión tenga la voluntad de hacer suya la cosa, o quiera poseer en nombre de otro (aunque en muchos casos tal voluntad se concreta en alguna de esas dos direcciones), sino, simplemente, que tenga conciencia de tomar la cosa. En resumen, es la especial circunstancia de que el poder de hecho

sea voluntario. En ningún caso puede separarse de ese señorío o poder la voluntad.

Por tal circunstancia no cabe hablar de la nulidad de la voluntad en una relación posesoria.

3.4 CAPACIDAD POSESORIA DE LAS PERSONAS JURIDICAS

No solo las personas físicas, sino también las jurídicas, pueden ejercer poderes de hecho sobre las cosas. En general, dentro de la moderna doctrina, es indiscutible que una persona jurídica puede establecer relaciones posesorias sobre todas las cosas que someta a un señorío efectivo en el desarrollo de su actividad.

a. El derecho civil moderno enseña que la capacidad de obrar de las personas jurídicas se exterioriza mediante los órganos. Pero mientras que los órganos de las personas físicas -o sea el cerebro, los brazos, etc.- son algo que pertenece a su propia corporeidad, en el organismo social de las personas jurídicas se necesita una "constitución especial de los órganos".

Los órganos de las personas jurídicas son una o más personas físicas autorizadas por los estatutos o por la ley para expresar una voluntad: la propia voluntad

de la persona jurídica. Así, en las asociaciones (sociedades y asociaciones con fines ideales), la asamblea general de miembros es el órgano principal que tiene capacidad para expresar la voluntad de tales personas; en las fundaciones, el órgano esencial es la dirección que suele ser ejercida por una junta directiva. Fuera de estos órganos existen otros (gerente, síndico, etc.).

Solo pueden ser órganos las personas encargadas del cumplimiento de una función colectiva de la persona jurídica, y, por tal motivo, todos los actos realizados en la ejecución de dicha función se imputan directamente a la misma persona jurídica.

De manera pues, que dos calidades dan a una o varias personas el carácter de órgano:

- Ejercer una función propia del giro ordinario de los negocios a que se dedica la persona jurídica.

- Que dichas personas hayan sido designadas como órganos para la realización de tal función, por los estatutos o por la ley. En consecuencia, la adquisición de la posesión se mirará como adquisición hecha directamente por la persona jurídica, cuando se realiza por un acto de los órganos en cumplimiento de una función

colectiva de la misma. Así cuando un gerente debidamente autorizado compra una cosa, y ella ingresa al capital o patrimonio social de la persona jurídica, es esta la que ha adquirido la posesión.(3)

(3) Ibid, p.21-35.

4. DEL OBJETO DE LA RELACION POSESORIA

4.1 LAS COSAS DE LA NATURALEZA COMO OBJETO DE LA POSESION DEL CONCEPTO DE COSA

En el lenguaje jurídico moderno cosa se refiere a los entes de la naturaleza que tienen existencia corpórea o espacial.

Dentro de tal orden de ideas, el vocablo cosa queda amparado con un sentido técnico y especializado. Por lo tanto, son cosas únicamente los objetos materiales perceptibles por los sentidos, y sobre los cuales es posible una relación de dominación o poder de hecho.

a. Al derecho solo interesan aquellas cosas susceptibles de ser dominadas por la fuerza humana. Por consiguiente, no son cosas las que se hallan sustraídas a toda clase de dominio por parte de las personas, como con las denominadas "cosas comunes" (res omnium comunes), por ejemplo, el aire en estado de libertad, las aguas del mar, etc. Pero el aire aprisionado en

un recipiente pertenece al dueño de este.

b. En la doctrina alemana prevalece el concepto de que las energías (corriente eléctrica) y fuerzas en general (magnéticas, calor, etc.), no son cosas.

Ante todo, deben distinguirse los materiales que sirven para conducir, conservar o transformar dichas energías, de las energías en sí. Son cosas los alambres conductores, los acumuladores, etc., pero no las energías conducidas o acumuladas. Si no son cosas, no serán objeto de la posesión.

La concepción que las energías mencionadas no son cosas, se inspira en ciertas teorías de la física clásica. Efectivamente, los antiguos físicos veían en la energía eléctrica un "estado especial del movimiento de las moléculas. La energía aparecía así como una cualidad de la materia, pero no como materia. La característica más notable de la física clásica consistió en trabajar con el dualismo en materia y energía.

La física moderna ha repudiado este dualismo de materia energía, pues la energía es materia y no simplemente propiedad de la misma.

El primer código que resolvió en forma racional el problema en cuestión, fue el Suizo de 1907, cuyo artículo 713 prescribe que las fuerzas naturales susceptibles de dominación se asimilan a las cosas muebles.

Sobre dicho artículo Wieland expresa lo siguiente: "La energía eléctrica y otras fuerzas naturales deben ser consideradas como objeto de la propiedad y de posesión; pueden, por tanto, dar lugar a una transmisión de posesión o de propiedad.....el artículo 713 coloca esas fuerzas al lado de las cosas en la medida en que ellas son susceptibles de apropiación". En consecuencia, mientras esas fuerzas, a semejanza de lo que sucede con los bienes muebles, pueden ser objeto de un señorío material, se refutan las cosas.

En el mismo sentido el Código Civil Italiano de 1942, en su artículo 814 estatuye que "Las energías naturales que tengan valor económico se consideran como cosas".

De Martino advierte que debe estimarse que ese artículo se refiere a energías o fuerzas naturales susceptibles de separarse y aprovecharse independientemente de la fuerza que lo produce. A este respecto, sin duda son cosas la energía eléctrica y radioeléctrica. Efectivamente, los negocios jurídicos de suministro de energía

eléctrica recaen solo sobre el fluido eléctrico, y no sobre los generadores o transformadores. De ahí que si alguien aumenta su corriente tomándola de los alambres conductores comete un delito de apropiación indebida.

Existen energías o fuerzas que no pueden separarse de su fuente y por eso no es necesario considerarlas como cosas. Ello sucede con las energías genéticas del hombre y de los animales, pues nadie puede robarse o ejercer un poder de hecho sobre la fuerza de un animal, sin robarse el animal. La doctrina francesa actual coincide con esta tendencia. la jurisprudencia ha decidido que existe el delito de robo de corriente eléctrica.

4.2 LAS COSAS SON PARTES DE LA NATURALEZA NO LIBRE

Desde el punto de vista físico, la naturaleza está integrada por dos clases de objetos: los dotados de libertad, o sea el cuerpo humano, y los carentes de ella, es decir, los demás objetos corporales distintos del hombre. Se estima, en general, que la relación posesoria tiene por objeto únicamente las partes de la naturaleza no libre; ello equivale a decir que el cuerpo humano no es objeto de posesión. El derecho

moderno desconoce la antigua institución de la esclavitud.

Por lo tanto, la dominación jurídica que se establece mediante la posesión, se realiza precisamente por el hombre sobre la naturaleza no libre que lo rodea.

Se trata justamente de un postulado fundamental de la conciencia moderna, que mira el cuerpo humano y sus energías como un substrato de la personalidad, en manera alguna como objeto de derechos. Pero al respecto son necesarias algunas aclaraciones exigidas por el moderno avance de las ciencias.

a. El cuerpo humano vivo no puede ser objeto de posesión en favor de otra persona. La abolición de la esclavitud suprimió las antiguas cargas reales que se ejercían sobre los hombres; tampoco pueden existir cargas sobre partes integrantes del cuerpo, empero, esta regla tiene algunas limitaciones.

La costumbre actual de las naciones civilizadas no puede condenar ciertas relaciones posesorias que, mediante negocios jurídicos, tienen por objeto el cuerpo de personas vivas o alguna de sus partes integrantes, cuando mediante ellas no se lesiona la integridad corpo-

ral, ni la salud, ni se causa una permanente lesión a la capacidad de trabajo y, además, persiguen fines no prohibidos por las buenas costumbres.

En este sentido se mueve la doctrina de los civilistas. El legislador italiano de 1942 lo comprendió así al redactar el artículo 5 del Código Civil, que prescribe que los negocios jurídicos que recaen sobre el propio cuerpo, están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, o cuando de otro modo son contrarios a las leyes, al orden o a las buenas costumbres.

De inmediato encontramos varias categorías de contratos que recaen sobre cuerpos vivos, que implican una relación posesoria de dominación de estos o de algunas de sus partes integrantes, y que las modernas sociedades miran como válidos:

- El contrato de lactancia (venta o donación de leche de una mujer para alimentar un niño).

- Los contratos de transfusión de sangre humana para fines humanitarios (a título oneroso o gratuito); sin embargo, aquí la relación posesoria se establece sobre la sangre ya separada del cuerpo humano.

- Los contratos de cesión de jugadores que suelen hacer los clubes profesionales de fútbol, implican una relación de dominación que el club ejerce sobre los jugadores, aunque jamás de la misma naturaleza que las relaciones posesorias comunes.

- Lo mismo cabe decirse de los contratos de exhibición de circos, establecimientos comerciales, etc.

No obstante, no puede asimilarse el cuerpo humano vivo a una cosa sobre la cual exista la posesión y la propiedad. Conforme a Oertman, el hombre no es propietario de su cuerpo, pues falta un objeto susceptible de una total posesión.

b. El cuerpo humano muerto (cadáver humano) es considerado por algunos como una "cosa sin dueño, susceptible de apropiación privada; otros lo consideran, en cambio como una cosa susceptible de apropiación y de relaciones posesorias, pero sometido a un régimen especial. Esta segunda tesis es la más lógica y merece las aclaraciones siguientes:

- Los herederos son propietarios del cadáver del causante. Tiene un poder de disposición limitado: hacerle "un entierro adecuado, determinar el epitafio y excluir

las intromisiones de los que no tienen derecho". Quien tiene un poder de hecho sobre un cadáver puede igualmente disponer de él para fines científicos.

- También se predica que puede disponerse del cadáver, por causa de muerte (lugar donde debe enterrarse o incinerarse; donación o venta para fines de investigación científica, etc.).

- Si el cadáver careciera de propietario, es decir, de herederos que lo reclamen, una costumbre (hoy día casi universal) enseña que debe mirarse como res nullius; por lo tanto, el primer ocupante puede establecer sobre él una relación posesoria, lo cual se lleva a cabo desde tiempos inmemoriales por institutos de investigación científica.

4.3 DELIMITACION Y AUTONOMIA DE LAS COSAS

Las cosas que constituyen objeto de las relaciones posesorias, deben tener existencia autónoma e individualizada, esto es, constituir una unidad.

a. Tratándose de cuerpos sólidos, debe existir una delimitación de la cosa, es decir, formar una unidad. Debe, para ello, indicarse un criterio directo para

fijar el concepto de unidad jurídica de las cosas. Desde luego, debe desecharse todo criterio mecánico o atomístico.

"La unidad, en materia de cosas, no es precisamente lo que constituye unidad desde el punto de vista físico, sino que puede suceder que una pluralidad física, una variedad de objetos, se considere como unidad desde el punto de vista económico, así por ejemplo, un montón de trigo o de arena, un enjambre de abejas, un juego de naipes.

La unidad de un gran número de cosas está determinada por la cohesión natural (un caballo) o artificial (un automóvil).

En relación con otras cosas, la unidad se determina por el destino del conjunto; el criterio que sobre el particular se siga es de orden económico y rige la siguiente consideración: si "las piezas aisladas carecen de valor, teniéndolo únicamente en su conjunto y considerándolas el comercio en esta forma (naipes, granos), el conjunto forma una sola cosa".

b. Los cuerpos líquidos y gaseosos alcanzan existencia autónoma e individualizada, cuando son recogidos en

un recipiente: la unidad de éste sirve de delimitación.

c. Los inmuebles (finca raíces o predios) generalmente se determinan por la unidad inmueble; esta se integra por la extensión de tierra que pertenece a un mismo propietario, y que se encuentra inscrita como tal en los libros de registro inmobiliario.

4.4 POSESION SOBRE COSAS PRINCIPALES, PARTES INTEGRANTES Y PERTENENCIAS

Con el nombre de partes integrantes, designa la doctrina aquellas cosas que desde el punto de vista económico y jurídico no son independientes en sí, sino que hacen parte de otra cosa calificada de principal.

En general, la relación posesoria cuyo objeto es una cosa compuesta, comprende igualmente la de sus partes integrantes. El motivo es claro: normalmente la parte integrante guarda cierta conexión corporal con la cosa principal y, además, según concepciones del tráfico, forman una sola unidad.

Es lo que sucede con las construcciones, los árboles, las cosechas, etc., que miran como partes integrantes - del suelo; las instalaciones sanitarias y las de co-

rriente eléctrica en relación con un edificio, etc.

Es elemental que en estos casos la relación posesoria que tiene por objeto un inmueble o un edificio, se extiende sobre las partes integrantes.

Las pertenencias son las cosas muebles que, sin ser partes integrantes de una cosa principal, están destinadas a servir al fin económico de ella.

La pertenencia, pues, es una cosa accesoria económicamente, es decir, sirve a otra cosa mueble o inmueble; no es parte integrante en el sentido que conserva su propia corporeidad, como sucede con los utensilios, los animales, etc., que el poseedor de la finca destina para su cultivo y explotación.

Mientras las pertenencias estén prestando un servicio a la cosa principal, solo cabe hablar de una relación posesoria; o lo que es lo mismo, normalmente la posesión de una cosa principal implica la posesión de sus pertenencias.

4.5 POSESION DE OBJETOS QUE NO SON COSAS - POSESION DE DERECHOS

Los juristas romanos refirieron la posesión al ejercicio del derecho de propiedad. Pero, como en relación con el ejercicio de los derechos reales desembargados de la propiedad se daba igualmente el ejercicio de un poder de hecho sobre cosas, dichos poderes recibieron la denominación de quasi possessio.

La quasi possessio romana comprendió una determinada clase de poderes de hecho sobre cosas; pero en todo caso se refirió a poderse de hecho sobre cosas. Savigny expresa que la figura jurídica de la Juris quasi possessio, fué mal comprendida por los jurisconsultos que interpretaron el derecho posesorio romano y por ello la refirieron al ejercicio de cualquier derecho.

La ampliación del concepto primitivo de posesión implicó la ampliación del objeto de las relaciones posesorias, pues es natural que existen muchos derechos que no se ejercen sobre cosas de la naturaleza.

Pothier conserva la idea original de que el objeto de la posesión son cosas; pero admite la cuasi posesión no para las cosas que forman el objeto de los derechos

desmembrados de la propiedad, como en el derecho romano, sino para toda clase de derechos. En otros términos, Pothier distingue la posesión que recae sobre cosas y la cuasiposesión que se refiere a los derechos en general. Recordamos su pensamiento: "Solo las cosas corporales son susceptibles de posesión. Las cosas incorpóreas, es decir aquellas que no son susceptibles de una verdadera posesión propiamente dicha; pero lo son de una cuasiposesión".

Agrega el autor citado; "Esta cuasiposesión de un derecho consiste en el goce que tiene aquel a quien pertenece".

Esta doctrina de Pothier, que indica en sí una deformación de la quasi possessio romana, sufre una nueva transformación en el Código de Napoleón de 1804, pues el artículo 2228 habla de posesión de cosas como de la posesión de derechos.

Antes de analizar las fallas lógicas de esta extensión del objeto originario de la posesión, veamos cuál puede ser la causa desvirtuación del sistema romano en el antiguo derecho francés.

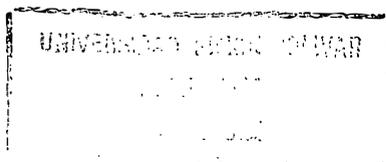
El origen de esa falla se encuentra en el mismo sistema

romano. Efectivamente, en este derecho se distinguieron dos clases de cosas: las denominadas cosas corporales y las cosas incorporeales.

Aquellas eran los entes de la naturaleza, lo perceptible por los sentidos; estas, los derechos subjetivos, especialmente los créditos. Dicha clasificación nació de una confusión. Los romanos confundieron el derecho de propiedad (su titularidad) con el objeto, o sea la cosa sobre la cual se ejerce.

Es verdad que en la propiedad se acentúa una correspondencia el derecho y la cosa; entre el poder jurídico (titularidad) y la cosa sobre la cual se ejerce. Es más el mismo derecho de propiedad llegó a designarse corrientemente por el objeto. El propietario en vez de decir "mi derecho de propiedad sobre esta casa", abreviadamente dice: "mi casa". Esta incorrección del lenguaje en sí es inofensiva; lo grave consiste en elevarla a doctrina.

Al observar los romanos que una persona componía sus bienes con propiedades sobre cosas y con créditos, y que estos se materializaban en una cosa, por una parte, y, por otra, al materializar la propiedad con el objeto, era apenas natural que clasificaran los



bienes en cosas y derechos. Las cosas, en realidad, como bienes eran propiedades, y las denominaron cosas corporales; los demás derechos no susceptibles de materializarse con la cosa, recibieron el nombre de cosas incorporales.

Es un hecho cierto que Pothier, al explicar la posesión, estuvo dominado por esta clasificación. Y dijo que la posesión recaía tanto sobre cosas corporales como sobre cosas incorporales. No obstante, advirtió que la verdadera posesión era la de cosas (corporales); que la posesión de cosas incorporales, es decir, derechos era apenas una cuasiposesión. Más tarde se prescindió del término cuasiposesión, por resultar más cómodo hablar de posesión de cosas y de posesión de derechos.

La moderna doctrina de los expositores franceses rechaza en forma unánime una teoría general de la posesión de derechos. Todo se debe a una confusión entre la titularidad del derecho y su ejercicio.

Cuando se dice que el acreedor es poseedor de su crédito, se está indicando que es titular de dicho crédito; cuando se dice que el usufructuario es poseedor de un derecho de usufructo, se está haciendo referencia a

la titularidad o existencia del derecho y no a su ejercicio.

En verdad que todos los derechos son susceptibles de ejercerse; pero solamente los derechos patrimoniales que recaen sobre cosas, pueden ejercerse mediante un poder de hecho sobre el objeto; los derechos que no recaen directamente sobre cosas, no son susceptibles de exteriorizarse o ejercerse mediante un poder de hecho sobre una cosa.

La doctrina moderna rechaza una teoría de la posesión de derechos, para conservar la idea primitiva de que la posesión se ha traducido siempre, y se traduce hoy en día, en un poder de hecho sobre una cosa.

Bello refirió la posesión a las cosas, como puede verse al consultar los artículos 762 y siguientes del Código Colombiano. Pero el artículo 776 de este Código dice que la "posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal".

Se trata, pues, de una simple referencia a la posesión de derechos, de un homenaje tributado a Pothier sin ninguna consecuencia de orden práctico, pues las accio-

nes posesorias, la usucapión y demás efectos de la posesión, solo se otorgan al poseedor de cosas y nunca al poseedor de derechos.

Una conclusión definitiva del derecho civil moderno es la que únicamente las relaciones materiales que el hombre establece con las cosas de la naturaleza, constituyen posesión. El ejercicio de derechos que no impliquen "un poder de hecho sobre una cosa", no engendra una relación jurídico material con la naturaleza; no pueden estar protegidos dichos poderes con las acciones que protegen la posesión de cosas: acción de recuperación y de conservación.

4.6 POSESION DE HERENCIA

El conjunto de bienes (derechos reales, personales, inmateriales, etc.) que es necesario transmitir a los herederos con ocasión de la muerte de una persona; se mira como formando una unidad jurídica que se denomina herencia.

Esta totalidad de bienes (o universalidad jurídica) se forma automáticamente en el momento de la muerte de una persona; y en ese mismo momento surgen los titulares de ella: los herederos. En consecuencia, el

heredero es sujeto de derechos sobre la herencia desde la muerte del causante.

No obstante, esta idea tan sencilla fue objeto de múltiples confusiones en el antiguo derecho concetudinario francés. Se dijo que la herencia era objeto de una especie de posesión por parte de ciertos herederos, a quienes se transmitía de pleno derecho en el momento de la muerte del de cuyus. Esta es la conocida institución de la saisine del artículo 724 del Code.

Sin embargo, no existe un total acuerdo acerca del sentido excto de la posesión hereditaria o saisine. Si se acepta la definición que de saisine dan Ripert y Boulanger en el sentido de que con dicha figura jurídica solo se indica "la habilitación legal reconocida al heredero... para que pueda ejercer los derechos y acciones del difunto sin necesidad de ninguna formalidad previa, en razón de ser el continuador de la personalidad del causante", tenemos que es incorrecto hablar de posesión de la herencia, pues se trataría de una mera facultad legal.

Pero otros autores advierten que la saisine se refiere directamente a la posesión de la herencia. Así Josserand dice que la "saisine hereditaire" comprende la

posesión de la herencia considerada como universalidad jurídica.

De acuerdo a Josserand y otros autores, es necesario contemplar en el derecho la posibilidad de una posesión sobre universalidades jurídicas. En otros términos el objeto de la posesión podría ser, además de las cosas corporales, los derechos universales.

Empero si se analizan los efectos que produce la saisine, caeremos en cuenta de que se trata de una confusión entre la titularidad del derecho y su objeto. Los herederos son titulares de una especie de derechos especiales: los derechos hereditarios. Esta es una categoría especial de derechos que es necesario distinguir de los derechos personales, de los reales y de los inmateriales. De manera que si, en vez de decir que a la muerte del causante los herederos adquieren la posesión hereditaria, se dijera más bien que a la muerte del causante los herederos adquieren derechos hereditarios, se obtienen exactamente los mismos resultados que en forma poco clara se pretende explicar con la saisine.

La prueba de ello es que la saisine en sí no constituye ningún poder de hecho. La saisine apenas faculta a

los herederos para que entren en posesión de los bienes. Maury Vialleton dice: "El heredero con saisine tiene el derecho de tomar la posesión de los bienes del difunto, muebles e inmuebles, sin llenar ningún requisito formal.

Puede, por tanto, en principio, ponerse inmediatamente al frente de la administración de la herencia, percibiendo los frutos y rentas de los bienes que la componen".

Algunas legislaciones Latinoamericanas se inspiraron en el Code y reglamentan la posesión de la herencia, como sucede en el Código Civil de Bello: "En el momento de deferirse la herencia la posesión de ella se confiere por ministerio de la ley al heredero".

Más sencillamente se explicarían las cosas si se dijera: existen los derechos hereditarios que surgen en favor de quienes tengan vocación hereditaria en el momento de la muerte del causante; esta titularidad de derechos hereditarios faculta al heredero para entrar en posesión de los bienes muebles e inmuebles y para ejercer las acciones que el causante venía ejerciendo o que podría ejercer.

Así evitaríamos introducir una figura jurídica que nada tiene que ver con la posesión de las cosas. Lo cual es necesario, porque una teoría no será claramente comprendida mientras no se la depure de aquellas doctrinas que le quitan su pureza.

4.7 EXISTE LA POSESION DE OBJETOS INMATERIALES?

Al lado de las cosas corporales o trozos de la naturaleza, el comercio moderno conoce los derechos patrimoniales que se ejercen sobre objetos inmateriales: derechos de autor, derechos industriales de marca, de clientela, de good will, etc.

Algunos de esos derechos (propiedad literaria, artística, industrial, etc.) pueden ser desconocidos o lesionados; en tal caso el titular, mediante acciones especiales, puede evitar el desconocimiento o lesión.

Estas acciones tienen gran semejanza con las acciones posesorias de conservación o recuperación.

Pero es necesario evitar el extender el objeto de la relación posesoria a estos objetos inmateriales, pues nunca podrá existir correspondencia exacta entre la protección que se da al "poder de hecho sobre cosas"

y la que se otorga al "poder de hecho sobre objetos inmateriales".

4.8 CONCLUSION SOBRE EL OBJETO DE LA RELACION POSESORIA

La posesión propiamente dicha tiene por objeto cosas de la naturaleza esto es, objetos perceptibles por los sentidos según las concepciones corrientes.

Sobre esta clase de posesión es posible una teoría general, en sentido rigurosamente científico. A dicha teoría no se la debe identificar con una teoría más general aún de la apariencia de derechos.

Todos los derechos subjetivos, como las mismas relaciones jurídicas, son susceptibles de exteriorizarse mediante su ejercicio.

Pero este ejercicio de derechos familiares, hereditarios, crediticios, no se traduce en un poder de hecho sobre cosas; no son relaciones jurídico materiales del hombre con la naturaleza.

Ningún inconveniente de orden idiomático existe en que los juristas hablen de la "posesión de derechos familiares", "posesión de créditos", etc. con la condi-

ción de que se advierta que estas posesiones no hacen parte de la "teoría general de las relaciones posesorias" o teoría de las relaciones materiales del hombre con la naturaleza.

(4) Ibid, p.39-55

5. AUTONOMIA, FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA POSESION

5.1 AUTONOMIA DE LA TEORIA DE LA POSESION

- Los derechos patrimoniales sobre las cosas (derechos reales y ciertos derechos personales) suponen un poder de hecho o contacto material con la cosa. Generalmente, el poder de hecho corresponde al ejercicio de un derecho patrimonial, pero no en todos los casos.

Si supusiéramos que de los códigos se borrara la institución de la posesión y se tuviera en cuenta solo la teoría general de los derechos patrimoniales, tendría el orden jurídico que permanecer inactivo ante los ataques inferidos a un poder de hecho en los casos en que no pudiera acreditarse el respectivo derecho o poder jurídico en virtud del cual se posee.

La correspondencia constante entre el poder jurídico (existencia de un derecho) y el poder de hecho (ejercicio del derecho), es imposible frente a las exigencias

de la vida moderna. Imaginémosnos que cada uno tuviera que cargar consigo la prueba del derecho en virtud del cual posee una cosa, a fin de que frente a cualquier ataque a la relación material, pudiera exhibir inmediatamente el comprobante de la existencia del derecho.

Comenzando por las cosas de uso personal, cada cual tendría que cargar consigo el comprobante de la adquisición de la propiedad, lo que normalmente consistiría en un escrito; este tendría que extenderse a todas las que uno posee. En esa forma las transacciones comerciales se moverían difícilmente, pues la adquisición de cualquier objeto exigiría uno o varios para acreditar que las relaciones posesorias se encuentran amparadas con un poder jurídico, o, lo que es lo mismo, que el poder de hecho corresponde al ejercicio de un derecho patrimonial.

Además el orden jurídico no podría sancionar de manera rápida y eficaz los atentados contra las relaciones posesorias (delitos de hurto, estafa, abuso de confianza y demás lesiones contra la propiedad y derecho en general), cuando no acreditara el lesionado que el ataque ha implicado una lesión a un determinado derecho.

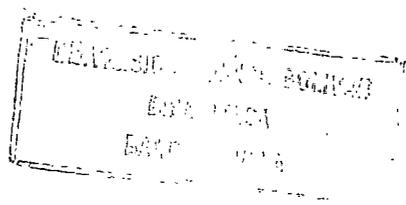
- Las relaciones posesorias no son consecuencia necesaria-

ria del ejercicio de derechos patrimoniales. En condiciones normales, el destino de los derechos patrimoniales sobre las cosas es que sean ejercidos mediante los poderes de hecho con relaciones posesorias.

Efectivamente, la adquisición de la propiedad implica que el adquirente obtenga la posesión; celebrado un contrato de arrendamiento, el arrendatario obtiene una relación material con la cosa (posesión en nombre ajeno o mera tenencia).

Pero, tanto el legislador romano como los legisladores actuales han tenido necesidad de contemplar el ejercicio de los derechos, mediante la relación posesoria, en forma independiente de la causa o existencia del respectivo derecho.

Esta independencia se traduce en el hecho de que las relaciones posesorias ejercidas en nombre propio durante cierto tiempo, tienen la virtud de crear el derecho; se contempla, por lo tanto, el caso de que el efecto establezca por sí mismo su propia causalidad, es decir, el derecho patrimonial. Así el ladrón o quien adquiera de quien no es dueño, pueden convertirse en propietarios con el transcurso del tiempo (institución de la usucapión).



Igualmente, esta independencia permite sancionar en forma inmediata todos los atentados contra la posesión, sin analizar si aquella abarca o no el respectivo derecho patrimonial (teoría de las relaciones posesorias).

5.2 POR QUE SE PROTEGE LA POSESION EN SI MISMA CONSIDERADA?

Todo poseedor, tanto el que posee en nombre propio como el que posee en nombre ajeno, se encuentra protegido por el orden jurídico, corresponda o no su relación material al normal ejercicio de un derecho patrimonial. Esta protección se traduce en la legítima defensa que tiene cualquier poseedor para rechazar los ataques que los demás dirijan a su poder de hecho, y en el ejercicio de las tradicionales acciones posesorias de recuperación y de conservación.

Por qué se protege la posesión en sí misma considerada?

Doctrinas de gran significación jurídica han elaborado los juristas para explicar esa protección. Ihering las recopiló en dos grupos: doctrinas absolutas y doctrinas relativas.

a. Doctrinas absolutas son las que buscan el motivo

de la protección posesoria en el mismo hecho de la posesión; y relativas, las que buscan ese motivo "no en la posesión misma, sino en consideraciones, instituciones o preceptos jurídicos extraños a ella".

Entre las doctrinas absolutas, la teoría de la voluntad fué la que mereció mayor crédito. La relación posesoria, se dice, no es sino la voluntad humana que se realiza sobre las cosas; esa voluntad debe ser reconocida por el orden jurídico y debe hacerse respetar de los demás.

A este mismo grupo de doctrinas pertenece la de la personalidad, según la cual la relación posesoria no es otra cosa sino la afirmación de nuestra personalidad sobre el mundo exterior.

La principal doctrina relativa fué la enunciada por el mismo Ihering, para quien la protección posesoria es un complemento necesario de la protección que los juristas romanos dieron a la propiedad.

La posesión es exteriorización de la propiedad, y proteger la posesión es proteger la propiedad.

b. Dos observaciones deben hacerse respecto de la

clasificación de Ihering:

- Se formuló en vista de la necesidad de explicar el sistema posesorio romano.
- No es racional el criterio de clasificar una doctrina como absoluta o relativa, según que el motivo pueda extraerse de la existencia en sí de una institución, o de la existencia de otras instituciones de donde se pretende derivarla. Ninguna institución jurídica tiene una total autonomía frente a la orden jurídica.

Teniendo en cuenta las anteriores observaciones, como también el hecho de que no se trata de explicar los motivos que tuvieron los romanos para proteger la posesión, sino los motivos que prevalecen en el derecho civil actual, y siguiendo un criterio diferente del empleado por Ihering clasificaremos en dos grupos las doctrinas que pretenden explicar la protección jurídica de las relaciones posesorias, a saber: doctrinas individualistas y doctrinas de utilidad social.

En la primera se hace prevalecer el interés particular de los poseedores, mientras que en la segunda se mira el interés social de la comunidad. Pero el interés individual y el social, en vez de excluirse, se comple-

mentan mutuamente, y aún más: la protección dada a un poseedor no solo es protección individual, sino también social; y a la inversa, la protección del interés social repercute en una mejor protección del interés particular.

5.3 PROTECCION DEL INTERES INDIVIDUAL DEL POSEEDOR

Se ha dicho que los derechos subjetivos patrimoniales que se ejercen sobre las cosas, se hacen visibles mediante su ejercicio, esto es, mediante el poder de hecho o relación posesoria. Esta visibilidad o apariencia adquiere por sí gran importancia frente al comercio y frente al orden jurídico, ya que éste no puede hacer otra cosa sino interpretar la economía social existente en una sociedad.

Despréndese de aquí una presunción de gran valor práctico: se presume que el ejercicio de los derechos o relaciones posesorias corresponde a la existencia de un derecho patrimonial. Así, cuando veo a un agricultor cultivando un fundo, debo presumir que es un arrendatario, o un propietario, que tiene un poder de hecho, como consecuencia del ejercicio de un derecho patrimonial.

Se comprende esta presunción si se tiene en cuenta que las relaciones posesorias pueden realmente ser de dos clases: legítimas o ilegítimas, el propietario, el depositario, el usufructuario, el arrendatario, etc. se encuentran en una relación posesoria legítima; el ladrón y el ocupante de hecho de un predio ajeno se encuentra en una relación posesoria ilegítima. Pero un orden jurídico firmemente establecido, sin duda, ha impuesto el respeto de los derechos subjetivos, y ha organizado los medios adecuados para que no sean violados; por ello se encuentra en capacidad de sancionar rápida y eficazmente los atentados que contra ellos dirijan los demás. Por lo tanto, la mayoría de las relaciones posesorias serán legítimas y sólo excepcionalmente se darán posesiones ilegítimas.

Una presunción debe referirse a lo que normalmente sucede, de suerte que la excepción necesite de prueba. Por tal motivo, se presume o reputa que las relaciones posesorias son legítimas, es decir, que implican el normal ejercicio de un derecho patrimonial; más dicha presunción puede destruirse acreditando en forma concreta que alguien ha robado u ocupado de hecho un fundo, o sea, que su acción posesoria es ilegítima. Presumir que las relaciones posesorias son legítimas indica presumir que se posee en virtud de un derecho patrimo-

nial.

Naturalmente que esta presunción de licitud de las relaciones posesorias en un momento dado favorece al ladrón, pues mientras no se pruebe lo contrario, se presume que su poder de hecho corresponde al ejercicio de un derecho patrimonial. Sucede algo semejante a lo que acaece con la presunción general de inocencia que favorece a las personas en derecho criminal. El delincuente es la persona a quien se probó un ilícito; mientras tal prueba no se acredite, nadie puede tener esa calidad. En el fondo, la presunción general de licitud de las relaciones materiales del hombre con las cosas, es derivación de la presunción de inocencia y favorece a toda persona.

Puede decirse que esta presunción de legitimidad es tan valiosa y tan amplia, que sirve para explicar las demás doctrinas que pretenden aclarar el motivo de la protección a la posesión en el interés individual.

Así, cuando se dice que la posesión es el hecho por el cual la voluntad humana se realiza sobre las cosas, cabe agregar que debe tratarse de una voluntad lícita, y que la presunción enunciada lleva a presumir que las personas actúan honorablemente en las relaciones

que establecen con las cosas.

5.4 PROTECCION DE LA UTILIDAD SOCIAL

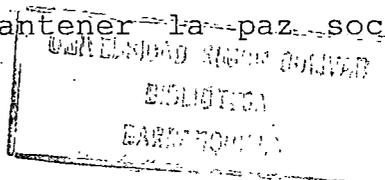
Al lado de los motivos de orden individual, deben agregarse los de utilidad social, los cuales tienden a prevalecer en la doctrina actual, y su alcance es de tal significado, contribuyen a dar una verdadera razón de ser a los motivos individuales.

Desde dos puntos de vista puede contemplarse la utilidad social de la protección que se dá a las relaciones posesorias:

- La relación posesoria es necesario protegerla en sí, a fin de sancionar en forma inmediata los atentados que contra ella se dirijan, pues solo en esa forma se puede garantizar la paz social.
- La posesión actual representa una explotación de las cosas, lo que se traduce en un aumento de la riqueza general.

5.4.1 La posesión y la paz social

Se protege la posesión para ~~mantener la paz social.~~



Uno de los elementos esenciales del orden público es el mantenimiento provisional del estatu quo ante las relaciones de orden material con las cosas, y sin esta protección a los simples estados de hecho, se destruiría la paz social y vendría la anarquía. Sobre el particular, advierte Wolff: "El fundamento de la protección posesoria reside en el interés que tiene la sociedad de que los estados de hechos existentes no puedan destruirse por actos de propia autoridad, sin que se impugnen por vías de derecho, si con él contradicen. La protección posesoria es protección de la paz social reacción contra la realización del derecho por la propia mano del lesionado y que una sociedad medianamente organizada no puede tolerar".

La protección que otorga el orden jurídico a los estados de derecho (relaciones posesorias), se caracteriza:

- Por ser provisional, ya que ante la justicia puede acreditarse que alguien posee ilegítimamente, caso en el cual el Juez ordenará la cesación de la relación posesoria.

- Por ser general, de ahí que cobije no solo al poseedor en nombre propio, sino también al poseedor en nombre ajeno o meros tenedores. El derecho romano creyó que

protegiendo al poseedor en nombre propio, se garantizaba la paz general; pero el derecho moderno extiende la protección posesoria a todos los poderes de hecho, correspondan o no al ejercicio del derecho de propiedad.

5.4.2 La posesión y la explotación económica de los bienes

Los derechos subjetivos patrimoniales sobre las cosas se utilizan o explotan mediante la posesión. En el tiempo, primero fué la relación posesoria y más tarde la regulación de los derechos subjetivos. Por lo tanto, un derecho patrimonial no puede extenderse de su ejercicio o explotación; trátase de uno de los hechos en que lo jurídico continúa nutriéndose de la materia que lo engendró. De nada serviría una técnica reglamentación de los derechos, si sus titulares no lo ejercieran.

Por tal circunstancia, las normas jurídicas tienen en cuenta el ejercicio de los derechos o relaciones posesorias, por ser más útil para la satisfacción de las necesidades individuales y sociales que la vacua titularidad de ellos. Con razón se ha dicho que la posesión revela la utilización del capital o el consumo de bienes destinados a la satisfacción de necesidades;

"la tranquila gestión de éstos en todas sus formas es presupuesto esencial del bienestar económico".

Así lo ha comprendido el legislador colombiano al estatuir el artículo 1o. de la ley 200 de 1936, que se presumen de propiedad particular "los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica".

5.5 NATURALEZA JURIDICA DE LA POSESION

La posesión representa uno de los procesos que contribuyen a integrar los derechos patrimoniales sobre las cosas, y constituye la forma más adecuada de su ejercicio y explotación.

Pero, tanto en virtud de la autonomía que ella toma y que se manifiesta en la protección jurídica que se le dá, como también en la posibilidad de transmitirla por acto en tre vivos o por causa de muerte, sin tener en cuenta si es consecuencia o no de la existencia de la titularidad del derecho, ha llevado a los juristas a preguntarse que figura es la relación posesoria,

dentro del conjunto de figuras jurídicas que integran la técnica jurídica de un sistema de derecho.

Es la posesión un simple hecho, o un derecho personal, o un derecho real?

- Savigni, concentrando su atención sobre el sistema posesorio de los romanos, advirtió que la civilis possessio es a la vez un hecho y un derecho; considerada en sí misma, la posesión es un hecho; pero considerada en sus efectos, es un derecho personal.

La posesión en sí es un hecho, y su existencia es independiente de las reglas de derecho que se trazan para su adquisición o pérdida; por tal motivo, su adquisición puede resultar de la violencia.

Pero, por sus efectos, especialmente los interdictos, la posesión debe clasificarse al lado de las obligaciones o derechos personales, pues los interdictos forman parte de la teoría de las obligaciones.

Contemplar una doble naturaleza jurídica de la posesión, constituye una incorrección lógica; y con mayor razón si cada una de estas naturalezas es contradictoria. De ahí que la tesis de Savigny haya sido superada en

el derecho actual.

- La posesión es un derecho real provisional.

Esta proposición resume el estado actual de la doctrina civil sobre este punto. En derecho moderno, es derecho subjetivo real todo poder de voluntad que se ejerza sobre cosas, y que mediante acciones puedan hacerse valer frente a todos. La posesión es un poder de hecho que se ejerce sobre cosas, poder que se encuentra protegido con acciones reales, pues las acciones posesorias se refieren a cosas y pueden ejercerse contra todos. Más existe una diferencia entre los derechos reales propiamente tales y la posesión, ya que los primeros constituyen poderes jurídicos definitivos, y la posesión, en cambio, es un poder de hecho provisional, en el sentido de que puede desaparecer frente a la acción que se deriva de la propiedad, de uno de los derechos reales desmembrados de ella o de un simple derecho personal.(5)

(5) VALENCIA ZEA, Arturo. Derechos reales. tomo 2B, p.69-78.

6. ADQUISICION, PRUEBA Y PERDIDA DE LA POSESION

6.1 ADQUISICION ORIGINARIA Y DERIVATIVA POR ACTO ENTRE VIVOS

Lo mismo que la adquisición de los derechos patrimoniales, la de la posesión puede ser originaria y derivativa.

- La adquisición originaria o por acto unilateral se realiza cuando el adquirente toma la posesión de una cosa sin consentimiento de su poseedor anterior, y se cumple con la sola intervención de la voluntad del adquirente. Tal es el caso de la posesión que obtienen quienes se apoderan de cosas muebles que a nadie pertenecen (productos de la caza y de la pesca), y de la posesión ilícitamente obtiene el ladrón, el usurpador, de predios ajenos, etc.

La adquisición originaria de la posesión constituye un acto jurídico unilateral y real. Es acto jurídico unilateral, pues debe mediar la voluntad de adquirir

la posesión y solo la voluntad de quien quiere adquirir; es real, dada la circunstancia de que no es suficiente la sola voluntad, sino que ésta debe estar acompañada de la efectiva adquisición del poder de hecho, o sea, la constitución de una relación material con la cosa.

- Existe adquisición derivativa en todos los casos en que la posesión del adquirente se fundamenta en la posesión existente en un poseedor anterior, que se denomina causante o transmitente.

En consecuencia, la adquisición derivativa implica necesariamente una sucesión jurídica de posesión. La sucesión jurídica indica que una determinada relación posesoria se encuentra radicada en una persona y que de esta se transmite a otra.

El propietario puede transmitir a otro una posesión en nombre propio como sucede cuando vende o permuta; también el arrendatario puede transmitir a otros su posesión en nombre ajeno, como cuando subarrienda. La adquisición puede realizarse inter vivos o mortis causa.

- Adquisición derivativa por acto entre vivos. La adquisición derivativa por acto entre vivos se separa

de ciertas reglas que gobiernan la adquisición derivativa de derechos, especialmente de aquella que enseña que nadie puede transmitir a otro derechos que no tiene o derechos de calidad superior: "Nemé plus juris ad alium trasferre potest quam ipse habet".

La excepción consiste en que el adquirente puede hacer suya una posesión de que carecía el transmitente, o una posesión de grado superior a aquella de que era titular el causante. En dos casos principales se realiza la regla enunciada:

. Cuando el transmitente es poseedor de mala fé (se trata de un ladrón), y el adquirente, ignorando tal circunstancia, entiende adquirir de quien cree que es el poseedor legítimo. En esta hipótesis el adquirente será considerado como poseedor de buena fé, lo cual enseña que una posesión de mala fé se ha transformado en una buena fé.

. Cuando el transmitente es poseedor en nombre ajeno, es decir, cuando tiene la cosa con obligación de devolverla a un poseedor mediante (propietario, usufructuario, etc.) pero, traicionando la confianza que en él se ha depositado y afirmando ser el propietario, transmite el poder de hecho a un sucesor. En este caso, el adqui-

rente adquiere una posesión de propietario o en nombre propio...

Varios artículos del Código Civil contemplan estas excepciones.

En primer término, el artículo 764 y el artículo 768, en armonía con el 778, advierten que la buena fé se aprecia en el momento de la adquisición de la posesión y que la posesión del sucesor principia en él, lo que equivale a decir que la buena fe se aprecia subjetivamente en el sucesor o adquirente; y que si éste es de buena fe, su posesión le será igualmente, aunque el trasmitente fuera poseedor de mala fe.

En segundo término el artículo 753 establece que el adquirente puede ganar la propiedad por prescripción, aunque el tradente no tuviera ese derecho.

Solo la posesión de propietario o posesión en nombre propio, engendra el dominio por prescripción, y, por lo tanto, si el tradente es poseedor en nombre ajeno, carece del derecho de ganar la propiedad por prescripción; pero si el adquirente entendió adquirir la propiedad, adquiere en todo caso una posesión de propietario.

- La adquisición derivativa por acto entre vivos supone la entrega material de la cosa. Excepciones: Tratándose de la adquisición de una relación material o poder de hecho sobre una cosa, es necesario que el transmitente se desprenda de la tenencia de la cosa y la obtenga el adquirente, vale decir, es necesario que exista la entrega corporal o material de la cosa.

. La entrega puede realizarse mano a mano, especialmente cuando se trata de cosa mueble. Esta forma de entrega se realiza cuando la cosa se encuentra presente y el transmitente la entrega de modo directo al adquirente, como en las ventas de artículos que a diario hacen los almacenes.

. Más el comercio no exige siempre la presencia física de la cosa, esto es, que la tenga actualmente el transmitente bajo su poder, pues también se entrega material todo acto en virtud del cual el poseedor permite al adquirente obtener de hecho sobre la cosa.

. El transmitente puede mostrar la cosa al adquirente y autorizarlo para que la tome bajo su poder. Los dos primeros numerales del artículo 754 se refieren a la adquisición de una posesión de propietario de cosas muebles, pero son aplicables asimismo a la adqui-

sición de la posesión de cosas inmuebles.

2) Se realiza también la entrega material por la entrega de las llaves del sitio donde está guardada la cosa cuando se trata de muebles (num. 3o. del artículo 754), o simplemente por la entrega de las llaves del predio o casa de habitación.

3) La remisión constituye entrega material de las cosas muebles, y por ella el transmitente se encarga de poner la cosa a disposición del adquirente en un lugar convenido, o de entregarla a la persona que indique el adquirente (artículo 754, num. 4).

3) En ciertas ocasiones, el simple acuerdo de voluntades es suficiente para transmitir una posesión sin necesidad de entrega material alguna. Esto sucede en dos casos: mediante el traditio brevi manu y la constitutio possessorium.

1) La traditio brevi manu implica la transformación de una posesión en nombre ajeno (mera tenencia), en una posesión en nombre propio.

Si alguien tiene una cosa mueble o inmueble en calidad de arrendatario, depositario u otro título análogo,

y por negocio jurídico adquiere la propiedad, este negocio transforma la posesión en nombre ajeno, es posesión de propietario (num. 5 artículo 754). Aquí se adquiere una posesión de propietario, sin necesidad de entrega material; pero entiéndase bien que el adquirente era ya titular de una posesión en nombre ajeno. Se trata más bien de una transformación de la posesión adquirida, en otra de grado superior.

2) El constitutum possessorium supone una hipótesis inversa a la anterior. El dueño vende, dona o permuta una cosa, pero conviene con el adquirente en que retiene la cosa como arrendatario, depositario, etc. Aquí se transforma una posesión de propietario, en una posesión en nombre ajeno.

4) Adquisición de la posesión mediante representante. En el derecho civil moderno, es un hecho cierto que la posesión puede ser adquirida mediante representante (artículo 781). La representación puede ser legal o convencional. Al respecto, estatuye el artículo 781: "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 representante 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 fué tomada a su nombre".

En la adquisición mediante representante, se requiere que el mandatario o representante exprese la voluntad de adquirir para su representado (representación directa). En este caso se realiza automáticamente la transmisión de la posesión al mandante o representante, aún sin su conocimiento. Lo cual es lógico, pues el mandante ejerce su poder de hecho por intermedio del representante o mandatario. Por lo tanto, la solución de la primera parte del artículo 782 se encuentra conforme con los principios generales sobre representación directa, pues se sabe que, según tales principios, la representación directa transmite automáticamente el derecho al mandante, que en este caso es posesión.

Con razón se ha dicho que "cuando hemos dado la orden de tomar la posesión de una cosa y nuestro representante ha ejecutado esta orden sin que nosotros hayamos tenido conocimiento, la adquisición la adquirimos desde el momento de la aprehensión; porque desde ese momento, no solamente hay para nosotros posibilidad de disponer

de la cosa, sino que en realidad se ha dispuesto de ella conforme a nuestra voluntad.

Se trata pues, de una posesión *suigeneris*, cuya adquisición no exige que el heredero se ponga en contacto material con las cosas de la herencia; tan cierto es lo dicho que el artículo 733 advierte que el heredero adquiere la posesión desde la relación, aunque lo ignore.

Veamos ahora si tiene alguna utilidad práctica esta regla, y cuál es su interpretación en derecho moderno.

Dos cuestiones trata de resolver el principio de que la posesión que tenía el causante se trasmite por ministerio de la ley al heredero, aunque este lo ignore:

1a) Si el causante se encontraba ganando por usucapión la propiedad de la cosa poseída, el heredero continúa prescribiendo en la misma forma, esto es, que la muerte no es causal de interrupción aunque el heredero de hecho no tome la cosa heredada sino pasado algún tiempo desde el día de la apertura de la sucesión.

2a) El heredero es titular de las acciones posesorias de conservación y recuperación de las cosas que poseía.

el causante, aún antes de haber tomado posesión de ellas. El ejercicio de las acciones posesorias exige que el poseedor actual haya sido perturbado por un tercero. Si entre el día de la muerte del causante y el día en que el heredero entra en posesión de las cosas, alguien arrebatara una cosa de la herencia, tendríamos que el heredero, por no ser poseedor actual, estaría imposibilitado para recuperar esa cosa. El referido principio en todo caso otorga personería al heredero para defender la posesión de las cosas que hereda, aunque aún no haya entrado en posesión de ellas. Encuentra una corroboración lo dicho en el artículo 975.

6.2 ADQUISICION DERIVATIVA POR CAUSA DE MUERTE

Varios artículos del Código Civil se refieren a la adquisición de la posesión por causa de muerte. En primer término el artículo 757 preceptúa que en el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por ministerio de la ley al heredero, y según el artículo 1013 (2a. parte), una herencia o legado se defieren en el momento de la muerte del causante.

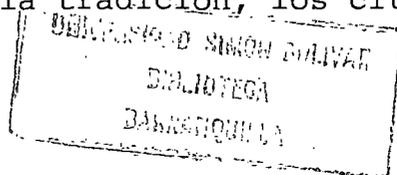
En segundo lugar, el artículo 783 agrega que la posesión

de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore. El que válidamente repudia una herencia, se entiende no haberla poseído jamás. Por último, el artículo 975 enseña que el heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor, si viviese.

Por estos textos legales fácilmente se comprende que el heredero adquiere con la muerte del causante la posesión de las cosas que aquel poseía, es decir, que de la misma manera que la posesión puede transmitirse por acto entre vivos, también puede transmitirse por causa de muerte.

Si con la regla de que la posesión se trasmite a los herederos, se quisiera indicar que a la muerte de una persona sus herederos tienen derecho a tomar para sí las cosas que venía poseyendo aquella, y que la nueva posesión es simple sucesión la del causante, en realidad nada más sería necesario agregar, pues se trataría de una regla sencilla y que en nada modificaría los principios generales sobre adquisición derivativa de las relaciones posesorias.

Pero, en realidad, consultando la tradición, los citados



artículos 757 y 783 pretenden afirmar una regla que se enuncia así: Con la muerte de una persona, la posesión de todos y cada uno de sus bienes se trasmite ipsojure a sus herederos.

Sin duda, el principio de los artículos 757, 783 y 975 encuentran su origen en el derecho Francés y el Germano.

1) El artículo 724 del Código Francés prescribe que los herederos legítimos, naturales, y el cónyuge supér-tite quedan investidos de pleno derecho, de todos los bienes del difunto. Este ha dado lugar a la institución de la saisine, que equivale a posesión hereditaria. Cuál es dentro de la actual doctrina francesa, el sentido exacto de este texto legal?.

Planiol advierte que "la saisine es simplemente la habilitación legal reconocida al heredero... para que ejerza los derechos y las acciones del difunto sin necesidad de alguna formalidad previa", y agrega es necesario no confundir la saisine "con la posesión de los bienes: un heredero con saisine puede no tener la posesión de los bienes hereditarios y puede, en cambio, tenerla un sucesor irregular".

En consecuencia, el concepto actual de transmisión automática de la posesión del causante a los herederos (saisine), tan solo indica que estos quedan habilitados para entrar en posesión de los bienes sin autorización de la justicia; que pueden ejercer las acciones posesorias aún antes de tomar posesión, y que, finalmente, la adquisición de la propiedad por prescripción que venía ganando el de cujus, continúa en los herederos sin interrupción de ninguna clase.

2) El 857 del Código Civil Alemán prescribe: "La posesión se trasmite a los herederos". Enseña Wolff que "al ordenar la transmisión hereditaria de la posesión, la ley no ordena con esto la transmisión del señorío de la cosa al heredero. La ley sería impotente para ello, y la conciencia popular, llamada a juzgar los supuestos efectivos del señorío, verá sin duda el señorío de la cosa en la persona que pasa por heredero, mientras dure esa apariencia". Lo que se trasmite, según dicho autor, son los derechos que se derivan de la posesión, más no la posesión; los derechos derivados de la posesión no son otra cosa sino la facultad de poseer, esto es, de tomar la cosa, y el ejercicio de las acciones posesorias y el derecho de continuar ganando por prescripción el dominio que venía ganando el causante, sin interrupción de ninguna clase.

Consultando, pues, los antecedentes históricos que informan los artículos 757, 783, y 975 del Código Civil sobre adquisición derivativa de la posesión por causa de muerte, resulta:

- A la muerte del causante los herederos quedan facultados para tomar la posesión de las cosas que poseía aquel, y no necesitan autorización de la justicia para constituir la posesión.

- Los herederos pueden ejercer las acciones posesorias contra quien usurpe una de las cosas que el causante poseía, sin necesidad de haber entrado en posesión de dichas cosas.

- No se interrumpe la prescripción del dominio en favor de los herederos.

Las dos últimas consecuencias fueron las que los antiguos trataron de explicar mediante el principio de la transmisión de la posesión por ministerio de la ley, dando a entender que el heredero era realmente poseedor desde la muerte del causante. Los juristas han prescindido del artificio que tiene el mencionado principio, conservando de él lo estrictamente práctico. Para ello se dice simplemente: Por la muerte los herederos

adquieren los derechos que se derivan de la posesión (especialmente la facultad de ejercer las acciones posesorias y continuar sin interrupción la prescripción causante). En esta forma no se desfigurará la noción de posesión, que ha sido y es siempre una relación material entre el hombre y las cosas.

En este sentido e interpretando la realidad actual, el artículo 250 del proyecto del Código Civil Colombiano estatuye que "la posesión de las cosas se trasmite a los herederos Los asignatarios que entran en posesión de aquellas cosas, se entiende que han entrado a poseer desde la apertura de la sucesión".

6.3 LA POSESION CONTINUA EN EL SUCESOR

Toda adquisición derivativa de la posesión supone transmisión de la posesión de un sujeto a otro, lo cual nos enseña que la posesión es tratada de la misma manera que la propiedad y demás derechos patrimoniales salvo las excepciones que veremos enseguida.

- Para que pueda hablarse de transmisión de la posesión o continuación de ella en el sucesor o adquirente, se requiere que se trate de una sucesión jurídica. La sucesión jurídica en la posesión exige, si se trata

de adquisición por acto entre vivos, un negocio jurídico, y si se trata de adquisición por causa de muerte, una sucesión hereditaria legal o testamentaria. Por lo tanto, no existe sucesión jurídica en favor de quien adquiere originariamente la posesión.

- La sucesión jurídica en la posesión indica esencialmente:

. Que el poseedor actual puede sumar al tiempo de su posesión la de su antecesor o antecesores.

. Que el adquirente adquiere la misma posesión del transmitente considerada en sus calidades objetivas, por ejemplo, posesión de propietario, de usufructuario, etc.

- El adquirente puede comenzar una posesión nueva o continuar la de sus antecesores. La regla de la continuación de la posesión en el sucesor es de orden privado y se deja a la iniciativa del poseedor. Esta regla la estatuye con claridad el artículo 788 "Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios.

"Podría agregarse en los mismos términos, a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores".

Esta regla tiene una máxima importancia para la prescripción adquisitiva o usucapión. En bienes inmuebles, el dominio se gana por una prescripción ordinaria de 10 años o una extraordinaria de 20, y en este caso el poseedor actual facultado para agregar al tiempo que lleva poseyendo por cuenta propia, el tiempo durante el cual poseyeron sus antecesores (artículo 2551). Se aplica también esta regla para el ejercicio de las acciones posesorias (artículo 976, párrafo final).

6.4 DE LA PRUEBA DE LA POSESION

6.4.1 La causa de la relación posesoria determina su calidad o clase

El comercio y la práctica judicial exigen frecuentemente calificar la calidad de la posesión que una persona tiene; es decir, si se trata de una posesión en nombre propio o posesión de propietario, o de una posesión de usufructuario, de arrendatario, etc.

En muchas ocasiones es suficiente examinar la causa de la posesión o título en virtud del cual se adquirió.

Frecuentemente, quien obtiene una relación posesoria es un inmueble o en inmuebles de alto valor, lo hace en virtud de un título o causa, este es, como consecuencia de un contrato. Por lo tanto, todo contrato que produzca como efecto la entrega material de la cosa, determina invariablemente la clase de posesión adquirida. Así los negocios jurídicos de venta, permuta, donación etc.... engendran una posesión de propietario; en cambio, los negocios jurídicos de constitución de usufructo, los de arrendamiento, anticresis, comodato etc.... engendran una posesión en nombre ajeno o relación de mera tenencia.

6.4.2 Cuando no es posible determinar la calidad posesoria por la causa, se recurre a una presunción

Esta presunción la enuncia así el artículo 2230 del Código Francés: "se presume una posesión de propietario, si no se prueba que se empezó a poseer por otro".

En consecuencia si una persona se encuentra en relación material con una cosa (lo que nunca se presume por ser un hecho susceptible de prueba directa), y se trata de precisar si posee para sí (posesión de propietario, artículo 762) o posee para otro (posesión del 775) y no existe prueba directa, se presume la posesión

de grado superior, o sea, la de propietario.

El párrafo, 2o. del artículo 762 del Código Civil dice que "el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo".

Equivale esta presunción del Código Civil a la del Código Francés? Aunque la presunción del 762 tiene un alcance superior a la del 230 del Código Francés, no obstante, en el derecho nacional todos los problemas acerca de la prueba de la voluntad de poseer para sí se resuelven, con ayuda de la presunción, en el mismo sentido que es enunciada por el 230 del Código Francés.

A este respecto advierte Antonio Rocha, refiriéndose a la presunción del artículo 762 que "el estado de cosas actual para el poseedor es hallarse en contacto con la cosa, materialmente, con ánimo de hacerla suya... de buena o mala fe, pero siempre con voluntad y sin ánimo precario".

Esta explicación coincide con la presunción del artículo 2230 del Código Francés y, es la más aceptable en el derecho nacional. Por lo tanto basta al actual poseedor ejercer un poder de hecho sobre la cosa y la afirmación de su voluntad de poseer para sí, para que se presu-

ma una posesión de propietario, o sea, para que se tenga por establecida la voluntad afirmada. Sentada esa primera presunción, viene una segunda, en el sentido de que quien posee como propietario, se presume ser propietario. Todo se reduce a decir que la segunda parte del artículo 762 enuncia dos presunciones; en cambio, el 2230 del Código Francés enuncia una sola. Con la presunción del artículo 2230 del Código Francés coincide con la del 1141 del Código Italiano de 1942, que dice: "se presume la posesión en quien ejercita el poder de hecho, cuando no se prueba que se ha comenzado a ejercitarle simplemente como detentación" (posesión en nombre ajeno).

6.4.3 Una relación posesoria actual y una remota hacen presumir la intermedia

No solo es necesario determinar la clase de posesión que ejerce una persona en un momento dado, sino en muchos casos es preciso saber durante cuanto tiempo se ha poseído y en qué calidad, especialmente cuando se alega la adquisición de la propiedad o algún otro derecho real por usucapión.

Sobre el particular, el párrafo 3o. del artículo 780 del Código establece: "Si alguien prueba haber poseído

anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio". Esta presunción no hace otra cosa que recoger una regla del derecho antiguo, que ha sido sostenida en forma unánime: Probatis extremis media presumuntur.

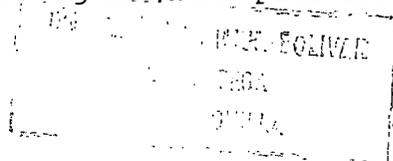
6.4.4 La relación tiende a conservar su calidad inicial

También se presenta el problema de saber, una vez determinado el tiempo durante el cual se ha poseído, si la relación posesoria ha tenido una misma calidad o si ésta ha cambiado.

A este efecto, existe una nueva presunción que se enuncia así: determinada la calidad posesoria en el momento de adquirir la posesión, se presume que en dicha calidad se ha continuado poseyendo, salvo que medie una causa que cambie o transforme la posesión.

Los dos primeros párrafos del artículo 780 del Código desmenuzan la presunción enunciada en sus dos principales aplicaciones: "si se ha empezado a poseer a nombre propio (posesión de propietario), se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega.

"Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume



igualmente la continuación del mismo orden de cosas".

6.4.5 Transformación de la relación posesoria

No solo es necesario sentar la presunción de la continuidad de la posesión inicial, sino que es preciso decir cómo puede destruirse esa presunción.

- Algunos casos ya han sido resueltos. En primer lugar, cuando una persona posee, como propietaria, puede convertir dicha posesión en una posesión en nombre ajeno, cuando vende pero conserva la cosa a título de arrendamiento, depósito, etc. Es el Constitutum possessorium, transforma una posesión de propietario, por una posesión en nombre ajeno. En segundo término, la traditio brevi manu implica la transformación de una posesión en nombre ajeno por una posesión de propietario, como cuando el arrendatario compra la cosa al dueño.

- Fuera de las hipótesis expuestas, veamos cómo puede transformarse una posesión en nombre ajeno por una posesión de propietario.

El artículo 777 del Código reza que: "el simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión". En este texto legal se recoge la doctrina de Pothier, quien decía: "Es un principio de derecho que uno no puede, por la sola voluntad ni por el solo transcurso del tiempo, cambiarse a sí mismo la causa de su posesión".

En consecuencia, para que una relación en nombre ajeno pierda tal calidad y se convierta en posesión de propietario, se requiere un hecho diferente del simple lapso de tiempo, ese hecho puede consistir: a) en el hecho proveniente de un tercero; b) en la oposición hecha al propietario.

1) El hecho o causa proveniente de un tercero es todo acto a título oneroso o gratuito, traslativo de la propiedad, proferido por un tercero en favor del poseedor en nombre ajeno (o mero tenedor). Así, se tiene a Pedro una casa en arrendamiento, pero posteriormente Juan afirma ser el propietario, y se la compro, mi posesión de arrendatario se ha cambiado por una posesión de propietario.

2) La oposición hecha al propietario por el poseedor en nombre ajeno, debe consistir en que este se comporte

como propietario, comportamiento que debe ir seguido de hechos en virtud de los cuales se desconozca el derecho del poseedor mediato.

Al respecto prescribe el artículo 791 que "si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, lo ususpa, 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 propio nombre la cosa". Esta regla da a entender que la oposición que el poseedor en nombre ajeno hace al propietario, no cambia la clase de posesión; sin embargo dicha regla debe considerarse complementada por el artículo 2531, que enseña que un título de mera tenencia "no dará lugar a la prescripción", a menos que en los últimos 30 años (hoy 20, según la ley 50 de 1936) el mero tenedor no haya reconocido al dueño el derecho de dominio. Por ejemplo, alguien comienza a poseer como arrendatario; durante 20 años no paga precios de arriendo, ni reconoce dicha obligación al dueño. Este hecho constituye oposición al derecho del arrendador y transforma la relación originaria de mera tenencia en una posesión de propietario.

6.5 DE LA PERDIDA DE LA POSESION

La idea más clara sobre pérdida de la posesión está

UNIVERSIDAD SIMO BOLIVAR
BIBLIOTECA JURIDICA
FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
DIRECCION

dada por el concepto general de ella, es, decir, que adquirida una posesión, se conserva todo el tiempo que el poseedor ejerza un poder de hecho sobre la cosa, y que se extingue cuando por una u otra causa cesa el poder de hecho.

6.5.1 Causas de pérdida de posesión

Entre las causas de pérdida de la posesión, deben distinguirse las que tienen carácter absoluto de las que tienen un carácter relativo. Causales de extinción absoluta son aquellas en virtud de las cuales el poseedor cesa definitivamente de poseer y nadie le sucede en la posesión como cuando la cosa perece, o sin perecer materialmente, perece jurídicamente, como cuando el animal domesticado recobra su libertad natural. Causales de extinción relativa son las que implican extinción de la posesión en una persona, por sucederle otra en el poder de hecho; trata aquí de una simple transmisión por acto entre vivos o por causa de muerte.

6.5.2 Pérdida voluntaria de la posesión

Un poseedor puede abandonar su poder de hecho de dos maneras: mediante un acto unilateral o mediante entrega. Unilateralmente se abandona la posesión cuando el posee-

dor abandona su poder de hecho, sin interesarle quien lo tome, como cuando se vota un periódico o casas insertables, para que los haga suyos el primer ocupante.

El abandono unilateral se caracteriza por no producir sucesión jurídica en la posesión, y por lo tanto, quien toma una de tales cosas, comienza 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.

Nos hemos referido a la pérdida de la posesión inmediata, pero la mediata también puede perderse. A este respecto, estatuye el artículo 786: "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". De manera que la posesión de propietario -en este caso posesión mediata- puede perderse por dos motivos:

- Cuando el poseedor inmediato (o poseedor en nombre ajeno) pierde la posesión.

- Cuando el poseedor inmediato enajena como propia la cosa que tenía a nombre de otro (u91, párrafo 1).

6.5.3 Pérdida involuntaria de la posesión

En general, las cosas robadas o sustraídas al poseedor constituyen pérdida involuntaria de la posesión (Código Civil, artículo 787).

Las cosas que se le extravían al poseedor, constituyen pérdida de la posesión cuando el extravío es definitivo, y no cuando es transitorio. Al respecto, enseña Pothier: "No hay que confundir con las cosas pérdidas las que, no habiendo salido de mi casa, tan solo se han desca- rriado; pues porque no tenga presente el lugar donde se encuentran, no dejo por esto de conservar la pose- sión.

Esta solución se encuentra confirmada por el artículo 788, que dice "la posesión de cosa mueble no se entiende perdida mientras se haya bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero".(6)

(6) Ibid, p.37.

7. POSESION MATERIAL E INSCRITA EN EL DERECHO

COLOMBIANO

7.1 ANTECEDENTES SOBRE LA POSESION INSCRITA

El artículo 762 del Código Civil define la posesión material dice que "posesión es la tenencia de una cosa". No la califica y no era menester calificarla, porque en esa forma sólo podía referirse a la material, que es la de la historia, la primera experiencia patrimonial humana, el primer ensayo de libertad y sobre las cosas y el perpetuo señorío del hombre sobre ellas, en todos los tiempos y lugares. De la misma suerte numerosos textos del citado código hablan de ella sin calificarla; el artículo 764, al dividirla en regular en irregular y definir la primera; los artículos 770 a 774, al definir la última y las posesiones viciosas; el artículo 777, al admitir la conversión de la mera tenencia en posesión, y el artículo 778, la adición de posesiones; el 779, al estatuir la ficción de posesión exclusiva durante la época de la indivisión; el 780, al establecer varias presunciones de posesión; el 782, sobre el tema

de la posesión directa o por intermediario, los artículos 784, 786, 787 y 788, relacionadas con las formas de adquirir y perder la posesión, el 952, al señalar al actual poseedor como extremo pasivo de la acción reivindicatoria, y todas las disposiciones que componen el título de las acciones posesorias ninguna calificación le dan, salvo el artículo 980, que habla de la inscrita. Posesión sin calificar, sustenta la vasta y fecunda presunción de dominio del artículo 762, la usucapión ordinaria del artículo 2526 y la extraordinaria del artículo 2531, con la calidad de económica funda la ocupación como modo de adquirir la propiedad de la tierra baldía, según el artículo 1o. de la ley 200 de 1936, la reversión del dominio consagrado en el artículo 6o., y la prescripción especial agraria del artículo 12 del mismo cuerpo legal. El Código Civil no califica en parte alguna la "posesión" sino cuando trata de la inscrita, porque el alcance histórico, humano, social e ideológico de la palabra le dá a ésta su contenido esencial de hecho o fenómeno objetivo y corpóreo. Así lo entendió el insigne autor de los "proyectos" sin excluir el último, en el cual se habría explicado tal vez la calificación de "material" al hacer figurar en él el foráneo estatuto de la posesión inscrita.

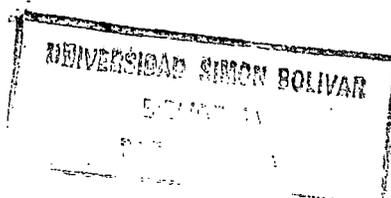
La llamada posesión inscrita no es posesión. Un uso indiscriminado de la palabra posesión vino a colocar a aquella al lado de la posesión material, como si se tratase de dos especies de un mismo género. Nada más erróneo que hacer de la llamada "inscrita" una especie de posesión, porque la posesión es conjugación de dos elementos, subjetivo uno y objetivo el otro; porque es el poder físico directo sobre las cosas, en virtud del cual se ejecutan sobre ella actos materiales de goce y transformación, sea que se tenga el derecho o no se tenga; por ella obtenemos los bienes de los bienes patrimoniales el beneficio señalado por la naturaleza o por el hombre; ella misma realiza en el tiempo los trascendentales efectos que se le atribuyen, de crear y sanear el derecho, brindar la prueba óptima de la propiedad y llevar a los asociados orden y bonanza; y es ella y no las intuiciones en los libros de registros, la que realiza la función social de la propiedad sobre la tierra, asiento de la especie y cumbre de las aspiraciones de las masas humanas.

La posesión inscrita no es nada de esto, ni logra nada de esto. Se trata de la inscripción en el Registro Público, de los instrumentos en que consta la adquisición de los derechos reales inmuebles. Pero, la anotación en un libro carece en sí, intrínsecamente, de

los elementos propios de la posesión, porque no es acto material y menos aún conjunto de actos materiales sobre la cosa requerido para probar la posesión; no es poder físico, ni esfuerzo ni trabajo, lo único acto para producir los efectos posesorios; ni obstáculo para que a espaldas de las inscripciones se desarrollen los hechos y la vida de manera incontenible.

Una inscripción en favor de quien no es dueño, no le dará una posesión que pueda triunfar sobre quien tenga la material, sea dueño o no; y en favor de quien lo es, no le permitirá ejercerla y conservarla si otro llega a tener la cosa materialmente. Una inscripción de inmemorial vigencia, no podrá hacer frente a la posesión material; ni valdrá tampoco para conservar la propiedad de la tierra si ésta no es poseída real y directamente. "Únicamente la posesión física es verdaderamente posesión; la tabular no es ni siquiera una especie coordinada de la física; su concepto (esencia jurídica), los efectos jurídicos de ambas difieren totalmente, porque la posesión tabular no goza de la característica protección posesoria de los interdictos".

Sabido es que en los primeros proyectos del señor Bello no figuró la posesión inscrita. Sólo en el último. Fué grande la influencia en el ilustre americano, del



Código Civil Austriaco de 1811. Este cuerpo legal estableció una "posesión" "tabular", esto es "inscrita", encomendada a la inscripción de los títulos, fuera de la cual no era posible la posesión (artículos 321 y siguientes), de modo que la material quede excluída. He aquí algunos artículos de dicho Código, cuya comparación con los textos del Código de Chile -y por lo tanto con los del Colombiano- es significativa.

"Artículo 321. La posesión legítima de un derecho real sobre cosas inmuebles sólo se adquirirá por la inscripción reglamentaria en el Registro Público".

"Artículo 322. Cuando la cosa fuere inmueble y existieren Registros Públicos, el derecho de posesión corresponderá exclusivamente al que se halle inscrito como poseedor de ella".

Estas disposiciones son sustancialmente iguales a los artículos 696 y 724 del Colombiano.

Artículo 350. "La posesión de los derechos y cosas inmuebles que se hallen inscritos en los registros públicos terminarán cuando sean cancelados... o se inscriben a nombre de otros".

Este precepto equivale a los artículos 728 del Código Chileno y 789, inciso 1o. del Colombiano.

Después de una larga vigencia de la posesión tabular en Austria, vigencia en la cual fué aprobada plenamente las reformas legislativas de 1914 a 1918, sugeridas por el notable jurista Unger, en las que fueron adoptados los sistemas posesorios alemán y suizo, conforme a los cuales no hay una posesión inscrita sino una posesión, la material; pues, la inscripción no sirve sino para efectuar la tradición y probar la titularidad del derecho.

La ley hipotecaria española de 1961, siguiendo la huella del Código Austriaco estableció también una posesión tabular, vinculada al registro y un procedimiento para inscribirla. Más la ley que empezó a regir el 1o. de enero de 1944, abolió la posesión tabular.

El mismo ensayo hizo el Código del señor Bello y de consiguiente el Código Civil Colombiano al adoptar en 1873 el Código Civil del Estado Soberano de Cundinamarca, o sea el mismo de la República de Chile. Más si la derogación legislativa no ha sido denunciada, la de la doctrina es un hecho, porque según ésta ninguno de los efectos atribuídos a la posesión inscrita por

el señor Bello se produce hoy. La Comisión Revisora del Código Civil de 1953 ha propuesto la eliminación de los textos referentes a ella, por considerar que no hacen papel en la institución posesoria.

Construye, el señor Bello, con materiales del Código Austriaco unas cuantas disposiciones que incluyó en su último proyecto, en los títulos de la Tradición, la Posesión, las Acciones Posesorias y la prescripción. Las nuevas normas fueron la simiente de la contradicción dentro de la teoría de la posesión clásica, cuya estructuración en todos sus proyectos fué paradigma de sabiduría, erudicción e ingenio, hasta el punto de que el artículo 924 del Código de Chile (igual al 980 del Colombiano), negación tajante de la posesión material en el campo de los interdictos, resúltase contiguo de aquel es cimiento milenario de la posesión de la tierra; que poco antes del artículo 2510 (igual al 2531), estatuto de la eminente prescripción extraordinaria, la negase, el 2505 (igual al 2526). El señor Bello motivó así la nueva institución: "La inscripción es la que dá la posesión real y efectiva, y mientras ella no sea cancelado, el que no ha inscrito su título no posee, es un mero tenedor.

Como el Registro Conservatorio está abierto a todo, no puede haber posesión pública, más solemne, más indis-

putable que la inscripción.

En algunas legislaciones la inscripción es una garantía no sólo de la posesión, sino de la propiedad, más para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todos los usufructuarios, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y el valor de sus títulos, y claro está que no era posible obtener ese resultado sino por medio de providencias compulsivas que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos jurídicos y muchas veces, juicios contradictorios, costosos y de larga duración. No dando a la inscripción conservatoria otra carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistente los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente.

Pero como no sólo los actos entre vivos, sino las transmisiones hereditarias están sujetas respecto de los bienes raíces a la solemnidad de la inscripción, todos los referidos bienes a no ser los pertenecientes a las personas jurídicas, al cabo de cierto número de años que se hallarían inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resul-

tado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial.

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

Se sigue de esta exposición que dos motivos movieron al señor Bello.

- Obtener, por los privilegios que la posesión inscrita tendría sobre la material que los inmuebles fuesen inscritos en el "Conservador de Bienes Raíces", en el menor tiempo posible; y
- Lograr que con el tiempo los términos "propiedad", "posesión" e "inscripción" llegasen a tener un mismo

significado.

El primer objetivo no justificaba el aniquilamiento de la posesión material sin la cual no se concibe la vida humana, ni sus necesarias proyecciones patrimoniales.

El segundo era un imposible jurídico. No se alcanzó en Chile el registro de los bienes raíces, a pesar de tan drástica medida.

En cuanto a la identificación de términos nada se logró y nada podía lograrse, porque "posesión" e "inscripción" no podrán jamás ser la misma cosa; las disposiciones del Código Austriaco de 1811 y la de la ley española de 1861 fueron derogadas precisamente porque los hechos se opusieron a esa equiparación, por el contrario las dificultades que el sistema de posesión tabular suscitó probaron de manera irrefragable que tal identificación es posible. "Con unanimidad indiscutible dice González y Martínez los grandes civilistas alemanes emiten todo desarrollo de la llamada posesión tabular y ni en los 125 tomos del Archivo fur die Civistische Praxis, ni en los 75 del anuario de Ihering, que contiene los más profundos estudios sobre la posesión romana, publicados en los últimos 100 años, he podido encontrar

ningún argumento en favor de la extraordinaria teoría que observe en la inscripción la posesión física de un inmueble".

Propiedad e inscripción tampoco lo serán sino en cuanto la inscripción pueda llegar a probar la propiedad de manera irrefragable.

Es la culminación de los más avanzados sistemas de matrícula de la propiedad y del catastro. Y menos aún, "propiedad" y "posesión", porque aquella es poder jurídico, inmaterial, específico e invariable, cuya estructura, régimen y movimientos descansan en reglas fijas y exactas; en tanto que la posesión es poder de hecho, material, común a todos los derechos, sea que nos pertenezcan o no nos pertenezcan, y en este caso, ignorando o sabiendo que no nos pertenecen. La posesión resulta así demostración física, orgánica, universal y necesaria del patrimonio, en la cual caen todas las formas de que se sirve el hombre para ejercer su señorío sobre las cosas.

Complementa y exterioriza la propiedad como dijera el autor de la teoría objetivista, y de esta suerte es común denominador material de los derechos, sin el cual los elementos patrimoniales serían simples

relaciones abstractas, tan inmateriales como ineficaces e ilusorias.

Si en los citados países no se justificaba una posesión tabular o inscrita, contraria a la naturaleza de las cosas, menos podría justificarse en un país de extensos territorios, como Colombia.

El Código Chileno fué recibido como el mayor esfuerzo americano en materia de legislación, y en el propósito de adoptar un Código Civil completo, aprestigiado por la fama justamente alcanzada de su autor, no era el caso de detenerse sobre un asunto que era extraño al campo de las renovaciones políticas y religiosas a que Colombia estaba entregada por entonces.

Pero; ninguno de los fines perseguidos podía justificar en Colombia el prohiamiento del nuevo estatuto posesorio. La propiedad raíz se venía inscribiendo al ser registrados los títulos, desde cuando los prescribió la ley II de octubre de 1821, y lo prescribieron las leyes nacionales del 11 de mayo de 1825, 22 de mayo de 1826 y 1o. de junio de 1844; así como el Código Civil de la Unión de 1873, el mismo que el Estado unitario reconstituído adoptó por medio de la ley 57 de 1887, adicionando como un nuevo título (43) sobre "el

Registro de Instrumentos Públicos", de que carecía el Chileno. En cuanto a la identificación de conceptos, la experiencia ha demostrado que es opuesta a los principios que representan.

No huelga recordar que el Registro como institución, tuvo su raíz en la necesidad de publicar los gravámenes de la propiedad inmueble, con los cuales por ser ocultos, se sorprendía a los adquirentes de buena fe.

Así, la primera función del registro fué la de dar publicidad a los gravámenes, y más tarde a las transferencias y mutaciones del dominio, posteriormente se le atribuyó otra función: transferir la propiedad, en sustitución de las primitivas formas físicas de entregar los inmuebles.

El señor Bello, en sus primeros proyectos, contempló todavía estas formas, al tiempo que adoptó la del registro; pero, ya en el proyecto definitivo aparecen eliminadas aquellas. Y por último otra función: la de probar la titularidad del derecho. Esto es, publicar, transferir y probar. Aspiro a que tuviese otra: al de dar, conservar y probar la posesión, creyendo que la inscripción que servía para transferir la propiedad, publicar las mutaciones y probar el derecho, podía tener también

una naturaleza y un alcance posesorios. Lo cual lleva a la Corte a hacer, ante todo, el estudio de las disposiciones pertinentes del Código Civil con el objeto de saber si en verdad consagran una idea, una figura o institución jurídica de naturaleza y alcance posesorios. (7)

(7) LOPEZ, J. Emilio. Jurisprudencia Civil. Tribunal Superior de Medellín.

8. ANALISIS DE LOS TEXTOS SOBRE LA POSESION INSCRITA

8.1 ARTICULOS 759 Y 785 CODIGO CIVIL

Reza el artículo 759 que los títulos traslaticios que debe registrarse "no darán o transferirán la posesión efectiva" sino mediante la inscripción en el registro; y el artículo 785 lo repite diciendo que "si la cosa es de aquella cuya tradición debe hacerse por inscripción en el registro de instrumentos públicos, nadie podrá adquirir la posesión de ellas sino por este medio". Tales preceptos, literal y aisladamente contemplados, significan: o que la posesión material no existe, o que no puede ser adquirida sino mediante la inscripción.

Lo primero se rechaza sin mayor consideración, porque choca con la verdad histórica y universal de todos los tiempos y con el conjunto más armonioso de preceptos sobre posesión material, que el señor Bello elaboró e incorporó en todos sus proyectos, aún en el último y no obstante la atracción que sobre él ejerciera la posesión tabular del Código Austriaco.

Lo segundo, o sea, que la posesión material no puede adquirirse sino por medio de las inscripciones, está en total desacuerdo con la jurisprudencia nacional.

En efecto:

1) La Corte ha dicho que la obligación del vendedor de que trata el artículo 1880 del Código Civil comprende:

- La tradición del derecho, o sea la inscripción del título;

- La "libre posesión, no solamente cívica sino física exenta de todo obstáculo, tanto de parte del vendedor como de terceros". (Casaciones del 2 de octubre de 1930, XXXVIII, 97 y 24 de julio de 1937, XLV, 329), lo que quiere decir que una cosa es el registro -para transferir el derecho- y otra, la entrega material o la toma de posesión por el adquirente, sin obstáculo alguno por parte del tradente ni de extraños, para que se inicie la posesión del comprador. Este no adquiere, por tanto, la posesión útil o material del inmueble por medio de registro del título.

2) Si, quien completa un año en la posesión material de un bien raíz, tiene los interdictos, aún contra

el propietario, según doctrina reiterada, es porque la posesión de los inmuebles puede adquirirse sin registro, en contra de lo que disponen aquellos preceptos.

3) Si, quien habiendo comenzado a poseer sin título inscrito, ha poseído materialmente durante 20 años (artículo 2531 del Código Civil) o durante cinco años (artículo 12 ley 200 de 1936), adquiere la propiedad por prescripción extraordinaria o especial agraria, respectivamente, es porque la posesión fué adquirida un día materialmente, esto es, sin título, y por consiguiente sin registro.

4) Tampoco tienen sentido dichos textos respecto de la prescripción ordinaria, porque ésta requiere posesión regular (artículo 2528 del Código Civil), y la posesión regular exige título generador de la transferencia del dominio (Artículo 764 del Código Civil), título que, si se trata de inmuebles debe registrarse para efectuar la tradición y dar la publicidad que con el registro se persigue (artículo 2637, ordinal 1 y 2 del Código Civil).

En primer lugar, no habrá usucapión de ninguna especie sin posesión material, porque es la única forma que siendo real y objetiva contradice inequívocamente el derecho

ajeno, de modo que su titular, conociendo la pretensión extraña, puede defender su propiedad. Ello, de manera uniforme y reiterada contra las fórmulas literales de los artículos 759 y 785, los cuales vienen predicando inútilmente que sólo la inscripción dá o confiere la posesión de los bienes raíces.

En segundo lugar, el título debe registrarse, como ya se dijo, para efectos de la tradición y publicación del mismo título. Más, no para transferir posesión alguna, porque el registro de la venta de un inmueble ajeno, no cancela el registro anterior, como la ha repetido la Corte. El "adquirente" va a prescribir porque además de la posesión material tiene un título inscrito, es decir, publicado; pero, no porque el registro agregue nada desde el punto de vista posesorio, a la posesión material. El registro no dá posesión alguna, ni es posesión de ninguna especie; si la diera o lo fuera, no habría prescripción extraordinaria que pudiera realizarse sin título, ni tampoco agraria, a la cual ésta es ajeno. El registro, en la ordinaria cumple, se repite, dos objetivos: transferir el derecho y publicar la mutación (artículo 2637, ordinal 1 y 2 del Código Civil). No hay tradición perfecta, porque no es posible transpasar lo que no se tiene (artículo 752, inciso 1 y 1633 del Código Civil). Se trata de

una pseudo tradición, inábil para trasladar la propiedad, pero suficiente para transferir el derecho que se pueda tener sobre la cosa, inclusive para servir de eslabón jurídico entre una posesión material que el "tradente" ha ejecutado y la posesión propia del "adquirente", a esto, en la ordinaria la inscripción carece de sentido posesorio.

En síntesis, en pugna abierta con los artículos 759 y 785, la doctrina jurisprudencial viene repitiendo que al comprador no le da la posesión el registro sino la entrega material; que los interdictos protegen aún al poseedor sin título, esto es, sin inscripción alguna; que en la usucapión ordinaria el registro carece de alcance posesorio; y que la extraordinaria se realiza generalmente sin títulos y en la agraria no juega.

Es decir, tales fenómenos, cuya esencia es la posesión material, se cumplen no sólo sin necesidad de inscripción sino también contra las inscripciones de los propietarios.

8.2 ARTICULO 789

a. Según el inciso primero del artículo 789, la posesión inscrita cesa en virtud de una forma única: la

cancelación del registro, puesto que éste consiste la posesión, y la cancelación no puede tener lugar sino en tres casos:

- Por voluntad de las partes.

- Por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro.

- Por decreto judicial.

Los dos primeros se confunden -si bien admiten una sutil diferencia- ya que uno y otro obedecen a la "voluntad de las partes", y el tercero sucede cuando el Juez reconoce una situación jurídica prevalente sobre el registro actual.

Si la posesión no depende de la inscripción -como ya se expuso- puesto que no basta registrar la escritura de venta para que el comprador entre a poseer materialmente el inmueble; y si la posesión material -sin inscripción alguna- durante un año, engendra las acciones posesorias, y durante 5 ó 20 confiere la propiedad, se comprende que no hay razón en hablar de la cesación de una posesión "inscrita", con fundamento en la cancelación de simples inscripciones carentes de toda acep-

ción posesoria. Hay, si, razón en hablar de cancelación de inscripciones, en cuanto éstas traspasan y prueban el derecho. La nueva inscripción cancela, por sí misma, la anterior, y se repite, no hay porqué ni para qué atribuir a las inscripciones fin alguno relacionado con la posesión.

b. El inciso segundo del mismo precepto dice: "mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente". Con el artículo 785, este inciso segundo libró en Chile la lucha afanosa por la inscripción de los bienes raíces. Fué una garantía inusitada, un privilegio de que no había memoria, aquello de que habiendo sido inscrito el título de adquisición, quedaban el inmueble y su titular protegidos de manera perpetua, contra todo peligro procedente de la posesión material de terceros. Era una forma de estimular la inscripción de la propiedad inmobiliaria, pero era también el medio de provocar la inacción del propietario, puesto a salvo de los inerdictos del poseedor material y de la prescripción extraordinaria.

Más, aplicado el texto en su alcance literal, pugna a fundamentales principios de organización humana y

de régimen de la tierra. Ni en Chile se aplicó de esa suerte, y menos aún entre nosotros, pues la inscripción de los bienes raíces se rigió durante la Colonia y se ha venido rigiendo durante la República por leyes generales sobre registro.

Y así sucede que bajo la vigencia del Código Civil, particularmente después del segundo o tercer lustro del siglo, el inciso segundo del artículo 789 ha sido letra muerta, porque los terceros siempre han podido poseer materialmente los fundos contra los titulares inscritos; siempre han tenido a su favor las acciones posesorias y han prescrito con usucapión extraordinaria, y hoy, además, con la agraria de cinco años. Por tanto, si a pesar de hallarse inscrito un inmueble -y en Colombia están inscritos prácticamente todos los que componen la propiedad privada- el que se apodera de él llega a tener a su favor los interdictos y a prescribir con usucapión agraria o extraordinaria, ningún oficio está haciendo, ni sentido alguno jurídico tiene un precepto que reza literalmente todo lo contrario.

8.3 ARTICULO 790

El inciso segundo del artículo 789 se refiere a los inmuebles inscritos, para disponer que si alguien se

apodera de ellos no adquieren la posesión; el artículo 790 se refiere a los inscritos, para decir lo contrario, que si adquiere la posesión. Este juego de normas opuestas obedeció -como antes se dijo- al propósito del señor Bello de compulsar a los propietarios de tierras a inscribirlas. Pero, como según la jurisprudencia nacional, en todo caso adquiere la posesión el que se apodera del bien, el artículo 790 no tiene significado, ya que la doctrina jamás ha hecho diferencia, por el aspecto posesorio entre fincas inscritas y fincas no inscritas.

8.4 ARTICULO 791

Este artículo preceptúa que si el mero tenedor de un inmueble inscrito, lo usurpa, es decir, que se declara dueño y poseedor de él, adquiere la posesión; pero, si la enajena a su nombre, el sucesor la adquiere en virtud de la inscripción.

Lo cual está en pugna con el artículo 2531, que admite la usucapión extraordinaria a favor de quien ha recibido la cosa a título precario, y con el artículo 777, el cual, al disponer que "el simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión", enseña que si con el factor tiempo concurre el desconocimiento del derecho

del dueño y este desconocimiento se reviste de actos materiales de propietario, si se muda la mera tenencia en posesión, y por esto mismo es por lo que el artículo 2531 autoriza la usucapión en dicho evento: si no se consagrara la mutación del título precario en posesión tal modo de adquirir sería imposible.

En la jurisprudencia del del país se ha reconocido la prescripción extraordinaria con apoyo de los artículos 777 y 2531, en favor de quien logra la transformación de su calidad precaria en posesión, esto es, de quien comenzó a poseer materialmente el bien sin título de propiedad, y por tanto, sin inscripción alguna. Luego el artículo 791 ha quedado vacío.

Por lo demás, si el "causahabiente" del mero tenedor que usurpa el inmueble y lo enajena a su nombre, adquiere la posesión, desde la inscripción del título, como dice el inciso segundo del artículo 791, de nada sirve al "adquirente" la inscripción desde el punto de vista posesorio, si no posee materialmente el inmueble durante el lapso requerido para prescribirlo, y justamente porque las inscripciones no son posesión ni dan, ni confieren, ni conservan la posesión".

8.5 ARTICULO 980

En la primera época este precepto causó los más graves estragos, amparados por el sistema de la exégesis. Cabe recordar que en substancia fué tomado del Código Austriaco, y por referirse a la prueba de la posesión, quedó haciendo parte de las Acciones Posesorias, codeándose con el 981 que consagra la norma opuesta, pues si aquel confía esa prueba al registro, éste la encomienda a los actos materiales. En Chile se promovieron debates encendidos sobre la presencia en un mismo lugar, de contradictorias disposiciones. Una tesis sostuvo la aplicación del primero a los inmuebles inscritos y la del último a los no inscritos, con lo cual quedaba asegurado el imperio de la inscripción, pues en lucha entre uno y otro texto vencería siempre el primero.

Otra tesis predicó que la norma que atribuye la prueba de la posesión al registro así como todas las tocantes a la posesión inscrita, se refieren a los inmuebles incorporales o derechos, mientras la que exige los actos materiales concierne a los bienes raíces corporales, tesis contraria a la realidad histórica y a la naturaleza de las cosas. Porque se poseen las cosas en razón del derecho que se tiene o se cree tener sobre ellas y aún a sabiendas de que no se tiene. El hecho

de tener las cosas hace presumir el derecho, esto es, del hecho conocido de la posesión se infiere el desconocido del derecho. Esta presunción se basa en la posesión de las cosas, que es el objetivo y real; no en la posesión de los derechos, que es lo subjetivo e inmaterial. De donde se sigue que el problema posesorio no se plantea sino sobre las cosas, como lo planteó el hombre desde el principio, antes de que se hubiesen ordenado las prerrogativas patrimoniales. El hombre poseyó desde un principio las cosas, no los derechos; vinieron los poderes jurídicos después de los poderes naturales; pero por ello la posesión no renegó de su origen histórico: siguió vinculada a las cosas. Primero que la propiedad fué la posesión, porque para poseer bastaba tomar, aprehender físicamente, cuando las colectividades humanas organizaron el dominio y metodizaron sus facultades, clasificándolas en jus utendi, jus fruendi y un jus abutendi, hacía siglos que los hombres poseían las cosas, y del incontrastable hecho posesorio brotó la vasta presunción de propiedad con base en este hecho. Y si hoy habla de derechos, como bienes constitutivos del patrimonio, la posesión no ha dejado de vivir ligada a las cosas, porque consiste en actos materiales de goce y de transformación que no pueden cumplirse sobre las relaciones incorpóreas e inasibles -que son los derechos- sino sobre los bienes físicos,

aptos para soportar los hechos materiales.

Por esto es error grave erigir un sistema posesorio a base de derechos, y de aquí el fracaso de la posesión inscrita.

El artículo 980 presenta la inscripción como prueba invulnerable de posesión, siempre que desde su fecha haya corrido una año completo.

Aplicando así, la posesión material ningún valor tendría, aún cuando fuese de años: el poseedor inscrito podría recuperar siempre el inmueble, con acción posesoria, al paso que jamás podría el material ejercerla contra el poseedor inscrito. Posesiones inscritas transmitidas de generación en generación, a través de los registros que jamás tuvieron el respaldo de los actos posesorios y no obstante prevalecieron sobre el trabajo de largos años. No se produjo agresión más áspera a la equidad, ni investida de mayor poder disolvente a la institución posesoria. Lo cual se aplica así en un principio para escarnio de la justicia, en un país de vastos territorios incultos y extensas tierras privadas, desconocidas de sus dueños y hurtadas al trabajo al abrigo de las inscripciones. Más, no después como adelante se verá, porque triunfó el espíri-

tu sobre la letra de los textos y hoy el artículo 980 carece de papel en los fenómenos de la posesión.

8.6 ARTICULO 2526

Categorico, como todos los preceptos sobre la posesión inscrita, este artículo enseña que el dominio de los inmuebles cuyos títulos están inscritos, no puede adquirirse sino por medio de la prescripción ordinaria. Vuelve aquí la institución a impulsar el registro de los bienes raíces disponiendo que al hallarse registrados puedan sus titulares permanecer tranquilos respecto de terceros poseedores que aspiren a una usucapión extraordinaria sin título.

Pero, si de un lado se trataba de avivar el registro de los bienes raíces, de otro se suprimía al usucapión extraordinaria de los inmuebles inscritos. Respecto de estos la verdadera posesión nada podía alcanzar, si no mediaba un título registrado. Lo cual constituía un asalto a la prescripción mutilada de esa suerte en uno de sus aspectos de mayor alcance social: como modo de adquirir, sin título, con toda clase de posesiones irregulares, ejercidas por el poseedor inicial y por los sucesivos poseedores, y como prueba máxima, invulnerable de la propiedad.

Esta disposición se ha quedado escrita, porque no hay
Juez que se niegue a declarar una usucapión extraordinaria
de bienes inmuebles -contra el propietario que
tiene un título inscrito-. (8)

UNIVERSIDAD NIHO BONIFER
BIBLIOTECA JURÍDICA
FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
DIRECCION

(8) Ibid, p.

CONCLUSION

Una vez concluido este árduo y apasionante trabajo de tesis "La Posesión", con el cual pretendo obtener el título de Abogado de la "Universidad Simón Bolívar", debo concluir que es la posesión una de las instituciones jurídicas más sabias en la medida en que sus principios pueden ser vulnerados o alterados en su origen y sentido natural. Es el decir de nuestro gran tratadista Arturo Valencia Zea "la posesión como institución jurídica nació para regular las relaciones de orden material del hombre con los casos de la naturaleza". Ellos constituyen el supuesto necesario de cualquier orden jurídico, tanto de los pueblos primitivos como de los pueblos civilizados, y es así como vemos que a través de todo un proceso histórico y científico en todo sistema positivo de derecho posesorio se encuentran las siguientes bases comunes:"

En primer lugar, la posesión 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 sicológico (voluntad posesoria).

Y finalmente, la posesión se ejerce sobre las cosas de la naturaleza (objeto).

La idea encerrada en la palabra "posesión" no ha cambiado al través de la historia jurídica. Siempre ha servido para indicar un grupo especial de relaciones. Las que el hombre establece con los casos de la naturaleza; a fin de satisfacer sus necesidades. Es así como hemos en el transcurrir del estudio de este interesante tema "la posesión", que comenzó por indicar algo muy simple y fácil de entender, tener una cosa a nuestra disposición, ejercer sobre ella un "poder de hecho" y que toda relación material del hombre con la naturaleza debe ser necesariamente voluntaria, puesto que el orden jurídico sólo se ocupa de relaciones materiales que son queridas, es decir, excluyendo de todo ese contexto las relaciones involuntarias o transitorias. En cuanto a los elementos necesarios para que una relación material del hombre con una cosa adquiriera sentido jurídico, o sea: la relación material en sí, tomar la cosa, tenerla, ocuparla, poseerla, y la conciencia de una persona ésto es, la voluntad de tener la cosa.

El elemento material denominado por los romanos "corpus" y el psicológico "animus" que trajeron consigo diferencias de opiniones entre los más notables e importantes autores del siglo XIX - Ihering y Savigny, los cuales dieron lugar a las teorías subjetiva y objetiva; la primera defendida por Savigny y criticada por la trascendencia excesiva que éste le dió al elemento subjetivo; y en cuanto a la segunda teoría objetiva defendida por Ihering, criticable por el hecho de querer dar a comprender que sólo el elemento material es posesión.

Pero analizando los principios rectores de la posesión, ambos elementos tanto el Corpus como el Animus son parte necesaria, y ninguna puede desprenderse de la teoría de la posesión, así como tampoco se puede prescindir del poder de hecho o potestad efectivo.

Entonces vemos cómo y en toda su historia el animus a voluntad como el corpus van unidos, ya que el hombre no puede obtener o conservar algo sin que medie su propia intervención.

En cuanto a la capacidad física de las personas, y de acuerdo al análisis realizado, es aquí en donde se exige una capacidad de grado inferior. Una razón clara y con la cual estoy de acuerdo con los tratadistas-

tas, es que el ejercicio de un derecho mediante negocio jurídico, requiere una o varias declaraciones de voluntad, encaminadas a producir efectos jurídicos, entre los cuales se encuentran actos de disposición de administración etc. En cambio, la relación posesoria se integra, por un simple poder de hecho y para que sea posible dicho poder o señorío, y ante todo, para que la conciencia popular reconozca la existencia de tal poder, solo exige una voluntad o capacidad natural. La voluntad natural hace relación a la "natural" capacidad de entender y de querer -o sea para poseer- no se requiere de una capacidad plenamente desarrollada la cual se presume de existir únicamente en las personas que han cumplido 18 años y no padecen enfermedad mental alguna.

Además y siguiendo el ordenamiento general que acepta que no solo las personas físicas sino también las personas jurídicas pueden ejercer poderes de hecho sobre las cosas, y al igual que en aquellas vale una capacidad natural y no está sujeta nulidad, por no ser declaración de voluntad contractual.

De lo expuesto, se deduce que la posesión recae sobre cosas. Las partes de la naturaleza individualizadas y sujetas al poder humano se denominan cosas.

Son interdictos tanto de recuperación como de conservación, sólo se refieren a cosas; en cuanto al interdicto de recuperación se refiere a cosas que se pretenden recuperar y el segundo, solo tiene sentido como instrumento protector de la posesión de cosas.

La adquisición de la propiedad por usucapión -otro de los efectos fundamentales del sistema posesorio Romano- solamente es concebible en relación con derechos patrimoniales que se ejercen sobre cosas.

Esta idea esencial se ha conservado en los sistemas actuales derivados directamente o indirectamente del Romano.

Antes de continuar esta exposición dentro de la conclusión lo que significa la palabra "cosa" de el lenguaje jurídico moderno; se refiere a los entes de la naturaleza que tienen existencia corpórea o espacial; por tanto la doctrina moderna rechaza una teoría de la posesión de derechos, para conservar la idea primitiva de que la posesión se ha traducido siempre y se traduce hoy día en un poder de hecho sobre una cosa.

Como consecuencia de todo lo anterior y coincidiendo con los planteamientos expresados y de acuerdo a los

presupuestos doctrinarios, las relaciones posesorias forman una teoría independiente y autónoma de la teoría general de derechos que se ejercen sobre cosas, o sea que el ladrón es poseedor aunque carezca de derechos, al igual que todo poseedor en nombre propio o ajeno se encuentra protegido los ataques de los demás.

Es necesario precisar que los derechos patrimoniales sobre las cosas (Derechos reales y ciertos derechos personales) suponen un poder de hecho o contacto material con las cosas; generalmente el poder de hecho corresponde al ejercicio de un derecho patrimonial pero no en todos los casos y las exigencias de la vida moderna no permiten una correspondencia constante entre poder jurídico (existencia de un derecho) y el poder (ejercicio del derecho).

Con la institución de la posesión se protege tanto el interés individual del poseedor partiendo del supuesto de que todas las relaciones posesorias legítimas, es decir que implican el normal ejercicio de un derecho patrimonial.

Al lado de los motivos de orden individual deben agregarse los de utilidad social, los cuales tienden a prevalecer en la doctrina actual, su alcance es de

tal magnitud y significado que contribuye a dar su verdadera razón de ser a los motivos individuales, es así como el legislador ha comprendido la magnitud de esta institución al estatuir la ley 200 de 1936.

La posesión representa uno de los procesos que contribuye a integrar los derechos patrimoniales sobre las cosas y constituye la forma más ordenada de su ejercicio y explotación.

Savigny, concentrando su atención sobre el sistema posesorio de los Romanos, al expresar que la civilis possessio es a la vez un hecho y un derecho; considerado en sí misma, es un hecho pero considerada en sus efectos, es un derecho personal, pero esta tesis de Savigny ha sido superada en el derecho moderno, ya que contempla una doble naturaleza jurídica de la posesión, constituye una incorrección lógica y con mayor razón si cada una de estas naturalezas es contradictoria.

Al igual que la adquisición de los derechos patrimoniales la posesión puede ser originaria y derivativa.

En muchas ocasiones es suficiente examinar la causa de la posesión, o título en virtud del cual se adquirió frecuentemente, quien obtiene una relación posesoria

en inmuebles o muebles de alto valor, lo hace en virtud de un título o causa, esto es como consecuencia de un contrato, por tanto, todo contrato que produzca como efecto la entrega material de una cosa, determina invariablemente la clase de posesión adquirida.

Pero como el comercio y la práctica judicial exige frecuentemente la calidad de la posesión que una persona tiene es decir, si se trata de una posesión en nombre propio o de usufructuario, arrendatario, etc.

La idea más sencilla sobre la pérdida de la posesión está dada por el concepto general de ella, es decir, que adquirida una posesión, se conserva por todo el tiempo que el poseedor en poder de hecho sobre la cosa, y se extingue cuando por una u otra causa cesa el poder de hecho o sea, que una vez faltan los elementos esenciales de la posesión ésta se extingue.

En nuestro Código Civil guiado el señor Bello por el Código Civil Austriaco y otros que consagraron la posesión inscrita como fundamento necesario para establecer la posesión material, se adoptaron artículos que se contraponían a la verdad histórica de la posesión, y en ningún momento fué puesto en práctica ya que tanto el legislador como los autores no lograron comprender

como podría vincularse al registro una cuestión de hecho, y fué así como la Corte Suprema de Justicia le dió el golpe de gracia en el auto del 10 de mayo de 1899 "no debe confundirse la posesión regular de derecho de dominio, conferida por la escritura pública y su registro, con la posesión real de la cosa misma a que ese derecho se refiere".

Está demás hablar de una posesión inscrita en Colombia o cualquier parte del mundo, puesto que desde sus inicios la posesión es una cuestión de hecho.

BIBLIOGRAFIA

LOPEZ, J. Emilio. Jurisprudencia Civil del Tribunal Superior de Medellín 1963-1970. Salesiana de Medellín.

MEDELLIN, Carlos J. y MEDELLIN F., Carlos. Lecciones de Derecho Romano. 11ed., 1985.

ORTEGA TORRES, Jorge. Códico Civil Comentado. 16ed., 1983.

VALENCIA ZEA, Arturo. La Posesión. 3ed., Bogotá - Colombia, Temis, 1983.

----- . Derecho Civil. Derechos Reales. tomo 2. Bogotá - Colombia, Temis, 1980.

CUERPO DIRECTIVO

RECTOR : Dr. JOSE CONSUEGRA HIGGINS

DECANO : Dr. CARLOS DANIEL LLANOS S.

SECRETARIO GENERAL : Dr. RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA

SECRETARIO ACADEMICO: BLANCA FRANCO DE CASTRO

DIRECTOR DE TESIS : Dr. BLAS CASTILLO DIAZ