1

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR: DOCTOR MANUEL RAMON NAVARRO PATRON

SRIO. GENERAL: DOCTOR ALVARO BARRIOS ANGULO

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO:

DOCTOR PEDRO PACHECO OSORIO

SECRETARIO: DOCTOR JULIO VARELA ESCUDERO

Cartagena, 22 de Febrero de 1.972

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

2

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

PRESIDENTE DE TESIS:

DOCTOR RAFAEL H. DE LA VALLE

PRESIDENTE HONORARIO:

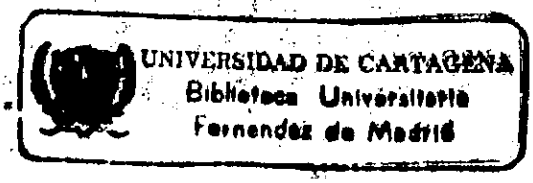
DOCTOR GUMERSINDO SERJE ARUNADA

EXAMINADORES: DOCTOR ANIBAL PEREZ CHAIN

DOCTOR RAUL H. BARRIOS

T
346.4
P11

3



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

"DE LA POSESION"

TRABAJO PRESENTADO PARA OPTAR EL TITULO

DE

DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

SOCRATES PABON ARDNADA

Cartagena, 22 de Febrero de 1.972

23307

SCIB
00018272

D E D I C A T O R I A

DEDICO ESTA TESIS A MI MADRE, ESPOSA, HIJOS Y DEMAS FAMILIARES Y PERSONAS QUE EN UNA U OTRA FORMA COLABORARON CONMIGO EN LA TERMINACION DE MIS ESTUDIOS.-

A LA MEMORIA DE:

MI PADRE: CARLOS PAÑON TORRES y

HERMANO: ERNESTO PAÑON.-

"LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LAS OPINIONES EMITIDAS EN LA TESIS, TALES OPINIONES DEBEN SER CONSIDERADAS PROPIAS DE SUS AUTORES".-

ARTICULO 83 DEL REGLAMENTO DE LA FACULTAD.-

En ningún momento pretendo, que este trabajo que presento como Tesis de Grado para optar el título de DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS, llene suficientemente las aspiraciones de los estudiosos del Derecho Civil, simplemente procuro hacer un breve análisis de la Posesión, con base en su importancia en el campo del Derecho privado.-

Este estudio es fruto de una serie de consultas extraídas de los más connotados autores, así como de las exposiciones precisas, juiciosas y sabias de mis apreciados profesores que me han dado una orientación exacta, encaminada a continuar con entusiasmo la investigación en esta, cada día, más difícil y compleja ciencia del Derecho.-

La posesión es uno de los temas más antiguos, hasta el punto de afirmar que nació antes que el Derecho, pero que sólo últimamente ha dado lugar a discusiones y doctrinas por ser de las más importantes, sin restar, eso sí, la importancia que cada uno de los temas, cualquiera que él sea, tiene para quienes se sienten estudiosos del Derecho.-

DE LA POSESION

CAPITULO I

DESARROLLO HISTORICO.-

El estudio de la posesión es uno de los más importantes del Derecho Civil, pues se le ha considerado como la vanguardia de la propiedad, toda vez que la humanidad llegó al dominio de las cosas por medio de la posesión.-

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

El pastoreo tambien marca un avance hacia esta institución, ya que para esta labor había que permanecer en el lugar que les proporcionara medios de subsistencia a su ganado, y que desocupaban el lugar cuando los medios se agotaban para trasladarse a otro. Aparece posteriormente la agri-

cultura y comienza, por decirlo así, a arraigarse un poco más por la exigencia del tiempo para obtener el producto, que era mayor o menor de acuerdo con el número de miembros que formaban la familia, núcleo de la sociedad humana. Esta formó posteriormente grupos llamados tribus a la cabeza de las cuales se encontraba un jefe con suprema autoridad; se constituye así la primera organización social del hombre. Posteriormente unas tribus guerrean con otras y los vencidos se someten a los vencedores formándose los estados esclavistas, al frente de los cuales había un monarca, príncipe o gobernante cuya misión era proteger a la humanidad. Así se fueron estabilizando cada día más en determinados lugares dando lugar a las primeras formas de posesión.-

Pero para mejor entender este concepto de posesión veamos su origen etimológico. La voz posesión procede de la latina Possessio, de possidere, que se compone de posse y sedere, equivaliendo a poder sentarse o fijarse. Nuestro código como transcripción más o menos exacta del chileno, no tiene otro antecedente legislativo inmediato que el antiguo Derecho español; y siguiendo las partidas, posesión equivale a ponimiento de pies.-

LA POSESION EN EL DERECHO ROMANO

Partiendo del aspecto romano de la posesión éstos no se elevaron a un concepto filosófico y amplio de la posesión.. La razón de ello está en el modo como nació y se desarrolló la idea y la doctrina de la posesión en el Derecho romano, modo aceptado por Savigny. Según este autor la idea de la posesión como institución jurídica nació a causa de los repartos del ager publicus o terrenos conquistados en la guerra, los cuales fueron en parte destinados al uso público, en parte dados en propiedad a los pater familias y en parte asignados a los particulares en uso (possessio), conservando en cuanto a estos últimos la propiedad el Estado, de aquí que los pater familias pudieran tener dos clases de bienes: unos in dominio ex jure quiritium y otros in possessione. Para defender los primeros tenían la reivindicatio; mas para defender los segundos no podían ejercitar esta, sino que deberían acudir al Estado que era el propietario, lo que, siendo difícil, ocasionó que se les concediera medios jurídicos para que por sí mismos pudieran defenderlos, medios que en un principio tuvieron carácter políticoadministrativo y que se modelaron sobre los que servían para defender la propiedad, no pudiendo ser los propios

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

De esta manera, los antiguos poseedores gozaban de mayores ventajas que los que eran propietarios desde un principio, diferencia injusta a la que se puso fín otorgándole a estos los interdictos al lado de la reivindicatio que ya tenían.

Como se observa a través del desarrollo histórico de la posesión esta institución contempla desde sus albores las mismas formas y acciones de que gozan actualmente los poseedores.-

C A P I T U L O II

NATURALEZA JURIDICA DE LA POSESION.

Entre las múltiples discusiones que suscita la posesión está la que versa si ella es un hecho o un derecho. Savigny sostiene que originariamente, en su principio, y considerada en sí misma la posesión es un mero hecho, porque se funda en circunstancia materiales sin las cuales no podría concebirse; pero agrega que es a la vez un derecho por las consecuencias jurídicas atribuídas al hecho y porque hay casos en los cuales los derechos del poseedor son independientes del hecho mismo.-

Ihering afirma rotundamente que la posesión es un derecho.. porque es un interés jurídicamente protegido.

Las disposiciones de nuestro código civil aparecen informadas por el pensamiento de que la posesión es un hecho , desde la propia definición. Siempre que el código civil define un derecho dice que es una facultad o un derecho sin embargo, en cuanto a la posesión, expresa que es la tenencia.. y la tenencia es un hecho.-

Por otra parte, Pothier, el autor que más decididamente siguió Bello en esta materia, afirma tambien que "la posesión es un hecho mas bien que un derecho en la cosa poseída...., lo que no obsta que dé al poseedor muchos derechos con respecto a la cosa que posee".-

Hoy día la doctrina considera infecunda la antigua disputa sobre si la posesión es un estado de hecho o un derecho subjetivo, y resuelve la cuestión diciendo simplemente que la posesión es un estado de hecho protegido por el derecho.-

CONCEPTO PERSONAL DE LA POSESION
(DEFINICION Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE ESTA)

Es difícil arriesgarse a dar una definición sobre una materia que tratadistas como Ihering, Saleilles, Savigny, Pothier, Valencia etc., etc., han dedicado tiempo apreciable al estudio de este tema que hoy es objeto de mi examen y la cual con mucho acierto han definido ya, pero pretendiendo no igualarlos y menos superarlos, sí dejarla por lo menos a título de inquietud como es lo normal dentro de todos aquellos que pretenden penetrar un poco en concepciones jurídicas de este tipo.-

Con mucho respeto para los antedichos, para los entendidos y para todos los que dominan esta grande ciencia como es el derecho, me permito como principio de todo tema comenzar valga la redundancia por el principio Qué es la posesión para mi concepto? ES UN PODER DE HECHO PROTEGIDO POR EL DERECHO, QUE SE EJERCE SOBRE UNA COSA, CON LA INTENCION DE EFECTUAR EN ELLA, TODOS LOS ACTOS, QUE REALIZARIA SU DUEÑO TENIENDOLA EN SU PODER, ASISTIDO DEL DESEO DE SUSTRAER EN SU BENEFICIO TODO LO QUE DICHA COSA SEA CAPAZ DE PRODUCIR. Para sustentar esta definición haré un análisis breve de cada uno de los elementos que se desprenden de ella:

1o) ES UN PODER DE HECHO PROTEGIDO POR EL DERECHO.

Si tenemos en cuenta la presunción establecida en el artículo 762 de nuestro estatuto civil "El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo--inciso final-- Se observa que es el mismo legislador quien impone una carga al que se crea con mejor derecho que el poseedor para discutirle la cosa objeto de posesión, de aquí en mi concepto el gran poder del poseedor y además la protección jurídica que dá la ley a quien ostente una situación de este tipo que ha llevado a algunos a elevarla a la

categoría de un derecho, claro que aquellos que sostuvieron ese criterio no tuvieron razón y al hacer un análisis de la naturaleza jurídica de la posesión se expusieron las razones de unos y otros.-

2o.) QUE SE EJERCE SOBRE UNA COSA

El ejercicio o sea la práctica de actos materiales de uso, goce, o de simple conservación, son los que dan al poseedor por su relación directa con la cosa tal carácter, ya que de no ser así estaríamos en presencia de hecho involuntarios que mantienen al poseedor al margen del derecho, en tanto que si son queridos por él, si interviene la voluntad, ésta (la posesión) se introduce en el campo jurídico que es lo que interesa para el estudio; ahora para concluír este punto veamos qué cosas son objeto de posesión.-

Bien conocido es de todos el concepto que existe sobre las cosas, pero es bueno hacer memoria de ello para una mejor apreciación del criterio - aún cuando sobra - .

En sentido general, es todo lo que tiene existencia , corporal o espitiual, natural o artifical, real o abstracta y de ahí la gran clasificación en corporales e incorporales; según que tengan un ser real y puedan ser percibidas por los sentidos las primeras - no necesariamente el del tacto - como algunos pensaron, o según que consistan en meros derechos, como los creditos

y las servidumbres activas las segundas, como se desprende del texto del artículo 653 del C.C.. Las cosas son pues, el objeto de la posesión ya se trate de las corporales, ya se trate de las incorporales y así se colige del artículo 776 del C.C.; eso sí con la marcada observación de que toda regla general tiene su excepción y son aquellas que por estar sustraídas al comercio jurídico, por no ser objeto de relaciones, no son susceptibles de apropiación tanto por su naturaleza, como la alta mar, o por su destino, como los bienes nacionales de uso público: las calles, plazas, puentes, ríos etc., aclarando que no son en sí estas cosas las que quedan fuera del comercio, porque a nadie escapa que aquellos puentes construídos por cuenta de los particulares en su predio para beneficio del mismo, aun cuando sus dueños permitan su uso y goce a todos, no son de uso público, no siendo por tanto, bienes nacionales: en cuanto a los ríos tampoco lo son los que nacen, corren y mueren en una misma heredad.-

Aquí encontramos el primer elemento de la posesión que los romanos llamaron Corpus, o sea el objeto material de que más adelante me ocuparé.-

CON LA INTENCION DE EFECTUAR EN ELLA, TODOS LOS ACTOS, QUE REALIZARIA SU DUEÑO TENIENDOLA EN SU PODER.

Derívase de este tercer elemento de la definición el segundo de la posesión o sea el Psicológico o intencional al que los romanos llamaron animus.-

Sólo cuando se reúnen estos dos elementos, el material y el intelectual, estamos en presencia de la posesión, pero en cuanto a los actos no se trata de cualquiera, sino de señorío o de dueño, como son tener las facultades de que está investido el propietario, o sea la de uso, que consiste en aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de producir o proporcionar; la de goce, o disfrute que es la que lo habilita para apropiarse los frutos y los productos que la cosa dá; y la de abuso o disposición material, que aun cuando encaja más en el dominio o propiedad, tambien cabe en la posesión, puesto que se trata de hechos materiales, como son vender los frutos, etc. entendiendo que el abuso o la disposición no conlleva a la destrucción sino que implica la obligación de conservar su forma y sustancia. Así, un poseedor puede transferir la tenencia de la costa dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o cualquiera otro título no traslaticio de dominio sin perder por ello la posesión.

Respecto al suelo, por lo menos, la ley tiene establecido que se podrá probar la posesión por medio de hechos positivos propios de dueño, como la explotación económica, las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación, y, agrega el cerramiento y la construcción de edificios no constituyen por sí solo prueba de explotación económica.

4o.) ASISTIDO DE DESEO DE SUSTRAER EN SU BENEFICIO TODO LO QUE DICHA COSA SEA CAPAZ DE PRODUCIR

Más que un elemento considero esta última parte de la definición como el fín perseguido por el poseedor, fín que no necesariamente tiene un alcance puramente económico, puesto que puede ser la prestación de un servicio, no de tipo económico como por ejemplo el poseedor de un libro para sustraer de él sus enseñanzas.-

C A P I T U L O III

LA POSESION EN LA LEGISLACION COLOMBIANA. DEFINICION

El artículo 762 del Código Civil Colombiano define la posesión diciendo que: "Es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él".-

"El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo".-

COMPARACION DE LOS DOS CONCEPTOS Y CRITICA A LA DEFINICION.-

La expresión "o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él", a mi parecer sobra, porque cuando una persona actúa en lugar y a nombre de otra, está reconociendo un poderío superior al suyo, donde además falta el ánimo domini, por lo que se puede decir en concordancia con el artículo 2142 del C.C. que estamos en presencia de un mandato, ya sea por un contrato, por un cuasicontrato, como en la agencia oficiosa; en todo caso debe considerarse como la continuación de la personalidad de la persona a nombre de quien se posee y no la de un tercero, llegando así a confundirse el uno con el otro.-

Por tanto, en mi concepto no debió incluírse, "o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él". Y peca de estricta por no incluír en ella lo que yo llamo el fín o sea el deseo de sustraer en su beneficio todo lo que dicha cosa sea capaz de producir; y es ahí donde está la verdadera justificación del poseedor, y tanto ello es así que la misma Constitución abre el camino para que el poseedor pase a ser verdadero dueño con el transcurso del tiempo, cuando se refiere a la función social de la propiedad.-

Sin hacer mayor esfuerzo mental llegamos a concluír que el legislador está asistido del deseo de que las cosas cumplan el fín que realmente deben cumplir y no permanezcan en la inactividad trayendo como consecuencia el perjuicio para la colectividad en general.-

En cuanto a los demás elementos, parece que concordamos porque aun no hablo de tenencia ni de cosa determinada , ellas se desprenden del contexto de la misma definición puesto que nadie puede ejercer sobre una cosa los actos materiales e interncionados del poseedor si no la tiene en su poder, de donde se colige tambien que se trata de una cosa determinada.-

ELEMENTOS DE LA POSESION

CORPUS Y ANIMUS, son los dos elementos esenciales requeridos en la posesión. El uno material, el primero, o sea el hecho exterior; el segundo, inmaterial, cual es la intención de considerarse como dueño de la cosa.-

CORPUS

Este primer elemento consiste en la retención material de la cosa, en el hecho de tenerla a su disposición y ejercer sobre ella actos de dueño, en forma directa e inmediata. Aquellos que retienen reconociendo el derecho superior de otro, no poseen, son simples detentadores o como solían llamarlos algunos: poseedores corpora-

les, como el secuestre, usuario, etc., encajados en el artículo 775 del C.C. Se presenta la posesión como el señorío de hecho sobre una cosa. Por esto la Corte ha dicho que sólo hay una posesión la material; esta jurisprudencia de la Corte es la única que se ajusta al texto y al espíritu del artículo 30 de la Constitución, que hacer de la propiedad una función social, significando esto que la constitución sólo reconoce el dominio en tanto se cumpla dicha función social. Se cumple la función social de la propiedad mediante la expletación económica, socialmente útil, para lo cual es necesario la posesión material de la cosa, y no podría explotarse económicamente, si no se posee materialmente.-

La tenencia de que habla el artículo 762 es la tenencia material y se observa ello en el art.981 en relación con los inmuebles, y dice éste "Se deberá prebar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo dá derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión". Esta posesión descrita en este artículo es objeto de las acciones posesorias, y concurre como elemento de la prescripción adquisitiva de dominio.

Complementada luego por el artículo 1o. de la ley 200 de 1.936 según el cual "se presume que no son baldíos, sino de propiedad privada, los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica".-

El cerramiento y la construcción de edificios no constituyen por sí solos prueba de explotación económica, pero sí pueden considerarse como elementos complementarios de ella".-

De modo,pues, que cuando se trata de un bien raíz urbano, la posesión se prueba por medio de actos de explotación económica, de acuerdo con el art. 981 y si se trata de bienes raíces rurales, la posesión se pureba por medio de actos de explotación económica, como lo dispone el art.1 de la ley 200 de 1.936. Si vemos las dos dornmas y su exigencia para demostrar la una y la otra nos encontramos con que ambas requieren actos de explotación económica; pero si avanzamos en la lectura del art. 1o. nos encontramos en su inciso con la diferencia, pues, el cerramiento y la construcción de edificios por sí solo no constituye prueba de explotación económica, sino meros elementos complementarios de ella.-

Pero cuando se trata de inmuebles urbanos, el cerramiento y la construcción de edificios constituyen una forma de explotación económica. La ley 200 de 1.936 ha solucionado el conflicto doctrinario entre las teorías de las posesiones inscrita y material sobre bienes raíces rurales, en el sentido de la prevalencia de ésta última.-

EL ANIMUS

Este segundo elemento consiste en la voluntad bien manifestada de considerarse como dueño de una cosa.

No es solamente la creencia de ser propietario, es la voluntad de serlo. Como se ve, en este elemento, donde juega papel importantísimo la voluntad, se puede concluír: que aquellas personas cuya voluntad está ausente, se encuentran incapacitadas para poseer. Un loco, por ejemplo, no será jamás sujeto de posesión por faltarle la voluntad, tampoco lo será aquel en que ésta adolezca de vicios. Creo que no me falte razón cuando considero, que aquellas personas que se les obliga por la fuerza, o por error, o que dolosamente entra en posesión de una cosa, no es poseedora por hallarse en presencia de un vicio del consentimiento. Y es que hay que tener presente que donde quiera que intervenga la voluntad, lo que se ejecute carecerá de valor si adolece de algún vivio. Este elemento es el que transforma la detentación en posesión. Para que haya tenencia basta la

detentación material; la posesión, en cambio, exige no sólo la tenencia, sino el ánimo de tener para sí la cosa o de tenerla como señor y dueño.-

El que haya posesión o tenencia depende, de la voluntad de la persona que tiene la cosa; si su ánimo es poseer para sí mismo, hay posesión; si su intención es poseer para otro, o reconocer dominio ajeno, hay tenencia. Pero este ánimo no solamente debe existir en el fuero interno, porque inclusive ningún efecto produciría, sino que debe aparecer exteriorizado, y una de las mejores formas de presentarlo al mundo exterior, es comportándose como se comporta un propietario, haciendo de la cosa lo que hace el verdadero dueño. No quiero con esto decir que en la detentación hay que excluír la voluntad, pues, según mi modo de ver convengo en que se trata de un elemento común tanto a la posesión como a la tenencia, ya que si se hace un contrato de arrendamiento, por ejemplo, donde se reconoce dominio ajeno, tambien existe el elemento intencional, y no existir éste queda afectado por un vicio, puesto que se trata de un contrato consensual, lo que pasa es que la voluntad aquí está encaminada a reconocer un señorío y en la posesión el ánimo es poseer para sí, luego sí hay voluntad en la tenencia. Ahora bien, es preciso dejar bien claro el criterio de ánimo de

señor o dueño de que trata el artículo 762, ya que no debe entenderse en forma literal, para que exista posesión es necesario no sólo la existencia del Corpus y del Animus o voluntad de señorío, sino que esta voluntad no debe estar descalificada por un título que excluya la posesión.-

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

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

TEORIAS DE IHERING Y SAVIGNY

Las doctrinas de estos dos autores se presentan como antagónicas. Mientras que la de Savigny hace privar el animus sobre el corpus, la de Ihering sostiene lo contrario.-

La teoría expuesta por el primero le da un papel preponderante en la posesión al animus, o intención de tener la cosa como si se tratara del dueño, y como este elemento es subjetivo, para ser considerado poseedor, se necesitaría que la persona quisiera ser dueño de la cosa que detenta.-

Conforme a la teoría de Ihering, el hecho de que una persona tenga en su poder materialmente una cosa, si no existe título excluyente de posesión, hace suponer en el poseedor el animus, y por tanto debe considerársele poseedor.-

La Corte se ha mostrado partidaria en el sistema posesorio de nuestro Código con la tesis de Ihering, ya que según ella, son dos los elementos constitutivos de la posesión, cuerpo y voluntad. Pero esta última dirigida a un fín, o sea el señorío físico sobre la cosa.-

Por consiguiente, para los efectos

de la prueba de la posesión, una vez cumplida la existencia en quien la afirma de los dos elementos de la posesión, corresponde a la otra parte que pretenda desvirtuarla, dar la prueba que excluya la eficacia legal de las condiciones jurídicas de ella.-

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

C A P I T U L O IV

DIVERSAS ESPECIES DE POSESION

Las posesiones pueden ser:

1) Posesión material y posesión inscrita,

2) Posesión regular y posesión irregular,

3) Posesión de buena y de mala fé,

4) Posesión con justo título y posesión sin justo título,

5) Posesión con dominio y posesión sin dominio,

6) Posesión viciosa,

7) Posesión de cosas corporales y posesión de cosas incorporales.-

ANALISIS DE CADA UNA DE LAS POSESIONES

POSESION MATERIAL Y POSESION INSCRITA

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

Parece que esta definición agotara el concepto de posesión; sinembargo el Código nos habla de posesión inscrita; y así el Art.785 preceptúa: "Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el registro de instrumentos públicos, nadie podrá adquirir la posesión de ellas (sic), sino por este medio".-

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

inscritos se prueba por la inscripción, y mientras ésta subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla", o el 2526 al decir "Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o derechos reales constituídos en estos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo.-

De conformidad con estas normas tratándose de bienes cuya tradición requiera la inscripción del título, no se adquiere la posesión de éstos sino con la cancelación del anterior y la inscripción del segundo, como puede apreciarse en el Art.789 el cual es del siguiente tenor: "Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, o por decreto judicial.-

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 fín a la posesión existente".-

FRente a los artículos enunciados, se encuentra otras normas, tales como los Arts.981 y 2531, entre otros, que consagran el sistema de la posesión material.-

Como puede observarse esto ha dado lugar a que algunos sostengan la prevalencia de las normas relativas a la posesión inscrita, hasta el punto de que trató de consagrarse en forma definitiva, pero no alcanzó a regir.-

Otros entre las que cuentan muchas sentencias y obras tienden hacer prevalecer a las que regulan la posesión material, sosteniendo que la posesión verdadera es la posesión material.-

Y hay doctrinas consagradas en algunas sentencias de la Corte, según las cuales no hay incongruencia entre las dos series de normas antes citadas, sino que ellas se refieren a objetivos diferentes. Las relativas a la posesión inscrita se relacionan únicamente con la posesión regular, o sea aquella que permite adquirir por prescripción ordinaria, en tanto que las normas relativas a la posesión material, se refieren a la posesión irregular, o posesión simplemente, y se reflejan en los preceptos del

Código que regulan la prescripción extraordinaria.-

A mi modo de ver los sostenedores de las teorías sobre prevalencia de una posesión sobre otra pecan de extremistas, ya que la sentencia de Casación del 4 de Julio de 1.911 dijo: "La posesión de los bienes raíces no la adquiere el comprador sino cuando se ha efectuado la tradición de ellos por la inscripción del título en la oficina de registros de instrumentos públicos" . Como consecuencia de esta sentencia se tiene que tratándose de bienes raíces no hay más posesión que la inscrita; y el poseedor inscrito no pierde la posesión aunque otro se apodere del bien violentamente o en cualquier otra forma, pero esto no puede ser así, ya que en el Derecho positivo no solamente existen las normas que hablan de la posesión inscrita, sino que hay otra serie de normas que se refieren a la posesión material y hasta dándole prelación a ésta.. Ahora en doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en sus fallos del 27 de Abril de 1.955 y del 11 de Mayo de 1.956, no existe posesión inscrita, en el derecho colombiano. Sólo hay una posesión verdadera, que es la posesión material. Tampoco estoy de acuerdo con este segundo punto de vista, y para contrariarlo se puede arguir lo mismo que para los que pretenden afirmar

que sólo hay una posesión, la inscrita; porque es inexacto que no existan normas que consagran la posesión inscrita.-

Más bien comparto con los que sostienen la tesis de que no hay incongruencia entre las dos series de normas, sino que se refieren a objetivos diferentes.-

Veámoslo explicado de la siguiente manera: La serie de normas relativas a la posesión inscrita, tienen por objeto fijar uno de los elementos esenciales de la posesión regular, posesión que da acceso a la prescripción ordinaria. Así, el artículo 764 dice: "La posesión puede ser regular o irregular" y en su inciso cuarto agrega" Si el título es traslaticio de dominio, es tambien necesaria la tradición", y ésta debe ajustarse a las solemnidades legales. Ahora bien, cuando se trata de bienes raíces, la tradición debe cumplirse por medio de la inscripción del título en la oficina de Registro de instrumentos Públicos.-

De manera, pues, que en materia de inmuebles, el justo título debidamente inscrito constituye uno de los elemantos esenciales de la posesión regular. Quiere esto decir que la posesión inscrita es la puerta de entrada a la posesión regular, si el poseedor la adquiere

de buena fé; pero esto en manera alguna significa que el poseedor inscrito no deba ser al mismo tiempo poseedor material. La mera posesión inscrita, si no va acompañada de la posesión material, no es posesión. Lo que configura la posesión inscrita es el hecho de la posesión material del respectivo inmueble amparada por un justo título inscrito; más para que el poseedor tenga posesión regular, se requiere que haya adquirido de buena fé esa posesión. Por eso estableció la Corte en Sentencia del 7 de Agosto de 1.907: "Tratándose de inmuebles, la posesión requerida para la prescripción ordinaria la constituye la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño, acompañada de un justo título registrado, aunque el título no provenga del verdadero dueño y el registro a favor de éste no se haya anulado por su propia voluntad o mandato judicial." De allí que sea correcta la doctrina sentada el 21 de Marzo de 1.927, según la cual: "Registrada la escritura de venta de una finca raíz, el comprador queda habilitado para entrar en posesión de la cosa vendida sin necesidad de la presencia del vendedor, y esa posesión reúne todos los requisitos exigidos por la ley para ser regular".-

De manera, pues, que no hay contrariedad entre los textos que regulan la posesión inscrita y los

relativos a la posesión material. Las normas sobre posesión inscrita no sólo no se oponen a la posesión material sino que la presuponen. Esas normas no tienen por objeto desechar la posesión material, sino que califican esa posesión, cuando se trata de bienes raíces, al exigir para la posesión regular, además de buena fé, una posesión material acompañada de un justo título, inscrito conforme a la ley.-

Si una persona tiene su título inscrito pero no posee materialmente, y otra persona que carece de título posee materialmente, esta última, que es poseedor irregular según el Art.770 porque carece de uno de los requisitos señalados en el Art.764, puede adquirir el dominio por prescripción extraordinaria, a despecho del título inscrito del propietario del bien raíz que no lo posee materialmente. Es más: cuando el Art.762 dice que el poseedor es reputado dueño mientras otro no justifique serlo, se refiere a la posesión material. En efecto, como lo dice la Corte en fallo del 24 de Agosto de 1.916: "La posesión de bienes raíces que originada la presunción de dominio a que alude el Art.762 del C.C., es la posesión material que se prueba con hechos positivos conforme al art.981 y por tanto esa posesión puede establecerse por medio de testigos".-

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

Finalmente, el Art.30 de la Constitución desarrollado para la propiedad territorial por el Art.1o. de la ley 200 de 1.936, en armonía con el 981 del C.C. y con el Art.5o. de la ley 120 de 1.928, sólo reconoce la posesión material, o sea aquella que consiste en hechos de explotación económica de las que sólo dá derecho al dominio. Esta posesión dá acceso a la prescripción de cinco años de que trata el art. 12 de la ley 200 de 1.936, mucho más corta que la ordinaria del C.C.-

Insiste en que cuando a la posesión material se suma la posesión inscrita y el poseedor

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

No existe una posesión inscrita solamente, es decir, una posesión por medio del registro del título, si no va acompañada de la posesión material del respectivo bien.-

Quedan de esta manera armonizadas las normas sobre posesión inscrita y posesión material contenidas en nuestro Código.-

POSESION REGULAR Y POSESION IRREGULAR

Según el artículo 764 del C.C. inciso segundo " se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fé, aunque la buena fé no subsista después de adquirida la posesión". Estos son, pues, los elementos que integran la posesión regular según la definición legal: Justo título y buena fé. Sin embargo, es preferible decir que existe posesión regular

cuando el poseedor material tiene la cosa en virtud de un justo título y la ha adquirido de buena fé.-

Veamos estos elementos: Posesión material. La posesión regular requiere la posesión material; sin ésta no puede hablarse de posesión. La posesión material se prueba, por medio de hechos positivos, de aquellos a que sólo da lugar el dominio.-

Justo Título. El Código no define lo que es el justo título, sino que en su art.765 enumera los justos títulos; sinembargo, puede decirse, que es "aquel por cuya virtud se posee alguna cosa de acuerdo con la ley". En esto están de acuerdo la generalidad de los autores nacionales. De conformidad con el art.765, el justo título es constitutivo o traslaticio de dominio.-

Son constitutivos de dominio, la ocupación, la accesión y la prescripción, según esta norma.

Ante esta enumeración cabe preguntarse si el código llamó títulos a los Modos de adquirir el dominio? . En verad, en el Art.673 se dice: "Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción."

Si justo título constitutivo de dominio es lo mismo que modo iriginario de adquirirlo, para que la teoría del Título y del Modo de don Andrés Bello. En efecto, la ocupación, la accesión y la prescripción serían títulos y modos a la vez. No obstante; lo que hay es una impropiedad como ocurre con muchas otras en nuestro código. En efecto, tratándose de la ocupación y de la accesión, el justo título es la ley. Y tratándose de la prescripción adquisitiva del dominio, el justo título es la sentencia, conforme al Art. 2534, según el cual "La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituídos en ellos; pero, no valdrá contra terceros sin la competente inscripción".-

Ahora, según el mismo Art.765 "Son títulos traslaticios de dominio, los que por su naturaleza sirven para transferirles como venta, la permuta, la donación entre vivos". Podemos observar otra impropiedad, pues, en nuestro derecho, excepción hecha de los contratos que se perfeccionan rg, como el mutuo y algunos casos de la compraventa comercial, no existen títulos traslaticios del dominio. Para transferir el dominio de una cosa, se requiere entre nosotros de un modo, pues el título por sí solo no tiene la virtud de transferir el dominio.. De manera, pues,

que es inexacto decir que son traslaticios de dominio los títulos que por su naturaleza sirven para transferirlo, como lo hace el art.765, porque en Colombia no hay título que por su naturaleza transfiere el dominio. Nuestro derecho conoce títulos en los que se contiene una obligación de dar, es decir, de transferir el dominio, pero esa transferencia debe hacerse acudiendo a uno de los modos enumerados por la ley, cual es la tradición.-

El acto jurídico en que consta una obligación de dar, como la venta, la permuta, la donación entre vivos, constituye un justo título de la tradición o transferencia del dominio de una cosa raíz o mueble. Pero, además, son justos títulos traslaticios de dominio, la sentencia de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición. Tambien lo son los actos de transacción en cuanto transfieran la propiedad de un objeto no disputado.-

El Art.765, no menciona los títulos declarativos del dominio, es decir, aquellos que ni constituyen ni transfieren el derecho de dominio, sino que se limitan a declarar o reconocer el ya existente.

Por ejemplo: Las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar un derecho preexistente. Estos títulos no forman título nuevo, según el inciso 6o. del Art.765, y no lo forman, porque son títulos declarativos aunque el código no les dé este nombre. Otro tanto ocurre con las sentencias declarativas sobre derechos litigiosos de que trata el inciso 5o. del Art.765.-

Se ha visto, como el inciso 4o. de la misma forma califica de "título traslaticio de dominio" a la sentencia de adjudicación en los juicios divisorios y en los actos legales de partición. Sin embargo, esta aseveración aparece contradicha por otras normas del propio código.-

En efecto, cuando una cosa es poseída proindiviso entre varios, esa indivisión debe haberse producido o en virtud de un título anterior, o de facto. Si lo primero el dominio radicaba ya en cabeza de los comuneros y de consiguiente la sentencia de adjudicación en el correspondiente juicio divisorio, no viene a transferir al respectivo comunero el dominio de la parte que le cupo en la división.-

La división tiene un efecto retroactivo y en virtud de ese efecto, se considera, como lo dice el Art.779, que "Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión:", es decir, que por virtud del título anterior el acto de partición adquirió exclusivamente para sí la parte que se le adjudicó en dicho acto, o en otra forma, el título le transfirió desde un principio esa parte. Por eso, si durante la indivisión ese comunero enajenó o gravó la parte que se le adjudicó en la partición, subsistirá la enajenación o el gravamen, pues se considera que esa parte le correspondía desde un principio; pero si lo enajenado o gravado se extiende a más no podrá subsistir la enajenación o el gravamen contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios.-

Se ve, pues, como el Art.779 contradice lo afirmado por el art.765, inciso 4o.; tambien lo dice el Art.1401, según el cual: "Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión".

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

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

En relación con los justos títulos traslaticios de dominio, debe igualmente hacerse la siguiente observación: en nuestro derecho no hay títulos traslaticios de dominio, como ocurre, por ejemplo, en el derecho francés, en el que título y modo se identifican, ya que la obligación de dar se reputa perfecta por el mero

consentimiento de las partes, y de consiguiente, al perfeccionarse el contrato de enajenación, se verifica la transferencia del dominio de la cosa. Otro tanto sucede en Alemania, en los llamados "Contratos reales", en los cuales la transferencia del dominio en la consecuencia inmediata de la voluntad de dar.-

En las legislaciones francesa y alemana es lícito, de consiguiente, hablar de un título traslaticio de dominio; constituye en cambio, una impropiedad hacerlo entre nosotros, porque la regla es que los títulos no transfieren el dominio.-

Para que se verifique la tradición de la propiedad, se requiere de un modo, conforme lo enseña el Art.673. Es más, el Art.764, inciso 4o., nos enseña que "Si el título es traslaticio de dominio, es tambien necesaria la tradición", para que el adquirente obtenga la posesión regular de la cosa. Todo esto indica que lo que Bello llamó título traslaticio de dominio, no son otros que los actos en los cuales una de las partes se obligó a dar. De esta manera, título traslaticio de dominio es aquel que constiene a cargo de una de las partes una obligación de dar.

Obligación que se cumple por la tradición, que es el modo de adquirir el dominio. Por lo tanto, para ser poseedor regular se requiere la tenencia material de la cosa con ánimo de dueño, en virtud de un justo título, siempre que sea adquirida la posesión de buena fé; siendo de advertir que tratándose de un título en virtud del cual una de las partes se obliga a enajenar determinada cosa a la otra, esta última sólo adquiere la posesión regular mediante la tradición. Ahora bien, tratándose de bienes raíces, la tradición se verifica mediante la inscripción del título en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Esta inscripción, como lo preceptuán los artículos 749 y 756, es esencial para la transferencia del dominio de los bienes raíces y de los demás derechos reales constituídos en ellos.-

La inscripción, como se ve, abre la puerta a la posesión regular del respectivo bien raíz; pero debe recalcarse que si el poseedor inscrito no tiene la posesión material de la cosa, no hay posesión regular de ésta (art.785).

La Corte en providencia del 10 de Mayo de 1.890, ha aceptado esta diferencia entre poseer regularmente el dominio y poseer materialmente la cosa.

En efecto, en la citada providencia dijo la corte: "No debe confundirse la posesión regular del derecho de dominio, conferida en abstracto por la escritura pública y su registro, con la posesión real de la misma cosa a que ese derecho se refiere". Pero esa posesión real del derecho, que se mantiene y conserva mientras no sea cancelada la inscripción por uno de los tres medios de que trata el Art.789 del C.C., no impide al poseedor material de la cosa hacerla suya por prescripción.-

LA BUENA FE

Además de la posesión material de la cosa, en virtud de justo título, la posesión regular requiere en el adquirente buena fe al momento de adquirirla, de conformidad con el inciso 2o. del Art.764. Esta norma exige la buena fe en el momento de aquirir la posesión, aunque después no subsista. De consiguiente pueden darse las siguientes situaciones: a) Poseedor en virtud de justo título, que no sea poseedor de buena fé. Si al poseedor le faltó buena fe al momento de adquirir la posesión, será un poseedor con justo título, pero no será un poseedor regular. En cambio si al justo título sumamos la buena fé

al momento de adquirir , aunque después falte esta, será poseedor regular; y en este caso, poseedor regular y de mala fé. Para saber si existió o nó la buena fé, hay que colocarse en el momento de adquirir la posesión de la cosa, cuando se trate de la posesión regular de ésta. Porque en relación con la posesión del mero derecho de propiedad, lo que solo puede darse en materia de inmuebles, ya que en materia de muebles se identifica la posesión de la cosa con la posesión del derecho de dominio transferido al poseedor, la posesión regular exige la buena fe al momento de la inscripción del título en la oficina de registro de Instrumentos Públicos; pero esta buena fe no es suficiente, si falta al adquirente la posesión material de la cosa, para ser poseedor regular de esta.-

b) Se puede ser poseedor de buena fe y no ser poseedor regular. En efecto, es posible que una persona adquiera la posesión material de una cosa de buena fé, sin justo título, y tambien es posible que adquiera la posesión inscrita de su derecho de buena fe sin justo título. Esto se podrá apreciar mejor al tratar el Art.766, que dice qué no es justo título.-

QUE ES LA BUENA FE

Los autores definen de diversa manera la buena fé, pero en todas las definiciones encontramos elementos comunes que son los siguientes:

1) Convicción sincera, conciencia de haber procedido honestamente, sin fraude ni vicio alguno en el título de adquisición.-

2) Conciencia y convicción de haber adquirido del propietario o titular del derecho real de que se trate.
Los mismos elementos se encuentran en el Art.768 que define la buena fe como: La conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio".-

La misma norma ilustra con ejemplos este principio: así, agrega: "En los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuación de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato". Ahora bien, esa convicción puede ser fruto de un error y nos encontramos ante la disyuntiva de si la

convicción formada por error es suficiente para la buena fé, o si por el contrario, la afecta.-

El Art.768 nos da la respuesta en los siguientes términos: "Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fé". Pero el error, en materia de derecho, constituye una prsunción de mala fé, que no admite prueba en contrario".-

En materia de posesión, distingue, pues, la ley el error de hecho del error de derecho. Admite aquel y rechaza éste. Se ha considerado que esta norma aplica de manera impropia el principio según el cual: "La ignorancia de la ley no sirve de excusa" (Art. 9o. del C.C.). Pero en materia de error de hecho hay que hacer una precisión: para que el error de hecho en materia de posesión sea justo, como lo exige el artículo en mención, se necesita que sea excusable; esto es, que quien lo padezca no haya errado por su culpa.-

PRUEBA DE LA BUENA FE

La buena fé se presume: es la regla general. Quien alegue la mala fe deberá probarla,

excepto en aquellos casos en que la ley presume la mala fé, por ejemplo: en materia de posesión se ha visto cómo el error de derecho implica presunción de mala fé que no admite prueba en contrario.

Otro ejemplo lo hallamos en el art.964, que presume la mala fé del poseedor a partir de la notificación de la demanda. De manera, pues, que todo poseedor está amparado por la presunción de buena fé. De esta manera, en principio, le basta al poseedor demostrar el hecho de su posesión material y el justo título en virtud del cual adquirió la posesión. Demostrado esto se le tendrá por poseedor regular, sin perjuicio de lo anteriormente anotado en relación con la inscripción del título, cuando se trate de posesión de inmuebles.-

QUE NO ES JUSTO TITULO

No es poseedor regular quien no haya adquirido la posesión en virtud de justo título. La ley, no definió qué es justo título; encambio dijo, qué no es justo título. De conformidad con el Art.766, no es justo título:

1) El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende;

2) El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra, sin serlo;

3) El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación, que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido;

4) El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario, cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc.

Esta norma tiene su excepción, y así vemos que, al heredero a quien se ha dado la posesión efectiva de la herencia servirá de justo título el decreto de posesión debidamente registrado; igualmente, al legatario putativo cuyo título haya sido judicialmente reconocido, servirá de justo título el respectivo acto testamentario.-

CONVALIDACION DE TITULO

El título que en principio fué nulo, puede validarse retroactivamente, en los casos que la ley no se opone a ello, por ratificación expresa o tácita, o por prescripción.-

Tratándose de bienes muebles cabe la ratificación tácita, es decir, la ejecución de hechos que suponen la voluntad de aceptar el negocio jurídico nulo o inoponible. Por ejemplo, cuando el verdadero propietario

cuya cosa mueble ha sido enajenada por quien no tenía facultad para ello recibe el precio de la cosa que le paga el comprador, por este hecho ratifica tácitamente la compraventa y convalida el título del comprador.-

Tratándose de bienes raíces, la convalidación sólo puede hacerse por medio de escritura pública debidamente registrada, ya que el justo título, en materia de inmuebles, requiere de la inscripción (Arts. 749, 756, 764 inciso 4o. y 5o.) . Sin embargo, podrá ratificarse tácitamente un título por medio de otra escritura pública debidamente registrada. Ilustrado con un ejemplo tenemos: el verdadero propietario de un bien raíz que ha sido enajenado por quien no tenía la facultad para ello, acepta posteriormente el precio que se le paga y declara por escritura pública cancelada la condición resolutoria contenida en la escritura de enajenación,, o le acepta al comprador la constitución de una hipoteca sobre el mismo bien. Nos muestra a las claras que sí ; y la ratificación tácita produce los mismos efectos que la ratificación expresa, siempre que el título se registre debidamente.-

La ratificación puede ser, además, expresa: y nos encontramos en presencia de una ratificación

de esta clase, cuando la persona que ratifica expresa su voluntad de convalidar determinado acto, purgándolo de un vicio que se especifica en el mismo acto de ratificación.-

Los efectos de la ratificación, son retroactivos a la fecha en que fué otorgado el título, es decir, que lo convalida a partir de su fecha. Como lo expresa claramente el Art.767. Con todo, debe tenerse en cuenta que el Código, en esta materia de ratificación, ha tenido diferentes criterios, pues mientras los arts.742 y 743 habla simplemente de convalidación retroactiva de la tradición, sin señalar el límite hacia atrás de ese efecto retroactivo, en otras normas lo fija, como en el caso del artículo 752 en su inciso 2o., según el cual; "Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición".-

Otro ejemplo lo encontramos en el art.1874, según el cual: "La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta".-

En relación con este precepto, dice

el profesor Alberto Zuleta Angel, "son impropias, las expresiones de este artículo, porque el contrato fué válido y un acto válido no se ratifica; la tradición fué inválida, porque no procedió del verdadero dueño y esta es la que debe ser ratificada". De manera que como el comprador sólo adquiere el dominio por la tradición y no por el título, el efecto retroactivo de la ratificación debe en este caso extenderse a la fecha de la tradición y no a la de la venta. Prueba de ello la encontramos en el Art.1875 según el cual: "vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición".

Esta observación tiene importancia, porque la doctrina y la jurisprudencia deben corregir la impropiedad existente en el art.1874, y en cambio aplica literalmente este precepto, puede llegarse a conclusiones absurdas. En efecto: "A" vende a "B" un inmueble por escritura pública, el 1o. de Julio de 1.971, escritura que sólo se registra el 10 de Julio. "A" no es verdadero dueño de la cosa; esta pertenece a "C", quien el 5 de Julio del mismo año la vende a "D" y este registra la escritura el 9 del mismo mes. Se tiene pues, que en la venta de "A" a "B",

la tradición se efectuó el 10 de Julio fecha de inscripción del acto respectivo, en tanto que en la venta de "C" a "D", la tradición se efectuó un día antes, fecha de inscripción del respectivo título. Posteriormente se otorgó escritura pública en favor de "B", ratificando la compraventa que le hizo "A". Si interpretamos literalmente el Art.1874 y aceptamos que la ratificación se retrotrae a la fecha de la escritura de compraventa, "B" deberá ser preferido a "D", puesto que su título es más antiguo, data del primero de Julio, en tanto que el título de "D", sólo se otorgó el 5 del mismo. Pero si se interpreta correctamente el texto, "D" habrá de ser preferido a "B", puesto que la tradición en favor de "D" es anterior a la tradición a favor de "B", ya que aquella se hizo el 9 y ésta el 10 de Julio. Obsérvese que se hace referencia únicamente al efecto retroactivo de la ratificación, sin incluír otros aspectos importantes, tales como el saber si en el caso analizado el comprador que primero recibió la posesión material de la cosa debe ser preferido al otro. La ratificación convalida retroactivamente la transferencia del dominio; los efectos de la posterior ratificación se retrotraen, cuando se trata de inmuebles, a la fecha de tradición, esto es, de la inscripción en el registro y no

a la fecha del título, o sea, de la escritura de compraventa, a pesar del Art.1874, cuyo único alcance es que la posterior ratificación para efectos del justo título, convalida el que no lo era desde su fecha, convirtiéndose en virtud de esta ratificación el poseeder irregular en poseeder regular, si reúne los demás requisitos consabidos. Conforme al art.767 la convalidación retroactiva del título es a partir de la fecha de la escritura de compraventa.-

Lo anterior significa que debe insistirse en la diferencia existente entre convalidación del título y convalidación de la tradición.-

Cuando lo que se convalida por la ratificación es el título, el efecto retroactivo de la ratificación se extiende hasta la fecha del título.-

Cuando lo que se convalida es la tradición, el efecto retroactivo de la ratificación se produce a partir de la tradición, la que tratándose de bienes raíces se efectúa por medio del registro. Por tanto, a partir del registro y no a partir de la fecha del título, se convalida la transferencia del dominio. Este principio ha sido aplicado por el código a otros derechos reales. Por ejemplo el art. 2437 dice: "Si la constitución de la hipoteca adolece de nulidad relativa, y después se valida por

el lapso de tiempo o la ratificación, la fecha de la hipoteca será siempre la fecha de la inscripción.-

POSESION IRREGULAR

Es según el Art.770 la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el art.764.-

Es irregular la posesión sin justo título; tambien lo es la que fué adquirida de mala fé, aunque el sujeto tenga un justo título inscrito; es igualmente irregular la posesión adquirida de buena fé y en virtud de justo título, cuando este no se halle inscrito y se trate de bienes raíces.-

EFECTOS DE LA POSESION REGULAR Y DE LA POSESION IRREGULAR

El principal efecto de la posesión regular es el de permitir la dquisición de la cosa por prescripción ordinaria, como lo imponen los artículos 2527 y 2528 del C.C. El tiempo necesario para la prescripción ordinaria es de tres años para los muebles y de 10 años para los inmuebles. La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse, en favor de los incapaces, en favor de la herencia yacente y en favor del cónyuge (art.2530 del C.C.)

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Además la posesión regular da acceso a la acción publiciana de que habla el derecho romano, y que nuestra ley consagra en el art.951.-

La posesión irregular da acceso a la prescripción extraordinaria, según los arts.2527 y 2531. El lapso del tiempo para adquirir por prescripción extraordinaria es de 20 años, corre contra toda persona y no se suspende en favor de las enumeradas en el art.2530, según lo dispone el art.1o. de la ley 50 de 1.936.-

De igual modo, la suspensión de la prescripción de que trata el art.2530, no se tendrá en cuenta transcurridos 20 años, según el art.2541, el que se refiere a la extinción de las obligaciones, cabe aplicarse a la prescripción adquisitiva del dominio, ya que transcurrido dicho lapso se habrá operado la prescripción extintiva del mismo dominio y sería absurdo admitir una suspensión de la prescripción ordinaria por un término mayor al necesario para la prescripción extraordinaria, y como ésta no se suspende, sería mejor al prescribiente alegarla prescindiendo de la ordinaria, lo cual es ilógico; de allí que la regla mencionada en el art.2541, inciso 2o.

sea aplicable a la suspensión de la prescripción adquisitivadel dominio, con la advertencia importante de que habiendo reducido el art. 1o. de la ley 50 de 1.936 el término de todas las prescripciones, es este el que debe tenerse en cuenta para las prescripciones y no el del art.2541.

La ley no habla, tratándose de posesión irregular y de prescripción extraordinaria, de la duplicación del tiempo para prescribir entre ausentes, de que trata el art. 2529, para la prescripción ordinaria.-

POSESIONES VICIOSAS

Son viciosas la posesión violenta y la clandestina, según el art.771 del C.C.-

Nuestro estatuto civil define la posesión violenta en el art.772 y dice: "Posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza.-

La fuerza puede ser actual e inminente".- "QUien se apodera de una cosa en ausencia del dueño y al volver éste le repele, es tambien poseedor violento, según el art.773".-

Para que exista violencia no es necesario que se haya ejercitado ésta contra el verdadero

dueño de la cosa directamente. Habrá tambien violencia que vicie la posesión, si se ejercita sobre quien poseía a nombre o en lugar de otro, Esto es, contra el representante, mandatario o agente oficioso. Habrá tambien violencia que vicie la posesión, cuando se ejercita contra quien poseía sin ser dueño.-

En consecuencia, habrá violencia siempre que se ejercite para quitar materialmente una cosa a su actual tenedor o poseedor, o cuando en ausencia de uno o de otro, alguien se apodera de la cosa y al regresar su anterior poseedor o tenedor lo repele.-

Aunque el Art.773 habla del dueño, no debe olvidarse que el poseedor es dueño aparente, según lo establece el art.762 del C.C., y que el tenedor, esto es, quien detenta materialmente una cosa reconociendo dominio ajeno, la tiene por cuenta y a nombre de otro, lo que significa que, en el hecho, al repelerse al tenedor, se repele al poseedor, ya que el tenedor presta su corpus al poseedor.-

Queda de esta manera explicada la impropiedad del art.773 al hablar de dueño, puesto que en

materia posesoria no es el dominio sino la posesión la que debe tenerse en cuenta. Y por último habrá violencia aunque la ejecute el sujeto mismo, o indirectamente, por medio de sus agentes; o cuando habiendo sido ejecutada la violencia por terceros el sujeto la ratifique expresa o tácitamente (Art.774 inciso 2o.).-

POSESION CLANDESTINA

"Es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho a oponerse a ella", nos dice el art.774 en su inciso final. La posesión viciosa, sea violenta, sea clandestina, es posesión; pero la ley en ciertos casos tiene en cuenta estos vicios para negar a la posesión viciosa lo que concede a la posesión no afectada por vicios; por ejemplo; en el inciso final del art.2531, o en el caso previsto en el art.4o. de la ley 200 de 1.936, en armonía con el 1o. y con el parágrafo del art.12, y además los #s.17 y 19 de la misma ley. De otra parte, el poseedor violento puede ser objeto de la acción de despojo.

Como puede verse, aunque el poseedor vicioso no deja de serlo, su posesión en numerosos casos tiene un tratamiento distinto al del poseedor no vicioso.-

POSESION CON DOMINIO Y POSESION SIN DOMINIO

Cuando el titular del derecho de dominio posee la cosa objeto de ese derecho, habrá posesión con dominio. La nulidad o resolución del título, o su ineficacia, pueden privar al sujeto del dominio, mas no de la posesión.-

Cuando el titular del derecho de dominio no posee la cosa, el tercero que la posea será poseedor sin dominio; pero su posesión estará amparada sin la presunción de propiedad, de que trata el Art.762 del C.C. La posesión sin dominio anterior al registro del título, tratándose de inmuebles, quita toda eficacia a ese registro para investir al adquirente de la calidad de poseedor y aún de dueño.

El propietario que no es poseedor de la cosa sobre la cual tiene el dominio, es simple poseedor de su derecho. Como tal puede decirse, en la forma antes enunciada que si bien no es poseedor material de la cosa, la inscripción tiene efectos posesorios en relación con el derecho inscrito (Art.759 y 785).-

POSESION DE COSAS INCORPORALES

Las cosas incorporales, esto es,

los derechos reales o personales, de que hablar el art. 664, son susceptibles de posesión, y ésta de las mismas calidades y vicios de la posesión de las cosas corporales.

Lo anteriormente dicho acerca de la diferencia entre posesión material de una cosa y posesión del derecho de dominio sobre esa cosa, permitirá comprender porqué los derechos son susceptibles de poseerse.-

Tratándose del derecho de dominio, suele identificarse la posesión del derecho con la posesión de la cosa. En otras palabras, a través de la posesión de la cosa, se posee el derecho y viceversa. Por esto el propietario no dice: "Mi derecho de propiedad sobre la cosa", ni "Poseo mi derecho de propiedad sobre la cosa", sino "Mi cosa" y cuando se refiere a ella la señala y dice: "Mi propiedad".-

Aunque jurídicamente sea correcto, no se dice:"Poseo mi derecho de propiedad sobre la cosa" sino "Poseo la cosa que me pertenece". Sin embargo, como acabamos de ver, hay casos en que se puede poseer el derecho pero no la cosa.-

Esta distinción aparece claramente en relación con los demás derechos reales, y desde luego

con los personales. En efecto, según las voces del art. 775, "El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. "Aunque tienen materialmente la cosa en su poder, no son poseedores de ella, sino tenedores. El poseedor es el dueño; sin embargo, el acreedor prendario, el usufructuario, usuario o el que tiene un derecho de habitación, poseen su derecho, aunque no posean la cosa. Lo mismo ocurre con los derechos personales. Distinción que ha permitido al derecho moderno elaborar la teoría del usufructo de derechos.-

Tiene pues, importancia la distinción, y a medida que se estudie el Derecho Civil, encontraremos importantes aplicaciones de esta diferencia.-

C A P I T U L O V

PRINCIPIO Y FIN DE LA POSESION

Considerándose, como se considera la posesión, un hecho, el principio es que ella se inicia en el poseedor, ya que los hechos no se trasmiten; de allí

64

que el art.768 diga: "Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él...."Sin embargo, este principio no se mantiene de manera absoluta; ello se debe, sin duda, a las peculiares características de este hecho jurídico llamado posesión, que para algunos es un derecho. La circunstancia anotada, ha llevado establecer excepciones al principio contenido en el artículo 778 que agrega: "A menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya...", porque si bien la posesión anterior no se trasmite, quien ha adquirido la posesión en virtud de un título derivado, o sea de aquellos que trasmiten el dominio, puede sumar la posesión de su antecesor a la suya propia, es más, puede sumar a la suya la posesión de una serie no interrumpida de poseedores anteriores a él; pero si bien se puede sumar a la propia la posesión de los antecesores, al hacerlo se acepta esa posesión anterior con todas sus cualidades y vicios. Es el fenómeno denomidado suma de posesiones, autorizado tambien por el Art.778.-

La suma de posesiones tiene consecuencias importantes:

1) Al ser permitido sumar las posesiones de los anteceso-

res a la propia, para efectos de la prescripción se considerará como si el poseedor hubiera comenzado a poseer al iniciarse la posesión de sus antecesores. Por ejemplo: "A" ha poseído durante 15 años sin dueño y enajena a "B", quien posee durante 5 años más. "B" puede ampararse en la prescripción adquisitiva extraordinaria, sumando a su propia posesión la de su antecesor. En esa forma, aunque "B" sólo haya poseído 5 años, podrá sumar a su posesión la de su antecesor, de 15 años y completará así los 20 años necesarios para la prescripción extraordinaria.-

2o.) En relación con la acción reivindicatoria, la suma de posesiones tiene grande importancia, como veremos. En efecto, el poseedor cuya posesión se inició con posterioridad a la inscripción del título de otro, puede sumar la posesión de su antecesor a la propia venciendo así en el juicio de reivindicación, a menos que el titular presente un título anterior al comienzo de la posesión del demandado, entendiendo por tal la de sus antecesores sumada a su posesión actual. Ejemplo: "A" demanda en juicio a "B"; "B" suma a su posesión la de "C", que se inició antes de la inscripción del título de "A", este tiene que presentar un título anterior al comienzo de la posesión de "C", si quiere derrotar al actual poseedor "B".

ADQUISICION DE LA POSESION

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

a) Posesión adquirida directamente:

La posesión se adquiere directamente por quien trata de obtenerla para sí, mediante el ejercicio personal de hechos que impliquen señorío, o sea, actos propios de señor o dueño sobre la cosa mueble, o conforme a los arts.981 y siguientes del C.C. y primero y concordantes de la ley de tierra, según se trate de inmuebles urbanos o rurales. Para adquirir la posesión material sólo exige la ley que el sujeto sea capaz de expresar su voluntad. Es bien sabido que el Código ha fijado la edad de siete años para que el sujeto se halle en capacidad de expresar su voluntad. A los menores de esa edad, es decir, a los infantes o niños, no se les considera capaces de expresar su voluntad.Son, de consiguiente, absolutamente incapaces para adquirir la posesión. Otro tanto sucede con los dementes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.-

En razón de lo anterior el art. 784 dispuso: "Losque no pueden administrar libremente le

suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurran en ello la voluntad y la aprehensión material o legal..."

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

Cabe observar que el precepto citado se refiere a la posesión de bienes muebles y excluye únicamente a los dementes y a los infantes de la posibilidad de adquirir por sí mismos la posesión.-

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

capacidad del sujeto. No ocurre lo mismo con la posesión material. Por eso comparto la tesis sentada por la corte en su fallo del 7 de Octubre de 1.913, que dice: "Un menor que no sea infante o demente puede adquirir la posesión irregular de una cosa, ya inmueble, con sólo tenerla con ánimo de señor o dueño. Cualquiera persona que sea relativamente incapaz, puede adquirir por sí mismo la posesión material, sea mueble o inmueble la posesión, no pueden en cambio hacerlo los absolutamente incapaces.-

Pero esto nos lleva a lo siguiente: aunque el inciso 2o. del art. 784 habla de dementes y de infantes y no incluye a los sordomudos, el principio debe extenderse hasta éstos siempre que no puedan darse a entender por escrito, porque la ley les ha equiparado a los dementes y a los infantes, al declararles absolutamente incapaces y negar toda validez a sus obligaciones, Considera, pues, la ley, que los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito, están absolutamente incapacitados para expresar su voluntad. Siendo esto así, no pueden adquirir la posesión por sí mismos, ya que el artículo 784 exige voluntad y aprehensión material de la cosa, para la posesión irregular, y voluntad y aprehensión legal, para la posesión legal. Esto último es imposible para un sordomudo

que no pueda darse a entender por escrito; y en lo relativo a la aprehensión material, si bien es posible que el sordomudo que no puede darse a entender por escrito aprehenda materialmente la cosa, como puede tambien hacerlo el infante y el demente, a todos ellos falta la voluntad que exige la ley, puesto que ésta los considera absolutamente incapaces de manifestarla. Pero si bien pueden los menores que sean infantes o los relativamente incapaces adquirir para sí la posesión material de la cosa, no pueden en cambio ejercer los derechos de poseedor sino con la autorización legal competente; así lo dispone la parte final del inciso 1o. del art.784.-

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

b) Posesión por medio de mandatario o representante.- De conformidad con el art.781: "La posesión puede tomarse no sólo por el que trata de adqui-

rirla para sí, sino por su mandatario o por sus representantes legales". Significa esto que la persona que trata deadquirir la posesión se es papas, puede encomendar a otro el encargo de tomarla por cuenta o a nombre de aquella, porque le fundamental es que el mandatario tenga la intención de ejercer el señorío de hecho de la cosa para otra persona, el verdadero poseedor.-

Puede tambien el representante legal de una persona adquirir la posesión para ella. El Art.62 del C.C. nos dice quienes sea representantes legales de una persona; pero hay que tener presenta la modificación sufrida por el artículo en mención a través de la ley 28 de 1.932, el marido no es representante legal de la mujer.-

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

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

e) Puede adquirirse la posesión por medio de un agente oficioso.

Es tal la persona que sin poder y por su propia inicitativa resuelve actuar por cuenta y

riesgo de otra. La posesión adquirida por medio de agente oficioso debe ser ratificada por el interesado, o sea el tercero para quien se adquiere. El art.782 en su inciso final nos dice: "Si el que toma la posesión a nombre de otra persona, no es 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".-

La posesión de la herencia. Esta se adquiere al momento de su delación, aunque el heredero lo ignore, según lo dispone el art.780. Se refiere esta norma, a la posesión del heredero. En efecto, el art.1013 dice: "La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla.-

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

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

Además, el art.757 habla de posesión efectiva de la herencia, que habilita a los herederos para disponer de los bienes raíces de la sucesión, y es justo título para efectos de la posesión regular como se desprende del inciso 4o. del artículo 766 del C.C. cuando dice: "Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario, que haya sido judicialmente reconocido".-

EN LA COMUNIDAD INDIVISA Y EN LA SUCESION HEREDITARIA CUANDO COMIENZA LA POSESION

Los bienes sujetos a copropiedad, esto es, aquellos en los que el dominio pertenece en común y proindiviso a varias personas, y los bienes de una sucesión hereditaria, se rigen por una regla especial, contenida en los arts.799 y 1401. De conformidad con el

primero:"Cada uno de los partícipes de cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión.-

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

Pero si lo enajenado o gravado se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o gravamen, contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios.-"

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

Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de venta de cosa ajena".-

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

Se considerará que "A" ha sido propietario durante todo el tiempo de la indivisión del bien que se le adjudicó, o sea, el primero, y a "B" se le tendrá como propietario y poseedor del segundo bien, igualmente durante toda la indivisión. Si mientras que ésta subsistía "A" enajenó o gravó el bien primero, que en la partición le fué adjudicado, esa enajenación o gravamen tendrá

plena validez y subsistirá sobre dicho bien, por habérsele adjudicado a "A"; pero si este enajenó o gravó el bien segundo, que se adjudicó a "B", no subsistirá la enajenación o gravamen contra la voluntad de ésta; o sea, que "B" puede actuar como si se hubiera gravado o enajenado por "A", cosa ajena. La misma regla se aplica cuando en lugar de dos cosas es una sola la que se divide, por ejemplo: dos personas, "A" y "B" son comuneros proindiviso de determinado bien, susceptible de división material. A cada uno de los cuales se adjudica la mitad de ese bien. En virtud del efecto retroactivo de la partición se considerará que cada uno de ellos ha sido propietario y poseedor de la parte adjudicada. Si "A" gravó o enajenó la parte que se le adjudica, todo estará correcto. Pero si ha enajenado o gravado en la parte que se adjudica a "B", podrá este proceder como en en el caso de venta o gravamen de cosa ajena.-

CONSERVACION DE LA POSESION

El poseedor material conserva la posesión de la cosa aunque transfiera su tenencia dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo, o cualquier otro título no traslaticio de dominio. Conserva igualmente el poseedor la posesión, mientras la cosa mueble se halle en su poder aunque ignore accidentalmente su para-

dero. Art.788.-

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

El poseedor sólo tiene que probar el comienzo de su posesión, demostrado este hecho y la posesión actual, se presumirán dos cosas conforme al art.788: 1) Que la posesión ha continuado hasta el momento en que se alega y segunda 2) que, de consguiente, ha poseído en el tiempo intermedio entre la posesión inicial y la posesión actual.-

El poseedor tiene para conservar y defender su posesión acciones posesorias.-

PERDIDA DE LA POSESION

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

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

En este caso aunque el tenedor se apodere materialmente de la cosa con el ánimo de hacerla suya, no se pierde la posesión por parte del poseedor, ni se adquiere por parte del tenedor, de conformidad con el principio: "NEMO POTEST SIBI IPSE MUTARE CAUSAM POSSESSIONIS", consagrado en el art.791. Como ya se dijo en otra oportunidad, es preciso que se produzca el fenómeno de la intervención del título; sólo así, es posible al tenedor convertirse en poseedor.-

Cuando una persona ha comenzado como simple tenedor, esto es, cuando empezó a tener en nombre ajeno, se presume la continuación de esta situación, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2o. del Art.780.-

Se pierde la posesión inscrita de un derecho real, desde el momento que se cancela la inscripción del mismo derecho, de conformidad con el art.789. El poseedor que ha perdido la posesión de la cosa, puede recuperarla mediante el ejercicio de una acción posesoria.

C O N C L U S I O N E S

Este tema de la posesión, es uno de los más trajinados en la vida práctica, pero tambien es uno de los menos tratados por los autores colombianos.-

Sin lugar a dudas que es de gran importancia el producto de las ingestigaciones de todos aquellos que se dediquen a esclarecer todo lo relacionado con la posesión, ya que en esta forma se podrá llegar al arreglo más sencillo de problemas que hoy se presentan un tanto oscuros, debido en gran parte, a la terminología de nuestro código civil, en este campo, que requiere un conocimiento cabal, del Derecho y una estructuración jurídica bien cimentada.-

Es por ello, por lo que las interpretaciones divergen en cuanto al concepto de posesión, toda vez que unos toman como base y fundamento la noción subjetiva del dominio y otros los más aventajados y buenos intérpretes se fundamentan en el concepto social, teniendo en cuenta los esfuerzos de la sociedad para supervivir.-

Así por ejemplo nuestro Código emplea la palabra posesión en diversos sentidos a veces para significar la mera relación actual y corporal del sujeto

y la cosa, que tiene su designación exclusiva en la palabra tenencia, a veces para significar esa misma relación con título jurídico; otras para significar dicha relación con justo título pero no procedente del verdadero dueño, que es la llamada posesión legítima; y finalmente la que emana del dominio y está unida a él, o bien la que se tiene con justo título procedente del verdadero dueño que no debe llamarse posesión sino dominio.-

De esa variedad de sentidos en que es empleada la palabra posesión, parten sin duda alguna las mayores dificultades, así como tambien de las grandes impropiedades que observamos al hacer la monografía a que me referí en el curso de este trabajo.-

BIBLIOGRAFIA

DOCTOR: ARTURO VALENCIA

DERECHOS REALES

LA POSESION

DOCTORES: ALESSANDRI Y SOMARRIVA

BIENES

CODIGO CIVIL COLOMBIANO

"APUNTES TOMADOS EN CLASE EN EL AÑO 1.968"

ENCICLOPEDIA JURIDICA " O M E B A "

INDICE

CAPITULO I

DE LA POSESION

Desarrollo histórico 2 a 3

La posesión en el Derecho Romano 4 a 6

CAPITULO II

Naturaleza Jurídica 7 a 8

Concepto personal de la posesión (Definición y elementos constitutivos) 8 a 13

CAPITULO III

LA POSESION EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

Definición 13 a 14

Comparación de los dos conceptos y crítica a la definición 14 a 15

ELEMENTOS DE LA POSESION

El Corpus 15 a 18

El Animus 18 a 20

Teoría de Ihering y Savigny 21 a 22

CAPITULO IV

Diversas especies de posesión 22 a 23

ANALISIS DE CADA UNA DE LAS POSESIONES

Posesión material y posesión inscrita 23 a 31

Posesión regular y posesión irregular 31 a 40

I N D I C E (Continuación)

La buena fé	40 a 44
Qué no es justo título	44 a 51
POSESION IRREGULAR	
Efectos de la posesión regular y de la posesión irregular	51 a 53
Posesiones viciosas	53 a 55
Posesión con dominio y posesión sin dominio	56
C A P I T U L O V	
Principio y fín de la posesión	58 a 60
Adquisición de la posesión	61 a 70
Conservación de la posesión	70 a 71
Pérdida de la posesión	71 a 72
Conclusiones	73 a 74
Bibliografía	75