

MILCIADES CORTES A.

POSESION

Un capítulo de
la obra «DERECHO
CIVIL COLOMBIANO»

Noción preliminar

La posesión es la manifestación externa del derecho, el signo o actos que lo revelan ante los ojos de terceros.

Entre los romanos fue muy simple la posesión, porque ésta era sólo un atributo del derecho de dominio, es decir, que no se conocía otro poseedor que el dueño o el que pretendía serlo. Por eso se llamó posesión el ejercicio pleno del derecho de propiedad, la facultad de ejercitar materialmente los atributos de ésta: el *jus utendi*, el *jus fruendi* y el *jus abutendi*; la actividad material de todos los derechos que comporta el dominio; los actos físicos mismos relativos a este único derecho. Algunos sostienen que no es exacto que la posesión sea el ejercicio del derecho de propiedad, porque quien no es dueño, puede también ser poseedor, sin que esté ejercitando derecho alguno. Mas es lo cierto que la posesión es uno de los principales atributos del derecho efectivo o presunto del dominio, toda vez que la ley reputa dueño al poseedor (art. 762-2.º del C. C.), y quien carece de la voluntad decidida de ser propietario no es poseedor ni está en vía de llegar a serlo. De modo que los romanos entendían que quien ejerciera sobre el bien, de un modo exclusivo, los derechos de uso, aprovechamiento de frutos o disposición, era necesariamente poseedor, hubiera sido titular o no del derecho de dominio, porque si no lo era realmente,

era titular putativo, a virtud de la presunción derivada del hecho de la posesión. Más correcto sería decir con Bry que no sólo el propietario posee, como pudiera deducirse de tal definición, pudiendo concurrir la propiedad en un sujeto, la posesión, en otro, y la tenencia, en esotro, lo cual nos llevará lógicamente a la diferenciación entre propietario, poseedor y tenedor.

Con toda la admiración que tributamos a las teorías clásicas, nos atrevemos a pensar que los romanos no trajeron en su definición una idea exacta y precisa de los hechos constitutivos de la posesión, pues el ejercicio del *usus* no revela irrefraglamente la posesión, porque quien habita una casa, quien monta un caballo o un automóvil, puede ser un arrendatario, o un usuario, y quien aprovecha los frutos naturales de un bien, puede no tener pretensión alguna tampoco sobre el derecho de dominio, aunque tales hechos unidos a alguno o algunos de los que la ley civil establece, sí podrían servir para acreditar la posesión. Ahora, si se trata del ejercicio del *abusus*, allí no aparecen actos posesorios, sino de desprendimiento de la posesión, como sucede en la compraventa o permuta o en la destrucción material del bien, que implican necesariamente la dejación del *animus*, que es uno de los elementos esenciales de la posesión. Por eso el legislador colombiano se apartó de esa teoría en el artículo 981 del C. C. y trae como actos posesorios «hechos positivos de aquellos a que sólo da lugar el derecho de 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».

Si la posesión del suelo era en Roma el goce voluptuoso, egoísta y antisocial de los patricios terratenientes: el ejercicio del *jus utendi*, del *jus fruendi* y del *jus abutendi*, en derecho civil colombiano es un himno

al trabajo del hombre: son actos de cortar maderas, de hacer cerramientos, de sembrar, de plantar, de edificar; por eso se la ve hecha espiga en los campos, flotando en la fragancia de las sementeras y plantaciones en flor y en la gloria de los frutos que traslucen en su severa y excelsa opulencia toda la sagrada majestad del trabajo humano.

Pero en Roma sí encontramos los gérmenes de la idea moderna de posesión, que no sólo comprende hechos relativos al derecho de dominio, sino actos de todo derecho (art. 776 del C. C.): la *possessio juris* o *quasi possession*, o sea, el ejercicio de otros derechos: servidumbres reales y personales; la *possessio libertatis*, esto es, el estado de hecho en virtud del cual un esclavo se hacía liberto, si en el término de 20 años no se había deducido en justicia con éxito contra él el *prejudicium vindicatio in servitutem*; la posesión de los derechos de prenda y de precario, y un edicto de Claudio que nos habla de la posesión del estado civil.

En derecho civil moderno, todos los derechos son susceptibles de posesión: derechos reales principales, derechos reales accesorios, derechos relativos o personales, denominados con más acierto créditos, y derechos intelectuales. De aquí que un eminente tratadista diga que «la posesión es en una terminología moderna cuyos vestigios se encuentran en Roma, el ejercicio de un derecho manifestado por actos materiales, por signos exteriores, y es en este sentido como ella puede aplicarse a todos los derechos posibles». Como a esta definición le falta el *animus*, nosotros la complementaríamos agregándole después de «posibles» lo siguiente: «conservando el *animus*, o sea, la voluntad decidida de ser titular del derecho», porque es necesario tener presente que tales manifestaciones exteriores suponen la conservación del *animus*, pues si los actos consisten en la transmisión total o parcial del derecho,

esa actividad jurídica no es posesión, porque ésta requiere la presencia de ese elemento y no el desprendimiento voluntario de él.

La doctrina de que se trata fue admitida en todas sus partes por nuestro código civil, que estableció la posesión de todos los distintos derechos: reales—principales y accesorios—, personales o créditos e intelectuales (arts. 776 y 1634-2.º). Y aun se ha ido más lejos, pues se habla de la posesión del estado civil (arts. 396, 397, 398 etc.) que no es un derecho, sino fuente de derechos en los casos establecidos por la ley.

IMPORTANCIA DE LA POSESIÓN.—El estudio de la posesión deriva su importancia de ser ella la que generalmente revela el derecho, porque la posesión constituye un estado de hecho que generalmente está acorde con el derecho, por cuanto que casi siempre el poseedor es el dueño o el titular real del derecho (1), aunque hay veces que quien posee no es el verdadero propietario o titular del derecho, sino un tercero a quien la ley reputa como tal. De allí que el poseedor está amparado siempre por interdictos posesorios, aunque a veces sólo es titular putativo del derecho.

Análisis de la idea jurídica de posesión

Para concebir clara y distintamente la posesión es menester examinar lo siguiente:

- 1.º Los elementos que la constituyen;
- 2.º Las clases en que se divide;
- 3.º Las calidades y los vicios de la posesión, y

(1) Emplearemos repetidamente en este estudio las frases *posesión del titular real*, *posesión del titular presunto del derecho*, como expresivas de la idea moderna de posesión, pues al hablar del poseedor con derecho de dominio y del poseedor sin derecho de dominio, creemos conveniente agregar la respectiva frase genérica de aquéllas, que comprende la posesión en general de todo derecho, y no solamente la mera posesión antigua relativa a la propiedad.

4.º La novísima institución de la posesión inscrita que ha dado lugar a los sistemas de posesión.

Elementos integrantes de la posesión

ELEMENTOS DE LA POSESIÓN DE LA PROPIEDAD CORPORAL O MATERIAL.—Los romanos decían que la posesión se adquiere por la reunión en un mismo sujeto de estos dos elementos: el *corpus* y el *animus*. Es aquél o la aprehensión material del bien o el hecho de poder ejercitar sobre él actos de dueño, sin que sea preciso hacerlo siempre (1). El *animus* es la voluntad firme de considerarse dueño del bien, no la voluntad indecisa ni la simple creencia de serlo (*animus domini rem sibi habendi*). El mero *corpus*, o sea, el elemento material de la posesión, sin el elemento intelectual o psicológico, esto es, el *animus*, no es posesión, sino tenencia, aunque los romanos llamaban a los tenedores *poseedores corporales*, pero esta teoría está hoy en desuso, como lo veremos a su tiempo.

El *animus* es el elemento esencialmente personal de la posesión. Quien tiene el *corpus* sin el *animus*, no es poseedor, sino tenedor, por más que el derecho clásico le llame poseedor *alieno nomine*. Pero el poseedor sí puede tener en muchos casos el *animus* sin el *corpus*, y se dice entonces que posee *animo solo*. Tal ocurre cuando la posesión y la tenencia se hallan en cabeza de distintos sujetos, o sea, cuando el poseedor tiene el *animus*, y un tercero el *corpus* en su lugar o a su nombre. Por eso el artículo 786 del C. C. se expresa así: «El poseedor conserva la posesión, aunque trasfiere la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo, o cualquier otro título no traslativo de dominio».

PROPIETARIO, POSEEDOR, TENEDOR.—Frecuentemente la posesión es el signo manifiesto de la propiedad,

(1) Bry.—*Principes de Droit Romain*.

cuando el dueño es al mismo tiempo poseedor, pero también sucede a veces que *propietario, poseedor y tenedor* son términos distintos, cuando los estados jurídicos que designan no están reunidos en el titular del derecho del dominio. *Propietario* es el titular de los derechos conjuntos del *usus, fructus y abusus* del bién; *poseedor*, quien tiene el bién con ánimo de señor o dueño, siéndolo en realidad, y entonces se tiene la posesión unida al dominio, o sin serlo, y es ésta la posesión sin derecho de dominio, y *tenedor*, según se vio, es el que guarda el bién sin ese ánimo, o sea, reconociendo dominio ajeno. Los romanos llamaban al tenedor poseedor corporal o poseedor natural, pero aunque a primera vista no parece jurídico designar con el nombre de poseedor a quien sólo tiene el elemento material o el *corpus* sin el *animus*, es lo cierto que aquéllos le atribuían al poseedor corporal un *animus* distinto del *animus domini*, o sea, el *animus* o *affectio tenendi* o el *animus sibi habendi*, lo cual no implica ninguna opinión nueva con respecto al *animus*, como lo cree Bry, sino que se trata simplemente de un *animus* caduco que ninguna vida tiene el derecho civil moderno, pues aun en el caso de que el acreedor prendario, o el acreedor anticrético, el comodatario etc., pudieran ser reputados como poseedores de sus respectivos derechos, no se trataría del *animus* o *affectio tenendi*, sino del *animus personae juris*, de que se hablará luégo, aunque todos ellos ante el propietario son simples tenedores.

ELEMENTOS DE LA POSESIÓN EN GENERAL.—Como el *corpus* y el *animus* clásicos se refieren sólo a la posesión de la propiedad material, es menester extender aquellas nociones a la idea moderna de posesión, y decir en consecuencia que la posesión de todo derecho supone la coexistencia en un mismo sujeto del *corpus* y el *animus*. El *corpus*, o sea, el ejercicio material del derecho, el hecho de tenerlo a disposición, de poder ejercitar res-

pecto de él actos de titular o sujeto activo, sin que sea preciso manifestarlos siempre, y el *animus*, es decir, la voluntad firme de ser sujeto activo, de considerarse titular del derecho (*animus personae juris*), no la voluntad indecisa ni la simple creencia de serlo.

DEFINICIÓN.—El Código Civil define la posesión como «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». (Art. 762).

Como se ve, tal definición sólo comprende la posesión del derecho de dominio, que era la única existente en el antiguo derecho. La voz *tenencia* «aunque impropia aquí porque técnicamente significa un estado vecino de la posesión, pero distinto de ésta» (1), implica la noción del *corpus*, no sólo en el sentido de aprehensión material, sino en el del hecho de tener el bién a disposición, de poder ejercer sobre él en cualquier momento actos de dueño, y la expresión *ánimo de señor y dueño*, no significa otra cosa que el *animus domini*, o sea, la voluntad decidida de ser propietario.

Algunos jurisconsultos nacionales y extranjeros creen que el *animus* es la *intención* de ser dueño, pero si la intención es el anhelo, la determinación de la voluntad en orden a un fin, no la voluntad misma realizada ya, es preferible la definición clásica de que el *animus* es la *voluntad*. Yo puedo tener intención decidida de ser dueño de una hacienda, yo puedo haber ofrecido por ella a su dueño el precio comercial y aun uno mayor, y hasta he podido anticiparlo en parte, pero esa intención sola no constituye el elemento psicológico de la posesión, pues se requiere la voluntad realizada de ser dueño, séalo en realidad o nó el poseedor, pero no basta una simple determinación, un vehemente anhelo, por más enérgicos que una u otro sean.

(1) Planiol & Ripert.

Al hablarnos el Código del *dueño* o *del que se da por tal*, está reconociendo las dos clases de posesión de que se hablará luégo: posesión unida al derecho de dominio, posesión del que no es dueño, y al decirnos que el poseedor puede tener el bien por sí mismo o por otra persona que lo tenga en su lugar y a nombre de él, comprende el caso en que los dos elementos de la posesión coexistan en el poseedor y el caso en que el poseedor tiene el *animus*, y un tercero, o sea un tenedor, el *corpus*, ya en *lugar* del poseedor, como ocurriría si alguien conserva un bien, sin mandato del propietario, pero reconociéndole a aquél el derecho, como cuando toma el bien extraviado o perdido para devolverlo a su dueño, o ya a nombre del poseedor en los casos de los tenedores de que habla el código civil. Por eso en vez de la expresión copulativa y debió emplearse la disyuntiva o.

El artículo 786 del C. C. nos trae ejemplos de posesión con la sola conservación del *animus* y en que un tercero ejercita el *corpus*, a nombre del poseedor.

Y el artículo 788 habla del caso en que la posesión se conserva también con el mero *animus*, aunque un tercero pudiera también tener el *corpus* en lugar del poseedor: «La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero», como ocurriría en el evento del extravío del bien mueble, que alguien halló, y lo recogió para su dueño.

El código civil francés estatuye que «la posesión es la tenencia o el goce de un bien o de un derecho que tenemos o que ejercemos por nosotros mismos o por otro que lo tiene o que lo ejerce en nuestro nombre».

Como esta definición carece del elemento clásico del *animus*, pero es más moderna que la de nuestro código civil en el sentido de que comprende la posesión de todo derecho, nosotros la complementaríamos así: La

posesión es la tenencia o el goce de un bien, con ánimo de titular del derecho, sea que la tenencia o el goce lo ejercitemos nosotros mismos, como titulares reales o presuntos del derecho, o por otro que lo ejerza en nuestro lugar o a nuestro nombre.

Clases de posesión

La siguiente nota del señor Bello relativa al artículo 700 del Código Civil de Chile, las explica perfectamente, como se comprobará luégo con algunos artículos de nuestra ley civil:

«Las dificultades en materia de posesión, que son gravísimas, provienen principalmente de la inexactitud del lenguaje. Es preciso distinguir las varias especies de posesión:

- 1.º Posesión unida al dominio;
- 2.º Posesión del que no es dueño, acompañada de justo título y de buena fe: posesión civil, y
- 3.º Posesión del que no es dueño, no acompañada de justo título y de buena fe: posesión natural.

Se ha dado en derecho romano el título de posesión natural no sólo a la que acabamos de definir, sino a la mera detención que llamamos aquí tenencia».

POSESION DEL TITULAR REAL, POSESION DE TITULAR PRESUNTO DEL DERECHO.—Dos son las clases generales de posesión conocidas del antiguo derecho clásico: posesión unida al dominio, posesión sin derecho de dominio, esto es, posesión del dueño, posesión del que no es dueño. Mas, de acuerdo con el desarrollo de la idea jurídica de posesión, es menester decir: posesión del titular real del derecho, posesión del titular presunto del derecho.

SUBCLASES: *posesión regular*, *posesión irregular*.—Tal es la clasificación que hace el artículo 764 del código civil, mas es ésta sólo una subdivisión de la posesión de quien carece del derecho de dominio, como lo

asevera el señor Bello en la nota preinserta, y como lo comprueba la legislación civil sobre el particular. En efecto: la posesión regular y la posesión irregular son la base de la adquisición del dominio por usucapión ordinaria y extraordinaria respectivamente (arts. 2528 y 2531 del C. C.), y si la posesión regular fuera la del propietario, o sea, una posesión con derecho de dominio, habría un contrasentido en creer que ese poseedor regular va a adquirir el bien al cabo de 3 años si es mueble o al cabo de 10 años si es inmueble, tratándose de personas presentes, o en doble lapso si se trata de ausentes, ya que nadie puede adquirir de nuevo lo que es suyo, lo que hace parte de su patrimonio.

Por otra parte, basta leer el artículo 766 del C. C. que habla de los títulos que no pueden entrar en la categoría de justo título, que es uno de los elementos esenciales de la posesión regular, para convencerse de que todos y cada uno de los casos comprendidos en ese precepto legal, se refieren a títulos de quien no es propietario, de quien apenas tiene una posesión sin derecho de dominio, pero donde más claramente se ve la realidad de la teoría de que la posesión regular es una posesión sin derecho de dominio es en el artículo 951 del C. C. que confiere la acción publiciana al poseedor regular, pero advirtiéndole que entre otras personas no puede establecerse contra el poseedor con derecho de dominio.

LAS POSESIONES VICIOSAS NO CONSTITUYEN UNA CLASE DE POSESIÓN.—Aunque a primera ojeada parece que el código civil clasificara además la posesión en violenta y clandestina (1), y así parecen admitirlo los eminentes juristas que han publicado obras sobre derecho civil colombiano, es lo cierto que no existen tales clases es-

(1) El C. de M., en sus arts. 290 y siguientes, habla también de posesión violenta y de posesión clandestina.

peciales de posesión, sino que la ley establece los vicios de que puede adolecer la posesión. La posesión puede adolecer entre otros de los vicios de violencia y de clandestinidad, como el consentimiento de los de error, fuerza o dolo (art. 1508), pues tanto la posesión como el consentimiento pueden ser viciados o no viciados, sin que de allí pueda deducirse que hay una posesión violenta y una posesión clandestina distintas de las dos grandes clases de posesión: posesión unida al derecho de dominio o del titular real del derecho, posesión sin derecho de dominio o del titular presunto del derecho, así como nadie ha pretendido que existe un consentimiento errado, un consentimiento forzado y un consentimiento afectado por el dolo, distintos del consentimiento en general, sino que son diversas modalidades de éste, cuando quiera que ha dejado de ser consciente, ilustrado y libre.

POSESIÓN REGULAR.—Respecto del derecho de dominio es la posesión civil *ad usucapionem* del derecho romano, esto es, la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe (art. 764-1.º). Pero dada la idea moderna de posesión, es preciso conocer lo que debe entenderse por justo título conforme al código civil, no sólo del derecho de dominio, sino de cualquier derecho.

Justo título

No lo define el código civil. Sin embargo, algunos eminentes juristas colombianos dan las definiciones que se insertan en seguida:

«Se denomina *justo título* una causa de adquisición del bien, reconocida como legítima por la ley» (1).

«Por *justo título* se entiende el que tiene existencia jurídica. Justo título es sinónimo de título legal: título conforme a la ley» (2).

(1) Rodríguez Piñeres.—*Derecho Civil Colombiano*, tomo III.

(2) José M. González Valencia.—Conferencias dictadas en la facultad de derecho y ciencias políticas y sociales de la Universidad Nacional.

«*Justo título* es la causa en virtud de la cual poseemos alguna cosa de acuerdo con las leyes» (1).

Los romanos entendían por justo título «todo hecho que suponga entre las partes la intención de transferir y de adquirir» (2).

Las definiciones anteriores confunden el título del poseedor con derecho de dominio o del titular real del derecho con el título del poseedor que no es propietario, o sea, el del titular presunto del derecho, según pasa a demostrarse.

Como se sabe ya, por título se entiende la causa remota o mediata de la adquisición del bien, pero como el código civil admite la venta de bien ajeno y le da validez jurídica, sin perjuicio eso sí de los derechos del propietario que los deduzca oportunamente en justicia (art. 1871), tenemos que hay veces en que la compraventa (título) seguida de la tradición (modo), hace al comprador propietario, o sea cuando el vendedor y tradente es al propio tiempo dueño del bien cuyo derecho de propiedad transfiere, pero hay otras ocasiones en que por no ser propietario el vendedor o tradente irregular, el comprador no entra tampoco a ser propietario, a pesar del contrato de compraventa, otorgado por escritura pública debidamente registrada, si se trata de un bien raíz, sino que adquiere la posibilidad de serlo, mediante la adquisición que con posterioridad a la compraventa hiciera el tradente, o por el modo de la *usucapio*, llamada por el código civil prescripción adquisitiva (arts. 752 y 753). En el primer caso se puede adquirir una posesión con derecho de dominio; en el segundo caso, no, por tratarse de la posesión sin derecho de dominio, siendo la compraventa justo título, tanto en uno como en otro evento. También sucede lo propio en la sucesión por

(1) Fernando Vélez. — *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, tomo III.

(2) Bry. — *Principes de Droit Romain*.

causa de muerte, pues hay ocasiones en que no todos los bienes del patrimonio del *de cuius* son de su propiedad, sino que apenas es poseedor respecto de alguno o algunos de esos bienes, y en otras ocasiones entra a poseerlos un heredero o legatario putativo, a falta del heredero o legatario real.

Luego tenemos que distinguir y definir de un lado el título del poseedor con derecho de dominio o el del titular real del derecho, y del otro lado el título del poseedor sin derecho de dominio, o sea, el del titular presunto del derecho, pues es el título de este último el que admite la división de justo o no, para fundamentar una posesión regular o irregular, como se demostrará en el curso de este estudio.

VERDADERO JUSTO TÍTULO.—El justo título del poseedor con derecho de dominio podría definirse así:

Justo título es una causa eficiente que unida al modo genera la adquisición perfecta del derecho.

Se le da el nombre de verdadero justo título para distinguirlo del título del poseedor sin derecho de dominio o el del titular putativo del derecho y porque la posesión unida al dominio o del titular real del derecho es la posesión por excelencia reconocida por todas las legislaciones de los países cultos, por más que la posesión disociada de todo derecho venga a considerársela en la ley civil como posesión regular o irregular que sirven de base a la usucapión. Debería llamarse justo título sólo el de la posesión unida al derecho, pero el legislador colombiano confunde lamentablemente las dos nociones, y por eso toca a la doctrina establecer claramente qué es lo que entiende el código civil por justo título en su artículo 764-2.º

Pero es inexcusable que se siga llamando justo título al que precisamente no es justo, sino justificado, esto es, declarado válido, a virtud de disposiciones excepcionales, basadas en el sistema colombiano de que

el simple contrato, como la compraventa, v. gr., no trasfiere el derecho, sino que genera derechos y obligaciones recíprocos y correlativos. El verdadero justo título es el del poseedor propietario o titular efectivo del derecho, no el del simple poseedor sin derecho o titular putativo.

JUSTO TÍTULO DEL CÓDIGO CIVIL.—Justo título es en derecho civil colombiano una causa auxiliar en virtud de la cual poseemos algún bien, y que unida a la tradición imperfecta o irregular (1), sirve para adquirir por usucapión.

En efecto, la teoría del justo título existe en el código civil, porque éste le asigna el carácter de ser uno de los elementos constitutivos de la posesión regular (art. 764-4.º) que se estableció como fundamento de la usucapión ordinaria, y por eso el artículo 2528 dice que «para ganar la prescripción ordinaria se necesita *posesión regular* no interrumpida durante el tiempo que las leyes requieren». Conforme con la tradición clásica, la posesión regular quedó establecida en nuestra ley civil como posesión exclusiva del que no es dueño o titular real del derecho, pues tanto en derecho romano como en el código civil se entiende por justo título, no una causa *eficiente* de adquisición que unida al modo genera la transferencia perfecta del derecho, sino una causa auxiliar que por sí misma no genera una adquisición perfecta, por más que concurra el modo de la tradición irregular contemplado en los artículos 752 y 753 del C. C.

Si por posesión regular se entendiera la del verdadero propietario o titular real del derecho, es decir, la engendrada por un verdadero y justo título, tendríamos que ella sería signo evidente del dominio o de que el

(1) Los arts. 752 y 753 del C. C. establecen esta especie de tradición, según se demuestra en el estudio sobre la «Tradición».

poseedor regular es titular real del derecho, y no una de las causas que lo generan por usucapión ordinaria, según los citados artículos 764-4.º, y 2528, pues no se puede obtener el derecho por dos modos distintos, porque «nadie puede adquirir de nuevo lo que ya está en su patrimonio» *quod meum est, amplius meum fieri non potest*, y quien adquiere un derecho por tradición o sucesión por causa de muerte, no tiene por qué llegar a adquirirlo por usucapión, salvo el caso de que el título de la tradición provenga de un vendedor *a non domino*, pues entonces no sería una causa indiscutible, sino simplemente auxiliar, como cuando el tradente carece de derecho en el bien, sin que llegue a adquirirlo con posterioridad a la tradición, o cuando el *de cuius* no es dueño de los bienes relictos, o cuando el sucesor a título universal o singular no es heredero o legatario real, sino meramente putativo. Y decimos *dueño*, aunque creemos que esa expresión y la de *propietario*, es propia solamente del titular del derecho de dominio, pero la ley y los comentadores la aplican muchas veces en sentido figurado, a falta de una voz genérica que implique la idea de titular del derecho (arts. 105, 730, 732, 749 *in fine*, 765 *in fine*, 775-2.º, 781, 787, 788, 792-2.º, 817, 835, 840-2.º, 841, 842, 860 y 903 del C. C., 9 de la Ley 26 de 1922, y 670, 673 y concordantes del C. C.).

Nuestro código civil y los comentadores de derecho civil colombiano confunden lamentablemente las dos nociones de justo título, sin duda porque el poseedor con derecho de dominio puede presentarse a veces como un simple poseedor regular en las acciones posesorias, en que no es menester acreditar el dominio por no discutirse éste; de modo que al dueño le bastaría con acompañar el solo instrumento en virtud del cual adquirió el bien, para que sirva de comprobante del justo título que el código civil exige como elemento de la posesión regular.

El poseedor regular es, pues, un poseedor que no es dueño, y no un poseedor que hubo el bién del verdadero propietario, ni un poseedor heredero o legatario real que adquirió del *de cujus* habiendo sido éste titular real de los derechos integrantes del patrimonio relicto.

La teoría de que el poseedor regular es un poseedor sin derecho de dominio, puede sustentarse así:

1.º Con la nota preinserta del señor Bello en su mensaje al congreso de Chile;

2.º El art. 2528 del C. C. establece que la posesión regular sirve para ganar la prescripción ordinaria, y ya se sabe que el dueño no tiene por qué llegar a adquirir por un nuevo título y un nuevo modo;

3.º El art. 951 del C. C. al establecer la acción publiciana en favor del poseedor regular dice que ella no puede establecerse entre otras personas contra el dueño, luego el poseedor regular es un poseedor sin derecho de dominio; y

4.º El art. 766 del C. C. al hablar de las excepciones al justo título, sólo trae casos de títulos de poseedores sin derecho de dominio.

DIVISIÓN DEL JUSTO TÍTULO.—El justo título puede ser de dos clases: el que sirve de base a la constitución del derecho y el que sirve de base a la transferencia del derecho. La ley es el único título que sirve de base a los modos constitutivos llamados la ocupación, la accesión y la usucapión extraordinaria.

En cuanto a los modos traslaticios, o sea, la tradición, la sucesión por causa de muerte, y la usucapión ordinaria, hay varios títulos que pueden servir de causa mediata, como en la tradición, la compraventa, permuta, dote, donación, dación en pago, aporte a sociedades, transacción en los casos que se verán luégo etc.; en la sucesión *ab intestato*, el título es la ley; en la sucesión testamentaria, el testamento, y en la usucapión ordinaria, también la misma ley y el justo título que viene a con-

solidarse, en forma tal, que el usucapiante se hace causahabiente del enajenante (1).

El art. 765 del C. C. confunde el título con el modo, y habla erróneamente de títulos constitutivos y traslaticios que en derecho civil colombiano no existen, pues si en derecho francés el título, v. gr., la compraventa, trasfiere por sí mismo el dominio, sin necesidad de la tradición, otro es el sistema colombiano, igual al del derecho romano, en virtud del cual el contrato de compraventa genera obligaciones y derechos: obligación del vendedor de entregar el bién vendido y derecho de exigir su precio al comprador; obligación del comprador de pagar el precio, y derecho correlativo de exigir del vendedor la entrega y tradición. El solo contrato o título no trasfiere, pues, el derecho, según este sistema, sino que para ello se requiere necesariamente el modo, es decir, la tradición.

En lugar de decir, pues, tal artículo que «el justo título es constitutivo o traslaticio de dominio», ha debido estatuir que el justo título sirve de causa a la constitución o a la transferencia del derecho, pero el inciso 3.º de tal precepto legal se expresa menos incorrectamente al establecer que «son traslaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos».

El mismo artículo continúa así:

«Pertencen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición».

Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión.

Las transacciones, en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título;

(1) Este fenómeno jurídico aparece explicado en el estudio de la «Tradición».

pero en cuanto trasfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo».

La partición o división de bienes hereditarios (*familiae eriscundae*) y de bienes de una comunidad o copropiedad en proindiviso (*communi dividundo*) puede hacerse de dos modos: extrajudicial y contractualmente, y por medio de escritura debidamente registrada si se trata de inmuebles, o bien, judicialmente entre *alieni juris*, o entre *sui juris*, que no logren un acuerdo amigable al propósito. La división judicial puede ser material o *ad valorem*. La primera tiene lugar cuando los bienes respectivos son susceptibles de partición material, y la última, que consiste en la venta en subasta del bien o bienes, cuando éstos no son susceptibles de tal división, como los edificios.

Como la partición, tanto judicial como extrajudicial, producía entre los romanos un efecto traslativo, porque si los comuneros o coherederos tienen cada uno sobre el bien o bienes comunes, y todos y cada uno, sobre todas y cada una de las moléculas de él o de ellos, un derecho equivalente a la cuota que les corresponda, al realizarse la partición, hay en realidad una permuta que hace cada comunero de la mitad de su derecho en moléculas indivisas por el derecho correlativo del condueño o condueños, cada uno de los cuales adquiere un derecho pleno sobre moléculas divisas, de modo que como lo anota Fernando Vélez, el derecho del adjudicatario en la división del bien común gana en certidumbre lo que pierde en extensión. La otra mitad de su derecho en moléculas indivisas la adquirió cada condueño del tradente o del *de cuius*.

Y como tanto la sentencia como el contrato que dan fin a la indivisión son entre nosotros simplemente declarativos de derechos preexistentes, y no atributivos o traslativos, hay que conocer la jurisprudencia de la corte suprema de justicia, para la recta interpretación del

inciso 4.º del artículo comentado: «La partición o división de bienes comunes o hereditarios produce un efecto declarativo entre comuneros o coherederos entre sí y un efecto traslativo del *de cuius* al coheredero adjudicatario, o del vendedor o del tradente en general al comunero adjudicatario». En este último sentido la sentencia es un título que complementa el del vendedor o *de cuius*, viniendo a servir de base ambos títulos para la transferencia del derecho. Luego hay que decir que a N. N. le fue adjudicado tal bien en la partición con A., y que lo adquirió del causante o vendedor X., y no que adquirió tal bien en determinada sentencia de adjudicación o acto legal de partición.

Tanto la teoría del efecto traslativo de la partición, como la teoría colombiana del efecto declarativo, son una ficción en cuanto a la mitad del derecho en las moléculas indivisas de cada condómino sobre todo el bien, pues lo que ocurre en realidad es que el comunero tiene adquiridas del tradente o del *de cuius*, desde antes de hacerse la partición, la mitad del derecho equivalente a su respectiva cuota, y que al realizarse la partición, existe una permuta recíproca de la otra mitad entre todos los comuneros; de modo que tanto la teoría del efecto traslativo, como la del efecto declarativo es real en cuanto a la mitad del derecho equivalente a la cuota que pertenece a cada uno de los copropietarios indivisos, pero es ficticia en cuanto a la otra mitad.

Ejemplo: *Primus* les vende a *Secundus* y a *Tertius* el fundo «*Mevius*». *Secundus* adquirió de *Primus* la mitad proindivisa de todas y cada una de las moléculas del fundo «*Mevius*»; *Tertius* adquirió de *Primus* la otra mitad proindiviso en esas mismas moléculas. Viene la partición y a *Secundus* le adjudican la parte A y a *Tertius* la parte B del fundo «*Mevius*». *Secundus*, que ya había adquirido de *Primus* la mitad de las moléculas en la parte A, adquiere de *Secundus* la otra mitad, en cambio de la cesión que a su vez le hace a *Tertius* de la

mitad de las moléculas que a *Primus* le correspondían en la parte B: hay, pues, una permuta entre *Secundus* y *Tertius* de la mitad de la cuota de su derecho en la porción que no les fue adjudicada, conservando cada uno de ellos en la parte que les cupo en la partición, la otra mitad de la cuota que adquirieron de *Primus*. Los romanos con el efecto traslativo de la partición fingían que tanto *Secundus* como *Tertius* no adquirieron de *Primus* posesión alguna, sino que *Secundus* adquirió de *Tertius* la parte A, y que *Tertius* adquirió a su vez de *Secundus* la parte B. En derecho civil colombiano se finge que *Secundus* no adquirió en la partición nada de *Tertius*, y que *Tertius* a su vez nada adquirió de *Secundus*, pues tanto *Secundus* como *Tertius* adquirieron de *Primus*, y se supone que *Secundus* ha poseído exclusivamente la parte A durante el período de la indivisión, sin que hubiera tenido participación alguna en la porción B, y que *Tertius* a su vez poseyó exclusivamente la parte B, sin que hubiera poseído nunca la parte A, pues tanto *Secundus* como *Tertius* adquirieron directamente de *Primus*.

Como las sentencias judiciales en general son simplemente declarativas de derechos preexistentes y no atributivas de nuevos derechos, establece el legislador que ellas cuando recaen sobre derechos litigiosos no constituyen nuevo título para legitimar la posesión.

La transacción que es un contrato en virtud del cual las partes dan fin extrajudicialmente a un litigio pendiente o precaven uno eventual (art. 2469), no puede constituir nuevo título en cuanto que se limite al solo bien o bienes litigiosos, pero si ella provee la transferencia de un bien no litigioso, entonces sí constituye un nuevo título para el adquirente.

Como el inciso 4.º del art. 764 establece que:

Si el título es traslativo de dominio es también necesaria la tradición, hay que entender, de acuerdo con

lo expuesto, que el legislador quiso decir que si el título sirve de base a la traslación del derecho es también necesaria la tradición.

Y como según se vio, la ley y el testamento son títulos que sirven de base a la traslación del derecho, en la sucesión por causa de muerte, entonces hay que concluir con que es éste un modo de adquirir el solo derecho de herencia, mientras la sucesión está ilíquida, y un modo imperfecto de adquirir bienes raíces o bienes muebles determinados, pues cuando la sucesión se liquida y se dicta el decreto de posesión efectiva de la herencia, hay necesidad de inscribir tal decreto en la oficina u oficinas de registro donde el inmueble está ubicado, así como también el respectivo acto de partición judicial o extrajudicial. (La doctrina del art. 764 está corroborada por el art. 2654 del C. C.).

EXCEPCIONES DEL JUSTO TÍTULO.—El art. 766 del C. C. las establece así:

«No es justo título:

- 1.º El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende.
- 2.º El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra, sin serlo.
- 3.º 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.º 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.

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».

El título falsificado es inexistente, pero la inexistencia está reputada en la ley civil como una causal de nulidad absoluta por falta de consentimiento (art. 1502). Lo mismo ocurre con el título que confiere quien se dice mandatario legal o convencional de otro sin serlo. Pero, aunque la nulidad absoluta no es ratificable, sucede que en la tradición hay una excepción al propósito en el art. 742, que establece que una tradición que en un principio fue inválida por falta de la voluntad del tradente, se valida retroactivamente por la ratificación de quien tiene personería sustantiva o adjetiva para enajenar. Lo propio ocurre, si falta el consentimiento del adquirente (art. 743).

De allí que el art. 767 del C. C. sea aplicable a los tres primeros numerales del artículo preinserto, aunque es de observarse que en el caso del título falsificado es preferible otorgar uno nuevo, porque como la falsificación es un delito, sería contrario al orden público pretender derivar derechos de un acto tan profundamente perturbador del orden jurídico, como lo es el hecho criminoso y punible (*fraus omnia corrumpit*).

El artículo últimamente citado establece que «la validación del título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación o por otro remedio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título».

Para hacer una recta interpretación de este artículo, hay necesidad de distinguir: 1.º El título nulo proviene del poseedor con derecho de dominio; 2.º Proviene del poseedor sin derecho de dominio, y 3.º Proviene de un mandatario o representante legal de aquél o de éste, sin serlo.

EL TÍTULO NULO PROVIENE DEL POSEEDOR CON DERECHO DE DOMINIO O TITULAR REAL DEL DERECHO.—El título viciado de la nulidad absoluta ratificable de que se habló o de una nulidad relativa (numeral 3.º del art. 766 del C. C.), no es justo antes de la validación, pero una vez validado y concurriendo el modo, se convierte en

verdadero justo título, como quiera que es causa eficiente de la adquisición del derecho, porque el adquirente, de poseedor irregular que era antes, se transforma, por medio de la ratificación, o el trascurso del lapso legal en la nulidad relativa, en poseedor con derecho de dominio o en un titular real del derecho, con retroactividad a la época en que fue conferido el título. Antes de sanarse o validarse el vicio de nulidad, el título no serviría, pues, no podría servir, de base a una posesión regular, y después de validado tampoco, por cuanto que es un verdadero justo título que, unido al modo, genera el derecho, sin que haya necesidad de adquirirlo nuevamente por usucapación ordinaria. Igual cosa sucedería en el caso de un representante legal o mandatario de aquél, sin serlo, cuando quiera que intervenga la ratificación expresa por quien está capacitado para hacerla (art. 2186).

EL TÍTULO NULO PROVIENE DEL POSEEDOR SIN DERECHO DE DOMINIO O DEL TITULAR PUTATIVO DEL DERECHO.—El título afectado de las nulidades de que se habló y que fue conferido por un poseedor sin derecho de dominio o a su nombre, puede ser validado por éste, pero en tal caso se producen efectos jurídicos absolutamente distintos a los que se dejaron anotados. No sería justo título antes de la validación, pero una vez que haya sido saneado por ratificación o por el trascurso del lapso legal, se convierte en *justo título del código civil*, porque el poseedor irregular se transforma en poseedor regular, con retroactividad a la fecha en que le fue conferido, y en tal caso sí podría esta posesión servir de base a la usucapación ordinaria, contando desde la fecha en que se confirió el título viciado. Lo propio sucedería en el caso de que alguien otorgara el título como representante legal o mandatario del poseedor sin derecho de dominio, sin ser tal representante o mandatario.

Así como puede asegurarse que nadie puede adquirir por dos modos, y por consiguiente nunca podrían presentarse dos títulos como causa de adquisición del bien,

no es menos verdadero que «se puede poseer un bien por varios títulos» como claramente lo dispone el art. 763, pues un poseedor sin derecho de dominio o titular presunto del derecho podría alegar, v. g., el título de compraventa, a la vez que otro título distinto como dación en pago, donación etc., para justificar su posesión, en el caso de los interdictos posesorios, y aun en la usucapión, cuando quiera que concurriera más de un título de adquisición de la posesión, También el poseedor con derecho de dominio o titular efectivo del derecho podría acogerse al art. 763, en una acción posesoria o publiciana en que habiendo perdido la posesión la hubiera recuperado mediante un título distinto del que dio origen a la adquisición del derecho.

De la buena fe

Tal es el segundo elemento de la posesión regular que como se vio ya requiere tanto justo título como buena fe, considerada ésta en el acto de la adquisición del bien, y aunque no subsista después de adquirida la posesión (art. 764-2.º).

La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio del bien por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. Así, en los títulos traslativos de dominio (debe entenderse títulos que sirven de base a la transferencia del derecho), la buena fe supone la persuasión de haberse recibido el bien de quien tenía facultad de enajenarlo, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato. Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario (art. 768).

Dos son los elementos que integran la buena fe, de acuerdo con este artículo:

1.º Convicción sincera, conciencia de haber adquirido el bien del propietario o titular real del derecho, y

2. Convicción sincera, conciencia de que no hubo fraude ni otro vicio en el contrato.

Como el acto o contrato puede padecer de los vicios de error, fuerza o dolo, generadores de la nulidad relativa o puede estar viciado de nulidad absoluta, resulta que la buena fe está ligada casi en la totalidad de los casos al justo título, pues donde hay vicio en el contrato, o sea, en el título, no puede haber buena fe aunque el poseedor crea que no hubo vicio alguno, pues éste sería un error de derecho que implica una presunción de mala fe o sea una presunción *juris et de jure*, que no admite prueba en contrario. De allí que el único caso posible de poseedor sin justo título y con buena fe, sea el que anota Fernando Vélez en el evento del individuo que adquiere por ocupación objetos ajenos que por descuido de quien hizo la dejación de bienes suyos, se hallaran confundidos con éstos en la vara de premio o entre los bienes arrojados al público para que los haga suyos el primer ocupante (*derelictio*).

La voz enajenar de que se vale el artículo últimamente citado equivale aquí a la noción de *dare*, transferir el dominio, pues el código emplea tal palabra a veces en un sentido general, es decir, que significa todo acto de consumo social o jurídico del bien, como las desmembraciones o limitaciones del dominio de inmuebles o los gravámenes reales con que se les grave, como la hipoteca, la anticresis o el censo.

La carencia de la facultad de enajenar un bien puede provenir de falta de personería sustantiva, por no ser el tradente propietario del bien que enajena, pues si la ley civil le da validez a la venta de bien ajeno es sólo respecto de personas distintas del dueño o sus causahabientes, o de personería adjetiva, por carecer, el que hace la enajenación, de poder legal o convencional del dueño.

En la posesión unida al derecho de dominio jamás puede haber mala fe, como ocurre en la posesión regular en el caso de la mala fe sobreviniente de que habla el inciso 3.º del art. 764 del C. C. al agregar que «se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe». Y mucho menos podría concebirse aquí la mala fe inicial propia del poseedor irregular. En efecto, quien le compra al propietario puede dudar de que éste lo sea y aun puede tener la convicción profunda de que no lo es, y sin embargo adquirió una posesión unida al derecho de dominio y no una posesión regular ni una irregular. Tal ocurriría en el caso de que A le compra un bien a B, a sabiendas de que éste no es propietario, sino que lo está adquiriendo por usucapión contra C, que es el verdadero dueño. Pero resulta que B heredó a C el mismo día de la enajenación, en su calidad de heredero único por muerte de C, acaecida en dicho día.

La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria, o sea, en el caso del error de derecho. En todos los otros la mala fe deberá probarse (art. 769).

ERROR.—Filosóficamente considerado, éste «consiste en tener por falso lo verdadero, o por verdadero lo falso», (1) pero en derecho se contemplan dos clases distintas de error: error de hecho y error de derecho.

El error de hecho consiste en creer existente lo que no existe, o inexistente lo existente, o en tomar un objeto por otro distinto.

El error de derecho consiste en ignorar las normas jurídicas o en darles una interpretación equivocada que venga a invalidar el pensamiento del legislador.

Si alguien adquiere un bien por medio de un título viciado de nulidad absoluta o relativa, creyendo que no hubo vicio alguno, comete un error de derecho.

(1) Doneau.

Si cree que el vendedor es el dueño sin serlo, comete un error de hecho, porque está confundiendo al propietario con quien no lo es.

Quien adquiere de un poseedor *a non domino* un bien raíz por medio de escritura pública debidamente registrada, creyendo que aquél es el dueño, y entra en posesión material del bien, sería un poseedor regular.

POSESIÓN IRREGULAR.—Respecto del derecho de dominio, es la *posesión natural ad interdicta* de los romanos, que es la simple posesión sin derecho de dominio, pero con los elementos que la integran: el *corpus* y el *animus*, o sea, la mera tenencia de un bien determinado, con ánimo de señor o dueño, sin justo título, o con éste y sin buena fe, o sin uno ni otra. Mas, de acuerdo con la idea moderna de posesión, es menester decir que posesión irregular es el ejercicio que hace el titular putativo del derecho presunto, por medio de actos materiales, de signos externos, habiendo adquirido sin justo título, o sin buena fe, aunque exista justo título, o careciendo de ambos elementos.

EJEMPLOS DE POSEEDORES IRREGULARES.—Un individuo puede ser poseedor irregular, porque le falte la buena fe, como cuando compra una casa a sabiendas de que es ajena, pero en vista de que al poseedor tradente le falta poco para adquirir por usucapión, se hace otorgar de éste la escritura pública de compra-venta, la cual es debidamente registrada; o porque le falte el justo título y tenga buena fe inicial, pero ya vimos algún ejemplo excepcional de este raro caso; o porque le falten ambos elementos, como el que le compra un bien raíz a un menor habilitado de edad, sin licencia judicial, o como si un individuo comprara un bien de la misma clase por medio de un documento privado, o en general si se adquiere, mediante un contrato viciado de error, fuerza, dolo, lesión enorme, pues ya vimos que aparte de no servir tal contrato como

justo título, desde que exista algún vicio, no hay, no puede haber buena fe.

El poseedor con derecho de dominio jamás podrá ser poseedor irregular, porque tal posesión supone necesariamente no sólo el justo título del código civil, sino el verdadero justo título, y ya se vio que la mala fe jamás puede tornar tal posesión en irregular, y por lo tanto jamás podría considerársele como poseedor de mala fe.

Vicios de la posesión

«Un vicio en la posesión, dicen Planiol & Ripert, destruye su existencia, hace la posesión jurídicamente estéril o inútil», tanto para el ejercicio de las acciones posesorias y la publiciana, como para la usucapión, agregamos nosotros.

Los vicios de que puede adolecer la posesión, no son otros que la violencia, la clandestinidad, la discontinuidad, la ambigüedad y la suspensión, aunque esta última sólo afecta la posesión en la usucapión ordinaria,

LA VIOLENCIA.—Posesión viciada de violencia es la que se adquiere por medio de la fuerza. La fuerza puede ser actual o inminente (art. 762).

En derecho romano la violencia constituía un vicio permanente de la posesión, pues si ésta se adquiría a virtud del terror o el pánico que con actos materiales o inmateriales se produjeran en la persona del poseedor anterior, la posesión conservaba ese vicio.

La violencia defensiva del poseedor actual no vicia su posesión, a menos que ésta se hallara a su vez viciada de fuerza.

Como nadie puede hacerse justicia por sí mismo, la ley ha establecido este vicio que invalida la posesión, mientras exista la fuerza, pero en cesando la violencia, se inicia una posesión sana que al cabo de un año puede llegar a ser una posesión jurídica, debidamente amparada por interdictos posesorios.

El que en ausencia del dueño se apodera del bien, y volviendo el dueño lo repele, vicia también de violencia su posesión (art. 773).

De acuerdo con el art 774 existe el vicio de violencia en los siguientes casos:

1.º Cuando se emplea la violencia contra el verdadero dueño del bien;

2.º Cuando se haya empleado la violencia contra el que lo poseía sin derecho de dominio. En este caso la violencia puede haberla ejecutado el dueño mismo que no estaba en posesión o un tercero, contra un poseedor regular o un poseedor irregular, y

3.º Cuando la violencia se realiza contra un tenedor.

El vicio de la violencia existe, ya porque la ejecute el poseedor mismo que empleó la fuerza para adquirir la posesión, o porque éste la emplee por intermedio de un tercero, habiendo previamente consentido en ella, o porque después de ejecutada sin su consentimiento, la ratifique expresa o tácitamente, como cuando adquiere la posesión, aprovechando la violencia anterior ejercida contra el antiguo poseedor que abandonó transitoriamente el bien.

LA CLANDESTINIDAD.—Para que sean válidos los actos de posesión no deben ejercerse guardando secreto a quienes pudieran estar interesados en tener noticia de ellos. Por eso dice el art. 774-3.º que existe el vicio de la clandestinidad, cuando la posesión se ejerce ocultándola a los que tienen derecho de oponerse a ella.

Este vicio se mira, pues, durante el ejercicio de los actos posesorios y no en el momento de la adquisición de la posesión, pues alguien ha podido iniciar una posesión sana, pero la vicia de clandestinidad desde el momento en que voluntaria o involuntariamente esté ejerciendo actos ocultos de posesión.

Como los bienes muebles son de fácil transporte u ocultación, el vicio de la clandestinidad se refiere espe-

cialmente a esta clase de bienes, pero la posesión viciada de clandestinidad existe en algunos casos con relación a los bienes raíces, como cuando se construyen túneles, sótanos para depósitos, habitaciones subterráneas etc. que son ejemplos traídos por juriconsultos franceses, o cuando un individuo que explota una mina, v. gr. de carbón mineral, y traspasando los linderos, penetra por el subsuelo a la finca contigua de propiedad de un tercero que no ha autorizado la explotación, ni ha consentido en ella en alguna forma.

Desde el momento en que la explotación se revele por alguna obra exterior sobre el suelo del tercero, cesa la clandestinidad, y sólo desde entonces empieza la posesión, pues existiendo el vicio de clandestinidad o el vicio de violencia no hay posesión jurídica al tenor del inciso 3.º del art. 976 del C. C.

LA DISCONTINUIDAD.—La posesión es continua cuando ha sido ejercida en todas las ocasiones y todos los momentos en que ha debido serlo, dice un decreto ejecutivo francés. Un obstáculo de fuerza mayor o caso fortuito podría eximir al poseedor del ejercicio de actos posesorios, cuando está obligado a hacerlos, enervando el vicio de la discontinuidad.

Es continua también la posesión que no ha sufrido una interrupción natural o una interrupción civil. Una posesión que se interrumpe naturalmente, como en el caso de inundación o de pérdida de la posesión por haber pasado a manos de terceros, o que sufre una interrupción civil consumada (arts. 2524 del C. C. y 29 de la Ley 95 de 1890), es una posesión viciada, de un vicio más enérgico que los de la violencia y la clandestinidad, por cuanto que la discontinuidad hace perder la posesión anterior que puede comprender un extenso período de tiempo, salvo cuando el poseedor anterior que pierde la posesión o es perturbado en ella, establece dentro del año subsiguiente a la pérdida o al

acto o actos perturbadores el respectivo Interdicto posesorio para recuperarla o para conservarla (art. 2523 *in fine*), pues en tal caso se entenderá que no ha habido interrupción para el desposeído.

La interrupción natural y la Interrupción civil son algo más que vicios de la posesión, toda vez que consisten en la pérdida *corpore* de ella, por razón del obstáculo que imposibilita el ejercicio de los actos posesorios.

LA AMBIGÜEDAD.—Existe el vicio de ambigüedad o de posesión equívoca, cuando los actos con que se pretende acreditar la posesión no revelan ésta de una manera irrefragable.

El vicio de ambigüedad suele presentarse en el caso de la concubina, el heredero o el sirviente que alegue la posesión de objetos o valores de la persona con quien convive (1). La convivencia no siempre hace equívoca la posesión, sino cuando aparezca que el compañero de la concubina, o el *de cujus* o el patrón, o en una palabra, el cohabitante, fue poseedor alguna vez del bien respectivo, pues lo propio ocurriría con la posesión que alegaran los coarrendatarios de un mismo apartamento o local.

Los actos posesorios que ejercita el condueño contra sus demás copropietarios en proindiviso, son actos de posesión equívoca, porque él no es un poseedor, sino un coposeedor, según se verá en la «DOBLE PRESUNCIÓN EN LA COPOSESIÓN».

LA SUSPENSION.—Este vicio no aparece anotado por ningún tratadista de derecho civil, pero creemos que la suspensión invalida en forma tal la posesión, que viene a producir todos los efectos de los demás vicios, haciéndola por consiguiente inútil e infecunda.

La suspensión está consagrada por el art. 2530 del C. C. como un beneficio acordado a ciertos *alieni juris*,

(1) Planiol & Ripert.

para suspender la posesión que ejerciera un tercero, y por consiguiente la prescripción del bién. No se refiere, pues a la sola prescripción, desde el momento en que tal precepto legal dice claramente que en «cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al *poseedor* el tiempo anterior a ella, si alguno hubo», de modo que la suspensión no hace perder la posesión anterior.

De acuerdo con tal artículo, la suspensión se efectúa en favor de los dementes, los sordomudos y todos los que están bajo potestad marital o bajo tutela o curaduría. Omitimos expresamente la potestad marital debido a la plena capacidad jurídica que la Ley 28 de 1932 le confirió a la mujer casada, aunque ésta queda amparada con el beneficio de la suspensión ante el marido, y el marido ante la mujer, y aunque la mujer casada no divorciada o separada de bienes, respecto de los que administra, estuvo protegida con el beneficio de la suspensión hasta que entró en vigencia la citada ley, o sea hasta el 1.º de enero de 1933 exclusive.

Ejemplo: Un individuo éntra a poseer un bién de un menor que apenas ha cumplido el primer año, y ejercita y comprueba actos inequívocos de posesión carente de todo vicio. Cuando el menor cumple veintiún años establece una acción reivindicatoria o una acción publiciana contra el sedicente poseedor que podría alegar una posesión regular, pero hay 20 años de posesión írrita, estéril e inválida que no le servirían para triunfar con una excepción de usucapión ordinaria que está suspendida, ni con una extraordinaria por no haber trascurrido treinta años.

Como muchos distinguidos jurisconsultos —entre ellos Planiol & Ripert— niegan también que la interrupción constituya un vicio en general, y ya demostrámos que ella constituye el vicio de la discontinuidad, y como ninguno de ellos menciona siquiera la suspensión que en nuestro concepto es un vicio especial y distinto de

los conocidos hasta hoy, por ser la interrupción, dicen los egregios jurisconsultos citados, un vicio de la usucapión y no de la posesión, nosotros advertimos que tanto la una como la otra son vicios que afectan la posesión relativa a la usucapión, y que la interrupción misma puede invalidar también la posesión en ciertos casos que se estudiarán en los interdictos posesorios, pero que la suspensión no es un vicio que pueda extenderse a los interdictos posesorios, ni a la acción publiciana establecidos contra persona distinta del incapaz favorecido con la suspensión.

Los arts. 2528 y 2531 *in fine* del C. C. mencionan expresamente la interrupción como un vicio de la posesión.

CLASIFICACIÓN DE LOS VICIOS POSESORIOS.—Aunque no conocemos clasificación alguna al propósito, enunciamos sin embargo la siguiente: Los vicios de la posesión pueden ser absolutos o relativos.

VICIOS ABSOLUTOS.—Tales son los que producen efectos para con todo el mundo (*erga omnes*). La violencia y la discontinuidad son vicios que no sólo invalidan la posesión ante determinadas personas, sino que producen efectos generales. La coerción moral o material que se emplea para adquirir, conservar o recuperar la posesión de un bién, es un hecho delictuoso que viola el principio universal de derecho de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, y es tan eminentemente perturbador del orden jurídico, revela una peligrosidad tal en el agente, que no sólo ha sido catalogado por el legislador para proteger al poseedor víctima de la violencia, sino a los terceros que fundadamente pueden temer de quien pretende derivar derechos por medio del terror o del pánico que lleva al ánimo del paciente.

El código civil no le da en parte alguna al vicio de la violencia el carácter de relativo, como a la clandestinidad y a la suspensión, pero lo suprime transitoria

y especialmente, dándole el carácter de absoluto, en el caso de la acción de amparo por despojo de que trata el art. 984 que protege jurídicamente la posesión viciada de violencia contra una violencia injusta posterior, pues el despojante actual que empleó también la fuerza para adquirir la posesión, no podría alegar que la posesión de la persona a quien arrebató la posesión estaba a su vez viciada de violencia, en el caso de que ésta establezca la respectiva acción dentro de los seis meses subsiguientes al despojo de que fue víctima.

Y decimos que la ley le da el carácter de absoluto al vicio de la violencia, por la sencilla razón de que tal vicio no sólo produce efectos ante la víctima de la violencia sino ante terceros, como sucedería en el caso de que el poseedor posteriormente despojado, hubiera adquirido, conservado o recuperado a su vez la posesión ejerciendo actos de violencia contra A, y luego B, que es un tercero en la violencia que se usó con A, aprovechándose del despojo posterior violento realizado por el mismo B, podría alegar válidamente el vicio de la violencia que el despojado empleó contra A, en el caso de que este poseedor despojado pretendiera alguna protección jurídica, después de transcurridos los seis meses subsiguientes al despojo de que lo hizo víctima B.

El art. 984 citado purga también el vicio de la clandestinidad en el caso de despojo injusto y violento, pero sólo durante el lapso y en las mismas condiciones estudiados.

La discontinuidad constituye un período carente de actos posesorios, y por lo tanto sus efectos son generales.

VICIOS RELATIVOS.—En este grupo pueden enumerarse la clandestinidad, la ambigüedad y la suspensión. El inciso 3.º del art. 774 señala efectos sólo «para los que tienen derecho de oponerse a la posesión», es decir, para el poseedor con derecho de dominio o para el po-

seedor regular o irregular. Por eso creemos que la clandestinidad no puede ser un vicio que invalide la posesión ante terceros.

LA AMBIGÜEDAD.—Los actos de posesión equívoca sólo afectan a determinadas personas, enunciadas al estudiar este vicio, y la suspensión sólo obra en la usucapión ordinaria en favor de los *alieni juris*, relacionados por el art. 2530 del C. C.

Posesión de bienes incorporeales

La establece el art. 776 del C. C. en la forma siguiente: «La posesión de los bienes incorporeales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de un bien corporal».

Se ha venido sosteniendo por los comentadores y profesores de derecho civil colombiano que no existe posesión de créditos. Es ésta una institución del derecho civil moderno, aunque hubo una época en que fue conocida en Roma en tratándose de la *usucapio pro herede*.

ORIGEN DE LA POSESIÓN DE CRÉDITOS.—La *usucapio pro herede* fue un modo irregular de usucapión relativo a las herencias que tuvo cuatro fases, en las dos primeras de las cuales se reconoció la posesión de créditos.

«PRIMERA FASE.—En un principio, todo ciudadano romano podía sin justo título ni buena fe apoderarse de una herencia yacente y hacerse heredero después de un año de posesión y siempre que tuviera la *factio testamenti*. Adquiría así, con el título de heredero, no sólo los bienes corporales que él hubiera poseído, sino todo lo que constituye una herencia: derechos reales, créditos, deudas y la obligación de cumplir la *sacra*.

«SEGUNDA FASE.—Los jurisconsultos de la época clásica no admitieron la posesión de bienes incorporeales. Se decidió en esta época, que el poseedor que se apoderara de una herencia, sin justo título y buena fe, podría

sólo adquirir por usucapión en el lapso de un año los bienes hereditarios corporales» (1).

Nuestro código civil establece la posesión de créditos en los arts. 766 *in fine*, 776 y 1634. En efecto, el heredero putativo, aunque sólo es poseedor del derecho de herencia, mientras la sucesión está ilíquida, y es poseedor irregular de un bien relicto determinado, mientras no se haya ejecutoriado el decreto de posesión efectiva, y lo es regular desde el instante en que tal decreto se hubiera ejecutoriado, conforme al artículo 766 *in fine* del C. C. civil, es lo cierto que es un verdadero poseedor del crédito o créditos que existan a favor de la sucesión.

Si la sucesión está ilíquida, él está poseyendo a nombre de la herencia todos los derechos reales, personales e intelectuales transmisibles del *de cuius*, con una posesión regular, pero si los posee a nombre propio, sería un poseedor irregular, mas, desde el momento en que se ejecutorie el auto de posesión efectiva o en que se le adjudique el crédito, entra a ser poseedor regular de ese bien incorporal llamado crédito.

Como el pago para que sea liberatorio debe hacerse al acreedor mismo o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro (art. 1634), es lo cierto que el inciso segundo de este precepto legal establece que el pago hecho de buena fe a la persona que estaba en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía. Ejemplo: muere A sin ascendientes legítimos, pero con un hijo legítimo que se había ausentado a Europa, y posteriormente circuló el rumor de su muerte. B, hermano legítimo del difunto, se hace declarar heredero. X, deudor del difunto, le paga a este heredero putativo, y posteriormente al pago aparece el hijo legítimo de A y por lo tanto el here-

dero real. El pago que hiciera X a B, poseedor del crédito, sería válido, según la doctrina del citado artículo 1634.

Accesión de posesiones

La teoría de la agregación de posesiones viene desde el derecho clásico, donde se distinguía la agregación de la continuación. Sólo el poseedor heredero podía continuar la posesión de buena o de mala fe de su causante. Pero un legatario o un comprador o, en otros términos, un causahabiente a título singular, era un nuevo poseedor que no continuaba ni podía continuar la posesión de su antecesor, aunque sí podía agregarla a la suya propia, cuando ambos eran poseedores de buena o de mala fe, pues si el autor o antecesor era un poseedor de buena fe y el causahabiente lo era de mala fe, no había agregación, y si el antecesor era un poseedor de mala fe y el causahabiente lo era de buena fe, podía empezar una posesión nueva, sin que pudiera existir la unión o agregación de posesiones.

El código civil colombiano en su art. 778 estableció la teoría de la accesión de posesiones por medio de los siguientes términos:

«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».

«Podrá agregarse, en los mismos términos, a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores».

Por medio de tal precepto nuestro código civil estableció una doctrina perfectamente distinta de la clásica que estaba inspirada en severos principios de lógica jurídica, sustituyendo las antiguas teorías de la continuación y de la agregación de posesiones por una

(1) Bry. *Principes de Droit Romain*.

teoría moderna: la accesión voluntaria de posesiones. En virtud de esta teoría, el poseedor actual empieza una posesión nueva, pero si la quiere añadir a la de su antecesor, hay una verdadera fusión o incorporación de posesiones en que la posesión precedente o más antigua es principal, y la del poseedor actual agregante, accesoria, pues es la anterior la que prevalece y sigue prevaleciendo con sus calidades y vicios sobre la del poseedor fusionante, o en otros términos, la posesión antecedente continúa siempre en todo caso de agregación.

Se observa en primer término que el legislador colombiano establece dos clases de sucesión: a título universal y a título particular. De allí que el libro tercero del código civil no se llame simplemente «De las sucesiones», como ocurre en otras legislaciones, sino «De las sucesiones por causa de muerte....», para distinguir las de las sucesiones entre vivos, pero debe tenerse en cuenta que las sucesiones a título singular pueden serlo por causa de muerte como la del legatario o por acto entre vivos como la del comprador.

A pesar de que en materia de accesión de posesiones se ha sentado el principio de la autonomía de la voluntad del nuevo poseedor, quien puede empezar una nueva posesión o agregar la suya propia a la de su antecesor o a las de una serie ininterrumpida de antecesores, no siempre es posible la agregación de posesiones como pasa a demostrarse.

Para que pueda realizarse el fenómeno jurídico de la accesión de posesiones en materia de inmuebles, se requiere como elemento esencial que el nuevo poseedor haya adquirido la posesión por medio de un título, tomando este vocablo no sólo en su sentido técnico, sino en el de instrumento que compruebe la existencia del derecho, pues aunque la posesión es un hecho, o mejor, implica una serie de hechos jurídicos, es lo cierto que como ella comporta la presunción legal del derecho, la

transferencia de éste, cuando recae directamente sobre bienes raíces, debe hacerse por medio de escritura pública debidamente registrada, en los actos entre vivos, o por medio de la inscripción del decreto de posesión efectiva de la herencia, o de la respectiva hijuela o acto contractual de adjudicación, si se trata de la adquisición de la posesión de bienes inmuebles por causa de muerte, que es distinta de la adquisición de la posesión del derecho de herencia, la cual se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore y siempre que éste acepte la herencia (art. 783 del C. C.), pues el que válidamente repudia una herencia, se entiende no haberla poseído jamás.

Si la posesión está legalmente protegida es a virtud de la presunción establecida por el inciso 2.º del art. 762 del C. C. que se expresa así:

«El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo».

Siguiendo a Colin & Capitant, afirmamos que es verdad que en la mayor parte de los casos el hecho de la posesión está de acuerdo con el derecho, porque casi siempre el dueño es al mismo tiempo poseedor, como sucede en la posesión unida al derecho de dominio, pero hay casos en que tal hecho no está de acuerdo con el derecho, como ocurriría en el caso de una posesión sin derecho de dominio, ya regular, ora irregular, pero como la posesión es el signo evidente del dominio, el hecho que lo revela ante los ojos de terceros, y como por otra parte el poseedor es el titular del derecho ante los terceros, ante las autoridades y ante la ley, mientras otra persona no justifique serlo, la posesión nada vale como hecho en sí, sino en cuanto al derecho presunto que ella comporta. De allí que la posesión por sí misma no sea transferible legalmente sino en cuanto al derecho real o presunto contenido en ella. Luego para ser *sucesor* jurídico en la posesión de un

bién, debe existir necesariamente el título que acredite la transferencia del derecho, y tanto más que no se puede ser poseedor sin el *animus*, y quien va a transferir la posesión es el que no sólo se cree dueño o titular del derecho, y no sólo está convencido de serlo, sino que tiene la voluntad decidida, enérgica de serlo. La posesión no puede concebirse por el poseedor como un hecho disociado del derecho real o presunto contenido en ella.

Si un poseedor quiere reconocer a otro como tal, debe transferirle el derecho que en virtud del *animus* pretende tener.

Por eso no puede haber agregación de posesiones sobre derechos inmuebles sino mediante la existencia de una escritura pública debidamente registrada que compruebe la adquisición del derecho subsumido en la posesión.

Si se trata de un nuevo poseedor que le arrebató la posesión a otro anterior o que lo está perturbando en el ejercicio de ella, la última posesión no es otra cosa que la más rotunda y franca negación de la posesión de su antecesor, luego mal podría pretender el poseedor actual agregar una posesión cuya existencia está desconociendo, y que es contrapuesta a la suya (1).

Agregada una posesión a la de su antecesor, el nuevo poseedor se la apropia con sus calidades y vicios, dice el artículo que se está comentando.

Las calidades de la posesión no son otras que la de estar o no unida al derecho de dominio, y, en este último caso, la de ser regular o irregular, (2) y los vicios no son

(1) Colin & Capitant.

(2) Rodríguez Piñeres llama viciada la posesión irregular, pero nosotros creemos que ésta es una posesión sana que permite la adquisición del dominio por usucapión extraordinaria de 30 años, salvo que venga alguno de los vicios anotados a invalidarla. Por eso llamamos más bien calidades las características de regular o irregular que distinguen a la posesión sin derecho de dominio.

distintos de la violencia, la clandestinidad, la discontinuidad, la ambigüedad y la suspensión.

En cuanto a la agregación de posesiones unidas al derecho de dominio no se presenta dificultad alguna, porque el nuevo poseedor tiene la posesión óptima, adquirió una posesión de la mejor calidad, si no existe en su antecesor ninguno de los vicios de que se habló.

Pero muy distinta cosa ocurre en la agregación de posesiones sin derecho de dominio, donde pueden presentarse los siguientes casos:

- 1.º Agregación de una posesión regular a otra regular anterior;
- 2.º Agregación de una posesión irregular a otra irregular anterior;
- 3.º Agregación de una posesión irregular a una regular antecedente, y
- 4.º Agregación de una posesión regular a una irregular precedente.

AGREGACION DE UNA POSESION REGULAR A OTRA REGULAR ANTECEDENTE.—Aquí no se presenta dificultad alguna: el nuevo poseedor adquiere una posesión muy valiosa que le procurará la adquisición del bién por usucapión ordinaria, siempre que no exista alguno de los vicios anotados antes.

AGREGACION DE UNA POSESION IRREGULAR A OTRA IRREGULAR ANTERIOR.—En este caso ocurre lo propio, aunque el nuevo poseedor sólo puede aspirar a la adquisición del bién por usucapión extraordinaria que requiere un lapso bastante más extenso que el de la ordinaria, o sea, un período de treinta años.

AGREGACIÓN DE UNA POSESIÓN IRREGULAR ACTUAL A UNA POSESIÓN REGULAR PRECEDENTE—Se pueden presentar tres situaciones: a) Se trata de un poseedor irregular actual a quien sólo le falta la buena fe; b) Se trata de un poseedor irregular a quien sólo le falta el justo título, y c) Se trata de un poseedor irregular que

carece tanto de justo título como de buena fe. En el primer caso no hay inconveniente alguno, porque se trata simplemente de la mala fe sobreviniente que es perfectamente compatible con la posesión regular, de acuerdo con los incisos 2.º y 3.º del art 764 del C. C., pues el poseedor irregular actual, al agregar a su posesión la posesión regular de su antecesor, se transforma en un poseedor regular, porque se apropió la posesión de su causante con la magnífica calidad de posesión regular. En el segundo caso se requiere necesariamente la existencia de algún título, aunque no sea justo, según se demostró ya, y si se trata de bienes raíces el título tiene necesariamente que constar en escritura pública debidamente registrada. En el tercer caso, esto es, cuando un poseedor irregular actual que carece de justo título y buena fe, quiere agregar a su posesión de pésima calidad, la posesión de mejor calidad de su antecesor, también puede realizarse el fenómeno jurídico de la accesión de posesiones, y surte todos sus efectos, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 778, aunque a primera vista es muy difícil concebir cómo puede llamarse poseedor regular, a quien adquirió una posesión sin justo título y sin buena fe, por el solo hecho de agregarla a una posesión regular anterior, pues si lo de la mala fe se explica, como se vio antes, porque un individuo puede ser poseedor regular y poseedor de mala fe, por la mala fe subsecuente, no se concibe cómo pueda serlo también faltándole el justo título. Pero aun suponiendo la incompatibilidad entre el referido art. 778 y los incisos 2.º y 3.º del art. 764, el 778 es de preferente aplicación para este caso, por ser posterior y especial para la agregación de posesiones.

AGREGACIÓN DE UNA POSESIÓN REGULAR ACTUAL A UNA IRREGULAR ANTERIOR.—Este caso no ofrece el menor tropiezo, porque el poseedor regular actual del

bién, puede agregar a su posesión la irregular precedente, pero tornándose instantáneamente en poseedor irregular, lo cual podría serle benéfico en muchos eventos, como ocurriría cuando hay una posesión irregular anterior mayor de veinte años, pues al poseedor regular actual antes que esperar diez años entre presentes y veinte entre ausentes para adquirir por usucapación ordinaria, agrega su posesión regular actual a la irregular de que se habló y, tornándola en simple posesión irregular, sólo tiene que esperar menos de diez años para adquirir por usucapación extraordinaria. La agregación de posesiones deberá, pues, ser meditada, para no ir a perjudicar los intereses del poseedor agregante, en vez de proporcionarle, como debe procurarse en todos los casos de accesión de posesiones, una adquisición más rápida, ya por medio de la usucapación ordinaria o ya por medio de la usucapación extraordinaria. La agregación de posesiones tiene, además, una importancia decisiva en las acciones posesorias y en la acción publiciana.

Doble presunción en la coposesión

Tanto en la partición *familiae erciscundæ*, como en la *communi dividundo* se produce un efecto declarativo entre los comuneros y coherederos entre sí, pero el efecto es traslativo del vendedor o del tradente en general al condueño adjudicatario y del *de cuius* al heredero adjudicatario, según la jurisprudencia de la corte estudiada atrás. De acuerdo con los arts. 779 y 1401 del C. C. se presume que el condueño en proindiviso o el coheredero a quien se le adjudican uno o más bienes o una parcela de ellos en la partición, ha poseído exclusivamente la parte que en la división le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión, y que no ha tenido parte alguna en los demás bienes. Podrá, pues, añadir este tiempo de su posesión exclusiva, al período de la indivisión.

Luego durante el tiempo de la indivisión el comunero o coheredero no es un poseedor, sino un coposeedor, es decir, que los actos de posesión que ejecute sobre el bien o bienes comunes cada uno de los copropietarios, o el coheredero sobre los bienes de la sucesión mientras está ilíquida, o en tanto que los bienes relictos se hallen en indivisión, no son actos de posesión exclusiva, ya que el derecho efectivo o presunto que es objeto de actos posesorios, no es el del dominio sino el del condominio o copropiedad en proindiviso que es muy distinto, puesto que éste supone que todos y cada uno de los copropietarios ejercitan su derecho sobre todas y cada una de las moléculas del bien o bienes, en proporción a la cuota de su respectivo derecho. De allí que la ley haya establecido la presunción de la posesión durante todo el período de la coposesión. Tal presunción tiene un doble carácter, pues es de puro derecho, o sea, *juris et de jure* entre los copropietarios y coherederos, y es legal con respecto a un tercero que alegara y probara una posesión exclusiva durante el lapso de la indivisión.

El acto de la coposesión es equívoco y constituye el vicio de ambigüedad en la posesión para el comunero que alegara una posesión exclusiva, la cual se ejercita como la coposesión sobre todas y cada una de las moléculas del bien en proindiviso, pero con la diferencia que la coposesión está limitada para cada uno de los comuneros a la cuota de su derecho que puede ser de mitad, de tercera o décima parte; de modo que el comunero ejercita una coposesión proporcional a su derecho.

Si el comunero no es poseedor, no puede adquirir por usucapión contra los demás condueños, aunque alegara una posesión exclusiva, por más que Rodríguez Piñeres y otros destacados juristas sostengan lo contrario. La corte suprema de justicia se ha pronunciado

en este sentido, con el argumento irrefutable de la posesión equívoca y con otros fundamentos jurídicos de menor importancia, como el de la representación recíproca de los condueños que aquella docta corporación cree ver establecida en el art. 2525 del C. C.

Nosotros sustentamos esta teoría así:

1.º Como la copropiedad en proindiviso y la coposesión comportan necesariamente un título y un modo, pues sin estos elementos se alegaría un *animus* exclusivo y total sobre todas y cada una de las moléculas del bien, sin limitación alguna, el condueño no podría cambiar la causa de su coposesión, ni podría despojarse de ella, para invocar por medio de una posesión exclusiva la usucapión extraordinaria, especialmente en tratándose de bienes raíces en que el título de condominio consta en una escritura pública, en un decreto de posesión efectiva, o en una hijuela de adjudicación, debidamente registrados.

2.º La usucapión se realiza sobre bienes ajenos, y como el coposeedor tiene un derecho parcial sobre todas y cada una de las moléculas del bien en proindiviso, no podría pretender adquirir ese derecho por un nuevo título y un nuevo modo, ya que el derecho parcial referido estaría necesariamente comprendido en la posesión exclusiva que alegara.

3.º La posesión que alegara el coposeedor sería equívoca, esto es, viciada de ambigüedad.

Como consecuencia del efecto declarativo que la ley le atribuye a la partición, agrega el legislador en el artículo comentado que las enajenaciones que haya hecho el coposeedor por sí solo del bien común, y los derechos reales con que lo haya gravado, subsistirán sobre la parte que le hubiera cabido en la división, si dicha parte hubiera 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.

Si un condueño en proindiviso trasfiere el dominio de todo el bién común o de una parte de él, o lo grava con hipoteca, anticresis o censo, o desmembra su derecho constituyendo un usufructo o un uso o habitación, o lo limita con un fideicomiso o una servidumbre, la enajenación o gravamen desaparece de las partes que se les adjudiquen a sus demás condueños, y sólo subsisten en la parte que se le hubiera adjudicado al que hizo la enajenación o gravamen, en cuanto dicha parte hubiera sido expresamente comprendida en éstos.

Presunción legal en la posesión

Dice el art. 780 del C. C. que si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega; que si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas, y que si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio.

El art. 792 agrega que el que recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio.

El legislador colombiano reprodujo en el art. 780 el principio clásico de que nadie puede variar por sí mismo la causa de su posesión: *nemo potest sibi ipse mutare causam possessionis*. Para empezar una nueva posesión jurídica se requiere la intervención de un nuevo título proveniente del propietario o del que se cree serlo. Así el coposeedor no puede transformar su coposesión en posesión, sin la intervención del referido título, y un tenedor sólo en un caso excepcional de que habíamos luego, podrá hacer la trasfiguración de su tenencia en posesión.

En cuanto a la persona que ha empezado a poseer a nombre ajeno, y de la cual nos habla tal artículo, no puede entenderse por tal el tenedor que en el dere-

cho clásico si era considerado como poseedor corporal, pero que según la doctrina de nuestra ley civil carece del *animus* y jamás puede considerarse como poseedor, salvo en el caso excepcional de que se habló.

Planiol & Ripert aceptan la teoría del código civil alemán, adoptada también por el código suizo, relativa a la posesión por sí, *Eigenbesitz*, y a la posesión por otro, *Fremdebesitz*, por existir en derecho francés la posesión precaria, o sea, la posesión corporal del derecho romano, que no sólo se aplica a este caso, sino al de los tenedores, pero tal doctrina es inadmisibles en derecho civil colombiano en que se dejó absolutamente abandonada la institución del poseedor natural o corporal, pues no existe el *animus o affectio tenendi*. El legislador civil colombiano embebido en ideas añejas de que hizo definitiva dejación, comete un error craso al hablar de posesión a nombre ajeno, o posesión por otro.

Tampoco puede referirse el legislador al caso del art. 781 que estatuye que la posesión puede tomarse no sólo por el que trata de adquirirla para sí, sino por un mandatario o por sus representantes legales, pues en tal caso el mandatario o representante legal no es poseedor sino procurador del poseedor. El verdadero poseedor es, pues, el representado, y quien tomó la posesión para otro, es apenas un tenedor.

El art. 782 agrega que si una persona toma la posesión en lugar o a nombre de quien es mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representado principia en el mismo acto, aun sin su conocimiento.

El código acepta en el inciso 2.º del artículo últimamente citado, la toma de un bién en posesión, a nombre de un tercero de quien no se es mandatario legal o convencional, es decir, de quien hace una gestión oficiosa para adquirir la posesión para un tercero, pero

establece que en tal caso, éste no poseerá sino en virtud de su conocimiento y aceptación, pero se retrotraerá su posesión al momento en que fue tomada a su nombre.

En cuanto a las personas que pueden adquirir la posesión dice el art. 784 que los que pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de un bien mueble, con tal de que concurran en ello la voluntad y la aprehensión material o legal; pero no pueden ejercer el derecho de poseedores, sino con la autorización que compete.

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

Este artículo ha establecido dos clases de aprehensión, que es uno de los elementos del *corpus*: aprehensión material y aprehensión legal. Esta última, que no existe en materia de muebles, sino de inmuebles, se estudiará en los sistemas de posesión, que no son otra cosa que distintas teorías o escuelas relativas a los modos de adquirir o de perder la posesión.

Tenedores

El art. 775 dice:

«Se llama mera *tenencia* la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece».

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

En cuanto al usufructuario, el usuario y el que tiene el derecho de habitación, hay que observar que no son tenedores, sino poseedores de sus respectivos derechos de usufructo, de uso o de habitación (art. 978 del C. C.), aunque sí podría considerárseles como tene-

dores en lo relativo al nudo propietario cuyo derecho están reconociendo expresamente.

El simple lapso de tiempo (*sic*) no muda la tenencia en posesión, estatuye el art. 777 en corroboración del principio estudiado de que si ninguno puede por sí mismo variar la causa de su posesión, mucho menos puede transformar una tenencia en posesión, pero el art. 2531 del C. C. hace una excepción al propósito al establecer que a pesar de la existencia de un título de mera tenencia se puede adquirir por usucapión extraordinaria, si el que alega la usucapión no le ha reconocido dominio alguno al que se pretende dueño, durante treinta años, y si ha poseído sin vicio alguno durante el mismo espacio de tiempo.

Luego el artículo 777 ha debido redactarse así: El simple lapso no muda la tenencia en posesión, a menos que sea o exceda de treinta años y concurran las circunstancias prevenidas en el art. 2531.

Pero es natural que dichos treinta años no se cuentan desde el día en que se adquirió la tenencia, como si un arrendatario recibe hoy el bien arrendado, porque le falta el *animus* con el solo hecho de haber aceptado el contrato de arriendo constituyéndose tenedor, sino desde el momento en que ese arrendatario adquiere el *animus*, o sea, desde que le desconoce el derecho al que se da por propietario del bien.

El inciso 5.º del art. 764 del C. C. establece otra presunción legal consistente en que la posesión de un bien a ciencia y paciencia de quien se obligó a entregarlo hace presumir la tradición, a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título.

Como se ve, aquí la palabra título no está tomada en su sentido técnico de causa mediata de adquisición del derecho, sino en un sentido figurado, o sea, en el de instrumento o escritura pública donde consta el acto o contrato, esto es, la causa mediata de la traslación.

Nociones varias sobre la voz posesión

El código civil habla de posesión provisoria, posesión definitiva, posesión legal, posesión efectiva. Existe también en derecho civil la posesión jurídica.

POSESIÓN PROVISORIA.—Está consagrada en los arts. 98 a 105 del C. C. No es ésta una posesión, sino un derecho análogo al de usufructo que la ley concede a los herederos del que va a ser declarado muerto presunto por desaparecimiento, a quienes se entregan los bienes de éste, mediante la facción de un inventario solemne y el otorgamiento de una caución.

No hay inconveniente alguno en clasificar, como lo hacen algunos tratadistas colombianos, lo que el código civil llama posesión provisoria, entre los usufructos legales: el usufructo del padre de familia sobre los bienes que constituyen el peculio adventicio ordinario y sobre los bienes del peculio adventicio extraordinario en que el padre sólo está privado de la administración y no del usufructo, y el usufructo de la sociedad conyugal sobre los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y sobre los bienes sociales.

POSESIÓN DEFINITIVA.—Esta sí es una verdadera posesión establecida por el art. 106 y ss. del C. C.

POSESIÓN LEGAL.—El art. 757 del C. C. habla de la posesión legal que no es otra que la posesión del derecho de herencia (art. 783) mientras la sucesión está ilíquida y no se ha dictado por lo menos el decreto de posesión efectiva. Algunos le dan también el nombre de posesión legal o simbólica a la posesión inscrita que estudiaremos luégo.

POSESIÓN EFECTIVA.—Consiste en un auto dictado por el juez que conoce del juicio de sucesión en que se incluye la orden de inscribir tal decreto en el libro de causas mortuorias correspondiente al circuito del lugar en donde se sigue el juicio y en el mismo libro de los circuitos dentro de los cuales haya inmue-

bles pertenecientes a la herencia. Dicho auto transforma la posesión del derecho de herencia o posesión legal, en posesión del bien o bienes relictos. Si hay un heredero único, éste se torna en poseedor de los bienes herenciales, y si hay varios, adquieren no la posesión sino la coposesión de los bienes herenciales de que son condueños, y por lo tanto pueden pedir la partición de esos bienes después de registrado tal decreto (art. 953 del C. J.).

POSESIÓN JURÍDICA.—En el derecho clásico se distinguía con este nombre la posesión que estaba amparada con los interdictos posesorios. También en derecho civil colombiano, no toda posesión está amparada por las acciones posesorias, sino la jurídica, es decir, que el poseedor que ha estado por lo menos un año en sana posesión del bien, esto es, sin que la posesión esté afectada por ninguno de los vicios de que se habló, es el único que puede instaurar un interdicto posesorio (arts. 974 y 976-3.º).

POSSESSIO JURIS.—Es la posesión del derecho.

POSSESSIO REI.—Se da tal nombre a la mera posesión del bien.

Planiol, al tratar de esta distinción del derecho romano, se expresa así:

«Sin embargo, esta distinción carece de razón de ser; no es sino la reproducción de una formación histórica progresiva, y su expresión es tan sólo un marco vacío. En efecto, lo que los romanos llamaban *posesión de las cosas corporales*, era el goce completo y exclusivo de una cosa, análogo al *ejercicio del derecho de propiedad*. En el fondo, la *possessio rei* era en sí misma una *possessio juris*, el ejercicio de un derecho, el de propiedad....»

No aceptamos la teoría del ilustre jurisconsulto, porque si entre los romanos existía la posesión unida al dominio, al lado de la posesión sin derecho de dominio, la *possessio rei* no era, no podía ser una *possessio*

juris en este último caso, o sea, cuando la ejercitaba un poseedor sin derecho de dominio, porque éste no tenía derecho de propiedad que ejercitar, por más que se arguyera que entonces existía, como existe entre nosotros, un derecho presunto de dominio en la posesión, porque éste podrá ser una esperanza, el germen de un derecho, pero jamás un derecho. «La *possessio rei* sólo es en sí misma una *possessio juris*, el ejercicio del derecho de propiedad», cuando la ejerce el dueño, no cuando actúa un poseedor sin derecho de dominio.

SISTEMAS DE POSESION

POSESIÓN INSCRITA, DEFINICIÓN.—Consiste la posesión inscrita en el registro de las escrituras públicas que tienen por objeto, ya servir de tradición al dominio de inmuebles, derecho de herencia u otros derechos reales que, limitan o disgregan tal dominio, salvo el de uso o habitación que no son trasferibles (art. 878), o bien constituir derechos de uso o habitación, u otros derechos que gravan o limitan los mismos bienes, pues los que sustentan este sistema afirman que la inscripción en el registro de instrumentos públicos es el único modo de adquirir la posesión.

Es ésta una institución del derecho civil moderno en que no existe el *corpus* que se estudió, considerado como elemento material de la posesión, sino una especie de *corpus* inmaterial y solemne o *aprehensión legal* (art. 784), pues no se requiere para ser poseedor, ni la aprehensión material del bien ni el hecho de tenerlo a disposición para poder ejercitar sobre él actos de sujeto activo. La sola escritura pública de que se habló, debidamente registrada, otorga al adquirente el carácter de poseedor legal. En otros términos, la *possessio juris* es en sí misma la *possessio rei*.

ORIGEN.—El problema de la prioridad del derecho de hipoteca, que tanto preocupó a los romanos, sin que introdujeran sistema alguno de publicidad, a pesar de

las felices iniciativas del emperador León, tocó resolverlo al legislador moderno, por medio de la institución del registro o inscripción del instrumento hipotecario en la oficina competente, asegurando así los intereses del acreedor y de terceros y el crédito del deudor.

El señor Bello, al redactar el código civil de Chile, de donde fue copiado el colombiano, extendió el sistema del registro a los derechos reales inmuebles de que se habló, cual lo hiciera el derecho germano, pero tuvo la intención de introducir una innovación atrevida entre la compleja estructura del derecho clásico: la posesión inscrita relativa a inmuebles, esto es, la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que *inscripción*, *posesión* y *propiedad* serán términos idénticos.

Aunque como tan claramente lo reza el concepto preinserto, la legislación civil se puso apenas en vía de llegar a la época futura de la identidad absoluta de esos vocablos, algunos eminentes jurisconsultos creen que ese pensamiento está práctica y totalmente realizado en nuestro derecho civil, a pesar de que el legislador no ha continuado orientándose en este sentido, sino que antes bien ha vivificado la posesión material, como puede verse con la sola lectura de la Ley 120 de 1928. Otros no menos eminentes, sostienen que a pesar de tal idea y de los preceptos legales que pretendieron realizarla, sigue rigiendo en derecho civil el concepto tradicional de la posesión material, sin el cual no es concebible el moderno de la posesión inscrita. Mas el estudio de tales sistemas de posesión nos ha sugerido una solución intermedia, que sin preferir exclusivamente el conjunto de disposiciones legales que fundamentan el sistema de la posesión inscrita o el de la posesión material, trata de conformar la razón jurídica de ambos al espíritu general de la legislación que

es el que debe presidir la solución del conflicto de sus textos contradictorios (art. 32 del C. C.).

Sistema de la posesión inscrita

Lo derivan sus autores de los siguientes artículos y sus concordantes del código civil.

«Art. 785. 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.

«Art. 787. Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan.

«Art. 789. Para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción 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 fin a la posesión existente.

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

«Art. 791. 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 fin a la posesión anterior.

«Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde, por una parte, la posesión, ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción.

«Art. 2526. Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo».

FUNDAMENTOS.—1.º Para adquirir el dominio y por consiguiente la posesión de bienes raíces, se necesita:

a) Título traslativo (debe decirse título que sirva para la transferencia del derecho), y b) Entrega del inmueble.

a) El título es un acto o contrato solemne: testamento, donación, compraventa etc., que tiene existencia legal con el solo otorgamiento de la escritura pública (art. 1857-2.º) en que se especifica el inmueble como cuerpo cierto o por su cabida, y su precio en la compraventa o permuta, y b) La entrega no es otra cosa que la inscripción del instrumento público en la oficina de registro donde está situado el bien raíz (art. 2653), pues el art. 1880 establece la sinonimia ente *entrega y tradición* de que hablan los arts. 740 y 756 (1); 2.º Con la sola inscripción de que habla el art. 756 se verifica la tradición, y el *accipiens* adquiere por medio de ella no sólo el dominio sino la posesión del bien, aunque quede en poder del tradente o se halle en el de un tercero que no es dueño ni por consiguiente poseedor inscrito, y por ese solo hecho tiene aquél las acciones de policía, posesorias y de dominio correspondientes; 3.º Si antes de que se registre la escritura de tradición de un inmueble, el tradente lo trasfiere nuevamente a un tercero que hace registrar primeramente la respectiva escritura pública, será éste el verdadero poseedor, aunque la entrega material del inmueble se hubiera hecho en la persona de aquél en cuyo favor se otorgó la primera escritura; y si posteriormente al otorgamiento de la escritura, lo grava o limita con otros derechos reales, o desmiembra la propiedad, el adquirente soportará los gravámenes, limitaciones o desmembraciones registrados con anterioridad a la inscripción de su título; 4.º El art. 1880, al establecer la sinonimia entre *entrega y tradición*, advierte que ésta se sujetará a las reglas dadas en el título VI del libro 2.º, y no hay allí disposición legal que exija la entrega material de los bienes raíces para verificar la tradición, pues ni la letra ni el espíritu de la ley la exigen, y 5.º La posesión de los bienes raíces sólo se adquiere por medio

(1) Fernando Vélez.

del registro, y no hay otro medio distinto de adquirirla, pues si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el registro de instrumentos públicos, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio (art. 785), y la posesión inscrita no cesa sino por su cancelación en el mismo registro (art. 789), toda vez que mientras subsista la inscripción, el que se apodera del inmueble a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión del mismo, ni pone fin a la posesión existente, y es sabido que si el que tiene el bien en lugar o a nombre de un poseedor inscrito, y dándose por dueño de él lo enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción (art. 791), y sólo es competente inscripción aquélla en que el poseedor inscrito o propietario trasfiere su derecho a otro (1).

Este sistema no admite otro poseedor que el propietario, porque propiedad, posesión e inscripción son términos idénticos, y por consiguiente acepta la teoría de que no hay otra clase de posesión que la que está unida al derecho de dominio. Como fundamento podrían citarse además de las disposiciones preinsertas, los arts. 980, 2526, 2652-1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 6.º, 7.º y 8.º; 2653, 2654, 2673 y 2674.

SINTESES: la posesión se adquiere por la sola inscripción, sin que en ningún caso se requiera la entrega material, para ser poseedor.

Sistema de la posesión material

Sus autores lo fundamentan en la tesis ya estudiada de que existe en derecho civil colombiano la teoría clásica de la posesión material, o sea la *possessio rei*. No acepta la teoría de que la sola inscripción sin la entrega material pueda hacer adquirir la posesión en caso alguno, pues para ser poseedor se requiere siempre la entrega material del bien. En ningún caso

(1) Rodríguez Piñeres.

la sola inscripción hace al adquirente poseedor, si no interviene el hecho material de la entrega del bien. En cambio la sola entrega u ocupación material de éste, es modo de adquirir la posesión.

FUNDAMENTOS.—1.º Para la posesión de los inmuebles no basta la sola posesión inscrita, sino que se requiere siempre la entrega material, pues el art. 756 no excluye el 740, que es una disposición general que comprende la tradición de los muebles como la de los inmuebles; y como aquél no estatuye que la tradición se realiza por la sola inscripción, deja vigente el 740 que exige la entrega, que no es otra cosa que el hecho de poner el bien en poder del adquirente. A reforzar esta teoría viene el art. 669, pues el uso y el goce (debió decirse el aprovechamiento de los frutos) requieren la presencia del bien. 2.º Es menester distinguir la tradición del derecho de dominio, de la tradición de los bienes sobre que recae tal derecho. La primera se verifica por medio del registro, y la segunda requiere entrega material, especialmente para que el adquirente pueda ser considerado a la vez como poseedor. «El inciso 1.º del art. 756 habla de la tradición del *dominio* de los bienes raíces, mientras que el art. 772 de los códigos cundinamarqués y antioqueño, se refiere a la tradición de los *bienes raíces*. La palabra *dominio* que emplea el art. 756, quiere decir que lo que trasmite el registro, no es el bien sino el derecho, y que, por lo mismo, adquirido éste, hay necesidad de la entrega material del bien para que la posesión de éste se adquiriera» (1). 3.º Los sostenedores del sistema de la posesión inscrita pretenden que propiedad y posesión son términos idénticos, pero es lo cierto que si la ley reputa dueño al poseedor (art. 762-2.º), en ninguna parte establece que el dueño se presume poseedor, sino que antes bien el código civil diferencia y en muchos casos

(1) Fernando Vélez.

contrapone las dos nociones, como quiera que no sólo el dueño posee, sino que también puede ser poseedor quien nó es propietario. según puede verse de los arts. 762-1.º, 763, 764, 770, 778, 780, 946, 951, 979, 981, 1893 y 2479-3.º; 4.º El solo registro no hace poseedor al adquirente, como puede verse de la simple lectura del art. 981, pues quien no ha recibido materialmente un inmueble, mal puede llamarse poseedor para poder ejercitar los hechos que revelan la posesión ante la ley y ante terceros. 5.º Por el mero registro, no puede realizarse la entrega o tradición de un inmueble que falta en todo o en parte, porque sin el goce material no son concebibles ni el derecho de dominio ni el hecho de la posesión, sino el mero derecho de dominio en abstracto. 6.º Si el art. 2526 establece que contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces o derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo», no es menos cierto que el art. 2534 establece un principio contrario, cuando dice que «la sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de *bienes raíces* o de derechos constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros, sin la competente inscripción».

Pero, agregamos nosotros, si el poseedor inscrito es al propio tiempo dueño, como lo pretende el sistema de la posesión inscrita, no puede trabarse un litigio entre dos propietarios como pudieran entenderlo lógicamente del art. 2526 los sustentadores de este sistema, sino que hay que admitir que la primera parte de tal artículo. se refiere al dueño y poseedor inscrito, y la segunda, al que no es dueño, sino poseedor material con justo título. Por otra parte, el art. 2534 se refiere exclusivamente a la sentencia judicial que declara una prescripción, es decir, que ha sido dictada a favor de

un poseedor material, ya regular, ya irregular, pero que en todo caso no era propietario, pues si lo fuera, no tendría por qué venir a adquirir el blén por usucapión, ni necesitaría la sentencia que le sirviera de título.

SINTESIS.—En derecho civil colombiano no existe otra posesión distinta de la posesión material, y en tal virtud el poseedor inscrito no es poseedor, si es que no ha recibido materialmente el blén. El poseedor inscrito, para adquirir la calidad legal de poseedor requiere como elemento esencial la entrega material del blén.

Reparos al sistema de la posesión inscrita

1.º Este sistema sólo reconoce una clase de posesión, o sea, la posesión unida al derecho de dominio, con desconocimiento absoluto de la nota preinserta del señor Bello al art. 700 del C. C. de Chile. 2.º La posesión de los inmuebles regular e irregular y la usucapión ordinaria y extraordinaria, que se derivan respectivamente de aquéllas, quedan destruidas, no obstante los artículos que expresamente las consagran (arts. 764, 765, 770, 951, 2527, 2529, 2531 etc.) y afirmamos que tal sistema desconoce todas y cada una de aquellas instituciones en lo relativo a inmuebles, porque al decir de sus sostenedores «la inscripción sirve como medio de tradición y confiere *posesión* sólo cuando es *competente*, esto es, cuando proviene de un acto voluntario de quien tiene la propiedad y la posesión del blén». En tal virtud, si un poseedor material o «el que tiene el blén en lugar o a nombre de un poseedor inscrito se da por dueño de él y lo enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra sin la competente inscripción (art. 791 *in fine*), y es *competente* inscripción «la nueva inscripción en que el poseedor inscrito trasfiere su derecho a otro» (art. 789), porque si el blén es de aquéllos cuya tradición deba hacerse por inscripción en el registro de instrumentos públicos, na-

die podrá adquirir la posesión de él, sino por este medio» (art. 785) (1) 3.º La venta de bién ajeno queda sin efecto alguno, por más que el adquirente éntre en posesión material del inmueble, porque desconoce el principio de que los derechos abandonados por el poseedor inscrito pueden extinguirse por el trascurso del tiempo, con lo cual derrumba «la paz, la seguridad y la certidumbre de los derechos que se ejercen sobre los inmuebles, la protección a la buena fe de un poseedor material que los ponga en producción, contra un propietario negligente y otros beneficios de la importante institución de la *usucapio*». 4.º Es un sistema en parte ideal que desconoce la realidad de los hechos de la posesión y las relaciones jurídicas que genera, si bien anormales en el caso del derecho presunto, protegidas, sin embargo, por claros textos del código civil que en parte alguna aparecen abrogados. 5.º No resuelve los gravísimos problemas que suelen presentarse en la práctica, en razón del conflicto de posesiones, especialmente entre un poseedor inscrito y un poseedor material, porque si aquél tiene un derecho evidente, necesita deducirlo en justicia para hacerlo efectivo, ya en juicio posesorio o de dominio, según el caso, contra el poseedor material que se halla protegido por un considerable conjunto de preceptos legales. 6.º Deja sin aplicación práctica la mayor parte de las disposiciones del título XII del libro 2.º del C. C. en cuanto tratan de inmuebles, porque las acciones que él consagra van dirigidas contra poseedores o exposeedores materiales, así como también las del título XIII del libro 2.º del C. C., salvo el art. 980, y las del Cap. 7.º, título XXIII del libro 4.º referentes a la obligación que tiene el vendedor de amparar al comprador en la posesión pacífica del bién vendido, pues si no hay otro poseedor legal que el inscrito, que es al propio tiempo dueño, carece

(1) Rodríguez Piñeres.

de objeto la distinción que hace la ley entre dueño y poseedor de inmuebles, no sólo en los arts. 946, 979 y 1893, sino en muchos otros; y este sistema olvida que no hay, no puede haber, tradición simbólica y consiguiente posesión, donde no existe inmueble, objeto del derecho, o donde no se halla el bién a disposición del tradente, con motivo de obstáculos de orden material o jurídico presentados por el poseedor material contra el libre ejercicio de los actos posesorios del dueño. 7.º Cree erróneamente que la expresión «vamos caminando aceleradamente hacia una época en que inscripción, posesión y propiedad *serán* términos idénticos», equivale a que ya llegamos a tal época, sin que el legislador colombiano hubiera hecho nada por alcanzarla, pues a más de no haber derogado uno solo de los artículos relativos a la posesión material, la ha robustecido, como puede verse con la sola lectura de la Ley 120 de 1928.

Reparos al sistema de la posesión material

1.º Desconoce la vigencia del conjunto de disposiciones que fundamentan el sistema de la posesión inscrita, porque no le reconoce efecto alguno a ésta, si no interviene la entrega material del bién; 2.º Supone erróneamente también que una cosa es la tradición del derecho, y otra muy distinta, la tradición del bién, cuando no se puede transferir un derecho inmueble con prescindencia del bién sobre que radica, aunque creemos firmemente que en la compraventa de bienes raíces hay que distinguir la *tradición* del derecho de dominio de la *entrega* del bién sobre que recae tal derecho, no para los efectos del art. 1880 del C. C., en que tradición y entrega son términos sinónimos, sino para el caso de la acción del comprador tendiente a que el vendedor le entregue el bién vendido (art. 667), o a que le haga tradición de él (art. 751), que son dos situaciones jurídicas distintas y que ocurren en la práctica,

pues el vendedor puede haber hecho tradición del bien sin la entrega material, o puede haberlo entregado materialmente sin hacer la tradición, o puede estar en mora de hacer tanto la tradición como la entrega material, como ocurriría cuando el bien vendido se halla a la vez embargado y secuestrado. Si está en litigio puede hacerse la entrega material sin la tradición, o bien puede hacerse la tradición del bien permaneciendo el vendedor en mora de hacer la entrega material, por simple renuencia o porque el bien vendido se halla en poder de un tercer poseedor jurídico material. 3.º Abandona el concepto tradicional del *corpus* de la posesión de inmuebles, pues no es siempre necesaria la aprehensión del bien: basta en muchos casos con el hecho de tenerlo a disposición, de poder ejercer sobre él actos de dueño, sin que sea preciso manifestarlos siempre, lo cual no requiere en todos los casos la entrega material, y 3.º Desconoce la posesión *corpore alieno* establecida por el art. 786 del C. C., porque al poseedor, para ser tál, le basta en muchos casos el solo ejercicio personal del *animus*, y en tal virtud puede ejercer los actos de que tratan los arts. 669 y 981, por medio de un tenedor.

Sistema mixto de la posesión

No se trata de conciliar los dos sistemas anteriores, cada uno de los cuales lleva a la exclusión necesaria de la teoría contrapuesta, pues los sostenedores del sistema de la posesión material niegan la existencia del poseedor inscrito, y los sustentadores del sistema de la posesión inscrita no admiten otra posesión distinta de ésta, y es precisamente este extremo el que se rechaza, admitiendo que en derecho civil colombiano existen tanto el poseedor inscrito como el poseedor material, pero en circunstancias jurídicas perfectamente diferenciadas, que permiten deslindar completamente los respectivos cam-

pos de aplicación de cada una de aquellas importantes teorías.

FUNDAMENTOS.—1.º El moderno sistema de la posesión inscrita quedó realizado sólo en parte, a pesar de que el legislador manifestó, en los textos legales que lo establecen, su voluntad de abrogar las teorías clásicas de la posesión material de Inmuebles, al propio tiempo que las revivió en considerable número de artículos cuyo imperio legal no puede desconocerse. 2.º El legislador colombiano, lejos de avanzar el camino trazado hacia un sistema en que propiedad, posesión e inscripción fueran términos idénticos, tomó una ruta distinta procurando la coexistencia y conservación de los dos sistemas iniciales, ya que ha vivificado la teoría de la posesión material con la Ley 120 de 1928, y por cuanto que no ha derogado un solo artículo de los que fundamentan el sistema de la posesión inscrita. 3.º Los sistemas de la posesión inscrita y de la posesión material tienen fundamentos muy sólidos en la ley civil, pero la aceptación de uno cualquiera con exclusión del otro, provocaría la dislocación e incoherencia de un conjunto de preceptos legales que quedarían sin sentido, cuando antes bien deben ser ilustrados con el contexto de la ley, de manera que se establezca entre todos ellos la debida correspondencia y armonía; 4.º La posesión entendida según el sistema de la posesión inscrita y la reconocida por el sistema de la posesión material, son dos instituciones jurídicas que coexisten en derecho civil, pudiendo cualquiera de ellas, en determinados casos, poner fin a una posesión anterior y dar nacimiento a una nueva, pero no es verdad que una sola de tales instituciones tenga vida, con exclusión absoluta de la otra, como lo pretende cada una de las respectivas escuelas de que se trata; 5.º La posesión inscrita implica la posesión material, según lo establece el sistema de la posesión inscrita, si no hay conflicto de posesiones,

pero en caso contrario, es menester que a ésta vaya unida la entrega material, como lo sostiene el sistema de la posesión material, o al menos el hecho de tener el bien a disposición del adquirente, o de que éste pueda ejercitar sobre él actos de sujeto activo. También existe la mera posesión material sin la posesión inscrita, o sean, la posesión regular y la posesión irregular, 6.º El código civil destaca con erguidos perfiles el sistema mixto de la posesión en los arts. 980 y 981, pues el primero consagra las acciones posesorias para el poseedor inscrito—que no es otro que el propietario o titular real del derecho inmueble—y en las cuales deberá acreditarse el derecho mismo, aunque éste no se discute, y el segundo y todos los demás artículos del título «De las acciones posesorias» establecen éstas para el poseedor material, salvo el art. 984 que confiere una acción especial. En efecto, si un individuo compra un inmueble, libre de conflicto de posesiones, y durante uno o más años, v. gr., no ejecuta acto posesorio alguno, como podría suceder con un bosque o un lote con sus cerramientos, pero sin siembras, plantaciones, ni edificaciones, y un tercero se apodera de la posesión o lo perturba en ella, el poseedor inscrito, antes de expirar el año subsiguiente a la pérdida de la posesión o al primer acto de perturbación, podría establecer la respectiva acción posesoria del poseedor inscrito consagrada por el art. 980.

SÍNTESIS.—Si el tradente del derecho es a la vez poseedor material del bien sobre que radica ese derecho, basta la sola inscripción para que el adquirente sea poseedor, pero si la posesión material de ese bien la tiene un tercero, en su calidad de poseedor jurídico, hay necesidad de la entrega material.

Sustentación del sistema mixto, o sea, el del de la coexistencia en derecho civil tanto de la posesión inscrita como de la posesión material

Hay necesidad de distinguir el régimen de la posesión inscrita del régimen de la posesión material.

RÉGIMEN DE LA POSESION INSCRITA.—El sistema de la posesión inscrita quedó realizado en la tradición de la propiedad plena, nuda o fiduciaria, condominio, usufructo y en la constitución de estos últimos derechos y el de uso o habitación, cuando el tradente o constituyente es poseedor material, aunque lo sea *corpore alieno* del inmueble sobre que radican los derechos que trasmite o cuyo dominio desmiembra o limita, mientras dicho bien permanezca en su poder o en el del tercero que lo tiene en su lugar o a su nombre; en la tradición del derecho de servidumbre activa a favor del inmueble de que se trata, cuando el tradente es al propio tiempo poseedor de ese derecho de servidumbre sobre el fundo sirviente o del predio servil que grava con ella, y por último en la tradición del derecho de herencia y en la constitución de los derechos de hipoteca y censo.

El adquirente del derecho de dominio proveniente, a cualquier título, de quien es a la vez dueño y poseedor material del inmueble sobre que radica, adquiere la posesión de éste, por el solo hecho de la inscripción, en tanto que el bien permanezca en poder del tradente o del tercero que lo tiene en su lugar o a su nombre, y mientras no transcurran treinta años sin reconocimiento expreso o tácito de alguno de aquéllos, respecto del derecho de dominio del adquirente. El tradente, o el tercero que lo tenía antes de la tradición en lugar o a nombre de aquél, y que lo tiene después de ella en lugar o a nombre del *accipiens*, es un mero tenedor que no puede pretenderse poseedor del derecho de dominio que aquél abdicó, o que éste reconoció en

el propietario, porque el simple lapso que no sea o exceda de treinta años, no muda la tenencia en posesión (arts. 777 y 2531, numeral 3.º). Durante los treinta años de que se trata, el bién está a disposición del adquirente, quien puede ejercer actos de dueño en cualquier momento, sin que se presente conflicto de posesiones: el tradente no podría alegar posesión, porque le falta el *animus*, desde el momento en que voluntariamente se desprendió de él, por medio de un instrumento público registrado, pero transcurrido que sea el tiempo dicho, sin que le haya reconocido expresa o tácitamente su dominio al poseedor inscrito, se consolida el *animus*, y la simple tenencia se transforma no sólo en posesión, sino en derecho de dominio, retroactivamente al día en que empezó aquélla, y se genera el dominio por usucapión extraordinaria.

Lo dicho respecto del derecho de propiedad plena, es extensivo a los derechos de usufructo, propiedad fiduciaria, condominio, uso o habitación, cuando el constituyente de estos derechos o el tradente de los mismos —salvo el de uso o habitación— se halla en circunstancias análogas a las estudiadas. En la tradición o constitución de la nuda-propiedad, cuando el tradente es titular efectivo de este derecho, y cuando el constituyente es dueño y poseedor material, basta la posesión inscrita. La posesión inscrita respecto de las servidumbres activas, es suficiente cuando el dueño del predio dominante se halla en el caso contemplado atrás, y a la vez con la posesión material de la servidumbre que trasfiera, o la del bién que grava con ella. La posesión inscrita de los derechos de herencia, y en la constitución de los derechos de hipoteca y censo ha sido generalmente admitida.

RÉGIMEN DE LA POSESIÓN MATERIAL.—Si el tradente no es poseedor material de la propiedad plena, nuda o fiduciaria o del condominio o usufructo, que

trasmite, o del inmueble sobre el cual constituye alguno de estos últimos derechos o el de uso o habitación, o no es poseedor material del inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre activa que trasmite, o sobre el cual pesa la servidumbre pasiva con que lo grava, es menester que a la posesión inscrita vaya unida la posesión material, porque el adquirente sólo sería un *possessor juris* que gozaría de un *jus in re* para perseguir la posesión del bién o la de su derecho en él, del tercer poseedor sin dominio, cuya posesión se halla en conflicto con la suya, así como también tendría, llegado el caso, la acción del saneamiento consagrada por los arts. 1893 y ss. del C. C.

CONFLICTO DE POSESIONES.—El código civil establece las siguientes clases de posesiones de inmuebles, que pueden poner fin a una posesión anterior o dar nacimiento a una nueva, por estar sancionadas por acciones de policía, interdictos posesorios, y las acciones publiciana del art. 951 y reivindicatoria (art. 946 y ss.).

1.º POSESIÓN UNIDA AL DOMINIO O DE TITULAR REAL DEL DERECHO.—Es la posesión del dueño, la posesión normal indisputable, proveniente del verdadero justo título. Es la posesión inscrita o *possessio juris* unida a la *possessio rei*.

2.º POSSESSIO JURIS, esto es, posesión del derecho de dominio, o posesión inscrita, protegida con la acción reivindicatoria, contra el tercer poseedor del inmueble, cuando no implica la *possessio rei*.

3.º POSESIÓN SIN DOMINIO O DEL TITULAR PUTATIVO DEL DERECHO, se subdivide:

a) *Poseción regular*, proveniente de un justo título, del código civil, unido a la buena fe, y

b) *Poseción irregular*, que puede provenir también de un justo título del código civil, sin buena fe, o bien carecer de uno y otra.

La primera clase de posesión no admite conflicto alguno, porque es la posesión por excelencia, protegida por el derecho civil de todos los países cultos. Mas si el dueño deja prosperar una posesión parásita, regular, o irregular, al lado de la suya, será el caso de que se trata en el N.º 1.º que se expresa en seguida.

Puede existir conflicto:

1.º Entre un poseedor del derecho de dominio, esto es, un poseedor inscrito, y un poseedor regular con justo título del código civil y buena fe, protegidos aquél, con la acción reivindicatoria, y éste con la acción publiciana, con interdictos posesorios y acciones de policía;

2.º Entre el mismo poseedor inscrito y un poseedor irregular, protegido éste por tales interdictos y acciones de policía;

3.º Entre dos poseedores regulares, esto es, dos poseedores sin dominio, con justo título del código civil y buena fe;

4.º Entre dos poseedores irregulares, y

5.º Entre un poseedor regular y uno irregular.

