

# LAS OBRAS Y LOS DIAS



Universidad del  
**Rosario**

Archivo  
Histórico

## La posesión

Se discute por tribunales y abogados sobre la posesión de los inmuebles. Unos afirman que debe ser *inscrita* y otros que basta sea *material*. No falta quien asocie los dos sistemas contrarios o deseche uno y otro colocándose en zona de diferenciación y de distingos.

Este problema, tenido a veces por insoluble, proviene quizá de no haberse hecho una clara distinción entre el dominio, cosa incorporal, y el bien raíz sobre el cual se ejerce, cosa corporal.

Como es sabido, los bienes consisten en cosas corporales e incorporales, según tengan ser real y puedan ser percibidos por los sentidos, o estriben apenas en meros derechos. Una casa es ejemplo de cosa corporal; una servidumbre activa lo es de cosa incorporal.

El derecho de dominio es cosa incorporal, ejérsase sobre bien mueble o sobre bien raíz.

Las cosas incorporales pueden ser objeto de posesión, con las mismas calidades y vicios que la posesión de cosas corporales (art. 776). Luego es científico decir que el dueño posee su derecho de dominio. Cuando se afirma que "Pedro es propietario inscrito de la finca en donde trabaja", se descubren ahí dos posesiones: la del dominio sobre la finca y la de la finca misma. El dominio se *reputa* inmueble; la finca es inmueble. La posesión del derecho se adquiere por el registro; la posesión de la finca se adquiere materialmente. Lo propio puede decirse de la conservación de esas posesiones. La del dominio se guarda manteniendo vivo el registro. La de la finca se mantiene ejecutando en ella actos de señorío. Así en el campo probatorio. La posesión del derecho se establece por el registro, y mientras éste subsista no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarlo. La posesión del suelo se establece por hechos positivos, como los de rozar, quemar, barbechar, sembrar, aporcar y segar.

Distinguiendo lo incorporal de los corporal se comprende que en Colombia no puede adoptarse como único ninguno de los sistemas contrarios, ni el del registro ni el

de la tenencia, sino que ha de seguirse una regla para la posesión del dominio y otra regla para la posesión del inmueble. No hablo de más derechos reales —usufructo, hipoteca, etc., etc.— porque el método exige reducir la teoría a lo que es nervio de este pequeño estudio.

Materializando la posesión de lo corporal y simbolizando la posesión de lo incorporal, sí es posible entender la acción reivindicatoria, la posesoria, la prescripción y otros fenómenos civiles, como quizá es posible realizar el *desideratum* de que inscripción, posesión y propiedad sean términos idénticos, según lo soñó don Andrés Bello.

No se me oculta que esta diferenciación choca en general con el concepto moderno de patrimonio —suma de derechos, no de haberes físicos—y desarrolla además el principio, harto discutido, de ser la posesión un mero hecho; pero me atrevo a insinuar esta doctrina de innegable utilidad práctica, porque estableciéndola me limito a engranar textos dentro de un código que divide los bienes en cosas corporales e incorporales, distingue las raíces de la propiedad constituida en ellos, ve en la posesión material un hecho generador de derechos y llega hasta admitir el *jura praediorum* de los romanos.

Se deja de poseer una cosa corporal desde que otro se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya; pero si la cosa es incorporal inmueble, 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 el registro, quien se apodera de la cosa corporal a que se refiere el título registrado, no adquiere posesión del dominio de ella, ni pone fin a la existente posesión inscrita. Este es, a mi entender, el sentido de los artículos 787 y 789.

Contribuyen a la inteligencias de tales normas los principios consignados en estos cánones: el 756, que pide el registro para la tradición del *dominio* de los inmuebles; el 759, que lo exige para la posesión efectiva del *derecho de dominio*; y el 785, que ordena el asiento en la oficina de instrumentos públicos para que pueda adquirirse la posesión de aquellas cosas, como el *dominio* de bienes raíces, cuya tradición deba hacerse por este medio.

El artículo 789, admitiendo que la posesión inscrita puede también cesar por decreto judicial, armoniza con los

artículos 758, 2534 y 2652, según los cuales la sentencia que declara una prescripción hace las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces; sirve de título de dominio; vale contra terceros, y está sujeta al registro que viene a cancelar la existente posesión inscrita del titular del dominio y poseedor del mismo derecho (arts. 670 y 776), vencido en juicio por el poseedor de la finca que se hizo dueño mediante la usucapión (arts. 2512 y 2518).

Ajustando los artículos 2526 y 2531, fluye esta doctrina: la prescripción extraordinaria, para la cual no es necesario título alguno, puede obrar victoriosamente contra un título inscrito, y la prescripción del usucapiente extraordinario empieza a correr desde que principia la tenencia de una cosa corporal con ánimo de señor.

Como magistrado ponente redacté el 26 de febrero de 1936 (“Gaceta Judicial”, Nos. 1907 y 1908), una sentencia de casación en donde se expusieron las ideas que en seguida expreso:

El carácter de “dueño”, exigido por el artículo 946 del código civil, y la noción de “propiedad”, prescrita por el 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba solo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la entrega, no da ni reconoce al reivindicador un dominio absoluto o *erga omnes*. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto.

Al “dueño” que quiere demostrar “propiedad” le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay para qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la *probatio diabolica*, que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares.

Prescindiendo de la acción admitida por el artículo 951 del código civil, semejante a la publiciana del derecho romano, y concretando el estudio a la consagrada por el artículo 950, pueden contemplarse varios casos.

Llámesese Pedro al demandante y Juan al demandado.

*Primer caso.*—Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1911. Debe triunfar Pedro.

*Segundo caso.*—Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1909. Debe triunfar Juan.

*Tercer caso.*—Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan cuya posesión principió en 1909, y presenta además otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título sino por mérito del título de su autor.

En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin título.

En sentencia de casación fechada el 17 de febrero de 1937 (Gaceta Judicial, Nos. 1920 y 1921), también redactada por mí, hizo la corte estas observaciones:

Según el código civil la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por el registro, nadie puede adquirir su posesión sino por tal medio y no cesa la inscrita mientras la inscripción no sea cancelada. El mismo código define la posesión como un hecho y dispone sea establecida por actos significativos de dominio. Distingue entre la *inscrita*, como signo de haberse transferido el dominio de los bienes raíces, y la *material*, que se adquiere por actos reales y se pierde desde que otra persona se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya. En este último sentido es visible y tangible. Un hecho y no un mero derecho. Algo que permite al propietario el ejercicio de su dominio. Y como esta situación corresponde ordinariamente al dueño, es natural ver a éste en el poseedor material. La ley lo presume. Dice que el poseedor es reputado dueño. En el artículo 762, inciso 2.º, poseedor es el tenedor de la cosa que se conduce con respecto a ella como lo hace el propietario, es decir, usando, gozando y disponiendo. Si así no fuera, el dueño inscrito de un inmueble, cuya inscripción no ha sido cancelada, se hallaría en imposibilidad de promover ac-

ción reivindicatoria contra el ocupante que sin título inscrito le desconoce su derecho, y dejaría de ser cierto que la acción de dominio corresponde al dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

Estimo que la corte obró bien dictando las dos sentencias aludidas, porque cuando se traba el litigio entre un poseedor inscrito y un poseedor material, importa saber cuál de las dos posesiones fue primero en el tiempo. “El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”. Tal texto, a la par que obliga al reivindicador a presentar una prueba completa de su dominio, salvo cuando ejerce la *publiciana in rem actio*, consagrada por el artículo 951, supone que el poseedor material de la finca es también el poseedor inscrito del dominio, mientras el reivindicador no pruebe su propiedad. Recuérdese que se trata de una acción de dominio. Y como dentro de ésta se comparan situaciones, es claro que reputando la ley dueño a quien posee, presúmese que su imaginado dominio principió el día en que empezó a poseer físicamente, por lo cual el demandante debe comprobar una posesión inscrita anterior al comienzo de la material. Y si para ello no se le exige la prueba diabólica, sí debe pedírsele al menos una cadena de títulos y tradiciones que lo coloque más allá del momento en que nació la posesión física.

Esta tesis, posesión inscrita del dominio y posesión material de la finca, que con grave temor de equivocarme tengo el arrebato de llamar “mi teoría sobre la posesión”, porque es diferente de las expuestas por los letrados de Chile y de Colombia, quizá pueda prestarse, no lo aseguro, para interpretar los pasos sobre posesión, inscripción y propiedad, del mensaje dirigido en Santiago por don Manuel Montt, el 22 de noviembre de 1855, a los ciudadanos del senado y de la cámara de diputados, mensaje cuya redacción se atribuye a don Andrés Bello.

No terminaré sin apuntar que don Andrés parece distinguir entre la posesión del predio y la posesión de la propiedad, en este párrafo:

“Acerca de la posesión se ha creído conveniente adoptar una nomenclatura menos embarazosa y ambigua que la que al presente existe. Toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio; no es poseedor de una finca (subrayo) sino el que la tie-

ne como suya, sea que se halla materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella. Pero como los derechos reales son varios, el que no es *poseedor del dominio* (subrayo), puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre.”

Concluyo diciendo con Tomás Carrasquilla, por si esto fuere un cabal disparatorio, que las bobadas ilustran algunas veces más que las sabidurías, pues un disparate enorme sugiere al espíritu la verdad opuesta. Quiero escuchar a quienes no acepten mi embeleco.

MIGUEL MORENO JARAMILLO

---

## La cláusula sobre costas

### NOTAS PREVIAS

Hay un principio general que domina todo nuestro derecho, así como el de todos los países llamados de civilización occidental o cristiana, principio de tan grande importancia que ha llegado a ser considerado por muchos autores como uno de los elementos integrantes de aquella noción tan incoercible e imprecisa, hasta ahora, de orden público; nos referimos al principio de la autonomía de la voluntad en los actos jurídicos.

Como cuestión previa es preciso señalar nítidamente las características y el alcance de tal principio, ya que dicho alcance ha sido exagerado por algunos, debido quizás a su misma inmensa importancia. El principio de autonomía de la voluntad significa que toda voluntad expresada con un fin jurídico, sin vicio alguno que la haga no sana y unida a otra voluntad, cuando para obtener el fin propuesto sea necesaria tal unión, debe ser respetada por la ley y el Estado ha de poner a su servicio toda la fuerza que él intenta, ya que esa fuerza no tiene precisamente otro objeto que el de servir para la realización de fines jurídicos.

Por más claro que aparezca el principio de que se viene tratando enunciado de la manera como queda, no es posible seguirlo, al pie de la letra en todas sus consecuencias,