

**El Desarrollo De La Posesión Como Garantía De Las Obligaciones En Colombia.
Una Revisión Documental**

**Carolina Torres Jimenez
Diego Alejandro Ruiz Zapata**

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana



**El Desarrollo De La Posesión Como Garantía De Las Obligaciones En Colombia.
Una Revisión Documental**

Autores

**Carolina Torres Jimenez
Diego Alejandro Ruiz Zapata**

1. Elementos Generales.

1.1 Tema: Posesión, Garantía Real, Derecho Civil, Garantías Mobiliarias.

1.2 Área del derecho en que se circunscribe el tema: Derecho Civil.

1.3 Lugar geográfico: Colombia.

1.4 Tiempo estimado de duración del proyecto: 6 meses.

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana

Resumen

El tener una propiedad en Colombia se ha convertido con el pasar de los años y gracias al desarrollo, no sólo en un elemento del patrimonio que termina significando poder o posición social en algunas ocasiones, sino también en un requisito para el acceso al sistema financiero, que cada día se vuelve más hermético para con los usuarios.

A la par, el mismo desarrollo y la escasez de la propiedad, derivaron en un fenómeno sociológico y jurídico denominado posesión, que es el estado en el que se encuentran muchas personas que, ni son simple tenedores, ni propietarios, pero tienen a su cargo un bien inmueble o mueble y se comportan como verdaderos dueños.

Los poseedores, al no ser propietarios, tienen una barrera para demostrar esa calidad ante la sociedad, y el sistema financiero: el título. A pesar de que se pueda ser poseedor con justo título, no tiene ese título el mismo peso que una matrícula inmobiliaria o una escritura pública que aún falta por registrarse en una Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Como no se es propietario, a pesar de que se tenga la vocación de serlo, para el sistema, tanto social como financiero, no es suficiente. Por medio de la presente investigación se pretende dar a conocer la figura jurídica de la posesión y su evolución como figura apta para ser considerada garantía en obligaciones contractuales.

Palabras clave: posesión; derecho de propiedad; derecho real; garantía; obligaciones; derecho de dominio; derecho civil; inmobiliario.

Abstract

Having a property in Colombia has become over the years and thanks to development, not only an element of patrimony that ends up meaning power or social position in some occasions, but also a requirement for access to the financial system, which every day becomes more and more hermetic to the users.

At the same time, the same development and the scarcity of property, derived in a sociological and legal phenomenon called possession, which is the state in which many people find themselves, who are neither simple holders nor owners, but are in charge of a real estate or movable property and behave as true owners.

The possessors, not being owners, have a barrier to demonstrate this quality before society and the financial system: the title. Although it is possible to be a possessor with just title, such title does not have the same weight as a real estate registration or a public deed that has not yet been registered in a Public Registry Office of Public Instruments.

Since one is not an owner, even if one has the vocation to be one, for the system, both social and financial, it is not enough. By means of this research we intend to make known the legal figure of possession and its evolution as a figure suitable to be considered as a guarantee in contractual obligations.

Key words: *possession; property right; real right; guarantee; obligations; right of ownership; civil law; real estate.*

Contenido

Resumen	3
Abstract	4
Introducción	6
Capítulo I: Orígenes, desarrollo y evolución del concepto de propiedad, a partir de la figura de la posesión	11
Capítulo II: Teorías de la propiedad que rodean la figura de la posesión. Romana, absolutista del liberalismo clásico y solidarista	27
La posesión como derecho real de carácter provisional	27
Teoría subjetiva de la posesión de Savigny	31
Teoría del interés de Von Ihering: teoría objetiva de la posesión	41
Recepción de las teorías de la voluntad y del interés en Colombia	47
Tercer capítulo: Análisis del avance la posesión como una garantía real de las obligaciones en Colombia, a partir de los conceptos ya establecidos y criterios jurisprudenciales	52
Conclusiones	71
Referencias	75

Introducción

A partir de la evolución social y normativa latinoamericana del derecho civil, vemos que la mayor parte del continente tiene influencias romanas en su sistema jurídico, ello a partir de las adaptaciones realizadas en cada país al traducir las significaciones de los conceptos de una lengua a otra, por tal circunstancia, algunos de los derechos que han obtenido algún tipo de categorización universal están presentes en la mayoría de legislaciones, como la colombiana, en la que en muchos casos los conceptos no tienen mayor avance interpretativo ni normativo, como lo es en el caso del derecho de propiedad frente a la posesión como garantía real.

Por consiguiente, el presente trabajo tiene como finalidad desarrollar los conceptos de la propiedad y la posesión, de los cuales el último se analizará como figura de garantía real frente a la adquisición de obligaciones, según la normatividad vigente y las regulaciones de los Códigos Civil y General del Proceso, la doctrina y la jurisprudencia con aspectos a resaltar del derecho comparado. Así las cosas, el objetivo principal es abordar las mencionadas figuras, definiendo y estudiando su incorporación a nuestra legislación y la evolución que ha tenido, para así llegar a establecer si actualmente se está aplicando la figura de la posesión como garantía real de las obligaciones, lo anterior frente a la necesidad social de su implementación para fomentar el acceso a la propiedad en los sectores menos favorecidos.

A simple vista la posesión puede ser vista como un simple fenómeno, el cual, aunado al tiempo, es capaz de configurar una prescripción adquisitiva de dominio, y como consecuencia de ello que el dominio sea transferido a quien lo ocupó con ánimos de señor y

dueño durante determinado periodo ininterrumpido de tiempo, luego de seguir el correspondiente proceso declarativo de dicha pertenencia, la cual se materializa hasta que una orden judicial así lo determine.

Por otra parte, lo que se pretende es entrever la evolución de la figura de la posesión como garantía real de las obligaciones, lo cual para quien lo pueda ostentar traduce un sinnúmero de oportunidades, entre las cuales no solo se puede vislumbrar la posibilidad de esa mera expectativa de obtener la titularidad del bien, sino además, como lo habilita el Código General del Proceso, la utilización de ofrecer dicha posesión como garantía real en la adquisición de una obligación mediante un negocio jurídico; o, en igual sentido, una posibilidad más para los acreedores de ejecutar esas expectativas como garantía de sus acreencias.

Vemos entonces que con la apropiación de esta figura como garantía real, por parte de acreedores como de deudores, se ampliaría el desarrollo de la posesión en Colombia, ello contribuiría a la dinamización de la economía, pues se adoptaría una nueva cultura jurídica de ofrecer y aceptar una posibilidad frente a un derecho como garantía de una obligación, que le ofrece la oportunidad a personas sin una titularidad acceder a créditos o negocios de inversión, mayor oportunidad de acceso al sector financiero y mercantil, que es lejano de las áreas marginales, donde más se utiliza la posesión como forma de adquisición de dominio.

Ese es el enfoque que se le pretende dar a la presente monografía, abarcar de una manera más amplia el concepto de la posesión contrastado con los alcances que se le han otorgado en Colombia, a partir de un recuento histórico normativo del marco legal, sentencias donde se haya analizado la temática, decretos, resoluciones, codificación y cambios en los

mismos, a fin que los lectores del presente establezcan un concepto actualizado de la figura y la forma en que pueden utilizarlo y emplearlo en el desarrollo de la profesión del derecho y a particulares que deseen conocer las nuevas posibilidades legales que la figura les ofrece.

Para estudiar la temática planteada y su abordaje se recurrió a la investigación de bibliografía a fin de encontrar antecedentes del concepto de la posesión; en ese transcurso se abordaron las principales fuentes de dicho concepto y su adaptación a nuestro sistema jurídico, los hitos más representativos respecto de esta figura planteados desde la doctrina y las teorías como las subjetivas de la propiedad, la absolutista, la posesión como derecho provisional, entre otras, para llegar a concluir con las teorías que justifican la viabilidad de la posesión como modo de adquirir la titularidad de un bien.

Así mismo, se acudirá a la descripción normativa de la figura desde el Código Civil colombiano, frente a su definición, los mecanismos de protección, para luego, abordar la temática desde los planteamientos jurisprudenciales existentes, tanto constitucional como civilmente; lo anterior complementado con elementos conceptuales y principios que rodean el despliegue del fenómeno de la posesión y su extensión como garantía real de las obligaciones, para llegar a la determinación de si ello actualmente se aplica o no en los negocios jurídicos en Colombia, si ya se sentó algún precedente o si únicamente se queda en el tenor de lo consagrado en la norma y no se ha desarrollado su aplicación por desconocimiento de la figura.

Frente a dichas conclusiones, estas se tendrán como los aportes de esta investigación a sus lectores, la cual servirá como un acercamiento a la amplitud del fenómeno de la posesión y sus alcances jurídicos, la vigencia del derecho de la posesión, su salvaguarda y quizá lograr

su empleo en la práctica del derecho, no solo para los abogados, sino para que los mismos operadores judiciales se familiaricen con la importancia que la figura puede tener en los procesos judiciales y lo apliquen en sus decisiones, así como también para la ciudadanía en general, para que amplíen sus conocimientos en cuanto a las garantías que la norma les ofrece a fin que puedan acceder al sistema financiero y mercantil.

En el primer capítulo se desplegará la temática de los orígenes, desarrollo y evolución del concepto de la propiedad, a partir de la figura de la posesión, se distinguirá el concepto que se ha desarrollado en nuestro país, sus evoluciones y orígenes, así como el marco normativo que ha respaldado la evolución de esta figura, su reconocimiento como hecho y derecho, el cual en nuestro país se ha constituido como un derecho real pero a fin de cuentas provisional, que además puede ser inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

En este se destacará que por medio de la Ley 1183 de 2008 que se le asignan funciones a los notarios para la inscripción de la declaración que realizan las personas sobre su calidad de poseedores regulares de bienes inmuebles.

En el segundo capítulo se desarrollarán las teorías de la propiedad que rodean la figura de la posesión. Para pasar a un tercer capítulo se abordará el análisis del avance de la figura como garantía real de las obligación, a partir de los conceptos identificados y criterios jurisprudenciales, en este capítulo se centra a fondo el objeto del trabajo, aquí se definen las respuestas al problema jurídico sobre si en Colombia se utiliza la posesión como garantía real de las obligaciones y se definirá entonces si hay o no conocimiento de los alcances de la

figura y si existen decisiones judiciales que así lo reflejen; además se abordarán las situaciones de algunos países y su aplicación de la figura.

Para finalizar, el cuarto capítulo constará de las conclusiones a las cuales se puede llegar luego de realizado el presente estudio y como ello se puede apreciar en la sociedad, la forma en que ello afecta o no nuestra realidad y cómo se podría mejorar el ejercicio de las facultades que conlleva la figura de la posesión desde su naturaleza y los lineamientos normativos con que cuenta.

Capítulo I: Orígenes, desarrollo y evolución del concepto de propiedad, a partir de la figura de la posesión

Es de precisar que más adelante del presente capítulo se estudiarán específicamente las teorías que se han aplicado en Colombia sobre la posesión como hecho y como derecho real, y que para algunos autores tiene cercanía con lo expuesto por Savigny y Duguit sobre la integración de la posesión a la normatividad como figura jurídica autónoma, se hace relevante comenzar por el origen de estos conceptos y la teoría romana, en base a la cual exponen sus postulados.

El concepto de propiedad ha enfrentado diferentes etapas según progresa la especie humana, pasando de ser reconocida como un simple hecho a convertirse en un derecho que “da sentido al concepto de sociedad y aún más al de nación y Estado.” (Silva-Fernández, 2018, p. 137) Y este concepto del que no se sabe si primerió surgió del derecho privado o el público, tiene una conexión directa con los mitos y creencias del hombre, pues se originó en poblaciones como Grecia en donde la mayoría de asuntos se explicaban con teorías supra-humanas; la propiedad es una forma de aprehender algún objeto, se suele confundir ya que “en cuanto a su expresión fáctica, no jurídica, propiedad implica poseer.” (Silva-Fernández, 2018, p. 137) Y es en ese momento histórico en el que se comienza a tener la necesidad normativa de construir el concepto de posesión no sólo como la forma en la que se expresa en el plano fáctico la propiedad, sino también como una figura jurídica autónoma.

La palabra *possessio* proviene de *possidere*, palabra que contiene *sedere*, que significa sentarse o asentarse, y de allí es de donde se origina la palabra posesión, como la facultad o poder que tiene una persona sobre una cosa, con el objetivo de comportarse como si fuera el verdadero propietario. (Morineau & Iglesias, 1998, pp. 114-115)

Esta es una de las definiciones del concepto de posesión que deriva de ese derecho romano que debía repartir las tierras luego de una nueva conquista; una repartición que se hacía con el fin de proteger las nuevas posesiones que se dieran durante las contiendas y para garantizar que los súbditos tuvieran acceso a la propiedad. (Silva-Fernández, 2018, p. 138)

Para Savigny, aún desde esa concepción originaria romana se podía analizar una diferencia entre la propiedad y la posesión, y así lo deja ver cuando expone que en el derecho romano se establece el mismo modo de adquirir y perder tanto la una como la otra. (Savigny, 1845, p. 6)

Para los romanos, aclara Savigny, la posesión tenía dos variables: la posesión *Jus possessionis* como hecho desde el aspecto fáctico; y la posesión *Jus possidendi* como el derecho de poseer, es decir el derecho de propiedad en estricto sentido. (Savigny, 1845, p. 6)

A pesar de que para las dos figuras se establecía la misma modalidad de adquisición o pérdida, expone el autor que “*se consideraba a la posesión como una de las formas o modos de acceder o concretar el derecho de propiedad.*” (Silva-Fernández, 2018, p. 138). De esta manera la posesión toma forma de *usucapión*, figura que tiene como fin de transformar a aquella persona que simplemente posee en propietario con la condición del paso del tiempo, entre otras en la actualidad.

El análisis que realiza Silva-Fernández sobre la posición de Savigny concuerda además con lo que este último expone sobre la ley de las XII (doce) tablas (*lex duodecim tabularum*, 451-449 a.C.), que regula entre otras cuestiones de la república, el concepto de propiedad; en la tabla VI (sexta) específicamente se refiere al fenómeno de la *usucapión* cuando aduce que “*El que posee una cosa por espacio de uno o dos años, llega a ser propietario de ella.*” (Savigny, 1845, p. 7)

Luego Argüello en 1993 se refiere también a la reglamentación sobre la propiedad que trae consigo la expedición de la ley de las XII tablas y defiende cómo ni siquiera bajo este régimen la propiedad privada para los romanos se libró de restricciones, pues por ejemplo los propietarios tenían que aceptar que los vecinos accedieran a su predio cada tres días para recoger los frutos que se desprendían de los árboles ubicados en los suyos, o las servidumbres temporales obligatorias que se comenzaron a establecer cuando el camino estaba en construcción o reparación. (Argüello, 1993, p. 221)

Pero, a pesar de que la ley así lo mencionara de manera explícita, no se puede decir que para los romanos la posesión simplemente significaba uno de los medios para acceder al derecho de propiedad sin que medie la voluntad del propietario como tal, sino que también comenzó a proteger esta institución con interdictos, lo que quiere decir que de alguna u otra forma el derecho romano aportó grandes elementos para luego distinguir lo que sería el derecho de posesión. Morineau e Iglesias se refieren a estas opciones de protección que se plantearon en la antigua Roma:

“Existen dos grupos de interdictos para proteger la posesión. Unos se ejercen ante la amenaza de despojo, y son aquellos que sirven para retener la posesión (interdicto retinendae possessionis); se utilizan antes de que el despojo se consume, esto es, cuando alguien perturba la posesión. Los otros se utilizan cuando el despojo ya se realizó, para pedir la restitución del objeto: son los interdictos que sirven para recuperar la posesión (interdicta recuperandae possessionis)”. (Morineau & Iglesias, 1998, p. 119)

Lo que se conoce hoy en día como acción reivindicatoria se acerca mucho a esos interdictos que se podían presentar con el fin de garantizar la continuidad o la terminación de la posesión, pues estaban diseñados, como la hoy acción reivindicatoria, para proteger tanto

al propietario frente a poseedores no autorizados como también a los poseedores contra otra persona cualquiera que estuviese intentando interrumpir esa expectativa de derecho de propiedad que se establece con el fenómeno de la posesión.

La figura de la posesión toma entonces cierta relevancia y comienza a ser diferenciada por los romanos, quienes determinaron que la posesión era como tal la sumatoria de dos elementos: el *animus* y el *corpus*.

El *animus* es la firme convicción de considerarse a sí mismo propietario del bien que se tiene, “no la voluntad indecisa ni la simple creencia de serlo (*animus domini rem sibi habendi*)” (Cortés, 1934, p. 145); Y el *corpus* es el elemento material de la posesión, es decir el tener materialmente, bien sea porque ya se recibió el bien o porque ya se ingresó al mismo, así sea mediante una manifestación que pueda traducirse en alguna de las anteriores situaciones. Aduce Cortés en su texto que “*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...*” (Cortés, 1934, p. 145)

Lo anterior denota la intención que se tenía ya desde el derecho romano de diferenciar la propiedad de la posesión. Y una vez se pudieron identificar los elementos específicos que componen esta figura se deriva de su elemento material otra que hoy en día también goza de una protección legal: la tenencia; esencial para determinar el rol específico que tiene un individuo frente a un bien cualquiera y si el mismo se trata de una posesión o no.

El concepto de propiedad toma tanta relevancia para la conformación de sociedades que llega hasta unos límites impensables. La revolución francesa deja consigo un derecho a la propiedad absoluto y sagrado, y así lo deja ver Forero en 1935 cuando analiza el hecho de que “*La Convención francesa de 1793 no se contentó con esto sólo; llegó hasta decretar la pena de muerte contra cualquier ciudadano que propusiera una ley agraria u otra cualquier*

subversiva de las propiedades territoriales, comerciales o industriales.” (Forero, 1935, p. 215)

Este derecho de propiedad absoluto se comienza a estudiar como el verdadero derecho de dominio, y Herrera recuerda que tiene unos elementos muy específicos y particulares que también se le reconocen a la posesión como expectativa de derecho, sin que ello deje a un lado el factor subjetivo que luego reconocería una superioridad de la propiedad frente a la posesión. (Herrera, 2003, p. 58)

A partir de 1804 en Francia toma fuerza el carácter subjetivo de la propiedad, que se da gracias al liberalismo clásico que deja la revolución francesa y los burgueses en el poder. El Código Napoleónico de este año refleja así una corriente absolutista, *“postura que resaltaba el más puro individualismo clásico que propugnaba solo por la defensa del ciudadano individualmente considerado, frente al propio Estado.”* (Silva-Fernández, 2018, p. 141)

La postura de Savigny hace parte de ese liberalismo clásico que pone a la propiedad como una institución de corte individualista. Postulado que se replantea con la llegada de la teoría solidarista de Duguit, que propone la función social de la propiedad.

Esta teoría de Duguit establece que por el simple hecho de tener bajo su nombre una riqueza, bienes o terrenos, el propietario debe cumplir una misión con la sociedad para que ese derecho que tiene sobre esos objetos continúen siendo protegidos por la regulación. Si no cumple con esta función se legitima a la administración para que obligue a esa persona a que su riqueza la cumpla, que consiste finalmente en que se asegure la utilización de ese patrimonio conforme a su destino, por ejemplo, si un terreno es apto para cultivarse entonces su propietario debe garantizar que para eso se va a utilizar, porque de lo contrario el bien no está reportando la utilidad necesaria a la sociedad y eso, bajo esta teoría solidarista, es culpa

exclusiva del dueño y acarrea consecuencias como el derecho que le surge al Estado de disponer de esos terrenos improductivos. (Duguit, 2007, p. 158)

Para Silva-Fernández la teoría de Duguit, que trae consigo la función social, “*se impone en nuestro medio a partir de aceptar la teoría solidarista que abandona de cierta forma la concepción subjetivista de un derecho absoluto como sinónimo de arbitrariedad.*”

(Silva-Fernández, 2018, p. 142; Congreso de la República, Ley 200 de 1936, artículo 6).

Haciendo énfasis en la expedición de la Ley 200 de 1936, luego de la reforma constitucional de 1936, que le otorga la potestad al Estado de extinguir el dominio de los propietarios que no explotaran sus terrenos y cuya posesión se dejara de ejercer durante tres años, esto bajo el cambio de perspectiva frente al sistema agrario del país. (Silva-Fernández, 2018, p. 142; Congreso de la República, Ley 200 de 1936, artículo 6)

Para continuar, vamos a mencionar las teorías más importantes respecto de la posesión, que se han originado con el transcurso de la historia, para en el siguiente capítulo ampliar sus conceptos y discusiones de manera más específica; una de las teorías más antiguas que se expone con respecto a la figura de la posesión es la que plantea este concepto como un derecho real, pero de carácter provisional. Esta teoría surge entre los siglos XVII (diecisiete) y XVIII (dieciocho) cuando la concepción de Baldo era la mayormente aceptada, que solamente distinguía cuatro derechos reales: propiedad, servidumbre, prenda y herencia. Hahn propuso entonces que la lista debería acoger también a la posesión basándose en la comparación que realizó de esta figura con la propiedad, y así lo expone Mauricio Rengifo Gardezabal en su texto ‘Teorías de la posesión’. (Rengifo Gardezabal, 2006, p. 5-6)

La primer comparación que se plantea Hahn para su teoría es que el rol del propietario frente a la sociedad se encuentra enmarcado en el respeto que esta debe tener de los derechos de aquél, pues al propietario le asiste la posibilidad de iniciar por ejemplo una acción

reivindicatoria contra quien se encuentre invadiendo de cualquier forma su propiedad; y lo mismo sucede con el poseedor de buena fe, que debe ser respetado tanto por terceros ajenos a la propiedad como por aquellos que ostenten algún tipo de derecho personal sobre la misma, pero este tiene a su favor es la acción publiciana que se conoce como la acción de restitución del bien para reclamar su posesión, acción que no procede contra el propietario, lo cual ya comienza a diferenciar los dos conceptos de manera sustancial pues el propietario no tiene excepción con respecto a quien o quienes reclamar su derecho mientras que el poseedor si. (Rengifo Gardezabal, 2006, p. 6)

La segunda es la posibilidad que tienen tanto el propietario como el poseedor de usar el bien con total libertad, enajenar o conservar los frutos, o entregar a otro su derecho en el momento en el que desee. La anterior es una similitud por la que se suelen confundir la propiedad y la posesión, pero realmente la diferencia radical se encuentra en las características temporales. (Rengifo Gardezabal, 2006, p. 6)

Por el lado del derecho de propiedad surge la tercera comparación que determina que hasta que el bien como tal no perezca es un derecho con vocación de perpetuidad gracias a la transferencia de titularidad que se realiza por la sucesión; mientras que la posesión se tendría que tomar como un derecho de carácter provisional o temporal por las siguientes razones:

i. Toda adquisición de la posesión por regla general es originaria, es decir, si alguien recibe un bien que se tenía bajo posesión, quien recibe se considera que es titular de una nueva posesión, a menos claro está que se pacte lo contrario.

ii. La posesión como tal es provisional porque debe ceder ante otro derecho de mayor relevancia como la propiedad.

iii. La posesión es provisional también porque está destinada a convertirse en el derecho de propiedad con el mero paso del tiempo. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 6)

Bajo esta teoría de Gardeazábal (2006) entonces se ponen en contexto las características principales tanto de la propiedad como de la posesión para diferenciarlas, y poder concluir que finalmente no es posible hablar de la posesión como una propiedad provisional; lo anterior debido a que la perpetuidad es un elemento esencial de la propiedad como tal, que en ningún momento llega a tener la posesión como figura individual, sino hasta que por otros fenómenos jurídicos se convierte en propiedad.

Pero como los derechos reales por su lado no tienen como característica la perpetuidad, continúa mencionando Gardeazábal (2006), puede decirse bajo la óptica de esta teoría que es un derecho real de carácter provisional, existiendo también de carácter temporal como la herencia o la servidumbre personal.

Otra es la Teoría de la voluntad de Savigny (1908), o también teoría subjetiva de la posesión. Ya se había mencionado a este autor brevemente en el primer subtítulo del presente capítulo cuando se hablaba de las teorías de la propiedad que rodean a la figura de la posesión. Su intención era renovar el postulado que tenían los romanos sobre la figura jurídica basándose en investigaciones filosóficas.

La primera posición que adopta este autor (1908) es que la posesión no es un derecho real provisional, y lo afirma recordando que toda relación de tipo jurídico debe analizarse desde un aspecto material, es decir un supuesto de hecho; y un aspecto formal, que comprende una regla o disposición normativa frente a ese hecho, una consecuencia jurídica (Savigny, 1908, p. 103)

Esta teoría, menciona Gardeazábal (2006), tiene en cuenta los requisitos para poseer, que sería el análisis sobre el aspecto material; y los efectos jurídicos que produce esa posesión como análisis del aspecto formal. Bajo la perspectiva de Savigny el problema de esta teoría es que “se concentra exhaustivamente en el aspecto material y deja a un lado el formal, y en ocasiones los confunde” (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 11).

Algunos de los efectos jurídicos que el derecho romano le atribuía a la posesión eran: la posibilidad de interponer interdictos, los antes mencionados; la usucapión como modo de adquirir el dominio o propiedad; la presunción que cobija a los poseedores de tomarse como propietarios; o el derecho a la legítima defensa frente a la posesión; entre otros que según menciona Gardeazábal (2006), eran realmente reconocidos debido a otros principios generales más no porque el peticionario ostente la posesión como tal.

Esta teoría es parte del método sistemático (2006), creado desde la escuela histórica, que se inspira en la hermenéutica y la filología neoclásica alemana, el cual establece que toda relación jurídica consta de un elemento material y otro formal, como se acaba de estudiar, sobre la posesión. Menciona Gardeazábal (2006) que los elementos formales de cualquier normativa deben de aplicarse siempre y cuando ocurra el elemento material que debe antecederle, situación que sirvió también para fundamentar la teoría de los derechos subjetivos que propone Bernhard Windscheid, en la que se pregunta si hay algo en común entre esos elementos materiales de todas las relaciones jurídicas y qué hechos ingresan a la normatividad con ocasión de sus consecuencias.

En resumidas cuentas desde la teoría de la voluntad la posesión es a la vez un hecho y un derecho. Como hecho no es posible hablar de una transferencia; pero como también es un derecho en estos casos excepcionales se permite la transferencia o disposición, en los casos de la posesión derivada que ya se mencionaron.

Por su parte, otra es la Teoría del interés de Von Ihering (teoría objetiva de la posesión), la cual nace en 1867 con el fin no sólo de criticar el método utilizado por la escuela histórica con la exposición de la teoría subjetivista de Savigny y los juristas que lo acompañan, sino también de sustituir ese método por uno teleológico o realista. Esta teoría nace con Rudolph Von Ihering, quien luego en 1889 la complementa con una nueva crítica sobre la voluntad. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 37)

Dice Ihering (2004) que el propósito principal de haber creado su teoría era también para resaltar la amplia diferencia que existe entre lo que afirma son los dos métodos de la teoría del derecho: el formalista (o dialéctico); y el que el expone que es el realista (o teleológico).

Es entonces esta la teoría, menciona Gardeazábal (2004) que da aplicación al realismo, método que “consiste en explicar las instituciones jurídicas con base en el fin práctico para el que se instauraron, dejando a la lógica, la dialéctica y la filología como meros auxiliares de investigación.” (p. 37).

Esta teoría se construye bajo cuatro tipos de críticas expuestas por Gardeazábal (2006) según lo que interpreta de Ihering, que son: la lógica o interna; la histórica; la práctica; y la didáctica.

La voluntad entonces es muy irrelevante para la teoría realista, pues Ihering no le encuentra mayor sentido cuando se trata de formular ejemplos que denotan fragilidad de la teoría de Savigny frente a ciertas situaciones en las que la posesión dependen de factores más objetivos que aquellos que apelan a la interacción que el sujeto crea tener para con la ley y los hechos y derechos que se desprendan.

En el ejemplo en el que un adquirente no cree realmente que el vendedor es el propietario de la cosa, bajo el entendido de que la voluntad prima, ¿adquiere la propiedad o la posesión?; Otro ejemplo es en el evento en el que alguien se crea en incapacidad legal para adquirir una propiedad, pero la ley no contemple su caso como uno de incapacidad, teniendo en cuenta su voluntad ¿se encuentra obligado por el contrato que suscribe o no?

La respuesta a los dos cuestionamientos de ejemplificación es que en el primero se adquiere la propiedad y en el segundo efectivamente, a pesar de sus creencias y deseos, el suscriptor se encuentra obligado, así no lo crea. Menciona Savigny (1845) que el ánimo de poseer no puede por sí sólo determinar la diferencia que existe entre la posesión y la figura de la tenencia.

Concluye Ihering (2004) que los derechos como tal no existen para realizar esa idea de una manifestación de la voluntad jurídica en sentido abstracto; los derechos, continúa reflexionando, sirven para garantizar los intereses de la vida de las personas, ayudar a las necesidades que tengan y realizar sus fines personales. Los derechos no nacieron para crear un efecto inútil.

Si bien para esta teoría la posesión también es a la vez un hecho y un derecho, Ihering se dedica más que todo a criticar a la de la voluntad expuesta por Savigny y se concentra más que todo en la diferenciación entre tenencia y posesión, ubicando dos tipos de posesión y analizando quién posee y quien no en esos términos.

Referidas cada una de las teorías a manera general, es de indicar que como tal en Colombia se apoyó lo que se puede denominar la teoría híbrida de la posesión ilustrada por Andrés Bello, con sus acercamientos a la teoría de la voluntad de Savigny; y la misma se mantuvo hasta la segunda mitad del siglo XX, (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 66) puesto que, basado en el Código de Napoleón, que sigue lo expuesto en la teoría de la voluntad

expuesta por Savigny (1845), es que Andrés Bello diseña los conceptos civiles en su Código Civil, que luego llegan a Latinoamérica a inspirar la creación de Códigos Civiles como el chileno, venezolano y el colombiano. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p.32)

Para Rengifo (2006), el hecho de que separe el *corpus* del *animus*, permite hablar de la subrogación en la posesión por medio de un apoderado, admitiendo también el principio de la *ignorati possessio*, igualmente presentado por la teoría de la voluntad. En el artículo 782 del Código Civil se determina que la posesión puede darse por medio de mandatario o representante legal, y que la misma se perfecciona en el acto aún sin el conocimiento del mandante.

Sin embargo Andrés Bello (1969) expone los motivos por los cuales crea su Código Civil, comentarios con los que se aleja un poco de lo propuesto por Savigny en algunas cuestiones, pues no sólo se basa en la teoría de la voluntad sino también en el Código Napoleónico y en sus propias conclusiones sobre las teorías estudiadas, a propósito expone como la posesión es normalmente caracterizada por una sensación o apariencia de dominio; dice que los derechos reales son variados, por lo que se puede decir que quien no ostenta el título de poseedor del dominio, entonces podría serlo del derecho de prenda por ejemplo.

Por su parte Bello (1969) ejemplifica que el usufructuario no tiene dominio sobre la cosa, así como al arrendatario nada posee. Una de las conclusiones más importantes que plantea es que la posesión es un fenómeno normativo que se ostenta a nombre propio, mientras que la tenencia, al mediar como un simple representante del poseedor, se trata de una figura que se ejerce a nombre ajeno.

La Corte Suprema de Justicia (1955) declara que la posesión derivada de lo traído por Bello desde Europa quedaba sin efectos. Sin embargo no puede interpretarse esto como el fin

de la teoría de la voluntad, sino más bien como la intención de la Corte de instaurar más a profundidad esta teoría y eliminar algunas modificaciones de la teoría híbrida de Bello.

La interpretación que realiza Rengifo (2006) sobre esta nueva posición de la Corte es que la posesión que se dice inscrita se encuentra originada en una interpretación de la teoría del derecho real de carácter provisional; por lo que doctrinantes de Alemania llegaron a considerar que la eventual inscripción del fenómeno de la posesión cobraba sentido en un ordenamiento de carácter registral. Lo anterior no tuvo cabida debido a la imposición de la teoría de la voluntad, situación que también incluyó a Colombia. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 38)

Otro asunto que permite descifrar la inclinación del Magistrado José Gómez en la construcción de su sentencia hacia la teoría de la voluntad es el exigir la explotación del predio como ejercicio y prueba de la propiedad. Esta exigencia deriva de la teoría de la voluntad que se deja ver en el artículo 981 del Código Civil colombiano en el cual se determina que se debe probar la posesión por medio de hechos positivos, que sólo da 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.” (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873, artículo 981)

En Colombia el intento por acoger la teoría objetiva o realista de Ihering fue la propuesta de Arturo Valencia Zea, continúa mencionando Gardeazábal (2006), quien aduce que la teoría de la posesión en Colombia, que debe ser una teoría contemporánea, debería seguir los postulados del régimen de posesión germánica, que dice es muy similar a esa teoría realista que dice que la posesión es la exterioridad de la propiedad, sin embargo, la propuesta no tuvo acogida, como gran parte de los desarrollos latinoamericanos.

El poseedor en Colombia es quien con el ánimo de señor o dueño tiene una cosa determinada. El poseedor se presume dueño mientras otra persona no alegue serlo en un proceso. Lo anterior, para Silva-Fernández, pone al propietario en una posición de desventaja con respecto al poseedor ya que a este último le reconoce una calidad que no necesariamente detenta. (Silva-Fernández, 2018, p. 143)

Carranza y Ternera, autores colombianos, ponen a la posesión en un rango de derecho real provisional, al respecto dicen que la figura de la posesión puede ser contraria a la titularidad del derecho real, identificando así dos titulares de dos derechos reales completamente diferentes: por un lado el poseedor y por el otro el propietario. (Carranza & Ternera, 2010, p. 91)

Para el poseedor existen ventajas adicionales, como la de formalizar esa situación jurídica por medio de la posesión inscrita, lo que para Silva-Fernández detenta características de derecho real que sin embargo es provisional, “toda vez que a través de la usucapión, se colora en el camino para adquirir el dominio o plena propiedad sobre un bien corporal.” (Silva-Fernández, 2018, p. 137)

La posesión se puede inscribir, y eso queda claro luego de poner en consideración no solo el artículo 789 del Código Civil cuando instruye la cesación de esta inscripción; sino también con el artículo 7 del Decreto 1250 de 1970, por medio del cual se determina que la tradición de cosa ajena o la fallida, dan lugar a la posesión regular, que queda inscrita como falsa tradición. (Presidencia de la República, 1970, artículo 7)

Este Decreto 1250 de 1970, y específicamente el artículo 7 mencionado, fue derogado por el artículo 104 de la Ley 1579 de 2012, que en su artículo 8 menciona el registro de estas

falsas tradiciones y otros actos que por su naturaleza jurídica hayan sido sometidos al registro en la matrícula inmobiliaria. (Congreso de Colombia, 2012, artículo 8)

La Ley 1561 de 2012 se crea con el fin de

“Establecer un proceso especial para otorgar esos títulos de propiedad a los poseedores materiales de bienes inmuebles tanto urbanos como rurales de pequeña entidad económica con el fin de sanear las falsas tradiciones, promover el acceso a la propiedad, garantizar la seguridad jurídica en los derechos que versen sobre estos inmuebles, propiciar el desarrollo sostenible y prevenir tanto el despojo como el abandono que ha sido provocado por la fuerza de estos predios” (Congreso de la República, 2012, artículo 1),

Con esta ley se pretende titular tanto a aquellos poseedores regulares como irregulares, situación que permite comenzar a hablar de la disposición que tiene el poseedor de ese título con el fin de darlo en garantía.

Y es por medio de la Ley 1183 de 2008 que se le asignan funciones a los notarios para la inscripción de la declaración que realizan las personas sobre su calidad de poseedores regulares de bienes inmuebles. Para este procedimiento los solicitantes deben probar estar en posesión regular a nombre propio, de forma continua y exclusiva, sin que haya mediado ningún tipo de violencia o clandestinidad durante un año continuo o más; así como acreditarse que no existe ningún tipo de proceso civil en su contra en el que se esté discutiendo esa posesión.

Una vez esta escritura es autorizada la misma debe ser inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y el Registrador debe inscribir esta declaración. (Congreso de la República, 2008, artículos 1, 2 y 8)

Queda entonces claro que hasta la fecha en Colombia continúa predominando la teoría subjetivista, de la voluntad, expuesta por Savigny. La misma que reconoce la posesión como un hecho y un derecho. Un derecho que en resumidas cuentas es real pero provisional, que se encuentra protegido no sólo por los interdictos o acciones posesorias, sino que también puede inscribirse y registrarse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

El cuestionamiento que se solucionará en el siguiente capítulo es con respecto al manejo que se le ha dado a la posesión como garantía real de las obligaciones mediante el derecho comparado para luego dar paso a la forma como la jurisprudencia ha resuelto los casos sobre posesión visto como garantía, las reflexiones que se han realizado desde las Cortes con respecto a ese rol que puede cumplir la posesión y la aplicación de la figura de la posesión como garantía real en un caso concreto.

Capítulo II: Teorías de la propiedad que rodean la figura de la posesión. Romana, absolutista del liberalismo clásico y solidarista

En el presente capítulo abordaremos teorías doctrinales de la propiedad que abarcan la figura de la posesión, una de ellas la romana, la absolutista del liberalismo clásico y solidarista, mismas que se desarrollaron en entornos tempo-espaciales distintos, exaltando las características principales de cada una de ellas y aspectos a destacar; por último, se hará una comparación respecto de lo que ha sido la recepción de dos de ellas en Colombia y su desarrollo, esto con el fin de ir centrando la temática a abordar en el tercer capítulo, donde se planteará y resolverá el problema jurídico a partir de análisis jurisprudenciales y los puntos de vista de los autores del presente estudio.

La posesión como derecho real de carácter provisional

Expone Rengifo cómo resulta del estudio de esta teoría la idea de que tanto la propiedad como la posesión sean entonces derechos reales principales que coexisten en la misma lista, y la razón la encuentra en la historia. En la antigua Roma el derecho de propiedad podía ejercerse sólo con respecto a bienes privados, excluyendo de la fórmula a los bienes públicos; con el tiempo, expone Rengifo, las personas comenzaron a ocupar los bienes públicos con el fin de habitarlos, y al Estado no le quedó más remedio que inventar la figura de la posesión para otorgar a estas personas derechos; personas a las que no se iban a desplazar pero tampoco se les podía dar el derecho de propiedad por el ministerio de la ley, *“La propiedad sería entonces un derecho real de origen civil y la posesión sería un derecho real de origen pretorio.”* (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 7)

Bajo esta óptica explica Rengifo (2006) dos modos de adquirir la posesión: la ocupación; y la tradición. Como los juristas modernos asimilaron estos dos modos debido a que la tradición de la posesión será siempre originaria, “pues toda posesión principia en quien la detenta” (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 8); y se refirieron a este análisis con los siguientes criterios: los bienes muebles se adquieren cuando se captan o se tienen físicamente, hay una entrega material; y los bienes inmuebles cuando se ingresa a los mismos, es decir, se comienza a usar y se habita, no necesariamente con otros objetos. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 8)

Para Rengifo estos criterios funcionan bien pero se generan ciertas dudas con respecto a la aprehensión y el ingreso, por ejemplo: cuando el bien mueble se debe entregar en un lugar y fecha determinada, y cuando se va a entregar el bien el comprador está ausente pero el bien se deja en el lugar y fecha asignada, ¿adquiere el comprador la posesión?; si se compra un bien inmueble pero no se ingresa al mismo, y el vendedor ya desaloja, ¿adquiere el comprador la posesión sin instalarse en el bien?; otro ejemplo sería en el caso en el que en lugar de entregar el bien mueble, se entreguen las llaves, claves o autorización de ingresar al lugar donde se encuentra, ¿se adquiere la posesión? (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 8)

Las anteriores son cuestionamientos que se realizan debido a las falencias que en principio se pueden analizar de esta teoría, pues la respuesta a los interrogantes, por lo menos en el primer y último ejemplo se exigiría una aprehensión física sobre los bienes muebles puestos a consideración y en el caso de la segunda hipótesis se tendría que asegurar el ingreso e instalación en el bien inmueble.

Esta teoría, menciona Rengifo (2006), deja a un lado las prácticas sociales que se aceptan como transferencia de la posesión; con el fin de eludir estos cuestionamientos los doctrinantes de esta teoría agregaron:

a) los bienes muebles e inmuebles se adquieren cuando se realiza un acto que simbolice la aprehensión física del mueble o el ingreso al inmueble. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 8)

Con este agregado se mejora la teoría pues se da respuesta y solución a los cuestionamientos presentados, en todos concluyendo que se manifiesta una transferencia de la posesión, pero será entonces cuestión de que en el ordenamiento jurídico se enlisten aquellos actos que pueden simbolizar tanto la aprehensión física de un bien mueble como el ingreso a un bien inmueble, si esta lista debería ser o no taxativa, o si se da un margen de movilidad en el que el operador judicial pueda concluir en que la manifestación basta para proyectar la transferencia de la posesión.

Para explicar a profundidad los efectos de esta teoría resulta necesario volver sobre los interdictos mencionados en la teoría romana. En la doctrina civil se entiende hoy en día como interdicto a la orden de un juez para que cese la perturbación de la posesión sobre un bien. Rengifo recuerda que el interdicto se diferencia de la acción civil, ya que,

“En materia de interdictos, sólo hay lugar al nombramiento de un juez cuando el demandado prueba sumariamente que está justificado en la posesión. Mientras que la acción civil comienza con el nombramiento de un juez que se encarga de dirimir el conflicto entre las partes, el interdicto es sólo la orden de que cese esa perturbación.”
(Rengifo Gardeazábal, 2006, pp. 8-9)

Se exponen diferentes tipos de interdictos posesorios, que finalmente terminan agrupados en dos categorías: los destinados a que se proteja la posesión actual o de conservación; y los que se crearon con el fin de recuperar la posesión perdida.

Con respecto a los de conservación se distinguen los siguientes:

1. *Uti possidetis*: por medio de este el juez ordena que las cosas retornen a como se encontraban antes de la perturbación. Adquiere su nombre gracias a las palabras que utiliza este juez en su orden judicial: *uti possidetis, ita possideatis* (como poseiste, así poseerás), refiriéndose a quien se le protege su derecho, de que lo vuelva a disfrutar de la misma forma como lo venía haciendo; este interdicto procede no sólo contra quien ya consolidó la perturbación, sino también contra quien se encuentre preparándose o haya tentado hacerlo.

2. *Utrubi*: interdicto que se utilizaba para proteger la posesión sobre los esclavos, debido a la abolición de esta práctica inhumana este interdicto se encuentra derogado. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 9)

Y con respecto a la recuperación de la posesión se encuentran:

1. *Vi*: interdicto que se concede cuando un poseedor ha sido despojado violentamente de su posesión.

2. *Clam*: se concede cuando un poseedor ha perdido la posesión por medio de actos ocultos o clandestinos.

3. *Precario*: se concede cuando el poseedor ha otorgado una ocupación parcial o precaria de su bien, pero al momento de exigir la entrega o restitución recibe una respuesta negativa de quien ostenta esa posesión parcial o precaria. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 9)

Se entiende entonces que la posesión si tiene una protección legal que viene desde el derecho romano que trae consigo la figura de los interdictos; luego de esas mismas figuras que protegen a la posesión es que se deriva la razón por la que no puede llegar a ser un derecho real provisional.

Rengifo analiza que los interdictos que protegen la posesión no son en sí acciones reales, ya que no conceden al poseedor el derecho de perseguir el bien, sea mueble o inmueble, contra cualquier persona, sino sólo contra el perturbador específicamente. De tal forma que quien haya perdido la posesión no puede reclamarla frente a quien la ostenta ahora legalmente, a menos de que pueda activar algún tipo de interdicto o acción civil debido a, por ejemplo, un fraude o desplazamiento forzado. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 9)

Esta es entonces la teoría que intenta integrar la posesión a los derechos reales como uno más, pero de carácter provisional, no dejando a un lado que se trata de un fenómeno visto y estudiado como uno de los medios para adquirir la propiedad, pero queriendo desligar a tal punto el concepto como para dotarlo de elementos del derecho real de propiedad.

Teoría subjetiva de la posesión de Savigny

Savigny (1845) expone cómo sólo hay dos efectos jurídicos que se derivan del ejercicio exclusivo de la posesión: los interdictos y la *usucapión*. Ya que desde el enfoque formal la posesión es la única institución jurídica bajo la cual se puede formular un interdicto y que genera adquirir la propiedad, por medio del fenómeno de la *usucapión*.

Uno de los inconvenientes que esta postura encuentra en la teoría romana es que los mismos distinguían tres clases de posesiones: la posesión (*possessio*), la posesión civil (*possessio civilis*) y la posesión natural (*possessio naturalis*). Y ninguna en particular era la posesión jurídica, que según los juristas producía otras consecuencias a parte de los interdictos y la *usucapión*. (Savigny, 1845, p. 88)

Al respecto Rengifo realiza el análisis de la posición de tres grupos de juristas que le adjudicaban ciertas consecuencias a los diferentes tipos de posesión aducidas por el derecho romano criticadas por Savigny.

Bassien, Accursio y Pothier decían que la posesión civil podía producir tanto los interdictos como la *usucapión*, y que la posesión natural únicamente interdictos; lo que les daba a entender que estos dos tipos de posesión se podían considerar jurídicas y el resto de posesiones eran lo que denominaron detentaciones. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 12)

Domat y Zasio también consideraban como posesión jurídica tanto la civil como la natural; la diferencia de su postura radica en que esta última era la que producía al menos una de las figuras, o los interdictos o la *usucapión*; no exclusivamente los interdictos y no los dos al mismo tiempo como la civil. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 12)

La tercera perspectiva está representada por Thibaut, quien se arriesgó a negar que la posesión natural no puede ser considerada como posesión jurídica; y que la posesión civil por su lado es la única que genera cualquiera de los efectos mencionados: o un interdicto o la *usucapión*. Las posiciones de Domat, Zasio y Thibaut consideraban todas que la posesión como tal, esa relación física que Bassien, Accursio y Pothier nombraron como detentación, es un fenómeno que se estudia desde la posesión natural más que como una figura autónoma. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 12)

Rengifo ilustra con un cuadro en su texto esa diferencia conceptual entre los juristas analizados, identificando los grupos en el orden en el que se acaban de exponer y los efectos que puede llegar a tener cada tipología de posesión:

	Grupo 1	Grupo 2	Grupo 3
Posesión civil	Usucapión e interdictos	Usucapión e interdictos	Usucapión o interdictos
Posesión natural	Interdictos	Usucapión o interdictos	Ninguno
Detentación	Relación física	No reconocida	No reconocida

Imágen extraída de: (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 12)

Savigny lo que hizo fue realizar una recopilación de todos los textos normativos del derecho romano que se referían a cualquier tipo de posesión y estableció que para los romanos la posesión civil al tener la posibilidad de producir tanto algún interdicto como la *usucapión* es considerada una posesión jurídica. La posesión simple al poder producir el derecho a pretender la declaración de un interdicto es también jurídica. Y al no producir ningún tipo de efecto la posesión natural entonces la misma no es jurídica; posesión que llama también detentación y comienza a denominar como mera tenencia. (Savigny, 1845, p. 11)

Desde esta teoría también se tienen en cuenta como elementos de la posesión al *animus* y el *corpus*, y para definirlos realizó un ejercicio de premisas por medio de las cuales llega a ciertas conclusiones sobre las posesiones.

La propiedad, menciona Savigny (1845) es un tipo de relación de carácter jurídico que se tiene con una cosa. Luego si se quiere mantener activa esa propiedad entonces es necesario tener una relación de carácter físico también con ese objeto o derecho. Como tal la propiedad se ejerce por medio de la posesión; lo que propone Savigny es que el *corpus* sería esa relación física que se tiene con la cosa.

Y entonces es aquí donde se coteja la posesión natural con la civil y Savigny termina concluyendo que el elemento que le falta a la primera para ser posesión jurídica como la segunda, es la voluntad de poseer (*animus possidendi*), y este concepto también lo define con premisas: “Si el representante directo tiene la cosa en nombre de otro (*animus alieno nomine detinendi*) y por lo tanto al ser representante no es poseedor jurídico, entonces como conclusión para ser poseedor jurídico hay que tener la cosa para sí (*animus rem sibi habendi*)”. (Savigny, 1845, p. 67)

Quien tiene la cosa para otro es poseedor natural o mero tenedor porque su voluntad reconoce a otro como dueño. Sólo el propietario tiene la cosa para sí puesto que no reconoce a nadie como titular de un derecho superior al suyo. En consecuencia, el *animus possidendi* es *animus domini*, esto es, la voluntad de tener la cosa como propietario. ¿Qué es la posesión material? Es la tenencia de una cosa (*corpus*) con la voluntad de un propietario (*animus domini*).
(Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 14)

De lo anterior que se deriva el hecho de que el *animus* del poseedor natural consiste en tener la cosa en nombre de otro (*animus alieno nomine detinendi*). Lo que determina que el mero tenedor es un representante de quien ejerce una posesión jurídica. “Así por ejemplo, el arrendatario sería representante del arrendador y el usufructuario, representante del nudo propietario, en cuanto a la posesión jurídica se refiere.” (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 14)

Rengifo (2006) realiza un análisis de las excepciones que el derecho romano plantea con respecto al *animus domini*, porque en figuras jurídicas como la prenda, la enfiteusis, el secuestro y el precario no existe este *animus* por cuando se reconoce a otro como dueño. Pero tanto el acreedor prendario, como el enfiteuta, el secuestre y el precarista tienen derecho a los interdictos, por lo que son poseedores jurídicos finalmente; para Rengifo la posición de Savigny es que la posesión puede ser considerada como un derecho que puede ser objeto de transferencia mediante diferentes tipos de actos jurídicos, la condición es que la misma ley sea la que autorice esa transferencia. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 14)

Según esta hipótesis y teniendo en cuenta el caso de los acreedores prendarios, el enfiteuta, el secuestre y el precarista, la voluntad de quien tiene la cosa en su poder está direccionada a ejercer el *jus possessionis*, lo que conduce a dos tipos de *animus possessionis* o ánimo de poseer: la posesión originaria y la derivada. Al respecto Rengifo (2006) menciona que “la *posesión originaria* es la detentación de un bien con ánimo de señor y dueño. La *posesión derivada* es la detentación de un bien con el ánimo de ejercer la posesión jurídica” (p. 15).

Como ejemplo, si se celebra un contrato de prenda y se entrega un bien mueble en garantía, ¿podría decirse que el acreedor tiene la posesión o una mera tenencia sobre ese bien mueble? Ya que la detentación o tenencia del bien no es con la voluntad de poseer como dueño, podría estarse hablando de una mera tenencia. Sin embargo recuerda Savigny como en

el derecho romano este acreedor se considera como un poseedor jurídico porque tiene vía libre para acceder a los interdictos. La conclusión a la que llega Savigny (1845) es que el acreedor no sería finalmente un tenedor sino por el contrario un verdadero poseedor, ya que cuenta con el animus possidendi, pero no necesariamente eso sería un ánimo de dominio para el autor, lo que quiere decir que en concordancia con lo anteriormente expuesto, en el caso concreto no se origina una posesión originaria sino una posesión derivada, de la que surgen claramente derechos, por lo que la misma no deja de ser jurídica.

Rengifo complementa este análisis con un cuadro en el que se identifican la posesión jurídica y la posesión física desde el estudio formal requerido. Y por otro lado determina a qué tipo de posesión se puede circunscribir la civil, la originaria, la derivada y la posesión natural, mera tenencia o detentación, lo que corresponde al estudio material; y los efectos jurídicos que producen cada una de ellas:

Estudio formal de la posesión	Estudio material de la posesión	Efectos jurídicos
Posesión Jurídica	Posesión civil: corpus + animus domini justo título y buena fe (ej: comprador de cosa ajena)	Usucapión e interdictos
	Posesión originaria: corpus + animus domini (ej: ocupante, ladrón) Posesión derivada: corpus + animus possidendi (ej: acreedor prendario)	Interdictos
Posesión física	Posesión natural o detentación (ej. arrendatario, comodatario)	Ninguno

Imagen extraída de: (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 12)

Así entonces de acuerdo con esta teoría de la voluntad Savigny relaciona que los mandatarios, comodatarios, arrendatarios y depositarios son meros tenedores por regla general. Por otro lado los usufructuarios, usuarios, habitadores, superficiarios y titulares del predio dominante son titulares de derechos reales. (Savigny, 1845, p. 67)

La figura de la cuasiposesión la trae esta teoría, y propone que desde el estudio formal el cuasiposeedor tiene a su favor los interdictos pero no tiene acceso a adquirir por medio de la *usucapión*, menciona Rengifo (2006) que entonces esta figura sería más bien una posesión de carácter jurídico pero en ningún caso de carácter civil; y se le ha dado la posibilidad de acceso a los interdictos ya que por ejemplo, continúa mencionando Rengifo (2006) que “un arrendatario puede pedirle al arrendador que le proteja contra toda perturbación en su goce de la cosa, un usufructuario, pongamos por caso, no siempre puede hacerlo (p. 16).

Ya que una posible venta del bien podría dejar a ese usufructuario completamente desprotegido contra las perturbaciones ya que tiene un nuevo dueño, dice Rengifo (2006) que “En resumen, los titulares de derechos reales tienen un animus domini dirigido sobre un bien incorporal, razón por la cual su cuasiposesión es jurídica (juris quasi possessio)” (p. 16).

Todo lo anterior para llegar al cuestionamiento de si, para esta teoría de la voluntad, la posesión es entonces un hecho o un derecho. Savigny expone como la posesión no es más que una figura de doble origen, como hecho y como derecho. (Savigny, 1845, p. 16)

Entonces se podría decir que desde el aspecto material la posesión es un hecho desde esta teoría. Pero desde el aspecto formal podría considerarse como un derecho, ya que genera consecuencias jurídicas como el acceso a los interdictos y la usucapión como modo de adquirir la propiedad. Y si entonces a la vez es hecho y derecho, ¿qué tipo de derecho es?, ¿es un derecho real?

Para Savigny (1845) el derecho que surge del acceso a los interdictos nace del derecho de las obligaciones, no ocupándose realmente de la figura de la posesión sino cuando se relaciona con interdictos. Y el derecho que concede la posesión por sí sola, es decir la posesión jurídica, menciona Savigny (1845) “consiste pues únicamente en que el poseedor pueda recurrir a los interdictos tan pronto como se introduce en su posesión, una alteración de cierta especie” (p. 22).

Entonces la posesión desde su aspecto formal da derecho a acceder a los interdictos posesorios que se utilizan para restablecer y recomponer la relación directa que se tenía para con el bien, es decir volver al estado en el que se encontraba antes de la perturbación. Para Savigny (1845) el hecho de que los interdictos no sólo pretendan la recuperación del bien sino también el pago de los perjuicios ocasionados con la perturbación, un derecho propio de

la responsabilidad civil, la posesión de carácter jurídico termina siendo una fuente de derechos personales, por lo tanto, “no es un derecho real sino personal” (p. 22).

Teniendo en cuenta estos nuevos elementos, Rengifo realiza de nuevo una gráfica en la que se puede apreciar la figura de la cuasiposesión; y dentro de la posesión física quienes detentan una mera tenencia derivada del espectro contractual y quienes una tenencia basada en derechos reales:

Estudio formal de la posesión	Estudio material de la posesión	Efectos jurídicos
	Posesión civil: (corpus + animus domini + justo título + buena fe) Comprador de cosa ajena	Usucapión e interdictos
Posesión jurídica	Posesión originaria: (corpus + animus domini) Adquirente Ocupante Posesión derivada: corpus + animus possidendi acreedor prencario enfiteuta precarista depositario secuestre Cuasiposesión: Usufructuario Usuario Habitador Titular de predio dominante Superficiario	Interdictos
Posesión física	Posesión natural o Mera tenencia: corpus + animus detentionis tenencia contractual: arrendatario comodatario depositario mandatario tenencia sobre derecho real: usufructuario usuario, habitador Titular predio dominante Superficiario	Ninguno

Extraída de (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 18)

Resulta importante el esclarecer si la posesión es un hecho o un derecho a fin de que se pueda determinar si es transferible o no, pues el cuestionamiento principal de la presente investigación es precisamente el cómo llega esta figura jurídica a convertirse en garantía real de las obligaciones.

Desde la posición de Savigny (1845), si la posesión es vista como un hecho entonces no podría transferirse; la lógica de la teoría de la voluntad es que si se vende, arrienda o

presta la posesión no se está transmitiendo realmente ese derecho de posesión, sino que se transfiere al adquirente la posibilidad de continuar en calidad de poseedor. Si se tiene la posesión como derecho, en los casos en los que se puede acceder a los interdictos o que la misma es modo para adquirir por usucapión, es posible transferir esa posesión jurídica. (Rengifo Gardezabal, 2006, p. 19)

Teoría del interés de Von Ihering: teoría objetiva de la posesión

Rengifo menciona (2006) e interpreta que Ihering toma como punto de partida otro jurista romano; menciona que hay una construcción jurídica fallida en la comparación que realiza Paulo entre la obligación de tipo contractual y la figura de la posesión; lo que hace que hayan llegado erróneamente a la conclusión de que el representante no pueda tener la cosa para sí sino para el representado, por lo que el interés del que posee debe estar direccionada a tener la cosa para sí, lo que se denomina como *animus rem sibi habendi*, por lo que no se puede hablar entonces de la figura de la posesión cuando se está teniendo la cosa en nombre de otra persona.

Para Ihering esta es la crítica fundamental a la teoría expuesta por Savigny, ya que en esta teoría realista se determina que, luego de un estudio de lo que ejerce o no influjo en las relaciones jurídicas derivado de lo subjetivo de las personas, los representantes indirectos adquieren finalmente para sí la posesión, sean conscientes o no de ello, o lo deseen para sí o no. De lo anterior que se derive el razonamiento de que quien represente directamente, no puede jurídicamente adquirir para sí, pues le faltaría el elemento del ánimo de poseer, luego si este ánimo si existe y aún así se presume está representando, si subsiste el ánimo y la representación, surgen entonces dos poseedores: el representado y el representante con ánimo. (Ihering, 2004, p.252)

Se ejemplifica la anterior observación con los siguientes ejemplos presentador por Ihering (2004): primero supongamos que se representa a alguien en un territorio alejado, como apoderado para comenzar a poseer bienes muebles; en la hipótesis el comisionado se da cuenta que el comisionista muere, por medio de un correo no certificado, y de todas formas recibe los bienes muebles. Si cuando llega de nuevo a la provincia de origen se da cuenta de que el comisionista no ha muerto, ¿adquiere la posesión para sí mismo ya que al fin y al cabo no recibió representando debido a la presunta muerte? (Ihering, 2004, p. 252)

Un segundo ejemplo que propone Rengifo analizando la postura de Ihering es cuando se es representante indirecto creyendo ser directo, o al contrario, ¿quién adquiere la posesión, el representado o el representante? (Ihering, 2004, p. 252)

O cuando, en un tercer ejemplo, un vendedor ya recibió el precio pero aún tiene pendiente la entrega de la cosa, ¿quién realmente ostenta la posesión, el vendedor que aún tiene la tenencia o el comprador que ya giró el dinero? (Ihering, 2004, p. 252)

Para Ihering (2004) en el primer y tercer ejemplo el apoderado accede o no la figura de la posesión sin tener que analizar su *animus*, las creencias o deseos que tenga con respecto a su rol frente al bien o el encargo. En el segundo caso el vendedor tiene una simple tenencia desde la perspectiva del comprador, pero sigue siendo poseedor, ya que la voluntad continúa siendo un elemento irrelevante para el derecho en esta instancia. (Ihering, 2004, p. 252)

Rengifo (2006) propone como debate que Savigny podría referirse a que la voluntad del apoderado que se encuentra representando los intereses de un tercero, está direccionada a que se generen consecuencias derivadas de la normativa para su rol como representante. Sin embargo, Ihering introduce lo que denomina Rengifo (2006) como la falacia de la voluntad completa, ya que la normativa genera consecuencias jurídicas diferentes para los casos en los que la representación es directa o indirecta, y en los casos que se mencionan el interés del

apoderado es obrar en nombre de un tercero, concluyendo que suponer que las personas conocen o no y quieren o no ciertas consecuencias jurídicas es una falacia, pues eso no sucede en las relaciones contractuales habituales.

Bajo los postulados de esta teoría, la voluntad en el fenómeno de la posesión es la misma que la del apoderado que representa en los demás casos en los que hay una mera tenencia. Rengifo realiza esta vez un cuadro en el que pone en consideración la perspectiva que tenía Ihering con respecto al derecho romano, teniendo en cuenta la posesión jurídica y la natural que es la tenencia y las diferentes formas en las que se puede actuar representando a otro (Rengifo Gardeazábal, 2006, p.41):

Posesión Jurídica	Posesión natural
Poseedor civil (de buena fe)	Arrendatario: Colono Inquilino
Poseedor común (sin justo título o buena fe)	Depositario Comodatario
Poseedores derivados: Acreedor prendario	Precarista sin posesión
Enfiteuta Precarista Depositario secuestre	
Cuasiposeedores: Usufructuario Usuario Habitador Titular de Servidumbre (continua y aparente) Superficiario	

Extraída de (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 42)

Mientras que, en materia de actuaciones en representación de otro, la calidad de poseedor o tenedor se reparten así:

Posesión jurídica	Posesión natural
<p style="text-align: center;">Representante indirecto (sustituto) Agente oficioso Inventor de buena fe (o poseedor de bien perdido) Vendedor</p>	<p style="text-align: center;">Representante directo Servidores de la posesión (conductor, enviado al correo, empleados, etc.)</p>

Extraída de (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 42)

La teoría realista expone entonces que si la teoría de la voluntad de Savigny fuera correcta y estuviese interpretando el verdadero derecho romano, entonces la diferencia entre la posesión y la tenencia sería el *animus*. Caso en el cual, menciona Rengifo (2006) “El poseedor tendría la cosa para sí y el mero tenedor tendría la cosa para otro. Por lo tanto todo mero tenedor es representante del poseedor” (p. 42).

Este autor si se pone en consideración la teoría de la voluntad entonces, por ejemplo, el arrendatario y el comodatario serían poseedores, pues poseen la cosa para sí mismos y no para el propietario, situación que no sucede con el depositario pues este posee la cosa en beneficio de su titular exclusivamente; e interpretando el último cuadro presentado con esa teoría de la voluntad entonces por ejemplo el representante directo o el vendedor serían tenedores ya que tienen la cosa temporalmente para otro. Menciona Rengifo que “Por lo tanto, la analogía entre la representación directa y la mera tenencia es incorrecta: no es cierto que el mero tenedor sea representante del poseedor” (p. 43)

De la misma forma como el tenedor reconoce un derecho superior al que tiene, en este caso el del poseedor, sucede con el poseedor y el propietario, y Ihering se refiere a esta

distinción diciendo que el poseedor puede disponer y de hecho dispone para reputarse señor y dueño, sin embargo el tenedor ni lo hace ni tiene poder para hacerlo. (Ihering, 2004, pp. 263-264)

El que posee no necesariamente tiene que tener el ánimo de poseer como si fuera propietario, para la teoría realista es suficiente con la exteriorización de tener un control sobre la cosa. No se le puede exigir al poseedor que aprenda a poseer como si fuera el propietario. Ihering propone que si bien la posesión es conceptualmente independiente de la propiedad, esta es conceptualmente dependiente de la posesión. Expone Rengifo (2006) que “Por lo demás, todo parece indicar que la posesión es históricamente anterior a la propiedad. El orden de aparición debió ser el siguiente: posesión, propiedad, derechos reales (servidumbres) y prenda.” (p. 45).

Teniendo en cuenta algunas de las críticas a la teoría de Ihering, Rengifo (2006) propone lo que él considera es la verdadera concepción que los romanos tenían sobre la posesión, y para explicar la misma hay que tener clara la diferencia entre varios conceptos que plantea.

El punto del que parte Ihering, menciona Rengifo (2006) es la relación posesoria, que “se define como un tipo especial de relación jurídica” (p. 52); concepto que no hay que confundir con una relación de lugar, que también puede llamarse relación de contigüidad, que “es la relación espacial y temporal con una cosa (por ejemplo, estar cerca de un escritorio a la una de la tarde)” (p. 52)

Según esta teoría la relación que se tiene gracias a la posesión se configura con el interés particular que tiene una persona hacia una cosa específica, interés que se afirma o puede comprobarse mediante hechos visibles y conductas especiales como por ejemplo construir un camino que va directo al predio. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 52)

Continúa interpretando Rengifo (2006) de que para Ihering existen dos vínculos desde el punto de vista posesorio: la posesión propiamente hablando, y la figura de la tenencia. La posesión meramente hablando es una vinculación posesoria que se encuentra garantizada por los diferentes tipos de interdictos. Mientras que por el contrario la tenencia es aquella relación posesoria que no protegen los interdictos. (Rengifo Gardezabal, 2006, p. 52)

Al preguntarse Ihering para qué el derecho busca proteger la figura de la posesión encuentra que el fin único es asegurar la propiedad, y al respecto menciona que (2004):

No son las investigaciones lingüísticas sobre la palabra posesión las que deben decidir en qué casos se debe conceder la protección posesoria, sino los intereses de la propiedad, y toda cuestión de la relación de la posesión y de la protección posesoria se reduce, según hemos anotado, a lo siguiente: la protección posesoria no se concede en los casos en los que hay posesión en el sentido estricto de la palabra, pues no reconocemos la posesión, jurídicamente hablando, más que allí donde se puede conceder la protección sin preocuparnos por saber si el uso lingüístico vulgar se halla o no de acuerdo con nosotros. Es pues el interés de la propiedad lo que determina la protección posesoria, y con ella la noción de la posesión. (p. 185)

El *corpus* entonces sería bajo el entendido de esta teoría, menciona Rengifo (2006):

La manifestación externa del interés de una persona sobre la cosa; el *animus* la voluntad que se requiere como manifestación de ese interés. El *corpus* no puede existir sin el *animus* pero este último si puede subsistir con independencia del elemento corporal, el *corpus*. *Se puede definir la posesión como la manifestación externa de un interés*

en el ejercicio de la propiedad. Dicho brevemente, la posesión es la exterioridad de la propiedad. (p. 52)

Pero no sólo se propone como exterioridad de la propiedad sino también de los derechos reales. Y la misma se mantiene y conserva cuando el propietario es diligente en el cuidado de lo que le pertenece, de sus bienes. *“La falta de diligencia, el desinterés manifiesto en la cosa, hace perder la posesión.”* (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 63) Y esta es la gran diferencia que se encuentra entre la teoría de la voluntad y la del interés, en que para la primera el propietario puede conservar su posesión a pesar de que su interés se pierda inclusive por años, mientras que para la segunda la posesión se pierde por la falta de diligencia.

Es una exterioridad común cuando se habla de derechos reales, misma que se mantiene mientras el dueño sea diligente vigilando lo que le corresponde y pertenece. Bien dice Rengifo (2006) que *“La falta de diligencia, el desinterés manifiesto en la cosa, hace perder la posesión”* (p. 63). Lo anterior se presenta entonces como la principal diferencia entre la teoría de la voluntad frente a la teoría del interés.

Recepción de las teorías de la voluntad y del interés en Colombia

En el artículo 762 del Código Civil de Colombia, Ley 84 de 1873, que se inspira en el Código Civil de Bello se expone como la posesión es una tenencia pero con el 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.”* Lo que supone que el *animus possidendi* es

un *animus domini*, siguiendo la postura de Savigny. (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873, artículo 762)

Andrés Bello lo que hace es que propone que la posesión civil se trate como una mera posesión, y la posesión natural como una mera tenencia. Sin embargo, Rengifo encuentra que en su discurso en realidad lo que hace es llamar simple posesión a la posesión jurídica, posesión regular a la natural, y posesión irregular a la que anteriormente era una simple posesión. Además de que también admite la cuasiposesión cuando habla de la posesión de cosas incorpóreas. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 34)

Así se establece en los artículos 972, 973 y 978 del Código Civil de Colombia, que proponen que: las acciones posesorias tienen como fin el conservar o recuperar tanto la posesión de bienes inmuebles como de derechos reales que se hayan constituido sobre los mismos; sobre cosas que no puedan adquirirse por medio de la prescripción, caso de las servidumbres inaparentes o discontinuas, no hay lugar para las acciones posesorias o interdictos; y que el usufructuario, el usuario y el habitador tienen la posibilidad de acceder por cuenta propia a las acciones posesorias, aún contra el propietario, mismo que está obligado a auxiliar a estos en casos de perturbación y usurpación del bien por parte de un extraño. (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873, artículos 972, 973 y 978)

Luego Bello tampoco acoge la figura de la posesión derivada de Savigny, y en el artículo 775 del Código Civil de Colombia se deja claro que en la tenencia no se actúa como dueño, sino en nombre del mismo. Los casos del acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, y el habitador, son meros tenedores. (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873, artículo 775)

Recordando los postulados de la figura de la posesión derivada, se puede encontrar que en las mismas tanto el acreedor prendario como el secuestre eran poseedores, pero Bello

los deja como meros tenedores sin que esto signifique una mayor desprotección, pues igualmente les reconoce el acceso a acciones reales. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 34)

En los artículos 2418 y 2278 del Código Civil de Colombia se deja ver que: si el acreedor pierde la tenencia que tiene sobre la prenda, tiene la posibilidad de accionar para recuperarla, sin importar que se encuentre inclusive en manos del deudor que la constituyó; y que aún el secuestre pierda la tenencia como tal, puede accionar para reclamar su devolución, inclusive en contra de los depositantes que hayan tomado la posesión sin el consentimiento del otro, o sin que medie una orden o sentencia judicial. (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873, artículos 2418 y 2278)

Para Bello (1969) la transferencia del dominio y la constitución de los derechos reales exceptuando el caso de la servidumbre, requieren un modo de adquirir, la tradición, menciona que “la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el registro conservatorio” (p. única); mientras este registro no se encuentre debidamente verificado el contrato es válido y produce obligaciones y derechos, pero no transfiere ni el dominio ni se constituye en un derecho real.

La inscripción como tal es la que perfecciona la posesión real y efectiva, y sin ella quien cree poseer, no lo hace, sino que simplemente ejerce una tenencia. Este acto de inscripción es un título de propiedad. (Bello, 1969, p. única)

En el análisis de Rengifo (2006), Bello piensa que la propiedad y la posesión pueden coexistir gracias a un sistema de registro. Y ese análisis se desprende de lo que él mismo Bello inspira para la adopción de su pensamiento civilista en los artículos 785 y 789 del Código Civil colombiano, en el cual se deja claro que: para el caso de las cosas que requieran registro de la tradición, como por ejemplo en el caso de los inmuebles en la oficina de registro de instrumentos públicos, nadie puede adquirir la posesión sino por este medio, es

decir el registro; y además dispone que la posesión inscrita puede cesar, y que para que esto suceda es completamente necesario que se cancele, bien sea por voluntad de las partes o por una buena inscripción por medio de la cual se le habilita al poseedor actualmente inscrito a transferir a otro ese derecho, también por decisión judicial que cancele el registro. (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 36)

Pero existe un problema con la propuesta de Bello, reflexiona Rengifo (2006), y es que ignora a quien posee de forma irregular o mero poseedor como se dijo anteriormente; ya que una vez inscrita una posesión la misma circula es mediante otras inscripciones posteriores. Así, si el poseedor es propietario, entonces tanto el dominio como la posesión circulan al mismo tiempo sin ningún problema, inclusive registradas. Pero si no se confunde en una misma persona el rol de poseedor y de propietario, menciona Rengifo (2006) que “la usucapión terminaría por identificar dominio y posesión” (p. 36); en este orden de ideas si el poseedor irregular lo es por no tener la posibilidad de inscribir su posesión, desde el punto de vista registral es un mero tenedor, no posee, a pesar de que tenga el ánimo de dominio o *animus domini*.

Pero a su vez Bello propone, inspirado en el Código Napoleónico, un sistema de presunciones que versan sobre la adquisición y conservación de la posesión, lo que facilitó el método probatorio del *animus domini* y el *corpus*. Presunciones que se encuentran en el artículo 780 del Código Civil colombiano (1873), que esclarece: si se empieza a poseer a nombre propio, se puede presumir que esa posesión continúa hasta el momento en el que se alegue; si se empieza a poseer a nombre de otro se puede esta misma presunción; pero si alguien con algún método probatorio válido demuestra el haber poseído con antelación, y en la actualidad posee, se permite presumir la posesión en el tiempo intermedio (artículo 780).

La Corte Suprema de Justicia (1955) reflexiona que la posesión derivada de lo traído por Bello desde Europa quedaba sin efectos. (Corte Suprema de Justicia, 1955, p. 87 y siguientes) Sin embargo no puede interpretarse esto como el fin de la teoría de la voluntad, sino más bien como la intención de la Corte de instaurar más a profundidad esta teoría y eliminar algunas modificaciones de la teoría híbrida de Bello.

La interpretación que realiza Rengifo (2006) sobre esta nueva posición de la Corte es:

La posesión inscrita está basada en la teoría del derecho real provisional. Por esa razón algunos académicos alemanes del siglo dieciocho pensaban que la inscripción de la posesión tenía sentido en un sistema jurídico de registro. El auge de la teoría de la voluntad, una teoría eminentemente liberal, condujo a la eliminación de todos los sistemas de registro de la posesión, y eso precisamente, fue lo que por suceder en Colombia y Chile. (p. 34)

Otro asunto que permite descifrar la inclinación del Magistrado José Gómez en la construcción de su sentencia hacia la teoría de la voluntad es el exigir la explotación del predio como ejercicio y prueba de la propiedad. Esta exigencia deriva de la teoría de la voluntad que se deja ver en el artículo 981 del Código Civil colombiano en el cual se determina que se debe probar la posesión por medio de hechos positivos, que sólo da 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.” (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873, artículo 981)

Tercer capítulo: Análisis del avance la posesión como una garantía real de las obligaciones en Colombia, a partir de los conceptos ya establecidos y criterios jurisprudenciales

Es de resaltar que el curso natural de las leyes obedece a los cambios sociales, políticos y económicos que se experimenten en las sociedades en las que se ha de aplicar la misma, no es estática y en nuestro país, ese dinamismo está delegado al Congreso de la República, quienes deben debatir esas transformaciones sociales y la necesidad de regularlas, para producir leyes para que los demás órganos del poder público la ejecuten y decidan respecto a ellas en cada caso concreto, respecto de esa disposición de la rama legislativa.

En igual sentido, la Corte Constitucional como mayor garante de los derechos fundamentales, también cumple una función reguladora, que si bien no reemplaza lo dispuesto por la norma, la orienta y la guía en ese trance necesario para su modificación y adaptación a las necesidades sociales, esto es analizando los vacíos jurídicos que existen en la regulación de ciertos aspectos y exhortan al Congreso de la República a debatir con urgencia temas que necesitan una remodelación latente. No obstante, es de resaltar que frente al tema de la posesión como garantía real de las obligaciones no han proferido pronunciamiento alguno, que por lo menos, delimite de manera anticipada a la ley ciertos aspectos de aplicación de esa figura y la forma en que funcionarios, jueces y autoridades lo puedan ejecutar en la realidad jurídica.

Por tanto, la posesión aunque es considerada como un derecho real provisional, para estudiosos del derecho como el profesor Valencia Zea, no tiene un ámbito de aplicación o uso

definido dentro del ordenamiento jurídico colombiano como garantía real, esto ya que a pesar de que la posesión como fenómeno jurídico relevante en la sociedad ha sido estudiado y analizado en múltiples ocasiones por los jueces y las altas cortes, los mismo se han encargado de conceptuar dicho fenómeno, caracterizar y delimitar su alcance; sin embargo, luego de una ardua búsqueda al interior de la jurisprudencia colombiana no se encontró un caso en concreto donde se haya empleado la posesión como una garantía real de las obligaciones.

El diccionario de la Real Academia Española define la garantía como “*el efecto de afianzar lo estipulado. Se trata de algo (simbólico o concreto) que protege y asegura una determinada cosa*” (Real Academia Española, 2001), así las garantías son, por un lado un elemento accesorio que busca amparar el cumplimiento de una obligación por parte del deudor y por el otro, asegura y protege al acreedor de cualquier riesgo que conlleve al incumplimiento del acuerdo de voluntades o cualquier otra.

Teniendo claro el concepto general de garantía, abordaremos el concepto específico de garantías reales, las cuales indica Becerra (2005) “son las que afectan un bien determinado otorgando los derechos de preferencia y de persecución al acreedor. En estas garantías la posibilidad de cobro se vincula con la precisa y correcta individualización del bien” (p. 6).

Adicional a esto tenemos que este tipo de garantías tienen la posibilidad de ser otorgadas tanto por el deudor como por una tercera persona, pero quien preste su bien para que sirva como garantía real debe ser su propietario, es decir, para que se pueda dar un bien en garantía real se deben cumplir con dos condiciones esenciales: la primera es que se debe tratar de un bien plenamente determinado e individualizado; y la segunda es que se debe tener

el dominio sobre el mismo, es decir tener la facultad de disposición. Condiciones que no se cumplen cuando de la posesión se trata.

Así, aunque no fue posible evidenciar que la posesión puede ser una garantía real, se abre la posibilidad que la misma sea una garantía mobiliaria, cuyo propósito es respaldar el cumplimiento de las obligaciones.

Anteriormente las personas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones surgidas de la celebración de un negocio jurídico, utilizaban gravámenes que recaen únicamente sobre bienes sujetos a registro como la hipoteca, situación que impedía a gran parte de la población colombiana la celebración negocios para los cuales se exigía constituir una garantía que asegurara el cumplimiento de dicho negocio, esto debido a que la situación económica del país no posibilita que todas las personas sean propietarias de un bien inmueble o derecho real alguno, del que puedan hacer uso para garantizar las obligaciones adquiridas.

Esto cambió con la entrada en vigencia de la Ley 1676 de 2013, la cual le atribuyó un valor económico a los bienes muebles que permite que los mismo puedan ser garantía de las obligaciones, y también, brinda una mayor seguridad jurídica en las transacciones que se realicen entre las personas, siendo mucho más factible garantizar el cumplimiento de las obligaciones con bienes muebles o incluso derechos sobre cosas incorporales – derechos reales –.

Ya abordado el concepto de garantía, veremos lo que significa el término mobiliario:

“Conjunto de muebles u objetos que sirven para facilitar los usos y actividades habituales en casas, oficinas y otro tipo de locales. Normalmente el término alude a los objetos que facilitan las actividades humanas comunes, tales como dormir, comer, cocinar, descansar, entre otras, mediante mesas, sillas, camas, estanterías, muebles de cocina” (Real Academia Española, 2001).

De las dos definiciones analizadas se puede intuir entonces que la garantía mobiliaria es aquella que constituye el deudor haciendo uso de una serie de bienes muebles o derechos reales que posee sobre bienes corporales o incorporales a favor del acreedor, con el fin de amparar el cumplimiento de una obligación adquirida y de esta manera los intereses del acreedor estén mucho más salvaguardados.

La Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia define la garantía mobiliaria como:

“Un mecanismo que permite a personas naturales y jurídicas garantizar el pago de sus obligaciones a través de bienes muebles, permitiendo a su vez a las entidades financieras y acreedores del sector real ampliar e incrementar el acceso al crédito para los empresarios”. (Cámara de Comercio de Medellín, s.f. Párrafo 1)

En este mismo sentido los profesores Martínez y Ternera, mencionan en su libro titulado ‘De las garantías tradicionales a las garantías derivadas’ que *“Como se sabe, en materia de derechos personales o créditos, el acreedor depende ampliamente de su deudor para recibir el beneficio patrimonial de su derecho”*. (2011, p.183)

En la mencionada ley, específicamente en su artículo 3 indica que:

“Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporales, o sobre los bienes derivados o atribuibles de los bienes en garantía susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar una o varias obligaciones propias o ajenas, sean de dar, hacer o no hacer, presentes o futuras sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de los bienes en garantía”. (Ley 1676 de 2013, art. 3)

El artículo 1º ibidem, indica que el objeto de dicha figura es *“incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria”* (Ley 1676 de 2013, art 1), es entonces, a partir de su expedición el punto de partida para que de su interpretación, se concluya que la posesión puede servir como garantía de las obligaciones.

Esta ley establece que las garantías mobiliarias pueden aplicarse en obligaciones de toda clase o naturaleza, ya sean presentes o futuras y que estén establecidas o que se puedan determinar con posterioridad, así como también a todo tipo de derechos que se posean sobre bienes corporales o incorporales, garantías que se constituirán a través de contratos.

En su artículo 6 estipula los bienes que son susceptibles de servir como garantías, de los cuales para el presente análisis nos interesan el numeral primero que menciona los *“Derechos sobre bienes existentes y futuros sobre los que el garante adquiera derechos con*

posterioridad a la constitución de la garantía mobiliaria” (Ley 1676 de 2013, art 6), e igualmente establece que “En general todo otro bien mueble, incluidos los fungibles, corporales e incorporales, derechos, contratos o acciones a los que las partes atribuyan valor económico” (Ley 1676 de 2013, art 6).

Esto igualmente tiene sustento en que una vez entra en vigencia el Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012 –, dejando a un lado de forma relativa al Código de Procedimiento Civil que fuere regulado por el Decreto 1400 de 1970; bajo la nueva regulación adjetiva, se estableció una nueva obligación para los operadores judiciales de ajustar las necesidades sociales a las nuevas realidades; y la misma no solo tiene su origen frente a los operadores judiciales sino también para los abogados, en su deber de informar a las personas que le contratan, sobre las posibilidades y oportunidades legales que al caso en concreto se ajusten.

Vista desde estos puntos de vista, la posesión puede convertirse en un mero fenómeno mediante el cual, sumado al tiempo y demás requisitos legales, se puede establecer una prescripción adquisitiva de dominio y como consecuencia de ello, se obtiene como fruto el dominio o propiedad del bien, el cual configurada dicha figura recae en alguien distinto de quien era el bien originalmente, luego que una decisión judicial así lo disponga.

A su vez, la posesión como una garantía real representa para quien la dispone distintas posibilidades, respecto a las que no solo se destaca la mera expectativa de algún día alcanzar la titularidad o dominio frente al bien, sino adicionalmente y en razón a lo dispuesto por el Código General del Proceso (2012) en el artículo 593, la facultad que le otorga a los

acreedores de tomar la posesión como una garantía real, o inclusive la opción que tiene el poseedor para ofrecer ese derecho incierto como garantía sobre sus obligaciones.

Lo anterior se sustenta en la disposición del artículo 593 que dispone,

“Para efectuar embargos se procederá así: (...) 2. El de los derechos que por razón de mejoras o cosechas tenga una persona que ocupa un predio de propiedad de otra, se perfeccionará previniendo a aquella y al obligado al respectivo pago, que se entiendan con el secuestre para todo lo relacionado con las mejoras y sus productos o beneficios. Para el embargo de mejoras plantadas por una persona en terrenos baldíos, se notificará a esta para que se abstenga de enajenarlas o gravarlas. 3. El de bienes muebles no sujetos a registro y el de la posesión sobre bienes muebles o inmuebles se consumará mediante el secuestro de estos, excepto en los casos contemplados en los numerales siguientes. (...)” (Ley 1564 de 2012, art. 593).

Así las cosas, es de indicar que si tanto los acreedores como los deudores conocen de manera más detallada la figura de la posesión, esto contribuiría a dinamizar la economía y su crecimiento, ya que se normalizaría en la tradición legal la posibilidad de ofrecer y aceptar la posesión de un bien como garantía a obligaciones crediticias y ello contribuiría a que aquellos sectores de la población que no han tenido la posibilidad de adquirir la titularidad de un bien real que puedan usar como garantía, puedan acceder con mas facilidad a negocios jurídicos que beneficien su economía personal; así mismo, garantizar un acceso al sector financiero, sobre todo en los sectores rurales, territorios donde es más común el uso de esta figura.

Según la teoría romana expuesta en el capítulo segundo, la propiedad y la posesión son dos fenómenos jurídicos diferentes, el primero se trata de un derecho real definitivo y se tiene la facultad de usar, gozar y disponer del bien de manera inmediata, en el segundo por el contrario la doctrina y la jurisprudencia lo ha tratado como un derecho real provisional donde se puede usar y gozar del bien que se posee, más no se puede disponer del mismo hasta tanto no se obtenga la titularidad a su respecto.

Sin embargo, a lo largo de la historia la comparación entre estas dos figuras ha servido para que a la posesión se le atribuyera esa calidad de derecho real provisional como se indicó anteriormente, esto ya que, aunque tiene ciertos rasgos diferenciales también tienen aspectos en común, como el rol que tiene que desempeñar tanto el poseedor como el propietario que es actuar como señor y dueño, así como ejercer los actos materiales que hagan falta para conservar el bien en debida forma: por otro lado, ambos tienen la facultad de usar y gozar del bien; y finalmente, ambos tienen acciones por medio de las cuales pueden hacer valer sus derechos como la acción reivindicatoria y la acción posesoria.

La Corte con el mismo enfoque ha manifestado que la posesión es un derecho real provisional, toda vez que quien ostenta la calidad de poseedor está amparado por la ley y puede defender su derecho por vía judicial de hacerse necesario, sin embargo, hace la salvedad de que es provisional, toda vez que se puede ver truncado por el ejercicio de la acción reivindicatoria que ejecute quien tiene la calidad de nudo propietario del bien que se posee y, de igual manera, porque siempre cabe la posibilidad de perderla en presencia de quien ostente un mejor derecho frente a la misma.

Frente al tema, la Corte Constitucional ha definido como la posesión si es un derecho fundamental, al estar íntimamente ligado al derecho de propiedad. Comparte y conceptúa como la ontología de la relación posesoria y sus consecuencias económicas y sociales son tan relevantes para la sociedad que la Corte tiene que finalmente otorgar este estatus a la figura jurídica en estudio. (Corte Constitucional, 1992)

Tomando como punto de partida la teoría romana y la postura de la Corte Constitucional (1992) de que la posesión es un derecho de tipo real y de carácter provisional y la conclusión que se deriva de la interpretación de la Ley 1676 de 2013, se puede concluir que si bien la posesión no cumple con los requisitos necesarios para que pueda constituirse como garantía real, los derechos que tiene el poseedor sobre el bien inmueble, que posee y su expectativa de convertirse en propietario, sí pueden servir de garantía mobiliaria para amparar diferentes obligaciones que se adquieran.

Esto es muy importante toda vez que, como indica el objetivo de la Ley, se pretenden generar más herramientas que le permitan a más consumidores acceder a créditos y diferentes productos financieros; pues las entidades ya tienen un sustento legal por medio del cuál amparar con más garantías esas obligaciones.

La Corte Constitucional igualmente resalta que esa protección a la figura de la posesión se puede sustentar en circunstancias como que en este país con tales conflictos estructurales de subdesarrollo, pobreza y desigualdad, la justicia frente al tema del uso racional de sus recursos patrimoniales y la función social de los estos, refulgen necesario el ingreso e incorporación de las personas carentes de recursos a la economía nacional; esto quiere decir que, la posesión resulta ser un poder de acontecimientos jurídicamente

relevantes, que por su naturaleza pueden convertirse en instrumento efectivo para la adquisición de la propiedad, como ya se indicó lo cual se convierte en una garantía de acceso a ese derecho a personas sin los medios para lograrlo mediante otras figuras, por tales circunstancias es que la Corte le da el carácter de derecho fundamental.

A la par, refiere que la ontología y especificidad de la figura de la posesión y sus resultados económicos y sociales, son de importante trascendencia en el seno de una estructura social y como logro de los fines de un constructo social, pues la figura tiene entidad autónoma de tal importancia que tiene calidad de derecho fundamental a la luz del derecho constitucional, de carácter económico y social.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha definido la posesión, como

“el poder físico directo sobre las cosas, en virtud del cual se ejecutan sobre ellas actos materiales de goce y transformación , sea que se tenga el derecho o que no se tenga; por ella obtenemos de los bienes patrimoniales el beneficio señalado por la naturaleza o por el hombre; ella misma realiza en el tiempo los trascendentales efectos que se le atribuyen, de crear y sanear el derecho, brindar la prueba óptima de la propiedad y llevar a los asociados orden y bonanza; y es ella, no las inscripciones en los libros del Registro, la que realiza la función social de la propiedad sobre la tierra, asiento de la especie y cumbre de las aspiraciones de las masas humanas”.

(Corte Suprema de Justicia, 1995)

El Código Civil Colombiano, Ley 84 de 1873, estipula en su artículo 2512 que *“La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos*

ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales.” (Ley 84 de 1873, art. 2512)

Ya desde el artículo anterior se distinguen dos tipos de prescripción, una de ellas es la adquisitiva, definida también por el legislador en el artículo 2518 de la misma Ley, aduciendo que *“Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales (...) Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.” (Ley 84 de 1873, art. 2512)*

El Código Civil Colombiano, Ley 84 de 1873, estipula en su artículo 762 la figura jurídica de la posesión, y la define 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.” (Ley 84 de 1873, art. 2512)*

La misma norma contiene esos elementos que son esenciales para determinar si una persona se encuentra o no efectivamente bajo la posesión de un bien, ese ánimo de señor y dueño lo ha definido la doctrina como el *animus* y el *corpus*, que son respectivamente el ánimo de poseer el bien demostrado mediante el cuidado, mantenimiento, pago de impuestos, etc.; y la permanencia en el bien o en tenencia del bien por parte de la persona que lleva la posesión o a quien ésta autorice.

Nuestro código civil, en sus artículos 2529 y 2532 contiene otro requisito fundamental y es el tiempo de ocupación, de tal modo que si una persona tiene un justo título y buena fe,

caso del primer artículo, es decir compró el inmueble y aparte de ello tiene el título traslativo de dominio que, para el caso de bienes inmuebles será la compraventa elevada a escritura pública, pero que por varias razones quien vendió no era el titular del derecho real de dominio u otros casos que se pueden presentar y no se inscribió esa compraventa en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la persona que posee ese título puede adquirir ese inmueble transcurridos cinco (5) años desde que haya ejercido esa posesión material, constante y pacífica, y ello se denomina prescripción ordinaria; o si por el contrario como en el caso de muchas personas, se construyó en un terreno privado o se ocupa una propiedad privada sin justo título, por el simple paso de 10 años ejerciendo esa posesión material, constante, pacífica y cumpliendo con esos requisitos de señor y dueño, toda vez que, el verdadero propietario por descuido o negligencia no ha ejercido actos que pudieran reivindicar el inmueble, la persona que ha ejercido allí su posesión puede adquirir el dominio del inmueble mediante un proceso declarativo de pertenencia y esta última se denomina la *prescripción extraordinaria*.

En tal sentido, tenemos que la doctrina nacional ha estudiado la figura de la posesión con el fin de determinar si puede esta ser garantía real de las obligaciones del poseedor, y frente a ello se han venido desarrollando tres teorías sobre la materia: (i) aquella que toma la posesión como un hecho, esto es, que no puede perseguirse por los acreedores, puesto que el deudor aún no tiene el derecho real de dominio sobre la cosa; (ii) la posesión es un hecho y un derecho, dando a reconocer la primera teoría al afirmar que es un hecho mientras se está ejerciendo pero al momento de cumplir con los requisitos legales ha de convertirse en un derecho; y (iii) la posesión es un derecho real sobre el cual los acreedores pueden perseguir el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el deudor.

Lo anterior abre un panorama sobre la posesión muy interesante, debido a que al poder estudiarse como derecho real, abre la posibilidad de que pueda utilizarse como garantía real en una obligación, y por ende tomar esa posesión en caso de incumplimiento por parte del deudor poseedor de un bien.

Conforme a las tres teorías expuestas anteriormente sobre la posesión, la legislación colombiana ha tenido su propio desarrollo: antes del 2012 con el anterior Código de Procedimiento Civil, Decreto 1400 de 1970, en su artículo 515 inciso segundo, la posesión material de un inmueble era susceptible de embargo y secuestro por parte del acreedor, el artículo rezaba *“El certificado del registrador no se exigirá cuando lo embargado fuere la explotación económica que el demandado tenga en terrenos baldíos, o el derecho derivado de posesión sin título en un inmueble de propiedad privada.”* (Decreto 1400 de 1970, art. 515), ejemplo de ello era que, si un poseedor estaba en un inmueble rural que lo utilizaba para cultivar café, esa cosecha de café podría ser embargada y secuestrada, pero no se podría embargar el inmueble sino los frutos de la explotación económica del mismo, materializándose así la primera de las teorías, que equipara la posesión a un hecho, pero no como un derecho.

Posteriormente, con la expedición del nuevo Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, el uso de la figura se amplía cuando en su artículo 593 numeral 3 – como ya se refirió –, se abre la puerta a que el derecho sobre una posesión pueda ser embargado, secuestrado y posteriormente rematado para que sea efectivo el pago de la obligación que el deudor adquirió con el acreedor, lo que concreta así la tercera teoría, respecto la cual la posesión es un derecho real y que tiene todas las garantías para los acreedores.

Actualmente en Colombia muchos predios, entre urbanos y rurales, se encuentran ocupados bajo el fenómeno de la posesión, y lo más preocupante es que el tipo de prescripción que corre para la mayoría de esas personas es la extraordinaria, es decir, no poseen justo título, lo que no permite a quien ejerce esas acciones de señor y dueño obtener una certificación de la posesión durante el tiempo que deba mantenerla y, además, mientras el proceso de declaración de pertenencia se lleva a cabo.

Otra problemática latente es que en nuestro país por desconocimiento de estas nuevas figuras legales por parte de las personas y los juristas, quienes ejercen estas calidades no sólo no pueden obtener certificación de esa posesión que ostentan frente a un bien mueble o inmueble, sino que tampoco se tiene muy en cuenta a la posesión como garantía real y es poco utilizada en la vida jurídica, ya que la Ley que amplió el margen de acción frente a la misma es relativamente nueva, esta es, el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012.

Muchos son los interrogantes que aún existen, así como las discusiones y posiciones doctrinales frente a esta figura jurídica respecto de su verdadera naturaleza jurídica, entre los más destacables autores que se han cuestionado la figura son Savigny y Von Ihering como se referenciaron en capítulos anteriores.

Frente a dichas discusiones teóricas la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“Viene discutiéndose todavía acerca de si la posesión es un hecho o un derecho. Más que otra cosa el debate es teórico porque si la ley ampara eficazmente la posesión no tiene importancia que lo haga porque sea un hecho o un derecho. Lo importante es que la proteja. Ciertamente las teorías ideadas para explicar la

protección posesoria, casi puede decirse que prescinden de ubicar la posesión en uno u otro concepto. Para Savigny, fundador de la escuela subjetivista, es un hecho; para Von Ihering, es un derecho. Pero al parecer la controversia ha perdido intensidad e interés y hoy apenas sí se alude a ella". (Corte Suprema de Justicia, 1955)

Al respecto, podemos referir que los derechos sobre las cosas se pueden establecer mediante acciones reales, lo cual equivale a derechos reales; la posesión por su parte es un poder de hechos que se ejercen frente a las cosas y que se salvaguarda con acciones posesorias y viéndolo desde este punto de vista, podríamos visionar a la posesión como un derecho real.

Hasta aquí, vemos entonces que el interrogante principal de esta investigación, está orientado a determinar si el derecho de posesión puede llegar a ser una garantía real frente a obligaciones, a este cuestionamiento podríamos hasta ahora indicar que sí, es posible que configure una garantía real pues en últimas este terminará convirtiéndose en un derecho real, por ello, se puede concluir que sí podría convertirse en dicha garantía; no obstante, la problemática en nuestro país no gira en torno a la discusión sobre si funciona o no dicha inclusión, sino la falta de aplicación de la figura, pues hay incluso disposiciones legales que la avalan.

Entendiendo que en nuestro país no ha sido desarrollada la aplicación de esta figura jurídica como garantía real de las obligaciones, veremos otros ordenamientos jurídicos de otros países latinoamericanos en los que sí se ha dado un poco más de despliegue de dicho tema; el primero de ello es Chile, país en el que la inscripción de la posesión es una exigencia para poder adquirir la posesión de los bienes raíces en los casos de un título

traslativo de dominio, debido a que esa es la forma correcta de materializar o concretar la tradición; ello en obediencia a su estructura normativa, entre las cuales se destacan los artículos 686, 696, 724, 738, 730 y 2505 de su Código Civil.

Y así mismo, la Corte Suprema Chilena ha sostenido que:

“sin embargo, tratándose de un bien raíz, la posesión de éste se adquiere mediante la inscripción de título traslativo de dominio en el Conservador de Bienes Raíces, constituyendo esta inscripción como adquisición, prueba y garantía de la posesión de aquellos inmuebles que ya han entrado en el mecanismo del régimen inscrito; al respecto, esta Corte Suprema ha resuelto con anterioridad que: la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces es el único medio para adquirir la posesión de los inmuebles y, mientras dicha inscripción no se cancele, el simple apoderamiento de la cosa no habilita para adquirir la posesión”. (Corte Suprema, 2011)

Por consiguiente,

“sin inscripción no hay tradición, y sin tradición no hay título posesorio; y en lo que respecta a la inscripción como requisito para adquirir la posesión, existen dos posturas al respecto; para algunos autores, la inscripción constituye una *ficción legal* frente a la cual el poseedor inscrito con título anotado por más de un año, tiene en su favor, por el hecho de la inscripción,

los dos elementos constitutivos de la posesión: la tenencia y el ánimo de señor” (Trucco H., 2018 p. 183);

Es decir, que respecto estos autores, basta el título inscrito para que ello configure un símbolo absoluto de la posesión en materia jurídica.

Por otro lado se encuentran los autores, que han postulado la tesis denominada *inscripción-garantía*, para estos, “la inscripción solemniza un hecho verdadero y, por lo tanto, no puede solemnizar apoderamientos que no han existido” (Urrutia L., 2017, p. 11), es decir, la inscripción solo puede representar la posesión real y efectiva de un inmueble cuando concurren la totalidad de los requisitos del corpus y el animus, por tanto, debe significar verdaderos hechos de apoderamiento, pues de echarse de menos, la inscripción nada garantiza.

Igualmente refiere el autor

“las inscripciones que sucesivamente se hacen en el Registro del Conservador de Bienes Raíces llevan envuelta la presunción de pureza y verdad; pero admiten impugnación, como autoriza el derecho respecto de todo instrumento público, probando la falsedad de su esencia, y de que solemnicen el hecho físico del apoderamiento. Constituyen presunción legal y no de derecho” (Urrutia L., 2017, p. 12)

Estas posturas deben tenerse en cuenta, pues de estas dependen las posibles soluciones que se puedan dar a las controversias que plantea la teoría de la posesión inscrita, esto es, debe disponerse por adoptar la tesis, según la cual la inscripción representa que quien

ostenta su título inscrito es un poseedor en sentido jurídico, o bien que dicha calidad se puede desvirtuar si ha sido acompañada de la entrega material del bien, pues en tal caso haría falta de uno de los elementos esenciales de la posesión.

Entonces, vemos que en el ordenamiento jurídico la inscripción de la posesión hace las veces de garantía real para el titular de dicha posesión, ello debido a que si por ejemplo, una persona con violencia o de forma clandestina se apodera de un inmueble que está inscrito, el que tiene la posesión frente al mismo no la pierde, pues únicamente se pierde cuando se cancela la inscripción anterior, mientras que en el caso de un inmueble que no tiene inscripción, el poseedor perdería la posesión, pues no se encuentra blindado de los actos de apoderamiento que otros puedan realizar pretendiendo ser sus dueños; es decir, la inscripción-garantía es la materialización de esa posesión frente a la eventual pretensión de terceros de ocupar un bien ya inscrito, lo cual le da un mejor derecho al poseedor inscrito.

Vemos entonces que en Chile se ha desarrollado de una manera más amplia el concepto de la posesión, así mismo se le ha elevado el carácter a un acto jurídico que tiene plena validez, en cuanto a que la misma se concibe como una garantía inscrita que le da al poseedor un mejor derecho frente a terceros que reclamen la titularidad frente al bien, pues, el acto de haberse inscrito refleja la posible titularidad del bien, la cual tiene fuerza de reivindicar el derecho frente al poseedor frente a cualquier ciudadano que demande su titularidad frente al bien.

Así las cosas, al comparar el alcance de la figura en el país vecino de Chile, vemos que el desarrollo de la figura de la posesión en Colombia aún le falta mucho análisis y debate por parte de las altas cortes, pues la implementación de la figura de la posesión se ha sesgado

a utilizarse en solo ciertos sectores de la sociedad, como lo son las áreas rurales o agrícolas en donde es común la posesión y la prescripción adquisitiva de dominio como manera de acceder al derecho de propiedad; no obstante, frente a su definición como garantía real de las obligaciones del poseedor, es nula, en cuanto a jurisprudencia no se ha desarrollado el tema y si bien la expedición del nuevo Código General del Proceso la continente y le da un aval, en la praxis no se ha podido determinar su uso o al menos, un caso dentro de la dinámica jurídica nacional en el que se pueda configurar la aplicación de esta figura como garantía real en un negocio jurídico.

Es así como podemos concluir que el desarrollo del tema ha estado limitado al mero aval que concede la norma, pero, que dicha facultad otorgada por el legislador no se ha llevado a la realidad, ni se ha materializado, lo cual evidencia el desconocimiento de la figura por parte de los juristas, quienes en últimas son los intérpretes de la ley y quienes deben educar a los demás miembros de la comunidad frente a estas figuras jurídicas que abren paso a que las personas con difícil acceso a adquirir la propiedad, puedan acceder a esta a través de esta forma adquirir la titularidad de un bien, como un derecho real provisional, el cual se puede utilizar como garantía real para contraer una obligación, que si bien no se presentado en el escenario jurídico nacional, no hay disposición que lo prohíba.

Conclusiones

Realizado el estudio de la figura de la posesión, desde los tópicos del derecho a la propiedad y de su posible facultad de ser usada como garantía real de las obligaciones podemos llegar a distintas conclusiones respecto de sus concepciones, de las teorías que se han adoptado para su implementación en nuestro país; como también a percepciones de la forma en que se ha empleado la figura, su desarrollo y si actualmente se da aplicación a su uso como garantía real.

En primer lugar, es de indicar que el concepto de propiedad ha enfrentado diferentes etapas según progresa la especie humana, pasando de ser reconocida como un simple hecho a convertirse en un derecho que le da sentido al concepto de sociedad y aún más al de nación y Estado, por su significancia respecto de distintos aspectos sociales como lo político, lo económico y de garantías fundamentales.

Por otra parte, respecto de la posesión tenemos que la palabra *possidere*, de donde *possessio* se deriva, contiene a su vez la palabra *sedere* o sentarse, sentarse o asentarse en una cosa, de ahí la definición de posesión como el poder de hecho que una persona ejerce sobre una cosa, con la intención de retenerla y disponer de ella como si fuera propietario. Frente a ello, igualmente tenemos que la propiedad en sus múltiples significados se refiere a poseer, por ello los dos conceptos tienden a confundirse y se hace necesaria su distinción, construyéndose el concepto de posesión no sólo como la forma en la que se expresa en el plano fáctico la propiedad, sino también como una figura jurídica autónoma que sirve como forma adquisitiva de dominio.

Al respecto, es de resaltar que en Colombia, la teoría ilustrada por Andrés Bello en su codificación se podría denominar como la teoría híbrida de la posesión, con sus acercamientos a la teoría de la voluntad de Savigny; la cual se mantuvo hasta la segunda mitad del siglo XX, (Rengifo Gardeazábal, 2006, p. 66) puesto que, basado en el Código de Napoleón, que sigue lo expuesto por Robert Joseph Pothier en su tratado sobre el fenómeno de la posesión, y en lo expuesto por Savigny es que Andrés Bello diseña los conceptos civiles en su Código Civil, que luego llegan a Latinoamérica a inspirar la creación de Códigos Civiles como el chileno, venezolano y el colombiano.

Por otra parte, en nuestro país el intento por acoger la teoría objetiva o realista de Ihering fue de Valencia Zea, quien decía que en Colombia se debía aplicar una teoría contemporánea, alineada a los postulados del régimen de posesión germánica, la cual resulta para autores como Rengifo muy similar a la teoría realista que dice que la posesión es la exteriorización del derecho de propiedad o de dominio.

Entonces, tenemos que en Colombia poseedor es aquél que con el ánimo de señor o dueño tiene una cosa determinada; este se presume dueño mientras ninguna otra persona no alegue serlo en un proceso reivindicatorio; lo cual para algunos autores pone al propietario del bien en desventaja respecto del poseedor, pues debe debatir una titularidad que el poseedor no necesariamente detenta; así mismo, como bien se indicó en la investigación, en nuestro país la posesión se puede inscribir en escritura pública, lo cual se extrae de lo dispuesto en el artículo 789 del Código Civil, así como el artículo 7 del Decreto 1250 de 1970, norma que fue derogada por el artículo 104 de la Ley 1579 de 2013.

La Ley 1561 de 2012 se crea con el fin de establecer un proceso especial para otorgar esos títulos de propiedad a los poseedores materiales de bienes inmuebles tanto urbanos como rurales de pequeña entidad económica con el fin de sanear las falsas tradiciones, promover el acceso a la propiedad, garantizar la seguridad jurídica en los derechos que versen sobre estos inmuebles, propiciar el desarrollo sostenible y prevenir tanto el despojo como el abandono que ha sido provocado por la fuerza de estos predios.

Frente a esto se concluye que en Colombia predomina la teoría subjetivista de la voluntad, expuesta por Savigny; la que reconoce la posesión como un hecho y un derecho; derecho que en resumidas cuentas es real pero provisional, pues está protegido no sólo por los interdictos o acciones posesorias, sino que también puede inscribirse y registrarse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Por otra parte, respecto de la posesión como garantía real de las obligaciones se logró establecer mediante esta investigación que, aunque no fue posible evidenciar que la posesión puede ser una garantía real, se abre la posibilidad que la misma sea una garantía mobiliaria, cuyo propósito es respaldar el cumplimiento de las obligaciones.

Es decir, la posesión como una garantía real representaría para quien la dispone distintas posibilidades, respecto a las que no solo se destaca la mera expectativa de algún día alcanzar la titularidad o dominio frente al bien, sino adicionalmente y en razón a lo dispuesto por el Código General del Proceso (2012) en el artículo 593, la facultad que le otorga a los acreedores de tomar la posesión como una garantía real, o inclusive la opción que tiene el poseedor para ofrecer ese derecho incierto como garantía sobre sus obligaciones.

No obstante, una vez analizada nuestra situación con el desarrollo que ha tenido la figura en países como Chile, vemos que nuestro desarrollo de la misma aún es poco, faltando análisis y debate por parte de las altas cortes, pues la implementación de la figura de la posesión se ha sesgado a utilizarse en solo ciertos sectores de la sociedad, como lo son las áreas rurales o agrícolas endonde es común la posesión y la prescripción adquisitiva de dominio como manera de acceder al derecho de propiedad; no obstante, frente a su definición como garantía real de las obligaciones del poseedor, es nula, en cuanto a jurisprudencia no se ha desarrollado el tema y si bien la expedición del nuevo Código General del Proceso la continente y le da un aval, en la praxis no se ha podido determinar su uso o al menos, un caso dentro de la dinámica jurídica nacional en el que se pueda configurar la aplicación de esta figura como garantía real en un negocio jurídico.

Por tales circunstancias, en últimas podemos establecer que el despliegue del tema se ha limitado al mero aval que concede la norma, pero, que dicha facultad otorgada por el legislador no se ha llevado ha materializado, lo cual evidencia el desconocimiento de la figura por parte de los juristas, quienes en últimas son los intérpretes de la ley y quienes deben educar a los demás miembros de la comunidad frente a estas figuras jurídicas que abren paso a que las personas con difícil acceso a adquirir la propiedad, puedan acceder a esta a través de esta forma adquirir la titularidad de un bien, como un derecho real provisional, el cual se puede utilizar como garantía real para contraer una obligación, que si bien no se presentado en el escenario jurídico nacional, no está expresamente prohibido.

Referencias

Argüello, L. (1993). Manual de derecho romano: Historia e instituciones. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea.

Bello, A. (1969). Exposición de Motivos del Código Civil. Obras Completas. Obras Completas, Caracas.

Cámara de Comercio de Medellín . (s.f.). Cámara de Comercio de Medellín.
<https://www.camamedellin.com.co/arbitraje-y-conciliacion/garantias-mobiliarias>

Carranza, C., & Terner, F. (2010). Posesión y propiedad inmueble: historia de dos conceptos colindantes (12th ed., Vol. 2). Revista Estudios Socio-Jurídicos.
<http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v12n2/v12n2a4.pdf>

Congreso de Colombia. (2012). Ley 1579 de 2012. Congreso de Colombia.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1579_2012.html#CAP%C3%8DTULO%20I

Congreso de la República. (2008). Ley 1183 de 2008. Congreso de la República.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1183_2008.html

Congreso de la República. (2012). Ley 1561 de 2012. Congreso de la República.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1561_2012.html

Congreso de la República. (2013). Ley 1676 de 2013. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (2021). Ley 1564, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. 12 de julio, Bogotá.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Congreso de la República. (1873). Ley 84, por medio de la cual se expide el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Bogotá D.C.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Corte Constitucional de Colombia (1992) Sentencia No. T 494. M.P. Ciro Angarita Barón, Bogotá.

Corte Suprema de Justicia. (1955). Sentencia Gaceta Judicial Tomo LXXX, No. 2153 del 27 de abril de 1955. Corte Suprema de Justicia. Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia. (2011). Sentencia del 1 de abril de 2011, Rol 6860-2010, en los autos caratulados. Bogotá D.C.

Cortés, M. (1934). Posesión. Un capítulo de la obra Derecho Civil Colombiano (283-284 ed., Vol. 29). Revista del Colegio del Rosario. Universidad del Rosario.

https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/34105/4_Posesion_pag_141_208.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Cortés, M. B. (2005). Colombia régimen legal de las garantías o causaciones.

Real Academia Española. (2001). RAE.

<https://www.rae.es/drae2001/garant%C3%ADa>

Duguit, L. (2007). Las transformaciones del Derecho Público y Privado. Comares.

<http://www.scielo.org.co/pdf/eleut/v20/2011-4532-eleut-20-00135.pdf>

Forero, J. (1935). Crítica del Derecho Constitucional. Exposición sistemática del derecho constitucional de León Duguit. Editorial Minerva S.A.

<http://www.scielo.org.co/pdf/eleut/v20/2011-4532-eleut-20-00135.pdf>

Herrera, A. (2003). Límites constitucionales y legales al derecho de dominio en Colombia. Análisis desde el derecho público (Vol. 20). Universidad del Norte.

<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/2890>

Ihering, R. V. (2004). La teoría de la posesión: el fundamento de la protección posesoria. Reus. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033184001.pdf>

Morineau, M., & Iglesias, R. (1998). Derecho Romano. Oxford University Press México. <http://www.scielo.org.co/pdf/eleut/v20/2011-4532-eleut-20-00135.pdf>

Presidencia de la República. (1970). Decreto 1250 de 1970. Presidencia de la República. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1250_1970.html

Presidencia de la República. (1970). Decreto 1400, por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Civil. Bogotá D.C.

Rengifo Gardeazábal, M. (2006). Teorías de la posesión (36th ed., Vol. 1). Revista de Derecho Privado Universidad de Los Andes.

<https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033184001.pdf>

Savigny, F. (1845). Tratado de la posesión según los principios de derecho romano. Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.

<http://www.scielo.org.co/pdf/eleut/v20/2011-4532-eleut-20-00135.pdf>

Savigny, M. (1908). Sistema de Derecho Romano Actual. Reus.

<https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033184001.pdf>

Silva, R. (2018). La posesión frente al derecho de propiedad: un debate sobre vigencia y pertinencia sin resolver. Revista Eleuthera, v. 20, págs. 135-154.

<http://www.scielo.org.co/pdf/eleut/v20/2011-4532-eleut-20-00135.pdf>

Trucco H. (2018) Teoría de la posesión inscrita, dentro del código civil chileno. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo VII, p. 183.

Urrutia L. (2017) Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno, Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XXXI.