

**La posesión: medio y fin.
Examen de la figura en Colombia y Perú***
*The possession: means and purpose.
Search of this concept in Colombia and Peru*

César Carranza Álvarez**
Francisco Ternera Barrios***

RESUMEN

En el presente texto, los autores analizan una de las instituciones que, conjuntamente con la propiedad, presupone el disfrute económico de un bien: la posesión. Se estudia el papel tradicional que ha tenido en el derecho civil: el de servir de medio que conduce a la usucapión, así como su perfil negativo de hecho ilícito. Entre ambas cuestiones se aborda su novedoso rol de derecho real de garantía, antes reservado con exclusividad al derecho de propiedad, que ha permitido en la experiencia comparada acercar a los sectores más deprimidos de la sociedad a los beneficios del crédito.

PALABRAS CLAVE: *Posesión, garantía real, hipoteca.*

ABSTRACT

In this text, the authors analyze one of the institutions that, along with property, presuppose the economic enjoyment of an asset: the possession. They study its traditional role in the civil law, as the means to usucapion, as well as its negative profile of unlawful act. Between both questions, its new role as real right of guarantee is approached, previously reserved just for property right, which has allowed, in the comparative experience, to bring over the most depressed sectors of the society to the benefits of credit.

KEY WORDS: *Possession, real guarantee, mortgage.*

* Recibido: 7 de enero de 2012. Aprobado: 1 de febrero de 2012.

** Miembro del Estudio *Carranza & Figueroa*, Abogados Consultores, Co., Colombia.
(cesar_carranzaalvarez@yahoo.es).

*** Profesor principal en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
(francisco.ternera@urosario.edu.co).

Sumario

1. Introducción
2. Su papel tradicional: la posesión como un medio
 - A) La posesión material
 - B) La posesión inscrita
3. Su novel lectura: la posesión como un fin
 - A) Derecho real
 - B) Derecho de garantía
 - C) Hecho ilícito
4. A manera de conclusión

1. Introducción

Hablar de posesión inmobiliaria significa referirse a un vasto grupo de hipótesis: campesinos sin títulos de propiedad, campesinos con títulos no registrados, terratenientes con deseos expansionistas, invasores de tierras, personas al margen de la ley que explotan económicamente predios ajenos, etcétera. En efecto, alrededor de la posesión confluyen intereses disímiles y necesidades diversas.

En este orden de ideas, las políticas tendentes a robustecer los derechos patrimoniales sobre la tierra apuntan a un importante universo de beneficiarios. Políticas legislativas demasiado laxas podrían tener como graves consecuencias el ensanchamiento de la brecha pobreza-riqueza de un país.

Sobre el particular, hablaremos de las tradicionales y nuevas calificaciones que ha merecido la posesión.

2. Su papel tradicional: la posesión como un medio

Como se sabe, nuestros códigos civiles latinoamericanos, inspirados ampliamente en el Código de Napoleón de 1804, acogen la concepción clásica, subjetiva, de la posesión, muy próxima a la presentada por SAVIGNY.¹ En este orden de ideas, la posesión se nos presenta como un elemento *sine qua non* del modo conocido como *usucapión*. Hablamos de la posesión separada y enfrentada a la titularidad del derecho real. Un ejemplo clásico de ello lo encontramos en el artículo 1151 del Código Civil mexicano.

¹ Véase SAVIGNY. *Traité de la possession en droit romain*, Paris, 1803.

Se trata, pues, del papel más ortodoxo de la posesión: es el vehículo o medio que conduce a la usucapión. En efecto, no hay usucapión si no hubo posesión previa y continua (*sine possessione, praescriptio non procedit*) durante el término señalado en la ley.

En Colombia, tres años de posesión regular para muebles y cinco años de posesión regular para inmuebles conducen a la usucapión ordinaria (artículo 2529, Código Civil mod. Ley 791 de 2002, artículo 4 col.); diez años de posesión irregular sobre un mueble o inmueble conducen a la usucapión extraordinaria (artículo 2532, Código Civil mod. Ley 791 de 2002, artículo 6 col.). En definitiva, con la usucapión el derecho real precario o provisional: posesión, se convierte en un derecho real definitivo: propiedad.²

Desde luego, la usucapión debe ser alegada, ya como una acción, ya como una excepción,³ acompañada de una demanda de reconvencción contra su demandante inicial (artículo 2513, inciso 2, Código Civil col.). Es decir, el proceso de pertenencia puede promoverse de forma autónoma y separada o puede formularse dentro de un proceso de reivindicación, con una demanda de reconvencción, cuya pretensión consista en la declaración de la adquisición por usucapión del dominio sobre un bien.⁴ Podrá servirse de la acción de declaración de pertenencia quien ha poseído el bien por el término exigido por la Ley (artículo 407,

² Según el principio de retroactividad de la usucapión, abrazado por la doctrina y la jurisprudencia colombianas, el poseedor adquiere el derecho real desde el día del comienzo de la posesión (fecha en la cual empezó a correr el término de la prescripción). En este orden de ideas, una vez el término de posesión exigido por la ley expira, se puede reconocer judicialmente el derecho de propiedad desde el día en que inició a correr el término mismo. Este principio de retroactividad, no consagrado expresamente por ningún artículo del Código Civil, ha sido inferido por la doctrina y la jurisprudencia del numeral 1 del artículo 1792 del Código Civil colombiano.

Claro está, el poseedor puede agregar a su propia posesión la posesión de su causante, cumpliendo los requisitos de ley (artículos 778 y 2521, Código Civil col.). La agregación de posesiones opera con la suma de calidades y vicios. Procede cuando entre el poseedor actual y el anterior existe un vínculo jurídico, una relación de causante-causahabiente a título universal o singular, entre vivos o por causa de muerte.

La jurisprudencia registral de Perú se expide también en el sentido expresado en el párrafo primero de esta nota, al señalar que: "Los efectos de la prescripción adquisitiva de dominio son retroactivos, es decir, que si bien la adquisición de la propiedad se produce al cumplirse el plazo señalado en la ley, sin embargo sus efectos se retrotraen al momento en que empezó a usucapir". Perú, Resolución No. 109-99-ORIC/TR. "Jurisprudencia, preguntas Et respuestas jurisprudenciales", en *Gaceta Jurídica*, año 2, No. 17, 2004, p. 22.

³ La excepción es "un medio de defensa mas no engloba toda la defensa. La defensa en su sentido estricto estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. Y la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consiste en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos del primero, y por lo mismo, la acción. La excepción es, pues, siempre autónoma de la acción". Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 26 de abril de 1994. M.P. Eduardo García Sarmiento.

⁴ Estima la Corte Suprema que "si el demandado restringe su actividad a la simple proposición de la excepción de prescripción extintiva del derecho de dominio del demandante, ello no equivale a que por la jurisdicción se hubiere declarado como nuevo dueño del bien, como quiera que, para esto, necesariamente ha de surtirse un proceso de declaración de pertenencia". Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 7 de octubre de 1997. M.P. Pedro Lafont Pianetta. *Jurisprudencia y Doctrina*, Legis, t. xxvi, No. 311, noviembre de 1997, p. 1559.

No. 1, Código de Procedimiento Civil col.). Los sujetos pasivos de la demanda de pertenencia son los titulares de derechos reales principales (propiedad, usufructo, uso o habitación) (artículo 407, No. 5, Código de Procedimiento Civil col.).

En Colombia, a nivel legislativo se ha pretendido simplificar este reconocimiento de la usucapión. A título de ejemplo referiremos ciertos ejercicios normativos relacionados con la declaración de pertenencia y sus posibles conflictos.

Como primera medida, con la Ley 1183 de 2008 se introdujeron importantes beneficios respecto de la declaración de pertenencia de los poseedores de vivienda de interés social (*vis*). Recuérdese que “el proceso de declaración de pertenencia de bienes inmuebles destinados a la vivienda de interés social cumple una función social en cuanto permite que las personas de escasos recursos tengan certeza sobre los derechos de propiedad que pueden ejercer sobre el inmueble en el cual habitan”.⁵ Más exactamente, con esta Ley se permite realizar ante notario la inscripción de la declaración de la calidad de poseedores regulares de dichos bienes para así quedar habilitados para adquirir su dominio por usucapión ordinaria.

De manera general, podría pensarse que el objetivo de toda la Ley 1183 de 2008 colombiana es el siguiente: acercar a las clases menos favorecidas las bondades del derecho patrimonial más importante que existe: la propiedad o dominio, concretamente respecto de la *vis*. Para ello se ofrece un ágil proceso notarial de inscripción de la posesión regular. Como se desprende de su informe de ponencia mismo, la Ley en comento tiene el siguiente norte: “facilitar la constitución de poseedores regulares de los inmuebles de estratos 1 y 2 a través de un trámite expedito ante notario, con el fin de generar para estos ciudadanos la aptitud jurídica para adquirir el dominio a través del modo de prescripción adquisitiva ordinaria”.⁶

En segundo lugar, de manera mucho más ambiciosa, el legislador colombiano también se ha ocupado del pequeño fundo agrario. En efecto, en la Ley 1182 de 2008 se estatuye un proceso especial de declaración de pertenencia, ofrecido

⁵ Colombia, Corte Constitucional, sentencia c-078 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda.

⁶ Informe de ponencia para segundo debate. Proyecto de Ley 219 de 2007, Cámara-68 de 2006, Senado. Ponentes: Edgar Gómez R., Germán Varón C., Rosmery Martínez R. y Germán Navas T.

En la Ley 1183 de 2008, sobre la declaración de la posesión regular por parte de los notarios, se aclara lo siguiente: “Artículo 1. Los poseedores materiales de inmuebles urbanos de estratos uno y dos que carezcan de título inscrito, podrán solicitar ante notario del círculo donde esté ubicado el inmueble, la inscripción de la declaración de la calidad de poseedores regulares de dichos bienes, a fin de quedar habilitados para adquirir su dominio por prescripción ordinaria, de acuerdo con la ley y en los términos y plazos señalados por la Ley 791 de 2002 y las leyes especiales que reglamentan el dominio de los bienes considerados Vivienda de Interés Social, *vis*”.

Por lo demás, recuérdese que los artículos 10, 11, 12, 13 y 14 de la Ley 1183 de 2008 col., relacionados con la ambiciosa declaración de pertenencia notarial de los poseedores de vivienda *vis*, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional colombiana, con sentencia c-1159 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

a los poseedores de bienes inmuebles urbanos no superiores a media hectárea, y rurales no superiores a diez hectáreas. La competencia para adelantar estos procesos especiales fue impuesta a los jueces civiles y promiscuos municipales.⁷

Para terminar, valga señalar que el 10 de junio de 2011, el presidente de Colombia Juan Manuel Santos sancionó la Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras (Ley 1448 de 2011). El capítulo III del título IV (artículos 72-122) se ocupa de la restitución de tierras. Se establece que son titulares del derecho a la restitución, las personas que fueran *propietarias* o *poseedoras* de predios. De igual manera, también tienen derecho los *explotadores de baldíos* despojados. En los tres casos, los terrenos comprometidos en la restitución deben estar inscritos en el *Registro de Tierras Despojadas*. Por lo demás, la competencia para conocer de los procesos de restitución se asigna, en única instancia, a los magistrados de las salas de Restitución de Tierras que cree el Consejo Superior de la Judicatura en los tribunales superiores de Distrito Judicial.

Respecto de la *posesión*, se ofrece al despojado el restablecimiento de su derecho real provisional de posesión. Además, en el caso de haberse completado el plazo de posesión exigido por la normativa, en el mismo proceso se podrá presentar la acción de declaración de pertenencia a favor del restablecido poseedor. Valga aclarar que el término de abandono o de desplazamiento no interrumpe el término de prescripción a favor del poseedor despojado.

Nótese que los expedientes incorporados en las leyes colombianas 1182 y 1183 de 2008 están relacionados, de manera directa o indirecta, con el reconocimiento de la usucapión. Con la primera se ofrece un proceso especial de declaración de pertenencia a los poseedores del pequeño fundo rural. Con la segunda, los poseedores irregulares de vis podrán ser reputados como poseedores regulares —que pueden acceder a la usucapión ordinaria—, una vez realicen la inscripción de la declaración de la calidad de poseedores regulares ante notario público.

En estos términos, con las leyes colombianas 1182 y 1183 de 2008 parece identificarse la posesión regular de un inmueble con la posesión inscrita. En estos términos, percibimos una clara tendencia de los operadores jurídicos de “rescatar” la aparentemente tesis superada de la posesión inscrita de los inmuebles. Particularmente en los términos de las leyes colombianas 1182 y 1183 de 2008 se exige que la posesión regular de inmuebles tenga reconocimiento registral. A continuación nos concentraremos, pues, en estas dos tesis: posesión material y posesión inscrita.

⁷ El artículo 4 de la Ley 1182 col. consagra lo siguiente: quien tenga título o títulos registrados que se enmarquen en la llamada falsa tradición, al tenor del artículo 7 del Decreto-ley 1250 de 1970 podrá, mediante abogado inscrito, presentar demanda por escrito ante el juez civil o promiscuo municipal, correspondiente a la ubicación del inmueble, para que, previa inspección al inmueble, sanee su titulación por providencia debidamente motivada, la cual en firme, será inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente, como modo de adquirir.

A) *La posesión material*

Sobre el registro del título, aclaramos que la tesis tradicional jurisprudencial colombiana nos informa que la posesión regular de bienes inmuebles no exige el registro del título. En efecto, desde el célebre fallo del 27 de abril de 1955⁸ se determinó la inexistencia de una posesión inscrita de bienes inmuebles. De igual manera, en una sentencia reciente se aseguró lo siguiente: “para hablar de posesión regular no se requiere que el justo título sea inscrito en la oficina de instrumentos públicos, como lo entendió el juzgado, sino de la entrega efectiva de la posesión y que la misma provenga del *verus domino* [...]”.⁹

En efecto, respecto de los inmuebles, tradicionalmente se ha extendido la tesis de la posesión regular no inscrita, cuyos únicos elementos son el *corpus, animus, justo título y buena fe*. En este sentido, se trataría de la misma posesión regular de los muebles. En un fallo muy difundido, la Corte Suprema consideró que “no existe posesión inscrita en el derecho colombiano”. El alto tribunal aseguró que “la inscripción de los títulos carece de contenido y alcance posesorios”.¹⁰ Recientemente se aseguró lo siguiente: “Siendo claro, entonces, que para hablar de posesión regular no se requiere que el justo título sea inscrito en la oficina de registro de instrumentos públicos, como lo entendió el juzgado, sino de la entrega efectiva de la posesión y que la misma provenga del *verus domino* [...]”.¹¹

Desde luego, esta tesis desafía directamente lo establecido por el legislador colombiano en las leyes 1182 y 1183 de 2008.

B) *La posesión inscrita*

De acuerdo con esta tesis, habría una importante diferencia entre la posesión regular de los muebles y la posesión regular de los inmuebles: el registro en esta última.

La tesis de la posesión inscrita está prevista en la normativa colombiana misma. Por ejemplo, el artículo 789 del Código Civil col. nos informa cuándo cesa la posesión inscrita; igualmente, en el artículo 7 del Decreto 1250 de 1970 se

⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencias del 27 de abril de 1955, G.J. t. lxxx, p. 97, y 11 de mayo de 1956, G.J. t. lxxxii, p. 484.

⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 16 de abril de 2008, expediente 2000-00050-01. M.P. Jaime A. Arrubla Páucar.

¹⁰ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 27 de abril de 1955, G.J. t. lxxx, p. 97, y sentencia del 11 de mayo de 1956, G.J. t. lxxxii, p. 484. Véase GÓMEZ, J. *Bienes*, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 376.

¹¹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 16 de abril de 2008, expediente 2000-00050-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla P.

determina que vicisitudes como la tradición de la cosa ajena o tradición fallida, que dan lugar a la posesión regular (artículos 752 y 753 del Código Civil col.), se inscriben como falsas tradiciones.

En suma, por lo menos respecto de los expedientes contenidos en las leyes 1182 de 2008 (el proceso especial de usucapión que se ofrece a los poseedores de bienes inmuebles urbanos no superiores a media hectárea, y rurales no superiores a diez hectáreas) y 1183 de 2008 (las funciones que se ofrecen a los notarios para que declaren la posesión regular de predios urbanos de estratos 1 y 2),¹² el legislador exige título inscrito para la posesión regular de los inmuebles.

Para terminar, aunque se trata de una posición insular en la jurisprudencia colombiana, en algunos fallos también parece exigirse la posesión regular inscrita de inmuebles. A manera de ejemplo presentamos la siguiente providencia: “La anterior reseña sirve al propósito de demostrar que el poseedor regular, es decir quien ha recibido la posesión mediante un título, para ser tenido como tal, necesita además de dicha credencial (artículo 764 del Código Civil), que ésta haya sido registrada (artículos 764 y 765 del Código Civil). Dicho de otro modo, la prescripción ordinaria supone posesión regular (artículo 2528 del Código Civil), amparada en un justo título (artículo 764 del Código Civil) debidamente registrado (artículo 765 del Código Civil)”.¹³

3. Su novel lectura: la posesión como un fin

Al lado de la lectura tradicional, la posesión también ha sido vista como un fin en sí misma. Estas nuevas interpretaciones estiman que la posesión puede ser vista, *per se*, tanto como un derecho real como un derecho de garantía. Puntualmente, en Colombia la posesión ha sido calificada, en el ámbito jurisprudencial, como un derecho real provisional. Por su parte, en Perú, a nivel legislativo, se ha dotado a la posesión de importantes funciones de garantía. Finalmente, se hablará de su papel más controversial: la posesión vista como un delito.

A) Derecho real

La posesión puede oponerse a la titularidad del derecho real. Identificamos, pues, dos titulares de dos derechos reales diferentes: el poseedor del bien corporal,

¹² Los artículos 10-14 de la Ley 1183 de 2008, que permitían a los notarios declarar la usucapión, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia c-1142 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹³ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 22 de agosto de 2006. M.P. Edgardo Villamil Portilla, expediente 25843-3103-001-2000-00081-01.

y su propietario. El poseedor, aunque no es el titular del derecho de dominio, ejerce de manera autónoma y soberana los poderes de la propiedad: uso, goce y disposición (*possessio ad imaginem dominii redacta est*). Así entendida, la posesión es definida por el Código Civil colombiano como “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño” (artículo 762).

La jurisprudencia colombiana, particularmente la Corte Constitucional,¹⁴ ha considerado que la posesión es un derecho real particular: un derecho real provisional, por oposición a los derechos reales definitivos. Para este alto tribunal, la posesión se diferencia de la propiedad en que ésta tiene un carácter definitivo, mientras que aquélla, la posesión, “puede caer frente a la acción que se deriva de la propiedad”.¹⁵ En efecto, la Corte Constitucional consideró que la posesión es un derecho real provisional que, si bien se encuentra protegida por ciertas acciones reales, está sometida al azar de verse truncada por el ejercicio de la acción reivindicatoria del propietario del bien.

Un ilustre autor nos advierte de las diferencias que existen, en cuanto a temporalidad, entre posesión y dominio: la propiedad se puede concebir, en principio, como un derecho perpetuo que se transfiere a los causahabientes del dueño, mientras que la posesión es provisional porque “se pierde en presencia de un mejor derecho” o porque “está llamada a convertirse en propiedad por el paso del tiempo”.¹⁶

a. Contenido

La posesión se reconoce sobre bienes corporales: muebles o inmuebles. El poseedor tiene ciertos poderes jurídicos directos sobre este bien corporal. Puede servirse de la cosa —uso—, realizar sobre ella las transformaciones físicas que a bien tenga —disposición de la *sustancia*—. Incluso, el derecho de posesión es transferible y transmisible *inter vivos* y *mortis causa* —disposición jurídica—.

¹⁴ También la Corte Suprema de Justicia colombiana, en un fallo poco reiterado, determinó que la posesión “es un derecho provisional para el no propietario [...] por cuanto cede siempre ante el derecho de dominio”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10 de mayo de 1939. M.P. Juan Francisco Mújica. G.J. t. XLVIII, p. 18.

En otro fallo se afirma que “la posesión es sólo una expectativa que, en cuanto tal, se encuentra sometida al gobierno de la incertidumbre”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 22 de mayo de 1995, proceso 4571. M.P. Héctor Marín Naranjo, G.J., t. CCXXXIV, No. 2473, p. 734.

Un autor peruano nos regala una interesante denominación de la posesión: “derecho expectatio de propiedad”, calificación que nos evidencia que el poseedor ostenta una evidente expectativa de adquirir, con la usucapión, el dominio del bien poseído. Véase DE SOTO, HERNANDO. *El otro sendero. La revolución informal*, Oveja Negra, Bogotá, 1987, p. 24.

¹⁵ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-494 del 12 de agosto de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón, y sentencia T-078 del 26 de febrero de 1993. M.P. Jaime Sanín G.

¹⁶ RENGIFO GARDEAZÁBAL, MAURICIO. “Teoría de la posesión”, en *Revista de Derecho Privado. Propiedad, Posesión y Derechos Reales*, Universidad de los Andes, Bogotá, vol. 36, junio de 2006, p. 6.

Ahora, respecto de la apropiación de los frutos y productos emanados de la cosa poseída —poder de goce—, estimamos que la situación del poseedor se somete a las siguientes variables, según se trate de un poseedor que adquiere el dominio por usucapión o de un poseedor “perdedor” respecto del cual triunfa la reivindicación del propietario del bien.

En caso de usucapión del dominio sobre el bien poseído, el poseedor de mala o de buena fe puede adquirir todos los frutos y productos emanados de la cosa durante el término de la posesión. En este sentido, podría decirse que el poder de goce del poseedor es total.

Sin embargo, el contenido de este poder de goce del poseedor puede ser dramáticamente inferior. En caso de reivindicación, el poseedor de buena fe vencido puede hacer suyos los frutos percibidos hasta la notificación del auto admisorio de la demanda.¹⁷ En efecto, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, aquel poseedor que se consideraba de buena fe ha de reputarse poseedor de mala fe. Es decir,

[...] el tratamiento al poseedor de buena fe vencido en juicio, cambia fundamentalmente a partir de la notificación de la demanda. Esto se explica porque si el poseedor ha resistido a la demanda después de conocer los títulos y razones invocados por el reivindicador ya no podrá alegar que subsiste su honrada creencia de hallarse poseyendo como dueño, y aun cuando en realidad pudiera afirmar que tenía motivos serios para seguir considerándose como legítimo propietario durante el curso del juicio, los efectos declarativos de la sentencia que reconoce el derecho del actor y niega la oposición del reo, dejan sin base tal alegación, pues el fallo retrotrae la situación jurídica de las partes al momento de la demanda.¹⁸

El poseedor que es calificado como de mala fe vencido se encuentra obligado a restituir no solamente los frutos naturales y civiles percibidos, sino también todos aquellos que la cosa ha debido producir, con una mediana inteligencia y actividad, durante el tiempo en que la tuvo en su poder. Naturalmente, si los frutos fueron consumidos o se deterioraron, el poseedor está obligado a pagar su precio (artículos 964, 1613, 1614 y 2341, Código Civil col.).

38

El poseedor puede agregar a su propia posesión la posesión de su causante, cumpliendo los requisitos de ley (artículos 778 y 2521, Código Civil col.). La agregación de posesiones opera con la suma de calidades y vicios. Procede

¹⁷ Ahora, en el artículo 964 del Código Civil col. se habla de la contestación de la demanda; nosotros estimamos que el momento preciso en que se surte la relación jurídico-procesal es la notificación (artículo 313, Código de Procedimiento Civil col.).

¹⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 3 de junio de 1954, G.J., t. LXXVII, p. 758, citada en la sentencia del 19 de octubre de 1955. G.J., t. LXXXI, p. 45.

cuando entre el poseedor actual y el anterior existe un vínculo jurídico, una relación de causante-causahabiente a título universal o singular, entre vivos o por causa de muerte.

Por otro lado, consideramos que el poseedor también se encuentra obligado a realizar diversas prestaciones respecto de determinadas personas. Sirvan de ejemplo la obligación de pagar el impuesto predial unificado que grava su posesión sobre un inmueble del Distrito Capital (artículo 18 del Decreto 352 de 2002 de Bogotá), la contribución de valorización respecto de inmuebles (Decreto 1333 de 1986 col.), la obligación de pagar los servicios públicos domiciliarios de los inmuebles (artículo 18 de la Ley 689 de 2001 col.) y la obligación de pagar el impuesto sobre vehículos automotores (artículos 142 de la Ley 488 de 1998 col. y 64 del Decreto 352 de 2002 de Bogotá).

b. Defensa

La normativa colombiana estatuye ciertas acciones en justicia con las cuales el poseedor puede defender su posesión.

En primer término nos referimos a las acciones posesorias, que tienen por objeto conservar o recuperar la posesión, exclusivamente, de inmuebles (artículo 972, Código Civil col.). Por lo demás, están acciones prescriben de manera extintiva.

Dentro del género de acciones posesorias, especial importancia tienen las posesiones interrumpidas por el desplazamiento. Sobre el particular, se estatuye en la normativa que el poseedor interrumpido en el ejercicio de su derecho informará del hecho del desplazamiento a la Personería Municipal, Defensoría del Pueblo, Procuraduría Agraria, o a cualquier entidad del Ministerio Público, a fin de que se adelanten las acciones judiciales y/o administrativas a que haya lugar (artículo 27 de la Ley 387 de 1997).

En segundo término, el poseedor regular desposeído puede servirse de la acción reivindicatoria para recuperar su derecho de posesión sobre la cosa mueble o inmueble (artículo 951, Código Civil col.). Como se sabe, los derechos reales ofrecen a su titular el poder de persecución, en virtud del cual puede servirse de la acción reivindicatoria a fin de recuperar el bien para ejercer su derecho real sobre él, demandando a quien lo tenga en posesión (*jus persequendi in judicio*). Con la acción reivindicatoria se persigue la cosa (*rei vindicatio*) sobre la cual se ejerce el derecho real. Se trata de la principal acción consagrada para la defensa de los derechos reales (artículos 946-971, Código Civil col.).

La acción reivindicatoria tiene por objeto reclamar la cosa que no tiene en su poder el titular del derecho real. En realidad, antes que la cosa misma, como tradicionalmente se afirma, quien reivindica pretende reclamar el ejercicio del respectivo derecho real que se concentra sobre el bien. Así, por ejemplo, el propietario pleno que ha perdido la posesión de la cosa se sirve de la acción reivindicatoria para demandar el ejercicio de los poderes o facultades que sobre el bien le corresponden en virtud de su derecho de dominio. Con ella se propone, pues, un contencioso contra el poseedor del bien.

La reivindicación exige para su feliz término la prueba de titularidad del derecho real por parte del demandante. Incluso, la reivindicación también se ofrece al poseedor regular, titular del derecho real provisional de posesión (acción *publiciana*, artículo 951 del Código Civil col.). La acción reivindicatoria es una acción extracontractual, protectora de un derecho real sobre un bien, mueble o inmueble, no prescriptible en forma extintiva.

b) Derecho de garantía

Una de las dificultades que debe enfrentar todo poseedor es la imposibilidad de acceder al sistema financiero con miras a la obtención de un crédito, y esto no sólo porque se considere a la posesión inidónea para asegurar el cumplimiento de obligaciones, sino porque el sistema tiende a edificarse a partir de garantías basadas exclusivamente en la propiedad;¹⁹ de suerte que este derecho real viene a conciliar el interés de la entidad financiera, en cuanto al aseguramiento del crédito concedido, y del deudor, quien a partir del ejercicio de tal derecho tendrá vía libre para el ingreso al aparato crediticio.

No obstante, en la experiencia legislativa peruana es posible encontrar un mecanismo de garantía que, prescindiendo de la propiedad, permite acercar a pobladores de bajos recursos económicos a los beneficios del crédito. Ésta es la denominada *hipoteca popular*, cuya consolidación normativa fue resultado, entre otras razones, de un movimiento migratorio sostenido de la sierra a la costa; la invasión de terrenos públicos y privados por parte de los migrantes en pos de asegurarse un techo dónde habitar; el crecimiento, en principio desordenado y sin planificación alguna, de “asentamientos humanos” o “pueblos jóvenes” en las afueras de la ciudad, y, más tarde, por el ánimo de conducir a la legalidad a un sector poblacional signado por la informalidad, que le permitiera gozar de

¹⁹ Al respecto, FRANCO REGIO, ERIC. “La regulación unitaria de las garantías funcionales como requisito para alcanzar un verdadero sistema de garantías en el Perú”, en *Ius et Veritas*, Lima, año xv, No. 30, p. 123.

los beneficios de aquélla con el fin de mejorar su calidad de vida a partir de un desarrollo económico sostenido.

a. De la marginalidad a la hipoteca popular: breve recuento del camino recorrido

Marginalidad e *hipoteca popular*, aunque cuestiones —social y jurídica— a simple vista disímiles, pueden considerarse caras de una misma moneda y parte importante de la historia de este país andino, que en las siguientes líneas intentaremos mostrar.²⁰

La segunda mitad del siglo xx enfrentó al Perú con una realidad hasta entonces desconocida. Miles de pobladores provenientes en su mayoría de la serranía, lograron asentarse con el uso de la fuerza en espacios públicos y privados con el fin de hacerse de un terreno que les posibilitara el inicio de una nueva vida, con oportunidades que su realidad actual les negaba por completo.

Tales invasiones trajeron como consecuencia el crecimiento desmedido de las ciudades, la importación de nuevas formas de vida y costumbres, la necesidad de los pobladores de salir en búsqueda de puestos de trabajo y dinero que les sirvieran para mejorar, aunque lentamente, sus precarias viviendas.

Con nombres tomados de personajes de la nación, rutas de transporte ampliadas a las nuevas zonas de la ciudad, el incremento del comercio ambulatorio, la lotización y subsiguiente construcción de viviendas, estas invasiones empiezan a reclamar atención por parte de la autoridad gubernamental en pos de reconocimiento legal y una apertura hacia mejores condiciones de vida.

El punto de partida fue la dación de la Ley peruana 13517, por medio de la cual se reconocieron los asentamientos existentes al tiempo de su promulgación, concediéndoles a sus habitantes la posibilidad de formalizar sus posesiones y su adecuación a las políticas de desarrollo urbano.

El Decreto Ley peruano 22612, expedido durante el gobierno militar, convirtió los asentamientos humanos en auténticos barrios, como paso previo a su transformación en distritos y a la mejora paulatina de su categoría urbanística. Así pues, cuando ya no quedaba duda de que la nueva situación generada a partir de la migración y las invasiones era definitiva, los pobladores inician el mejoramiento de sus viviendas, ahora con material noble; empiezan a conectarse

²⁰ Un desarrollo más amplio de este punto puede encontrarse en ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX *et al.* *Exégesis del Código Civil de 1984. Los derechos reales de garantía*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995, t. vi, pp. 217 y ss., y sobre el movimiento migratorio y sus consecuencias, el libro de HERNANDO DE SOTO atrás referenciado.

con la gran ciudad por medio de la ampliación de las rutas del transporte y, lo más relevante, asumen que el “derecho expectatio de propiedad” —en palabras de DE SOTO—, que es su posesión, los acercará a uno completo y definitivo.

Pero el trayecto que habrá de recorrerse hasta la adquisición plena del *dominio* es todavía largo; mientras tanto, los pobladores de estos asentamientos humanos, cada vez con más necesidades y urgencias, requerirán de otras fuentes de ingresos para satisfacer los requerimientos que su reciente y expectante situación exigen. Sin embargo, la única riqueza que poseen es el suelo y la modesta vivienda que los alberga, lo cual ataja cualquier posibilidad de entrada al ámbito financiero, habida cuenta de las prescripciones del Código Civil que toman al propietario como sujeto capaz de aspirar al crédito a partir de la entrega de una sólida garantía.

Dicha tesitura forzó el dictado de la Ley peruana 24513 de 1986, que declaró de *necesidad y utilidad públicas e interés social* el saneamiento físico-legal y lotización de los asentamientos humanos como requisitos de la entrega de títulos individuales de propiedad para las familias ocupantes de los predios.

Todo este movimiento legislativo, orientado a dotar a dichos pobladores de un marco de legalidad, encontró uno de sus puntos máximos en el Decreto Legislativo 495, por el cual se creó el Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares, Hipoteca Popular y Seguro de Crédito, cuyo propósito último se orientaba a “[...] otorgar seguridad legal a la posesión urbana, así como establecer el sistema de garantía necesaria para la obtención del citado crédito, y el acceso al crédito de los informales en general, con el respaldo de garantías reales”. En otras palabras, la norma democratizaba el crédito, colocándolo al alcance de más ciudadanos, con la sola garantía de la posesión de sus lotes de terreno.

La *hipoteca popular* tenía como presupuesto la creación de un Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares, con personalidad jurídica de derecho público interno y autonomía registral, técnica, administrativa y económica (artículo 1). Su finalidad era la inscripción (artículo 8) de: *a)* el derecho de posesión de lotes de terreno y propiedad de la edificación sobre los mismos; *b)* el derecho de posesión de lotes no construidos; *c)* el derecho de propiedad de lotes y, en su caso, la propiedad de la fábrica que se hubiere construido en ellos; *d)* los derechos de propiedad de los titulares que se encontrasen inscritos en el Registro de la Propiedad Inmueble; *e)* el contrato de mandato para la ejecución extrajudicial de la hipoteca; *f)* los actos y contratos que constituyan, declaren, transmitan, modifiquen, limiten o extingan los derechos que son objeto de la inscripción, y *g)* las resoluciones judiciales o administrativas relativas a los derechos inscritos.

De esa forma, con la existencia de un Registro especial para la inscripción de la posesión ejercida en lotes conformantes de pueblos jóvenes y urbanizaciones populares, se abría el expediente para ofrecer —ahora sin mayores inconvenientes— una garantía idónea que sirviera de respaldo a las obligaciones que en un futuro podrían contraerse con el sistema financiero del país.

b. Estructura legal de la hipoteca popular

Ubicada entre los artículos 26 a 29 del título II del Decreto Legislativo peruano 495, la *hipoteca popular* pasó a convertirse, por expresa disposición legislativa, en garantía suficiente para la solicitud de créditos dirigidos a la construcción, ampliación o mejora de inmuebles en pueblos jóvenes, e inversión en actividades productivas (artículo 26 per.).

A diferencia de la hipoteca regulada por el Código Civil peruano, que recae exclusivamente sobre inmuebles de propiedad del deudor (artículo 1099, inciso 1, per.), la *hipoteca popular* toma como objeto de afectación a la posesión. En efecto, según el artículo 27, pueden hipotecarse: *a)* la posesión de lotes y la propiedad de las edificaciones construidas sobre ellos, inscritos en el Registro, o *b)* la posesión de lotes cuyo derecho se encuentre registrado en aquél, considerándose un todo inseparable tanto la posesión de lotes como las construcciones levantadas sobre ellos, mientras se mantenga inscrita la hipoteca.

El vehículo para constituir la hipoteca es un contrato privado, contenido en el formulario registral respectivo. En cuanto a los requisitos para su constitución, bien pueden separarse las exigencias, ya se trate del objeto de la hipoteca o de la obligación que se pretende garantizar. En cuanto a las primeras, que afecte el bien quien aparece en el Registro, ya sea el poseedor del lote y propietario de la construcción, o simplemente el poseedor del lote; y además que recaiga sobre la posesión del lote y la propiedad de la edificación, o sólo sobre la posesión del lote, según la inscripción correspondiente (artículo 28, incisos *i* y *ii*, per.). Tratándose de las segundas, el legislador repite los requerimientos contenidos en el Código Civil peruano (artículo 1099, incisos 2 y 3) para la hipoteca allí regulada, con la única variante de no hacer mención al Registro de la Propiedad Inmueble. Así, la *hipoteca popular* debe asegurar el cumplimiento de la obligación determinada o determinable (artículo 28, inciso *iii*, per.), exigiéndose además que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se proceda a la inscripción respectiva (artículo 28, inciso *iv*, per.).

c. La hipoteca popular ante el supuesto de incumplimiento de la obligación

Los mecanismos puestos a disposición del acreedor ante el incumplimiento del deudor son la ejecución extrajudicial y judicial de la hipoteca.

En el primer caso se exigía que, en el documento constitutivo de la garantía y mediando acuerdo con el acreedor hipotecario, el deudor otorgue poder especial e irrevocable a un mandatario para que éste proceda a la venta del bien. La designación podía recaer indistintamente en un banco, notario público, alcalde, una organización de pobladores o cualquier persona natural o jurídica que goce de la confianza de las partes involucradas. El acreedor estaba imposibilitado para ejercer el encargo, habida cuenta de los abusos que podrían cometerse de tener esta doble calidad.

La ejecución en sede judicial procedía cuando, transcurridos treinta días desde la notificación del incumplimiento por conducto notarial —al deudor y mandatario— y no habiéndose procedido a la venta del bien hipotecado, el acreedor tenía expedito el derecho para ejecutar judicialmente el bien, de acuerdo con las reglas contenidas en la norma (artículos 38 y siguientes, per.).

De esta forma, el acreedor no se encontraba supeditado a una vía única —la judicial— para lograr la satisfacción del crédito impago, a partir de procedimientos lentos y engorrosos, sino que ahora se le permitía un camino más expedito para lograr su satisfacción.

La cuestión adquirió mayor relevancia, puesto que la historia legislativa del país nos mostraba procedimientos distintos en materia de ejecución de garantías, no encontrándose razones de peso que justificaran, por ejemplo, que la prenda se ejecutara extrajudicialmente, reservándose para el acreedor hipotecario sólo el procedimiento judicial. Es decir, la diferencia de trato era tal dependiendo del tipo de garantía que se pretendiese ejecutar.

Esta ineficiencia ha sido resaltada al señalarse que

44

[...] se ha demostrado que los procesos de ejecución de garantías son largos y se prestan al manejo dilatorio por parte de los demandados. Así, se ha convertido en una práctica usual el empleo de recursos sin fundamento que sólo alargan el proceso hasta donde ello sea posible. El propio sistema civil y las prácticas judiciales, entre ellas la del respeto al debido proceso, sirven para extender innecesariamente la ejecución y el cobro efectivo de las deudas.²¹

²¹ GARCÍA GARCÍA, LUIS. "Comentario al artículo 1111 del Código Civil", *Código Civil comentado por los cien mejores especialistas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, t. v, p. 1022. Respecto a la posibilidad de la acción extrajudicial puede consultarse en el mismo libro y tomo: AVENDAÑO VALDEZ, JORGE. "Comentario al artículo 1097 del Código Civil", p. 940.

Si, como escribe un autor peruano, la garantía “cumple su función si logra que el acreedor quede tan satisfecho como si se hubiera producido el cumplimiento normal de la obligación”, convirtiéndola prácticamente —en términos económicos— en una “forma de pago”,²² quedaba claro que la sola ejecución judicial no alcanzaba al cumplimiento de este propósito, por lo cual la ejecución extrajudicial constituía un paso adelante en materia de garantías, aunque tal cuestión, en el terreno de la hipoteca ordinaria, no se presente de manera diáfana.

d. La situación presente

Años después de su entrada en vigencia, la *hipoteca popular* peruana fue expresamente derogada por el apartado octavo de las disposiciones complementarias, transitorias y finales de la Ley 27046, de 1998, de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal.

A pesar de aquel estado de cosas, no han faltado voces en la academia peruana²³ que, vía propuestas legislativas, sugirieron en su oportunidad la modificación del libro V (Derechos reales) del Código Civil para permitir la incorporación de la hipoteca posesoria, a fin de legitimar una situación de hecho bastante extendida en el país, aunque hoy en día atenuada por mecanismos tendentes a la formalización de la propiedad.

c) Hecho ilícito

La posesión también puede ser considerada como un verdadero hecho ilícito.

En primer lugar, en el ámbito civil, frente al feliz término de la acción reivindicatoria interpuesta por el propietario, el poseedor es condenado a restituir la cosa al propietario, indemnizar los deterioros sufridos por el bien y restituir los frutos.

Asimismo, la denominada posesión violenta es calificada por el legislador penal como un delito contra el patrimonio económico. Más exactamente hablamos del hurto de muebles o de la usurpación de tierras (artículos 239 y 261, Código Penal col.). A manera de ejemplo piénsese en lo siguiente: un poseedor violento

²² MEJORADA CHAUCA, MARTÍN. “La ejecución de las garantías reales: el momento de la verdad”, en *Derecho & Sociedad*, Revista Editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, No. 20, texto tomado del blog del mismo nombre, consultado el 4 de julio de 2010.

²³ Es el caso de MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET, quien dentro del esbozo de un nuevo libro sobre derechos reales propuso, en el capítulo VIII, la disciplina normativa de la hipoteca posesoria (*op. cit.*, p. 338). GUEVARA PEZO, VÍCTOR. “Derechos reales: propuestas de enmienda”, *Diez años del Código Civil peruano, balance y perspectivas*, Gaceta Jurídica-Universidad de Lima, Lima, 1995, t. I, p. 400.

—reconocido por la jurisprudencia colombiana como verdadero poseedor— puede ganar por usucapión extraordinaria el dominio del bien.

No obstante, este nuevo propietario podría enfrentarse a acciones penales no prescritas. En efecto, la acción penal del hurto calificado y agravado podría tener un término de prescripción de hasta veinte años, diez años más que el término de usucapión extraordinaria (artículos 83 y 239 a 241 del Código Penal col. mod., y 37 y 51 de la Ley 1142 de 2007 col.).

Sobre el particular, la normativa mexicana nos ofrece una precisión importante: “La posesión adquirida por medio de un delito, se tendrá en cuenta para la prescripción, a partir de la fecha en que haya quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal, considerándose la posesión como de mala fe” (artículo 1155, Código Civil).

4. A manera de conclusión

En una primera parte del trabajo se expuso el papel ortodoxo de la posesión: se reconoce como un medio que conduce a la usucapión. Se trata, pues, de la tesis decimonónica inspirada ampliamente en el Código de Napoleón de 1804, y recogida por gran parte de las codificaciones latinoamericanas; concepción clásica, subjetiva, de la posesión, muy próxima a la presentada por SAVIGNY.²⁴ En este orden de ideas, la posesión se nos presenta como un elemento *sine qua non* del modo conocido como *usucapión*. Hablamos de la posesión separada y enfrentada a la titularidad del derecho real.

Así las cosas, se le niega al poseedor toda titularidad real. En estos términos, la defensa de su posesión es muy limitada. Asimismo, las ventajas patrimoniales que ofrece la titularidad de un derecho real, como el fácil acceso a un crédito, se desconocen por completo: los poseedores no pueden servirse de su posesión para acceder al sistema bancario. Por lo demás, la posesión se presenta como un vehículo nada expedito que conduce a la usucapión una vez cumplido un extenso término. En Colombia, por ejemplo, diez años de posesión irregular sobre un inmueble llevan a la usucapión extraordinaria (artículo 2532, Código Civil mod., Ley 791 de 2002, artículo 6 col.) y cinco años de posesión regular sobre un inmueble conducen a la usucapión ordinaria (artículo 2529, Código Civil mod., Ley 791 de 2002, artículo 4 col.).²⁵

²⁴ Véase SAVIGNY. *op. cit.*

²⁵ Incluso se afirma —en jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano— que “si bien el derecho de posesión es una derivación extensiva del derecho de propiedad, sólo este último y no el primero, es materia de protección de la acción de amparo”. Perú. Expediente No. 198-96-AA/TC. “Jurisprudencia, preguntas Et respuestas jurisprudenciales”, en *Gaceta Jurídica*, año 2, No. 17, 2004, p. 4.

Por otro lado, la posesión es reconocida como un verdadero “derecho real provisional” del poseedor no propietario.²⁶ Por ejemplo, la normativa peruana ubica a la posesión dentro del grupo de los derechos reales principales (título 1, artículos 896 y siguientes, Código Civil), considerándola como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad;²⁷ incluso, como si se tratase de derechos de propiedad o usufructo, se permite gravarla por medio de la figura legal de la *hipoteca popular*, garantía que puede ser ofrecida por los poseedores de lotes de terreno ubicados en pueblos jóvenes. Desde luego, este mecanismo tiene una función social importantísima, ya que acerca las bondades del crédito a sectores de la población deprimidos económicamente, aunque las políticas actuales en materia de formalización de la propiedad muestren un panorama totalmente diferente al existente en tiempos de su vigencia.²⁸

Recuérdese, como lo ha expresado la Corte Constitucional colombiana, que

[...] la falta de titularidad del dominio sobre bienes inmuebles por parte de personas de bajos ingresos dificulta el acceso al crédito, debido a que la propiedad inmueble es la garantía usualmente exigida por el sistema financiero para respaldar las obligaciones crediticias de las personas con bajos ingresos. Así, las personas que más necesitarían acceder a créditos a bajas tasas de interés por sus condiciones de necesidad y sus restricciones de ingresos no pueden hacerlo dentro del sistema formal, por lo cual deberán acudir al sistema informal, el cual es mucho más costoso e implica mayores riesgos.²⁹

Finalmente, siempre controversial, como si se tratara de la obra de STEVENSON: *El extraño caso del doctor Jekyll y el señor Hyde*, la posesión también ofrece un lado oscuro: se reconoce como un delito o hecho ilícito, cuyas consecuencias, incluso, desbordan el plano estrictamente civil. ■

²⁶ Colombia, Corte Constitucional, sentencias T-494 del 12 de agosto de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón, y T-078 del 26 de febrero de 1993, M.P. Jaime Sanín G. En la doctrina véase ENNECCERUS, KIPP y WOLFF. *Tratado de derecho civil*, t. III: *Derecho de cosas*, Bosch, Barcelona, pp. 16 y ss.; MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA. *Comentarios al Código Civil español*, Reus, t. IV, pp. 20 y ss.; MESSINEO, FRANCESCO. *Manual de derecho civil y comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. III, pp. 206 y ss.; DURANTON, ALEXANDER. *Cours de droit français suivant le Code Civil*, Alex-Gobelet Libraire, t. 4, p. 195, y MOLITOR, JEAN. cit. por CURA GRASSI, DOMINGO. *Derechos reales. Posesión*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 46.

²⁷ La Corte Suprema de Justicia peruana, en reiterada jurisprudencia, ha mantenido una línea similar. Entre otras, la Cas. No. 3584-2000-Lima, según la cual la posesión “[...] importa un poder jurídicamente reconocido y protegido por la ley, que al objetivizarse en una situación de hecho, permite la realización de una o más facultades inherentes al derecho de propiedad”; y Cas. No. 282-96, que la considera “[...] el ejercicio de hecho de uno o más de los atributos de la propiedad”; por lo mismo, la posesión que ha sido reconocida judicial o contractualmente, pero que no existe fácticamente, no es posesión”. Perú, “Jurisprudencia, preguntas y respuestas jurisprudenciales”, en *Gaceta Jurídica*, año 2, No. 17, 2004, p. 3.

²⁸ Véase BULLARD G., ALFREDO. “Esquizofrenia jurídica”, *Derecho y economía*, 2a. ed., Palestra Editores, Lima, 2006, p. 80.

²⁹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-078 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.