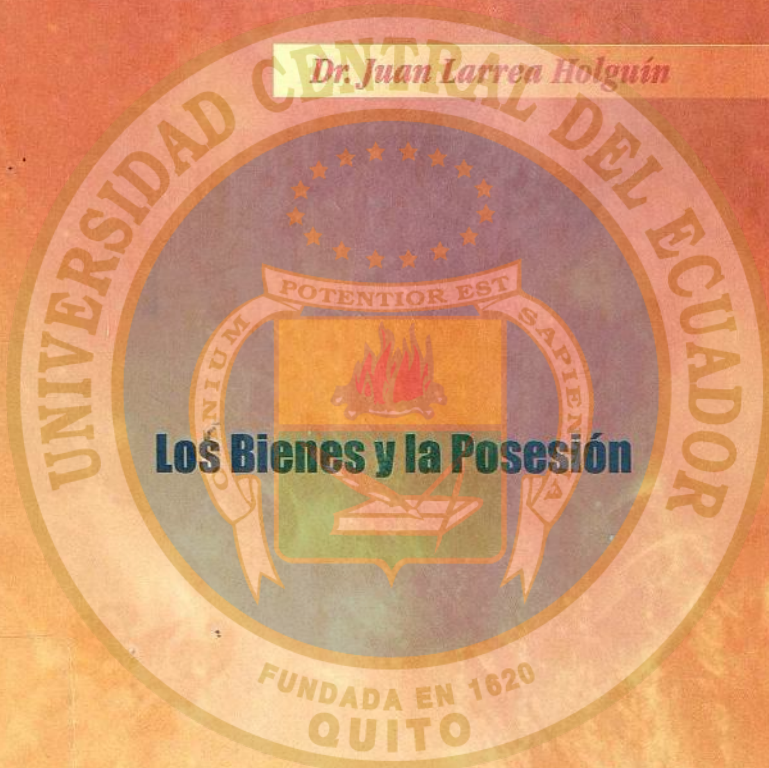




MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR

Dr. Juan Larrea Holguín



Los Bienes y la Posesión

Edición Corregida y Actualizada



CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y
PUBLICACIONES

3 vol.3



**MONSEÑOR
JUAN LARREA HOLGUÍN (+)**

Arzobispo de Guayaquil.

Abogado, Doctor en Derecho Civil y
Doctor en Derecho Canónico.

Ejerció la abogacía durante diez años
y después se ordenó sacerdote.

Fue Vicepresidente del Tribunal
Supremo Electoral.

Asesor de la Presidencia de la
República, de la Corte Suprema de
Justicia, del Ministerio de Agricultura.

Procurador de la Caja del Seguro;
Miembro de la delegación del Ecuador
a la Conferencia de Cancilleres de
Santiago de Chile.

Miembro de la Comisión para preparar
Reformas a la Constitución de la
República.

Profesor de las Universidades Central,
Católica de Quito, Católica de
Guayaquil; en el Instituto de Altos
Estudios Nacionales; en la Academia
de Diplomacia; en los seminarios de
Ibarra y Guayaquil; Miembro de la
Junta Consultiva de Relaciones
Exteriores; de las Academias de la
Historia y de la Lengua.

Autor de más de sesenta libros de
Jurisprudencia, Derecho Civil,
Internacional Privado y Constitucional.

Autor de varias obras de carácter ético
y religioso.

Recibió el título de Doctor "Honoris
Causa" de la Universidad Católica de
Guayaquil; el Premio "Tobar" de la
Municipalidad de Quito y el Premio
Nacional "Eugenio Espejo".

Fue Obispo Auxiliar de Quito, Obispo
de Ibarra y Obispo Castrense.



**ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE
SU VENTA ES PENADA POR LA LEY**

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** “(...) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (...) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones” y **literal vii** “La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad”.

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:

Estante:

Bandeja:

01

07

03

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:



8:03

0-7-60895-2

0-7-60895-3



INVENTARIO

FUNDADA EN 1620
SITIO

Compra Donación Canje

Proveedor ... C.E.P.

Factura 73243 ... Fecha 29-09-12 Precio 20.25

N° Inf. Recp Fecha inf

N° Alta 5136537

Biblioteca GENERAL

346
2353
V-3

Revisado OK

IP: 1608

DR. JUAN I. LARREA HOLGUÍN

UNIVERSIDAD CEN IL
CONTROL DE BIEN.



5136537

**MANUAL ELEMENTAL DE
DERECHO CIVIL DEL
ECUADOR
VOLUMEN III**

LOS BIENES Y LA POSESIÓN

C/ 87050

FUNDADA EN 1620
QUITO

QUITO, 2008

8091 QT

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR Volumen III

Los Bienes y la Posesión
Dr. Juan I. Larrea Holguín

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión

Talleres - CEP

Derecho de Autor No. 029590: 16-sep-2008

ISBN Obra Completa No. 978-9978-86-800-3: 19-sep-2008

ISBN No. 978-9978-86-802-7: 19-sep-2008

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación.

ÍNDICE

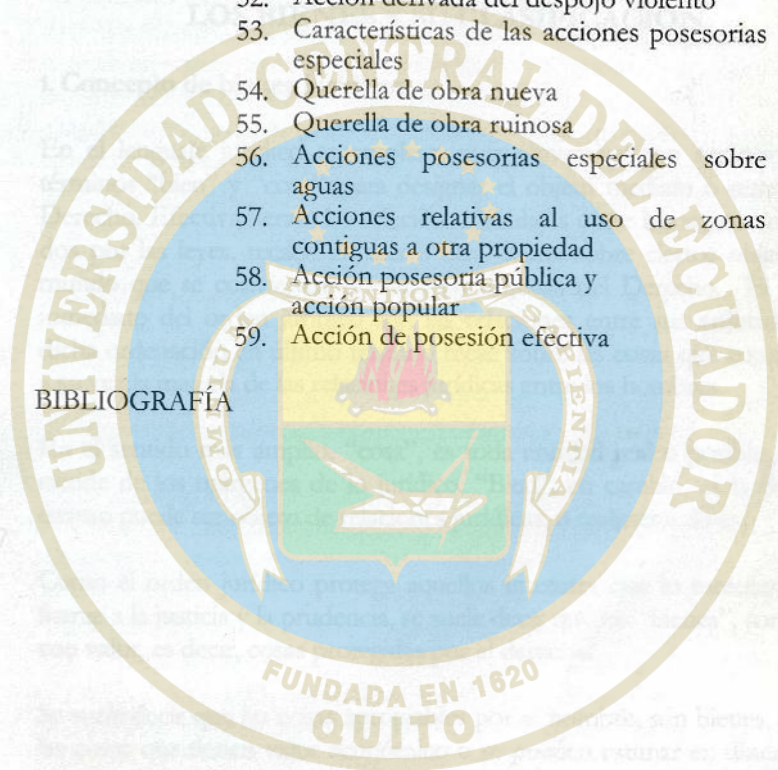
MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR VOLUMEN III

LOS BIENES Y LA POSESIÓN

CAPÍTULO I	LOS BIENES Y SU CLASIFICACIÓN	1
	1. Concepto de bienes jurídicos	1
	2. Divisiones de los bienes y su importancia general	4
	3. Cosas corporales e incorporeales	5
	4. Cosas singulares y universales	7
	5. Cosas simples y compuestas	10
	6. Cosas divisibles e indivisibles	11
	7. Cosas fungibles y no fungibles	28
	8. Cosas principales y accesorias	32
	9. Cosas presentes y futuras	33
	10. Subclasificación de los derechos en reales y personales	34
	11. Cosas comerciables o no comerciables	47
	12. Cosas públicas y privadas	49
	13. De ciertos bienes públicos en especial	56
CAPÍTULO II	LA POSESIÓN	85
Sección 1a.	Cuestiones Generales	85
	14. Noción	85
	15. Teorías sobre la posesión	93
	16. La posesión como hecho o como derecho	102
	17. Unidad de la posesión	105
	18. Posesión de derechos	107
	19. Posesión de mera tenencia	111

Sección 2a.	Clasificaciones de la posesión	114
	20. Clasificaciones de la posesión	114
	21. Posesión natural y posesión civil	115
	22. Posesión mediata e inmediata	116
	23. Posesión de buena fe y posesión de mala fe	118
	24. Posesiones viciadas	127
	25. Posesión con título o sin él	143
	26. Posesión inscrita	154
	27. Posesión regular o irregular	162
Sección 3a.	Evolución de la Posesión en el Ecuador	165
	28. El Código hasta 1956	165
	29. La reforma de 1956	166
	30. Ley de Tierras Baldías y Colonización y Ley de Reforma Agraria	187
Sección 4a.	Adquisición de la Posesión	188
	31. Qué cosas se puede poseer	188
	32. Quien puede adquirir la posesión	189
	33. En qué formas se adquiere la posesión	191
	34. Desde qué momento se adquiere la posesión	202
	35. Pérdida de la posesión	204
Sección 5a.	Efectos de la Posesión	210
	36. Enumeración	210
	37. Presunción de propiedad	211
	38. Derecho a los frutos	215
	39. Compensación de ciertas expensas	220
	40. Fundamento de la prescripción	221
	41. Derecho a la protección pública	221
	42. Obligaciones del poseedor	222
Sección 6a.	Acciones Posesorias	223
	43. Justificación de estas acciones	223
	44. Características generales de las acciones posesorias	226
	45. Objeto de la acción posesoria	243

46. Sujetos de la acción posesoria	246
47. La prueba	252
48. Efectos de la acción posesoria	264
49. Prescripción de las acciones posesorias	265
50. Conservación de la posesión	268
51. Restitución y recuperación de la posesión	272
52. Acción derivada del despojo violento	275
53. Características de las acciones posesorias especiales	277
54. Querrela de obra nueva	280
55. Querrela de obra ruinosa	284
56. Acciones posesorias especiales sobre aguas	286
57. Acciones relativas al uso de zonas contiguas a otra propiedad	289
58. Acción posesoria pública y acción popular	291
59. Acción de posesión efectiva	293
BIBLIOGRAFÍA	299





CAPÍTULO I

LOS BIENES Y SU CLASIFICACIÓN

1. Concepto de bienes jurídicos

En el lenguaje jurídico se emplean normalmente como sinónimos los términos “bien” y “cosa”, para designar el objeto mediató o remoto del Derecho. Efectivamente, las relaciones jurídicas entre los sujetos ordenados por las leyes, recaen en una u otra forma sobre ciertos objetos del mundo que se convierten por ello en **objetos** del Derecho. El objeto inmediato del orden jurídico son las relaciones entre sus **sujetos**, pero dicha ordenación en último término recae sobre las cosas que constituyen a su vez la materia de las relaciones jurídicas entre los hombres.

En el sentido más amplio, “cosa”, es toda entidad real o posible, y trasciende de los márgenes de lo jurídico. “Bien”, en cambio, es la cosa, en cuanto puede ser objeto de relaciones jurídicas, o realmente lo es.

Como el orden jurídico protege aquellos intereses que lo merecen, conforme a la justicia y la prudencia, se suele decir que los “bienes”, son cosas con valor, es decir, cosas protegidas por el derecho.

Se suele decir que las cosas apropiables por el hombre, son bienes. O que las cosas que tienen valor económico o se pueden estimar en dinero, son bienes. Estas ideas son menos precisas. Nuestro Derecho Civil positivo, sin embargo, parece usar cómo sinónimos los términos “bien” y “cosa”, tal como sucede con el lenguaje popular.

La tendencia moderna del Derecho Civil lleva a considerar como objetos del Derecho a las cosas que pueden prestar una utilidad al hombre, que sea digna de la protección legal. En este sentido Borrell dice: “Dos puntos de vista pueden servir a este objeto: uno moral y otro práctico. Por una parte,

los derechos de una persona sobre una cosa, merecen protección de la ley cuando, además de lícitos, son útiles a su titular. Las pretensiones sobre cosas que no se pueden utilizar no son inviolables: ningún perjuicio se causa al que lo pretende si la ley no se aviene a sancionarla". Encuentro muy certero este criterio: los bienes jurídicos, efectivamente, deben proporcionar un verdadero beneficio a su titular, y si no prestan ninguno, su privación tampoco puede considerarse contraria al derecho. Muchas veces la consideración negativa (de la privación de la cosa), puede servir de señal más clara para distinguir si realmente se trata de un objeto jurídico.

Ciertas cosas por su ilimitación -como el espacio universal-, o por su gran abundancia o inmensidad -como el aire atmosférico en general o el mar -, aunque utilísimos para el hombre, no se pueden considerar como "bienes", ya que resulta imposible privar de ellos, y no resulta necesaria la protección del Derecho. Solamente cuando se llega a la apropiación parcial de esas cosas, rinden una utilidad propiamente dicha a un individuo o a una comunidad de personas, y entonces sí se precisa de la protección jurídica y nos hallamos ante auténticos "bienes": una parte del mar puede pertenecer a un Estado; cierto volumen de aire no puede ser infectado sin violación de derechos de un particular; un inmueble ocupa cierto espacio y pertenece a alguien, etc.

Otros entes plantean la duda sobre su verdadero carácter de objetos del derecho o cosas. Alessandri menciona el caso del cadáver, que según algunos autores es una cosa, mientras que otros se niegan a admitir que el cuerpo humano, aún del individuo muerto pueda ser objeto del Derecho, por considerarlo "el resto de la personalidad". De hecho se permite que una persona disponga en vida sobre el destino que se dará a su cadáver; desde la antigüedad, se acepta que en el testamento, o en otra forma, se disponga, por ejemplo, si el cadáver debe ser enterrado o cremado, etc.; y no se ve inconveniente ni jurídico ni moral para que se determine otro empleo o destino razonable, o aún altamente benéfico que se pueda dar al cadáver o a alguna de sus partes. También es comúnmente admitida la práctica de utilizar los cadáveres de personas muertas en accidentes y no reclamados por ningún pariente para las experiencias y clases de medicina. En nuestros días se están ensayando audaces operaciones quirúrgicas de trasplante de órganos de personas que acaban de morir a enfermos que gracias a esto pueden salvar una vida o mejorar su salud. Todos estos

casos demuestran que el cuerpo humano, una vez muerta la persona, sí puede considerarse como un “bien”. Corresponderá a la moral y al derecho fijar los límites de la disponibilidad sobre esta cosa, en una forma adecuada y respetuosa de la dignidad humana.

En cambio, repugna al sentido moral y al sentido jurídico, que se pueda considerar al cuerpo humano, de una persona viva, o a sus partes no separadas de él, como objeto de comercio jurídico, y por tanto, no puede calificársele de ningún modo como un “bien”. Las partes separadas del cuerpo, sí pueden tener valor, utilidad, y considerarse como cosas, por ejemplo, el cabello, para hacer una peluca o un tejido, y aún, ciertos órganos no esenciales para la vida, que pueden ser trasplantados para beneficio de otra persona. También aquí, el problema se presenta más bien como una cuestión de límites entre lo moral y lo inmoral, lo lícito y lo ilícito, pero no se puede excluir de forma radical toda posibilidad de una legítima donación, cesión, etc., de partes del organismo. Nadie podría, verbi gracia, condenar una transfusión de sangre debidamente hecha y motivada. Por el contrario, no se puede admitir aquello que entrañe mutilación grave, pérdidas más o menos permanentes de facultades importantes, sentidos, o elementos orgánicos que afecten a la personalidad misma de un sujeto.

Otros entes suscitan discusión sobre su carácter de cosas, por carecer de corporeidad. Algunos son totalmente inmateriales, como los derechos, y sin embargo, no se pone en duda su carácter de bienes jurídicos. En cambio, otros, cuya naturaleza es menos conocida, objeto de simples hipótesis científicas no definitivamente comprobadas, plantean más graves dudas.

Entre los últimamente mencionados están las energías naturales: el calor, la luz, la fuerza de la gravedad, el peso de un cuerpo levantado a cierta altura (por ejemplo el agua que puede formar una caída cuya energía sea utilizable), etc. Parece que no se debe dudar en reconocer que estas cosas son realmente objetos de derecho, y que no hay inconveniente para enumerarlas dentro de la categoría de las cosas en sentido jurídico. Algunos Códigos modernos, como el italiano (Art. 416) y el filipino de 1949, se refieren expresamente a estos bienes; nuestra legislación especial de aguas, de electrificación, etc., reconoce también ampliamente el carácter de cosas, propio de las energías naturales, cuando pueden prestar una utilidad digna de ser protegida.

2. Divisiones de los bienes y su importancia general

De este breve análisis de algunas cosas cuya naturaleza jurídica se discute, puede deducirse de inmediato la inmensa variedad de bienes, y la necesidad de clasificarlos. Lógicamente, las clasificaciones jurídicas no pueden inspirarse en los mismos criterios de la Metafísica o de las Ciencias Naturales; la clasificación jurídica atiende fundamentalmente a dos factores: el **origen** y los **efectos** de una cosa, situación o relación jurídicas. Las clasificaciones por el origen tienen trascendencia jurídica sobre todo para determinar los elementos constitutivos y las formalidades necesarias, de donde deriva la validez de actos y contratos. Los efectos de una cosa o relación, tienen suma importancia en derecho porque dan origen a las diversas instituciones, o regímenes jurídicos.

El Código Civil de Portugal, de 1967 enumera, una serie de clasificaciones de las que luego trata en detalle. Todas estas clases de bienes son tradicionalmente aceptadas, y constituyen particiones dicotómicas. He aquí como se oponen unos términos a otros:

- Muebles o Inmuebles
- Simple o Compuestos
- Fungibles o No Fungibles
- Consumibles o No Consumibles
- Divisibles o Indivisibles
- Principales o Accesorios
- Presentes o Futuros

A estas categorías habría que añadir otras como las siguientes:

- Corporales o Incorporales
- Singulares o Universales
- Públicos o Privados
- Comerciables o No Comerciales

Naturalmente, muchas de estas grandes categorías admiten subdivisiones internas, así, por ejemplo, las cosas inmateriales, que consisten en derechos, se subclasifican en reales y personales.

Todas las mencionadas clases de bienes son reconocidas por nuestro Derecho Civil y tienen alguna repercusión en la disciplina de las relaciones jurídicas.

3. Cosas corporales e incorporeales

La división más general de los bienes parece ser la que toma en cuenta su naturaleza corpórea o incorpórea. Entendemos por corporal, lo que tiene materia física (no “materia” en sentido metafísico). La característica más sobresaliente de lo corporal consiste en ocupar espacio, y tener por lo tanto cierta magnitud. Lo corporal, además, es normalmente perceptible por algún sentido, ayudado o no de aparatos: cosas corporales o muy pequeñas o muy grandes no pueden apreciarse directamente por los sentidos, pero sí a través de instrumentos, o mediante cálculos. Por consiguiente, adolece de grave imprecisión el artículo 583 de nuestro Código Civil que define las cosas corporales como “las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro”. Los ejemplos son exactos y significativos, pero no se puede admitir la confusión entre lo “real” y lo “corporal”. Todo lo corporal es ciertamente real, pero hay muchas otras cosas perfectamente reales y que no son cuerpos. No se puede negar la realidad del pensamiento; el alma es real, los valores morales y jurídicos, son reales, etc., y no cosas corporales.

Tampoco es exacto decir, como se expresa el Código, que las cosas corporales “pueden ser percibidas por los sentidos”, porque, si bien generalmente lo corpóreo es capaz de producir sensaciones en el cuerpo humano de modo que se conozca a través de ellas, en algunos casos no cabe esta posibilidad de percepción sensible, sin que cambie por ello la naturaleza corporal de las cosas. La indicación del artículo 583, ha de entenderse, pues, en sentido meramente aproximado.

Respecto de las fuerzas de la naturaleza, como la energía magnética o la eléctrica, etc., que algunos autores discuten si son o no cosas, más bien puede plantearse si son cosas corporales o incorporeales. La naturaleza íntima de estos entes resulta bastante misteriosa en el estado actual de las ciencias; pero para los efectos jurídicos considero que deben tenerse por cosas corporales, ya que sus efectos lo son y se adaptan a ellas los diversos

modos de transferir el dominio y de ejercer los derechos, propios de los bienes de aquella especie.

La importancia de la clasificación de las cosas en corporales e incorporeales ha variado con el tiempo, y ha repercutido en el contenido mismo de la división. Planiol y Ripert indican que mientras en el Derecho Romano la distinción entre res corporales y res incorporeales tenía una gran importancia porque las primeras se adquirían por medios que eran inaplicables a las cosas consistentes en derechos; existía una separación absoluta entre el campo de los contratos y el campo de la propiedad. Pero en el derecho moderno el contrato actúa sobre propiedad y sobre los derechos reales, de donde, las aplicaciones prácticas que habían conducido a los romanos a adoptar esta división han desaparecido. Efectivamente, en el Código Portugués de 1967, ya no se menciona tal clasificación, a pesar de ser esta ley excesivamente minuciosa y afecta a las divisiones. Pero, en cambio, no es aceptable para el sistema jurídico ecuatoriano la antedicha observación, ya que nuestras leyes sí distinguen profundamente diversos tipos de transmisión de la propiedad, y no aceptan la enajenación, de bienes raíces mediante simple contrato. También la posesión de los bienes corporales tiene muy distinta naturaleza de aquella de los incorporeales, lo cual manifiesta una vez más la profunda diferencia entre ambas clases de cosas.

Como bien anota Alessandri, hay modos de adquirir que solamente se aplican a los bienes corporales, así la ocupación y la accesión sólo proceden respecto de esta clase de cosas. En otros casos, aunque el mismo modo de adquirir puede aplicarse a las dos categorías de bienes, sin embargo, se rigen en uno u otro caso por normas muy distintas, tal es el caso de la tradición y de la prescripción. El motivo profundo de esta variedad de regulación legal radica precisamente en la naturaleza jurídica diferente de las cosas corporales y de las que no lo son.

Ahora bien, en nuestro sistema jurídico, la clasificación divide a las cosas corporales de los **derechos**; estos últimos constituyen la categoría de lo incorporal. Lo mismo sucede en el Derecho Francés y en muchos otros. Pero con razón se ha criticado esta manera de aplicar la división. Planiol y Ripert señalan que esta clasificación, así entendida, no es legítima, porque no distingue las partes de un todo, sino que separa el derecho del objeto sobre el cual recae. El derecho -cosa inmaterial-, efectivamente, se ejerce

sobre alguna cosa material, de tal suerte que en todo bien se podría considerar su aspecto material y su aspecto inmaterial, de donde la clasificación perdería su valor jurídico y se reduciría a una apreciación ideológica.

Por las razones indicadas, se abre paso en el derecho contemporáneo otra concepción de esta clasificación. Se suelen considerar como cosas inmateriales o incorpóreas aquellas que son **fruto preeminente del ingenio humano** y que no tienen una manifestación exterior sino indirecta o en su ejecución, como es el caso de la propiedad científica, literaria, artística, industrial, etc. En nuestras leyes especiales se trata de estas especiales cosas incorpóreas, pero el Código Civil no sigue esta nueva tendencia, sino la tradicional clasificación.

La controversia doctrinal que ha provocado la mencionada clasificación ha conducido a la legislación alemana y a la doctrina de ese país, a suprimirla. El Código Germano, en lugar de hablar de cosas incorpóreas, reconoce la figura jurídica de los “derechos sobre derechos”, por ejemplo el usufructo de un crédito, prenda sobre un derecho, etc. También el moderno Código Portugués sigue esta dirección, que parece más práctica que la de nuestra ley.

4. Cosas singulares y universales

El Código Civil no clasifica expresamente las cosas en singulares y universales; tampoco lo hace ninguna otra ley. Pero esta división sirve de base para importantes regulaciones jurídicas.

La disposición del artículo 15, que somete las cosas a la ley internacional de su situación, se refiere sin duda a las que se consideran como singulares, pero no es aplicable a las universalidades, y particularmente a la herencia. A este respecto, el Código Colombiano contiene, como casi en todo, disposiciones muy parecidas a las del nuestro, por estar inspirados ambos en el de Bello; y el Tratado de Derecho Internacional celebrado entre ambas Repúblicas en 1903, hace la salvedad expresa de que la regla de la situación de las cosas, “*Lex rei sitae*”, no se aplicará a las sucesiones por causa de muerte.

En la misma materia sucesoria, nuestro Código distingue netamente la asignación de la universalidad de los bienes del causante, de la disposición o asignación de una cosa singular; el primer caso se refiere a las herencias, y, el segundo constituye un legado; ahora bien, una y otras instituciones se rigen por principios y reglas bastante diferentes. Es, pues, en esta materia, donde resalta más la diferencia entre cosas singulares y universales.

El Código Italiano define qué se ha de considerar como una “universalidad de cosas muebles”: “la pluralidad de las que pertenecen a la misma persona y tienen un destino unitario”. Aunque esta definición se refiere solamente a las cosas muebles, es interesante destacar los dos elementos que exige, y que son aplicables también a las universalidades en general, sean de muebles, inmuebles o de ambas clases de bienes. Esos dos elementos constitutivos de la universalidad son: a) el pertenecer todas las cosas que la forman al mismo dueño; y, b) tener un destino unitario.

El primer elemento es más fácil de apreciar y de aplicar. El sujeto activo de los derechos, les confiere una unidad. Si todas las cosas que forman un conjunto, son de la misma persona, el vínculo jurídico dimana precisamente de la común pertenencia al mismo individuo. Con todo, este concepto admite alguna excepción: no siempre la universalidad supone que la propiedad de todas las cosas que la componen pertenezca al mismo titular; bien puede ser que integren la universalidad de bienes que correspondan al sujeto unos en propiedad, otros en posesión o por mera tenencia.

Más difícil resulta la determinación de lo que es un “destino unitario”. Naturalmente no bastaría la simple intención personal de destinar un cúmulo de cosas a una finalidad, si esa voluntad subjetiva no se manifestara en alguna forma hacia los demás. Pero ni siquiera cualquier determinación individual, aunque se notifique al público, es suficiente para constituir una unidad universal integrada por varias cosas singulares; hay manifestaciones de voluntad que son intrascendentes a este respecto; por ejemplo, un deudor no puede por su solo querer producir el efecto de que ciertos bienes suyos garanticen una deuda, o dejen de garantizarla. Por el contrario, hay ciertos hechos o actos jurídicos, independientes de la voluntad de un sujeto de derechos que pueden modificar la situación jurídica de sus bienes. Así por ejemplo, si un comerciante es declarado en quiebra, el patrimonio de esta persona adquiere una unidad especial en cuanto todos

sus bienes serán en adelante administrados por el síndico de la quiebra y se destinarán al pago de los acreedores; o si una persona está ausente largo tiempo y se nombra un curador de los bienes del ausente, estos bienes adquieren también una calidad de cosa universal, y nótese que aún pueden ser solamente una parte de los bienes que pertenecen al ausente, esto es, los situados en el país, y aún dentro de ellos puede separarse una porción destinada especialmente al pago de los créditos de los extranjeros, viniéndose así a constituir como un patrimonio especial, otra universalidad.

Diremos, pues, que hay una cosa universal siempre que se establece un vínculo jurídico suficientemente fuerte entre varias cosas singulares, tal que las constituya en un estado o estatuto jurídico especial, todo lo cual sucederá por efecto de la unidad de titular (unidad subjetiva), a la que se sumen ciertas circunstancias que las leyes aprecian como suficientes para constituir la unidad.

Desde luego hay que tener en cuenta que el vínculo que reúne las cosas singulares en esta nueva realidad jurídica que es la cosa universal, ha de ser un vínculo no físico; si sucediere lo contrario nos hallaríamos ante una cosa compuesta o ante la adjunción, mezcla, u otra forma de accesión.

Nos estamos refiriendo a lo que la doctrina suele llamar “universalidades de derecho”, porque las cosas “universales de hecho” deben más bien considerarse cosas compuestas. Una biblioteca, un rebaño, tiene una cierta unidad física, y pueden calificarse de “universalidades de hecho”, pero más exactamente son cosas compuestas, ya que el vínculo es más físico (de lugar, organización, etc.), que jurídico.

En cambio, ejemplo típico de universalidad de derecho es la herencia. Esta puede comprender cosas muy diversas, situadas en distintos lugares, aún en diversos países, sin embargo, por pertenecer a un mismo sujeto (o grupo de sujetos) y estar sometida a un estatuto jurídico especial, se considera una cosa universal. Otro caso similar tenemos en los peculios del hijo de familia, que comprenden ciertos bienes cuya administración y usufructo se rigen por especiales reglas, y están destinados o al mantenimiento del hijo, o de la familia, o a acrecentar un patrimonio determinado.

En ambos ejemplos se puede apreciar el predominio de la voluntad legislativa en cuanto a la constitución de la cosa universal. Esto lleva a algunos autores, como Valencia Zea, a definir la cosa universal como “un conjunto de derechos patrimoniales establecidos por la misma ley y destinados a un fin jurídico especial”

5. Cosas simples y compuestas

A diferencia de la división anterior que tiene un fundamento esencialmente jurídico, ésta se basa en la naturaleza física de las cosas. Toda cosa creada tiene algún género de composición: materia y forma, esencia y existencia, sustancia y accidentes, etc. Pero al Derecho le interesa solamente la simplicidad o la complejidad más fáciles de ser apreciadas directamente y mediante una percepción sensible. Así, descendiendo a las cosas puramente corporales, que sin duda tienen siempre una composición física (aparte de la metafísica) de moléculas, átomos, electrones, etc., y frecuentemente incluso tienen partes que se pueden distinguir localmente: lo de adentro y lo de afuera, lo de arriba y lo de abajo, lo central y lo periférico, etc., el sentido común distingue entre ellas unas que califica de “simples” y otras que considera “compuestas”. Un animal o una planta son todo un universo de complejidad, pero comúnmente se consideran cosas simples. En cambio, la reunión de cosas simples que por cierto vínculo físico llegan a formar una unidad superior, da origen a la cosa compuesta, así una hacienda está compuesta de sus terrenos más sus edificaciones, los ganados, las siembras, los árboles, las aguas, etc.

El Código Civil portugués dice que “se tiene por cosa compuesta, o universalidad de facto, la pluralidad de cosas que, perteneciendo a una misma persona, tienen un destino unitario”. Considero que la cosa compuesta, de suyo, no exige la pertenencia a la misma persona, y que la unidad de titular debe reservarse como elemento indispensable de las universalidades de derecho, mas no de las de hecho, es decir de las cosas compuestas. Un carruaje que pertenece a una persona forma cosa compuesta con los caballos unidos a él, y que pertenecen a otra, que, por ejemplo los presta o los arrienda.

La unidad o la composición de las cosas, desde el punto de vista jurídico, dependerán principalmente de la **común apreciación** de las cosas, en la

que entra en consideración preferentemente el uso que pueda hacerse de las partes separadas de la cosa, o de su valor comerciable. Así, por ejemplo, en una máquina en funcionamiento prevalece el concepto de unidad, se puede decir que es una cosa simple; pero si se desmonta con la intención de vender sus piezas como repuestos o como chatarra, entonces ya no es una cosa simple sino compuesta de dichas partes, destinadas a ser totalmente separadas y destinadas a usos diferentes.

Como se desprende del ejemplo anterior, también en esta división que es de mero facto, interviene en mayor o menor medida la voluntad del hombre, y no puede ser de otra manera, ya que las cosas jurídicamente consideradas tienen valor en cuanto sirven al hombre.

6. Cosas divisibles e indivisibles

En abstracto, toda cosa compuesta es divisible, porque así como se compone de partes, estas partes pueden separarse y dividirse, así la cosa. Y como hemos dicho que todo lo creado es, bajo algún aspecto por lo menos, compuesto, por conclusión evidente resulta que todo es también divisible. Pero hay muchas clases de división y solamente algunas de ellas y en cierta medida, interesan al Derecho.

En primer lugar, tenemos divisiones puramente de razón, intelectuales, con mayor o menor fundamento en la naturaleza de las cosas, y estas divisiones sí interesan al derecho. Así, por ejemplo, la división matemática abstracta, por cuotas, tiene enorme interés jurídico: gracias a ella se puede hablar de copropiedad, de compañías por acciones, etc. En cambio, otras divisiones puramente especulativas, sin aplicación práctica a la vida de relación jurídica, tampoco interesan a la Ley.

En cuanto a las divisiones físicas, no sabe el hombre hasta qué punto puede llegar la potencialidad efectiva de dividir la materia. Esa potencialidad está limitada por las dimensiones inmensamente grandes o inmensamente pequeñas de las cosas, así como por la magnitud de su dureza o cohesión. Pero también en este aspecto el Derecho adopta una actitud eminentemente práctica, es divisible físicamente una cosa cuando se puede separar sus partes usando los medios ordinarios de que dispone el hombre, y obteniéndose un resultado útil, es decir, que no acarrea des-

trucción o inutilidad de la cosa o de sus partes. En este sentido, es indivisible una estatua de mármol, que si bien puede reducirse a pedazos pequeños, no admite división jurídicamente hablando porque partirla equivale a destruirla.

Nuestro Código no menciona directamente la clasificación de las cosas en divisibles e indivisibles, pero el artículo 1540 dice: "La obligación es divisible o indivisible, según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota". La divisibilidad es pues más bien una noción de uso común que el derecho asume para sus fines.

La Ley declara **indivisibles** cosas que de suyo lo son, en la práctica común de la vida. Esta indivisibilidad por mandato legislativo puede provenir o bien de consideraciones económico-sociales, como en el caso de la prohibición de subdividir fincas agrícolas de superficies menores de 5 hectáreas (antigua Ley de Reforma Agraria, Art. 42), o del concepto mismo del derecho que recae sobre la cosa, como sucede con la hipoteca.

En cambio, la facultad de convertir una cosa en indivisible **por voluntad privada**, sea unilateral o por convención está limitada. No se puede pactar indivisión por más de cinco años, aunque sí se puede renovar sucesivas veces el mismo convenio de mantener indivisa una propiedad, o un conjunto de bienes. El espíritu de la Ley es el de evitar gravámenes permanentes o limitaciones indefinidas del derecho de disponer y enajenar una cosa; la misma Constitución de la República en varias de sus redacciones ha declarado que "No habrá bienes inmuebles que a perpetuidad sean inalienables o indivisibles" (Art. 52 de la Carta de 1967).

La clasificación de las cosas en **muebles e inmuebles** es una de las más importantes y llenas de consecuencias jurídicas. Tiene una base en la naturaleza misma de las cosas, pero se ha elaborado posteriormente mediante una serie de ficciones que alejan bastante de la realidad material, para llegar a un cuadro eminentemente jurídico.

Como las palabras mismas lo indican, **mueble** es, en principio, lo que puede ser movido o de hecho se mueve; e **inmueble**, lo que está fijo, sin movimiento ni actual ni posible.

Se toma en cuenta para esta clasificación, el movimiento local: el desplazamiento en el espacio. No cuentan para nada las otras formas de movimiento, como son el cualitativo o cuantitativo, el crecimiento o disminución, la adquisición o pérdida de accidentes o de nuevos modos de ser, etc. Más aún, dentro de los movimientos físicos de traslación solamente importan para el Derecho aquellos que son relativos, parciales y dotados de una cierta rapidez; no se considera el movimiento de todas las cosas juntamente con la Tierra o el sistema solar, ni los movimientos físicos locales de desplazamiento lentísimos como los de los continentes, ni los imperceptibles como los de vibración de un puente, o los pequenísimos como el hundimiento de un terreno.

En las etapas más primitivas de la vida humana probablemente la propiedad se ejerció sobre todo, o exclusivamente, sobre cosas muebles, dada la vida errática de entonces. Solamente cuando los pueblos se convierten en sedentarios, la propiedad del suelo adquiere todo su valor. En la Edad Media llegó a su cúspide la importancia atribuida a la propiedad de la tierra, ya que sobre ella se asienta y estructura el mismo orden social y político; y la consideración del Derecho llega a ser tan exclusiva, que a las cosas móviles apenas se reconoce valor, y quedan bastante marginadas de la regulación jurídica. La clasificación de las cosas en muebles e inmuebles toma incremento por obra de los estatutarios, que someten las primeras a la ley personal de su dueño y las segundas a la de su situación. Los diversos sistemas de registro de la propiedad raíz han contribuido también en la Edad Moderna a diferenciar ambas clases de bienes. En cambio en los últimos años la clasificación ha perdido algo de su importancia, sea por la transformación económica que ha traído consigo la preponderancia de los valores mobiliarios, sea por la extensión del registro a ciertos bienes muebles, o por la aproximación de algunos derechos propios de una sola clase de bienes, como la prenda y la hipoteca.

De todas formas, en la actualidad, la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles, sigue siendo importante. En nuestro sistema jurídico principalmente podemos señalar las siguientes razones: a) Ciertos derechos solamente pueden tener por objeto inmuebles: las servidumbres, la hipoteca, etc.); b) Otros derechos sólo se pueden constituir sobre muebles: la prenda, el préstamo de consumo, la renta vitalicia, etc.; c) El régimen de propiedad de los inmuebles es mucho más formal y controlado que el de

los muebles: las enajenaciones y gravámenes de los primeros se deben inscribir, mientras que las de los segundos, sólo por excepción; d) Los incapaces y las personas que administran bienes de incapaces están sometidos al cumplimiento de especiales formalidades para la enajenación o gravamen de bienes inmuebles; e) En la sociedad conyugal se diferencia netamente el caso de los muebles y el de los inmuebles respecto de su ingreso en el haber social, su enajenación y administración; f) Las reglas de la prescripción son muy diversas respecto de una y otra clase de cosas; g) Las reglas sobre la posesión varían también sustancialmente en ambos casos; h) Hay otra serie de diferencias de orden procesal (por ejemplo en cuanto al embargo, la competencia, etc.), penal (por ejemplo sólo hay hurto de muebles y usurpación de inmuebles), fiscal, etc.

La doctrina reconoce diversas categorías de bienes muebles e inmuebles, es decir, admite que la distinción se funde en varios criterios. Planiol y Ripert hablan de cuatro clases de inmuebles: por naturaleza, por destinación, por el objeto al cual se aplican, y por declaración, agregando que “quizá haya espacio todavía para una quinta categoría relativa a las rentas sobre minas que no encajan en las categorías precedentes y que sólo se consideran inmuebles por anexión o accesión”.

Los códigos generalmente son más parcos en admitir directamente varios fundamentos para la clasificación. El Código Francés sólo se refiere claramente a la naturaleza, la destinación y el objeto al que se aplican las cosas. El Código Alemán, que no hace la distinción teórica de modo expreso, pero sí la tiene en cuenta, se refiere a los inmuebles por naturaleza, y luego a las cosas que “son partes constitutivas esenciales de los inmuebles: los edificios, los productos y las cosas que adhieren al suelo”, y también los “derechos vinculados a la propiedad de un fundo se considerarán partes constitutivas de él”. En cambio, las cosas accesorias, se considerarán muebles. El Código Italiano considera inmuebles al suelo, las vertientes y cursos de agua, los árboles, los edificios y otras construcciones y “en general todo lo adherido natural o artificialmente al suelo”, incluso las cosas flotantes que están ancladas o amarradas de modo permanente al cauce o a la ribera. También admite esta ley los derechos muebles e inmuebles según se apliquen a cosas de una u otra categoría. El moderno Código Portugués combina hábilmente el alemán y el italiano, enumerando las cosas inmuebles por naturaleza y admitiendo el concepto de “partes

esenciales integrantes”, que siguen la misma naturaleza de la cosa de la que forman parte. Los derechos americanos siguen generalmente el influjo del derecho francés, excepción hecha de los de Brasil, Perú y Venezuela, más cercanos en este punto al Código Alemán.

Nuestro Código Civil establece la división de las cosas muebles e inmuebles primariamente para los bienes corporales, artículo 584, y más adelante se extiende el concepto, como por vía de ficción, a las cosas incorpóreas o derechos, artículos 597 y 598.

Como sucede en todo el derecho universal, consideramos al terreno como el inmueble por excelencia. Todas las demás cosas se reputan inmuebles en tanto en cuanto se asimilan, pertenecen o sirven al uso de la tierra. Lógicamente es inmueble tanto la superficie, como el subsuelo.

No deja de ser inmueble la tierra ni siquiera cuando cambia su posición relativa a los territorios circundantes, por el efecto del cambio de cauce de los ríos, por abrirse grietas o quebradas, por cambiarse la situación de zanjas o muros divisorios, y ni siquiera por el fenómeno llamado “avulsión”, por el cual una porción más o menos grande de terreno es trasladada violentamente a otro sitio por la fuerza de crecientes o avenidas. Todos estos movimientos no afectan en lo más mínimo la condición inmueble de la tierra.

En cambio, cuando de un terreno se extraen partes de él y se aprovechan para alguna utilidad desligada del propio suelo, esas partes se convierten en muebles y lo son igualmente por naturaleza. Así, por ejemplo, de un terreno se pueden sacar y vender piedras, o arena, arcilla, o tierra común, esas partes del suelo tienen perfecta movilidad y constituyen cosas muebles.

En la definición misma de lo que son inmuebles, nuestro Código acepta dos clases de inmuebles: los que lo son por naturaleza, y los que lo son por adhesión: El artículo 586 dice así: “Inmuebles, fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles. Las casas y heredades se llaman predios o fundos”.

El siguiente artículo no hace otra cosa que aplicar esta definición al evidente caso de los vegetales. “Las plantas son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones, que puedan transportarse de un lugar a otro”.

Pero el artículo 588 agrega otra clase de inmuebles: los inmuebles por **destinación**: “Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo: las losas de un pavimento; los tubos de la cañerías; los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal de que hayan sido puestos en ellas por el dueño de la finca; los abonos existentes en ella, y destinados por el dueño de la finca a mejorarla; las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo, y que pertenecen al dueño de éste; los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas, y cualesquiera otros vivares, con tal de que éstos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo, o de un edificio”.

La enumeración de ejemplos incluye algunos que son verdaderas partes constitutivas del suelo, y por lo mismo, inmuebles por naturaleza, o por lo menos por adhesión, como en el caso de las losas de un pavimento, los abonos, etc. Pero otros son muebles por naturaleza y se asimilan al inmueble por el destino. En este caso, se requiere una localización en el inmueble y además la voluntad del propietario, del mismo suelo, de destinar tales cosas a la utilidad, explotación, etc., del inmueble.

Finalmente, nuestra Ley clasifica también entre los inmuebles a los **derechos y a las acciones judiciales** para defender los derechos que recaen sobre una cosa material inmueble: “Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercitarse o que se debe. Así, la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble” (Art. 597).

Por consiguiente, el Código Civil reconoce cuatro clases de bienes inmuebles: por naturaleza, por adhesión, por destino, y por ficción.

Las mismas categorías correlativas deben aplicarse a los muebles: algunas cosas por su propia naturaleza pueden ser movidas o se mueven; otras no están permanentemente adheridas al suelo a pesar de tener algún vínculo con él; otras aunque unidas al suelo están destinadas a ser separadas de él; y finalmente, hay también derechos y acciones, que por recaer sobre cosas materiales, muebles, se fingen de igual categoría: muebles.

Sin embargo la doctrina, fundándose en los términos de la Ley, solamente suele referirse a los muebles por naturaleza, por anticipación (destino) y los muebles inmateriales (derechos y acciones).

El artículo 585 define los muebles por naturaleza: “Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptuánse las que, siendo muebles por naturaleza, se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 588”.

Los muebles por anticipación se definen en el artículo 589: “Los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos, como las hierbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aún antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas en favor de otra persona que el dueño.- Lo mismo se aplica a la tierra o arena de un suelo, a los metales de una mina, y a las piedras de una cantera”.

La adhesión a un inmueble constituye igualmente en inmuebles a las cosas que por naturaleza son muebles solamente cuando la adherencia es permanente y llega a un grado de intensidad que realmente se puedan considerar incorporadas las cosas al suelo, edificación, etc.; de tal manera que, la separación momentánea no quita la naturaleza de cosas inmuebles, y en cambio la facilidad de remover una cosa de su sitio habitual hace que sea mueble, como en el caso de un cuadro simplemente colgado de la pared, en tanto que el mismo cuadro empotrado en el muro se convierte en inmueble. Estas reglas figuran en los artículos siguientes: “590: Las cosas de comodidad u ornato que se clavan o fijan en las paredes de las casas y pueden removerse fácilmente sin detrimento de las mismas paredes, como estufas, espejos, cuadros, tapicerías, se reputan muebles. Si los

cuadros o espejos están embutidos en las paredes, de manera que formen un solo cuerpo con éstas, se considerarán parte de ellas, aunque puedan separarse sin detrimento” (14).- “610: Las cosas que, por ser accesorias a bienes raíces, se reputan inmuebles, no dejan de serlo por la separación momentánea; por ejemplo, los bulbos o cebollas que se arrancan para volverlos a plantar, y las losas o piedras que se desencajan de su lugar para hacer alguna construcción o reparación y con ánimo de volverlas a él. Pero desde que se separan, con el fin de darles diferente destino, dejan de ser inmuebles”.

Algunos autores, como Valencia Zea consideran que el concepto de inmuebles por adherencia es poco claro y práctico: “Sin duda -dice-, el concepto de “partes integrantes” y de “cosas accesorias” o “pertenencias” es más técnico que el de “inmuebles por adherencia” o “inmuebles por destinación”. En primer término, es más amplio el concepto de parte integrante de los inmuebles, cuando también los muebles pueden ser cosas compuestas y tener partes integrantes, como sucede con la batería de un automóvil. En el mismo sentido es más pleno el concepto de pertenencia que el de inmueble por destinación, pues una cosa mueble puede ser accesoria no sólo de fincas sino de otros muebles. En segundo término, el nuevo concepto se ajusta más exactamente a la realidad jurídica; no se requiere una ficción, pues las pertenencias son siempre muebles y no inmuebles por ficción”.

Pero en todo caso, el problema radica en la estabilidad de la unión, sea por adhesión física o por destino intencional. Hay cosas que están permanentemente adheridas al suelo, otras entran a formar parte física del suelo, mientras que una tercera clase de cosas sólo están temporalmente unidas a la tierra.

En el caso de las **construcciones**, generalmente se las considera estables, permanentes, y por lo mismo inmuebles. Pero ni siquiera en este ejemplo, se pueden entender las cosas en un sentido demasiado absoluto. Hay algunas construcciones que consisten en simples modificaciones del mismo terreno, como un pozo, un túnel, una acumulación de tierra o de piedras, un terraplén, etc. Luego está el caso de los puentes, alcantarillas, diques, acueductos, casas, galpones, etc. Y en estos últimos ejemplos, mucho dependerá de los materiales que se empleen y del destino de la

construcción: muy diverso es un edificio de mampostería de ladrillo o de cemento armado, y una barraca de madera, cartón, papel, etc. Finalmente, una tienda de campaña es esencialmente mueble.

Algunos accesorios de ciertas construcciones pueden dar lugar a duda, y han sido a veces objeto de decisiones jurisprudenciales. Así, por ejemplo, los durmientes, rieles y todas las obras de arte de un ferrocarril, son inmuebles, según la jurisprudencia chilena. En igual forma habría que resolver sobre el carácter de las líneas telegráficas o telefónicas instaladas sobre postes o enterradas.

La jurisprudencia chilena está dividida sobre el punto de si la construcción hecha en terreno ajeno deba o no considerarse como mueble o inmueble, pero si el ocupante del terreno tienen algún derecho a título de arrendatario, poseedor, etc., entonces las reglas de la accesión quedan profundamente modificadas, y por lo mismo se debe también apreciar de otra manera la calidad de las cosas adheridas al terreno, ya que éstas podrán ser desmontadas y transportadas, y resulta más lógico considerarlas como muebles.

Borrell recuerda sentencias españolas que han declarado inmuebles a las casetas de madera que se instalan en los balnearios y en cambio, mueble un teatro construido por el arrendatario del terreno. Esto demostraría la importancia que tiene en la determinación de la naturaleza de la cosa, el derecho a perpetuar la unión con el suelo, o la carencia de esa estabilidad.

Planiol y Ripert señalan que las tuberías para conducir agua son también inmuebles por naturaleza y no solamente por destinación, a pesar de que el Código Napoleón, como también lo hace el nuestro, las colocan entre los inmuebles por destino. La misma observación debe hacerse respecto de las instalaciones de gas, electricidad, teléfono, etc. Las tuberías de instalación subterránea constituyen, con el suelo en el cual están soterradas, un inmueble por naturaleza, y esto aunque hayan sido colocadas por un poseedor a título precario, y no por el propietario del fundo. Como señalan los mencionados autores, aún pueden constituir dichas instalaciones un inmueble separado e independiente.

Si la adhesión física ocasiona graves problemas, mayores son los que suscita el concepto de **destinación**. La dificultad de la aplicación práctica de este criterio ha llevado a sostener que se trata de un concepto demasiado artificial, e inútil. De hecho algunos Códigos modernos como el alemán, el portugués, etc., han renunciado a esta categoría tradicional.

No estoy conforme, sin embargo, con la opinión de quienes sostienen que “bastaba con establecer que los accesorios muebles de un fundo, destinados a su explotación, no pueden ser separados del mismo sin voluntad de su propietario, cuando el predio y los accesorios pertenecen a una misma persona”, como si no hubiera otra razón para fundamentar la categoría de los inmuebles por destinación. En realidad, las cosas parecen mucho más complejas: el conjunto de relaciones jurídicas que se pueden trabar en torno a estos objetos pueden ser complicadas, algunas de ellas no dependerán en absoluto de la voluntad ni del propietario del suelo ni del de las cosas accesorias si es distinto del primero. Todo esto conduce a juzgar razonable que se mantenga la categoría de las cosas inmuebles por destinación, aunque en la práctica puedan presentar problemas de calificación.

La cuestión relativa a quien puede “inmovilizar” las cosas por su destinación se soluciona de diversas maneras. En el derecho francés predomina la interpretación más fiel a la letra de la ley, en el sentido de que sí tiene importancia para estos efectos el ser o no propietario de la finca y de las cosas que se destinan a su explotación, servicio etc. En principio, es el propietario de una y otras quien puede inmovilizar a ésta; también puede destinarlas permanentemente el arrendatario, usufructuario, etc., es decir el que dispone de algún derecho también de cierta estabilidad en el predio. En cambio, la situación de un mero tenedor, o precarista, resulta mucho más confusa, y solamente se aclara distinguiendo la relación con el propietario del suelo o frente a terceros: respecto del primero no habrá inmovilización, pero sí frente a terceros, ante los cuales el tenedor o el poseedor ocupan la situación de dueños de la cosa.

Sentencias españolas, afirman que las máquinas puestas por el dueño del local se consideran inmuebles y por ello quedan afectadas por la hipoteca del fundo; pero si son propias del arrendatario de una finca alquilada para fábrica, son cosas muebles, por lo cual el propietario puede reivindicarlas

en tercería de dominio si se embargasen por deudas del propietario de la heredad.

En nuestro derecho positivo, por regla general no se requiere que la destinación sea hecha por el mismo dueño del terreno, ya que la ley exige esta coincidencia solamente en algunos casos: para los utensilios de labranza o minería, y los animales destinados al cultivo o beneficio de una finca (inciso 4 del Art. 588), los abonos existentes en ella (inciso 5), las prensas, calderas, máquinas, etc., que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo (inciso 6). Empero, como el artículo 588 contiene una enumeración solamente a modo de ejemplo, me parece que debe extenderse a todo otro caso semejante la condición de que tales accesorios "sean puestos en la finca por su dueño", para que se produzca una verdadera incorporación a ella y la consiguiente "inmovilización" o conversión de los muebles en inmuebles por destinación. El hecho de que el mismo artículo 588 en otros casos no mencione la circunstancia de ser el dueño quien ponga ciertos muebles en la heredad, para, que se hagan inmuebles, se explica porque en esos otros casos en los que no se exige dicha circunstancia, nos hallamos más bien ante inmuebles por naturaleza: cosas que han entrado a formar parte del mismo suelo, por ejemplo, las losas de un pavimento. En este último caso, nada importa quién las haya colocado, porque tampoco es preciso averiguar o presumir la intención, ya que existe el hecho físico unívoco de la incorporación al suelo.

En cambio, una característica en la que todos conviene consiste en la **estabilidad** de la incorporación; sin ella, no habría inmovilización. Pero no es necesaria una perpetuidad absoluta, sino que basta una estabilidad razonablemente apreciable.

Desarrollando este pensamiento, Planiol indica que aunque la ley no lo diga, suele admitirse que para la inmovilización de maquinarias, utensilios, etc., se requiere una adaptación del edificio, el cual debe ser especialmente construido o adaptado para la colocación de aparatos u otros implementos. "Así, dice, los bastidores de los tejedores y otras máquinas más o menos portátiles, que pueden guardarse en una habitación cualquiera, no resultan inmuebles por destinación en el caso del tejedor que habita su propia casa. Son muebles a mayor abundamiento, las herramientas manuales que un obrero puede transportar consigo. Pero cuando el edificio



ofrece por su modo de construcción un carácter netamente industrial, que lo haría impropio para otros usos, ha de decirse que la inmovilización no alcanza solamente las piezas grandes de su maquinaria, sino que se extiende a todo lo que encierra, por mueble que sea, como, a guisa de ejemplo, las herramientas menores, los camiones, vagonetas, caballos, etc.". En apoyo de esta tesis existe abundante jurisprudencia francesa. Parece que debe aceptarse esta manera de explicar las cosas, pero teniendo en cuenta la adecuación del inmuebles no constituye mas que un indicio de la voluntad del propietario de destinarlo permanentemente, o establemente a una industria, producción o ramo de explotación comercio, etc., determinados. Es esa voluntad, manifestada por medio de hechos, la determinante y decisiva.

No se trata de una simple localización, aunque estable, más o menos caprichosa, sino que se requiere que exista una razón objetiva de utilidad o de necesidad de esos accesorios para el "uso, cultivo o beneficio" de la finca, como dice la Ley. Desde luego que basta cualquiera de esas tres formas de utilidad para que los muebles queden inmovilizados, cumplidas las demás condiciones.

Los diversos géneros de utilidad suficiente para justificar la inmovilización son múltiples. Alessandri cita los siguientes destinos que pueden darse a las cosas dentro de esta finalidad: agrícola, industrial, comercial, doméstico y suntuario u ornamental. Una categoría diversa estaría constituida por el destino minero. Esas varias destinaciones, a su vez, harán aplicables, según los casos, varias leyes especiales correspondientes: agrícola, comercial, etc.

La **terminación** del destino de la cosa fundamentalmente depende de la voluntad del propietario, como afirma Claro Solar. Pero en todo caso, entendemos que dicha voluntad tiene que exteriorizarse mediante hechos significativos, tales como la traslación de la cosa accesoria, o bien su transformación, división, etc., o el cambio de destino de la finca misma, como si, por ejemplo, una casa de habitación en la que hay objetos de uso doméstico, se transforma en establecimiento industrial, entonces las cosas de comodidad u adorno dejarían de tener el carácter de inmuebles por destinación y volverían a su condición natural de muebles.

Pero también, si las cosas inmovilizadas por la voluntad de su dueño son físicamente trasladadas o salen de la disponibilidad de su propietario, aún contra su voluntad, por efecto de un hecho de fuerza mayor, considero que dejan de tener el carácter de inmuebles. Aún en el caso del robo de estas cosas, habría que resolver en el sentido que queda dicho; de otro modo, ni siquiera podría acusar de hurto, ya que no hay hurto de inmuebles.

En cambio, la **separación momentánea** del suelo, no vuelve a las cosas adheridas a él a su condición de cosas muebles. Así lo establece el artículo 591, pero añade: “desde que se separan, con el fin de darles diferente destino, dejan de ser inmuebles”, de modo que una vez más queda claro que la voluntad del propietario tiene un valor generalmente determinante. Planiol opina, por el contrario, que las partes quitadas temporalmente a un edificio para reparación (canales, pizarras, tejas, puertas, ventanas, etc.) son muebles durante el tiempo que permanecen separadas, si bien el punto es discutible, y en general, se admite que siguen siendo inmuebles en el intervalo. Esta última solución es, como queda dicho, la de nuestra ley.

Las **aguas** son muebles por naturaleza pero pasan también a ser inmuebles si se usan permanentemente para un destino, de servicio de un inmueble, lo que es frecuente: por ejemplo para regadío o producción de fuerza industrial, o para alimentar un lago aunque sea sólo de adorno de un jardín, etc. En cambio el agua potable que se distribuye al público en general en las ciudades mediante cañerías públicas o que pertenecen a empresas privadas que hacen ese servicio público, parece que más bien debe considerarse como mueble, por lo menos desde que entra en la red de distribución y puede ser objeto de apropiación por parte de cualquier usuario del servido.

Los **derechos y acciones** se reputan inmuebles cuando recaen sobre cosas materiales de esa índole, pero cuando el contenido del derecho es una acción, es decir, cuando lo que puede exigirse es una acción o comportamiento de otra persona, entonces el derecho se considera mueble.

Igualmente, las acciones judiciales son inmuebles si van dirigidas a reclamar un derecho de igual clase. Planiol señala las siguientes principales acciones inmobiliarias: 1.- La de resolución de una venta de inmueble por

falta del precio; 2.- La de rescisión de una venta de inmuebles por lesión; acción de nulidad de una enajenación inmobiliaria consentida por un incapaz; 4.- La de nulidad fundada en un vicio de consentimiento; 5.- La de retracto en la venta de inmuebles; 6.- La de revocación de una donación inmobiliaria; 7.- La de reducción de una donación inmobiliaria que exceda de la cuota disponible; 8.- La de nulidad de un legado inmobiliario. Se echa de menos en esta enumeración la acción reivindicatoria de inmuebles, y la de apeo y deslinde, entre otras.

Grave dificultad presenta la clasificación cuando se trata de aplicarla a un derecho que a su vez se refiera a un bien incorporal; en este caso no se puede decir que el derecho sea mueble ni inmueble, y no hay más remedio que constituir en regla general que se trata de muebles, mientras no conste claramente lo contrario. Esto sucede, por ejemplo, respecto de las partes sociales.

Finalmente, hay que indicar que algunos derechos y algunas acciones no admiten la clasificación entre los bienes muebles o inmuebles, porque su naturaleza inmaterial y no patrimonial elimina la posibilidad de incluirlos en una u otra parte de la clasificación; así, por ejemplo, la acción de separación conyugal o la de divorcio.

Se ha planteado una dificultad en la interpretación de los artículos 597 y 598 de nuestro Código. El primero declara que “Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe”, y el 597 dice que “Los hechos que se deben se reputan muebles”. Ahora bien, ¿qué decir del hecho de entregar una cosa?, o del hecho de transferir la propiedad de un objeto, o el hecho de cobrar una pensión de arrendamiento, etc. En estos casos, y otros parecidos, tenemos por una parte una acción, un hecho debido, que daría carácter mueble al derecho correspondiente; pero por otra parte, la cosa sobre la que recae el hecho puede ser un inmueble, y entonces, según el artículo 597, el derecho sería inmobiliario.

Pienso que se debe solucionar este problema aclarando el sentido de la ley con los mismos ejemplos que en ella se contienen. El artículo 598 usa un ejemplo sumamente expresivo: “La acción para que un artífice ejecute la obra convenida o resarza los perjuicios causados por la inexecución del

convenio, entra, por consiguiente, en la clase de los bienes muebles”: nos hallamos ante un hecho debido que consiste propiamente en una **acción humana**, una actividad propia del hombre, en la que la cosa material sobre la que ésta recae no tiene tanta importancia como la actividad misma. En cambio, los ejemplos puestos en el artículo 597: la entrega de la finca comprada, el pago de una deuda de dinero prestado: son ejemplos en los que lo que predomina, lo importante es la cosa, y por ello, se determina el carácter mueble o inmueble del derecho, por la naturaleza de dicha cosa.

Pasando a los bienes muebles, los únicos que requieren una especial aclaración son los llamados así “por anticipación”, y que también podrían denominarse “por destinación”, guardando de esta manera paralelismo con la clasificación de los inmuebles.

El derecho, en estos casos, toma en cuenta la naturaleza futura de los bienes muebles, aunque actualmente estén adheridos o incorporados a un inmueble. Los casos más notables son los de los frutos y productos tanto de árboles o plantas, como del suelo mismo. También cita expresamente el Código el caso de los animales de un vivar, los cuales por su destinación presente se fingen inmuebles, pero se pueden someter al régimen de las cosas muebles para los efectos de constituir derechos sobre ellos a favor de otra persona que el dueño.

Mediante este sistema se vuelve en algunos casos a la regla general de tener por mueble lo que puede moverse, dejando de lado los criterios de la adhesión o la destinación al uso o servicio de un inmueble.

La regla resulta muy práctica, porque de otro modo, habría que cumplir con las solemnidades propias de la enajenación de inmuebles para vender sus frutos o productos todavía adherentes al suelo, árboles, etc. Esta es la aplicación concreta más frecuente, y por ello, el artículo 1740 insiste en que aunque para la enajenación de propiedades raíces se requiere escritura pública o auto de adjudicación en subasta pública debidamente inscritos, en cambio, “los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio, y los que materialmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos” a esas formalidades, es decir que pueden venderse simplemente mediante el acuerdo en cuanto a la cosa y al precio entre comprador y vendedor.

En igual forma, se podrían establecer otros derechos sobre esas cosas que si bien actualmente se reputan inmuebles, por ser perfectamente separables, admiten el régimen jurídico de las cosas muebles.

Para la **hipoteca**, el Código ha dispuesto la aplicación de las reglas antedichas, con toda la flexibilidad necesaria: “La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta a los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles según el artículo 588; pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros” (Art. 2412).

El cambio de naturaleza de las cosas que por su destino actual son inmuebles y llegan a ser nuevamente muebles al constituirse un derecho a favor de otra persona distinta del dueño del terreno, edificio, árbol, planta, etc., a que adhieren, puede verificarse no solamente por efecto de un contrato entre el propietario y otra persona, sino también por otra clase de hechos o actos jurídicos. Así, por ejemplo, el artículo 635 del Código Civil establece que los animales bravíos o salvajes pertenecen al dueño de las jaulas, pajareras, conejeras, colmenas, estanques o corrales en que estuvieron encerrados; pero luego que recobran su libertad natural, puede cualquier persona apoderarse de ellos y hacerlos suyos, con tal de que actualmente no vaya el dueño en seguimiento de ellos, teniéndolos a la vista, y que no se contravenga otras disposiciones legales. Ahora bien, aquellos animales mientras pertenecen al dueño de la finca en la que se hallan aprisionados se deben considerar inmuebles, pero cuando se apodera legalmente de ellos otra persona evidentemente cesa su primera destinación y ya no cabe la ficción de que son inmuebles por destinación, sino conforme a su naturaleza se han de tener por muebles, hasta que sean nuevamente puestos en estanques, corrales, colmenas, etc., que los retenga fijos y destinados a un fundo.

Por el contrario, si la propiedad o la posesión de la finca se transmiten, o se restituye a su verdadero dueño, en principio no sufren cambio de situación jurídica las cosas que aunque muebles por naturaleza, se consideran inmuebles por adherencia o destinación al bien raíz. El artículo 949 habla de las cosas que se reputan “inmuebles por su conexión” con una finca que deba restituirse, las mismas, que pasan con la cosa principal al reivindicador. Esos bienes “conexos” entendemos que son los inmuebles por adherencia o por destinación, que no dejan de ser tales por el cambio del

titular de la posesión del fundo. Igual efecto se produce en el caso de compraventa de una finca, según el artículo 1770 que indica que los “accesorios que según el artículo 588 se reputan inmuebles” pasan al dominio del comprador juntamente con la finca. Parecida disposición tenemos también en materia sucesoria, en cuanto a los legados: si se lega una finca, el legado comprende las cosas “que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y que se encuentran en ella”, las mismas que se consideran inmuebles, y continúan siéndolo aunque se transfiera el dominio y la posesión del bien raíz al que sirven (cfr. Art. 1171).

Conformes con la jurisprudencia extranjera tenemos que afirmar que los productos industriales de una fábrica, lo mismo que los productos agrícolas de una finca, que estén aún pendientes, se deben considerar inmuebles para los efectos de la transferencia del dominio de la finca misma o de la fábrica que los produce, pero en cambio, son bienes muebles si se venden separadamente o si se establece sobre ellos otros derechos, como los de prenda. Así se ha resuelto por ejemplo, en los tribunales españoles.

Para terminar estas observaciones sobre los bienes muebles recordemos que el Código Civil menciona en el Título I del Libro II, dos tipos especiales de muebles, o subclases de muebles: **los semovientes** (Art. 585) y **los muebles de una casa**” (Art. 592). Los semovientes se mueven por sí mismos; son los animales exclusivamente, y esto cuando no están inmovilizados, como ya hemos visto. En cuanto a la categoría de “muebles de una casa”, tiene suma importancia también en muchos contratos y en materia de sucesión por causa de muerte (por ej. en el Art. 1149). No define el Código los “muebles de una casa”, sino que el Art. 592 enumera qué cosas no se comprenden en su número: “En los muebles de una casa no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir o de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa”. De modo que indirectamente se indica que los “muebles de una casa”, o los que forman su ajuar son aquellos que propiamente están unidos o destinados a la casa, es decir que deben considerarse inmuebles por adhesión o destino, mientras no se separen de hecho o se constituya sobre ellos algún derecho a favor de persona distinta del propietario.

7. Cosas fungibles y no fungibles

El artículo 593 de nuestro Código establece esta clásica división de las cosas y las define así: “Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles.- A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan.- Las especies monetarias, en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles”.

Ante todo nótese que ésta es una subdivisión de las cosas, ya que solamente los muebles pueden ser fungibles; sólo los muebles se pueden clasificar en fungibles y no fungibles. Esto, según el claro tenor literal de nuestro Código, y también según la mayor parte de las disposiciones legales positivas de otras naciones; pero, tomando el concepto de cosa fungible en el sentido más amplio, que es precisamente el etimológico, no habría mayor inconveniente en aceptar la existencia de bienes raíces fungibles.

Efectivamente, fungible deriva de “fungere”, que significa desempeñar una función, servir para algo apropiadamente, de donde, cosa fungible es la que puede ocupar el lugar o puesto jurídico de otra. Podríamos decir, en este plano etimológico, que cosas fungibles son las que pueden libremente reemplazarse unas por otras. Y este concepto se aplica principalmente al cumplimiento de las obligaciones, es decir que una cosa es fungible cuando es **apta para satisfacer la obligación** que se debe; por ejemplo, se ha recibido un préstamo de dinero, y se puede pagar, satisfacer la obligación, con dinero: con otras piezas de moneda u otros billetes que “fungen” desempeñan el papel o la función de las monedas que se recibieron en préstamo. Nada impediría, pues, que ciertas tierras, un terreno, pueda cumplir la función de satisfacer una obligación en lugar de otro, si tal obligación es tan genérica que no supone la exigencia de tal determinado terreno, sino de uno cualquiera.

Como queda indicado, el verdadero sentido de cosa fungible, radica en su capacidad genérica para satisfacer una obligación, su sentido de cosa indistinta, no individualizada, que puede reemplazarse por otra semejante. Por esto, la definición de origen romano que dice que las cosas son fungibles cuando **se consideran por su número, peso o medida**, resulta muy exacta. Así, el dinero, en su uso corriente, se aprecia por la cantidad, sin

individualizar la moneda o el billete concretos que representen esa cantidad del mismo modo, una deuda de cien quintales de trigo, se paga, se satisface con aquella cantidad de grano, que es cosa fungible, y no se puede exigir la entrega de los mismos cereales, sino de la determinada cantidad de la especie convenida.

Planiol y Ripert, dicen a este respecto que las cosas fungibles son aquellas que pueden reemplazarse “entre sí”. Destacan, pues, estos autores, un valioso concepto, el concepto relativo de lo fungible. Para que algo sea cosa fungible, se requiere que haya otras de su especie, otras que equivalgan y sirvan igualmente para ocupar su función jurídica. Por esto dicen tales autores que las cosas fungibles “gozan del mismo valor liberatorio, porque resulta indiferente al acreedor recibir la una o la otra”.

De aquí que no sea muy preciso el concepto dado por nuestra ley, la que se refiere a la naturaleza misma de la cosa. El Código Civil centra la fungibilidad en la capacidad de satisfacer una cosa una sola vez utilidad, y este concepto es más bien el de las cosas consumibles. Aquello que se destruye o se transforma con el primer uso, es consumible; también se considera consumible el dinero, cuyo uso consiste en circular, y que perece para su dueño cuando lo usa, cuando lo gasta: si bien no se destruye ni se transforma, pasa otras manos al ser usado y subjetivamente, para quien lo gasta, perece. Hay pues, una grave confusión en el artículo 593, ya que lo que se define como cosa fungible, en realidad es lo que con propiedad se debe llamar cosa consumible.

Las cosas son consumibles o no, aisladamente consideradas; no precisa comparación para saber si lo son o no. En cambio, ya hemos visto que la fungibilidad supone la existencia de varias cosas comparables entre sí, reemplazables las unas por las otras: es un concepto eminentemente relativo.

Ciertamente que existe una vinculación entre lo fungible y lo consumible. Generalmente lo consumible en su primer uso, es también fungible. Si algo no puede usarse sin destruirse, no podrá tampoco, por ejemplo, prestarse con utilidad si no se puede devolver otra cosa igual en lugar de la recibida, porque de otra manera de nada serviría el préstamo; así, pues el ser consumible produce fungibilidad. Pero de todos modos resulta

inexacta la definición de nuestro Código, ya que es más propiamente aplicable a las cosas consumibles y no a las fungibles.

La inexactitud se aprecia mejor si se considera que, por ser el concepto de lo fungible algo esencialmente relativo también es muchas veces simplemente convencional. Como observa Borrell, hay cosas que pueden usarse repetidamente y no se consumen, aunque se haga un uso adecuado a su naturaleza, y sin embargo pueden ser consideradas como fungibles: un automóvil de determinada marca e iguales características, un piano en iguales circunstancias, otros muchos objetos fabricados en serie, etc., pueden ser tomados como cosas fungibles. En estos ejemplos, evidentemente, predomina la intención subjetiva.

Alessandri destaca la importancia del **factor subjetivo** en la fungibilidad, señalando que esa voluntad subjetiva de las partes es decisiva en varios casos como en la dación en pago, en la ejecución de las obligaciones alternativas, en la compensación convencional y en el momento de la restitución del depósito irregular. Además de estos casos, sin duda típicos, se puede pensar en muchos otros en los que cabe que las partes convengan en considerar equivalentes varias cosas de la misma especie para los efectos del cumplimiento de la obligación, y en todos esos casos, las referidas cosas se han de tener como fungibles.

Por el contrario también la intención subjetiva puede individualizar a una determinada cosa de aquellas que habitualmente y por naturaleza se tienen por fungibles y sólo se consideran por su peso, número o medida. Un determinado objeto hecho en serie, y que exteriormente no puede distinguirse de otros iguales, puede adquirir el carácter de no fungible, subjetivamente, por ejemplo por el **valor afectivo**, de recuerdo, o histórico que tenga para una persona.

Muy cerca de la clasificación de las cosas fungibles y no fungibles está la división entre las **genéricas y las específicas**. En muchos casos ambos criterios de distinción coincidirán: será equivalente hablar de cosas fungibles o genéricas y de cosas no fungibles o específicas. Pero no hay una identificación total entre ambas categorías.

Lo genérico comprende una naturaleza dentro de la cual existen o pueden existir muchos individuos. En este sentido, tales individuos, genéricamente considerados, se tomarán normalmente como cosas fungibles, que pueden servir igualmente para satisfacer una necesidad o cumplir una obligación.

Por otra parte, lo específico se contrapone a lo genérico, pero admite grados de especificación; es decir que aunque específico frente a una categoría más amplia, puede ser todavía un concepto universal frente a objetos más determinados, individualizados. Así, pues, también en la categoría de las cosas específicas entra una cierta consideración subjetiva, pero no tan predominante como en el caso de la clasificación de las cosas en fungibles y no fungibles. Además, solamente lo específico en último grado, en el grado más preciso y determinado, de mayor especificación, podría confundirse con lo propiamente no fungible; en tanto que, cosas específicas por comparación con una categoría más abstracta bien pueden ser a la vez consideradas como fungibles, por ejemplo, entre los cereales, el maíz, que es un determinado cereal, no cualquiera, pero es fungible porque se debe una cierta cantidad de él.

De hecho, nuestra ley, aplica el concepto de cosas fungibles o no fungibles a ciertas materias, y el concepto de genérico y específico se usa predominantemente en otros puntos del Derecho, aunque no exista una barrera nítida e infranqueable entre unas y otras materias.

Las aplicaciones más típicas del criterio de distinción entre lo fungible y lo que no es, las tenemos en cuanto a los contratos de **préstamo**. El préstamo de cosas fungibles es el mutuo o préstamo de consumo, regulado por el Título XXIX del Libro Cuarto del Código Civil, en tanto que las cosas no fungibles pueden ser objeto del préstamo de uso o comodato regulado en el Título XXVIII del mismo Libro. También en materia de usufructo la distinción tiene importancia, al punto que antiguamente se reservaba el nombre de usufructo solamente al establecido sobre cosas no fungibles y se decía cuasi-usufructo al que recaía sobre cosas fungibles; ahora, aunque se ha unificado las dos instituciones, presentan notable diferencia, sobre todo en lo relativo a la conservación y restitución del bien sobre el que recae este derecho.

En las obligaciones contractuales que suponen la **entrega de una cosa**, adquiere el máximo relieve la distinción de las que son genéricas y de las específicas o individualizadas. Si alguien debe un determinado objeto es responsable de su conservación y no puede excusarse de cumplir la obligación si, faltando a su responsabilidad el objeto perece, pero la desaparición inculpable, le libera de la obligación; en cambio, el **género no perece** de tal manera que la extinción de uno de sus individuos no libera tampoco de responsabilidad a quien tiene que entregar alguno de dichos individuos, pero no uno determinado. Estas reglas valen igualmente para las obligaciones testamentarias y en ellas el causante tiene vasta libertad para considerar subjetivamente lo que se ha de tener por específico o por genérico, viniendo entonces prácticamente a coincidir esta distinción con la que divide las cosas en no fungibles o fungibles.

Para terminar este punto baste recordar el concepto de lo que son propiamente hablando cosas consumibles y cosas no consumibles que está muy cerca de la idea de cosas fungibles o no. Lo consumible parece para su dueño con el primer uso normal; lo inconsumible supone la posibilidad de usar varias veces, durante un tiempo más o menos largo la misma cosa. Típicamente consumibles son los alimentos, el dinero, los combustibles; en cambio no es consumible una casa, un vehículo, etc. La dificultad práctica se puede presentar en la apreciación de lo que es “un sólo acto”, pues si éste tiene una duración considerable puede considerarse como un estado o como una sucesión de actos y dar lugar a la duda de si la cosa que se consume con él poco a poco, es o no consumible.

8. Cosas principales y accesorias

Desde el punto de vista jurídico, son principales las cosas que constituyen el objeto principal del derecho, y accesorias, aquellas otras que participan del régimen jurídico de la principal en razón de cierta adherencia o conexión con ella, de modo que indirectamente, y como por extensión, se les aplican las mismas reglas que a la principal.

Ya hemos visto la enorme importancia de esta clasificación en cuanto sirve de base para considerar a ciertas cosas como inmuebles por adherencia o destinación; en dichos casos lo accesorio adquiere la naturaleza jurídica de

lo principal y se somete, por regla general, al orden jurídico que rige la cosa principal.

Pero, además, la clasificación de las cosas en principales y accesorias tiene otras innumerables e importantes aplicaciones. La **adjunción** es un modo de adquirir el dominio que consiste en que una cosa accesorias se une a otra que se considera principal, dadas ciertas condiciones. En los casos de hipotecas y otros gravámenes sobre la cosa principal, también por regla general, se extienden dichos derechos a las cosas accesorias, etc.

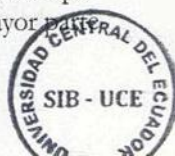
La clasificación es aplicable tanto a las cosas materiales como a las inmateriales. Existen también **derechos accesorios**, o acciones judiciales accesorias. Así, por ejemplo, el que reivindica una finca tiene también derecho a pedir las indemnizaciones que corresponden a frutos no percibidos, a daños causados en la propiedad, etc., y estos derechos son accesorios respecto del principal.

No se puede dar un criterio único para determinar cuál es la cosa principal y cuál la accesorias, salvo que se diga de modo muy genérico que la principal es la más importante desde el punto de vista **jurídico**. Pero ese punto de vista jurídico a veces coincidirá con el valor comercial de la cosa, otras veces, con su función social, o con su utilidad subjetiva para el propietario, otras veces, para el poseedor o el tenedor, o para el vecino, el trabajador, la comunidad, etc. Es decir que el interés que el derecho considera preeminente varía según los casos. De todas formas, son criterios bastante útiles por lo general, el del **valor comercial** o **intrínseco**, y el del **volumen** de las cosas.

9. Cosas presentes y futuras

La mayor parte de las clasificaciones de las cosas se hacen con relación al lugar, al espacio, a su localización permanente o transitoria en él (así las cosas muebles e inmuebles); pero también cabe la distinción temporal para los efectos jurídicos.

Aunque el Código Civil no hace mención directamente de las cosas presentes y de las futuras, sí toma en cuenta esta distinción para varias disposiciones tanto en materia contractual como en la sucesoria. La mayor parte



de los contratos pueden recaer sobre cosas que aún no existen pero que pueden llegar a existir, también se pueden donar, legar o dejar en herencia bienes que aún no se producen o que aún no pertenecen a quien dispone de ellos, y para quien son subjetivamente cosas futuras. En cambio la ley prohíbe ciertos actos de disposición de bienes futuros, así por ejemplo, no se puede hacer donación universal de todas las cosas futuras sin reservarse lo necesario para la vida (Art. 1424), y si se hace donación universal no se extiende a los bienes futuros, aunque el donante así lo disponga (Art. 1425); para la venta de todos los bienes futuros se exige necesariamente la enumeración de todos ellos, o la venta es nula (Art. 1750). En ambos ejemplos se puede apreciar que la ley exige una mayor determinación o especificación cuando se trata de bienes futuros, y es muy lógica esta disposición, ya que el hecho de no existir actualmente o no estar al alcance de los contratantes, los hace de suyo menos conocibles y determinados, y es preciso suplir esa falta con la debida especificación.

El artículo 1141 indica expresamente que el legado de una cosa futura es válido, con tal de que la cosa llegue a existir. Y varias disposiciones se refieren a los bienes que no están en el patrimonio del testador pero que pueden llegar a él, sea mientras vive, o cuando ya se abre la sucesión, y éstas son también cosas futuras para el testador, de las que puede disponer. En cambio, no se puede considerar como cosa futura, la que no es capaz de ser apropiada, o pertenece definitivamente al Estado, los Municipios, etc. (Art. 1133); en todos estos casos, se supone que esos bienes no pueden llegar a ingresar al patrimonio del causante, ni ser adquiridos por los herederos.

Por consiguiente, en todo caso, para considerar una cosa como futura, tiene que ser posible. A veces el grado de probabilidad de que exista o llegue a existir puede ser totalmente incierto, y entonces la cosa futura bien puede ser objeto de un contrato de índole aleatoria, pero si hay imposibilidad de existir o de apropiarse de la cosa, entonces no entra en esta categoría que se aplica solamente a seres reales o posibles.

10. Subclasificación de los derechos en reales y personales

Ya hemos indicado que nuestro Código considera cosas inmateriales a los derechos, y que como tales admiten varias clasificaciones, algunas de ellas,

comunes a las cosas materiales. Pero la clasificación más importante de los derechos, y que originan varios problemas, es la de los derechos reales y personales.

Muchas veces se presenta la clasificación de los derechos en reales y personales como una distinción primaria. Incluso nuestro Código divide a las “cosas incorpóreas” en derechos reales o personales (Art. 594). Pero esta concepción parece insuficiente, puesto que quedarían al margen, como inclasificables numerosas relaciones jurídicas, como los llamados derechos **personalísimos**, que evidentemente no son ni reales ni personales, por ejemplo el de testar, o el que tiene un padre de familia de ser obedecido por sus hijos menores no emancipados. Hay que aceptar que, aunque muy importante, esta clasificación no es más que una subdivisión de otras categorías que hay que distinguir previamente.

Desde luego debemos descartar los **derechos públicos**, internacionales o nacionales, los derechos derivados de la soberanía y ejercidos por los órganos del poder público. Aún dentro de lo privado, tenemos que referirnos a los derechos subjetivos, y dentro de ellos, aceptamos con Valencia Zea la tripartición en: derechos de la personalidad, derechos de familia y derechos patrimoniales. Solamente como una **subdivisión de los derechos de índole patrimonial** resulta aceptable la clásica distinción de los derechos reales y personales. Así, pues, la pretensión de dividir directamente las cosas incorpóreas en estas dos clases de derechos, no es aceptable (cfr. Art. 594).

Varios autores no aceptan la clasificación dicotómica y proponen otras categorías intermedias entre las dos clases o al margen de ellas; por ejemplo, Puig Brutau habla, como veremos más adelante de los derechos *ad rem* y de los derechos *in rem*; Valencia Zea, por su parte, pone junto a los reales y personales otras dos clases de derechos: los universales (principalmente la herencia), y los inmateriales (propiedad artística, literaria, etc.). Pero antes de resolver esta problemática en torno a las figuras intermedias, veamos el concepto mismo de lo que son derechos reales y personales.

Baudry-Lacantinerie explica la diferencia entre los dos clásicos derechos, partiendo con una mentalidad romanista de las correspondientes acciones. “La acción es el medio concedido por la ley al sujeto del derecho para

hacer comprobar con la justicia la existencia de su derecho, si es negado, y para obtener la ejecución de él. Bien considerada la acción se confunde con el derecho que sanciona: es el mismo derecho en estado de lucha, el derecho ejercido en juicio. Ahora bien, se puede saber de antemano contra quien se tendrá que ejercer la acción que constituye la sanción del derecho de crédito, lo será contra la misma persona obligada. Se sabe que la acción deberá deducirse contra tal persona, y no contra tal otra. De ahí le viene su nombre: acción personal, *actio in personam*. En cuanto a la acción real que sirve de sanción al derecho real sin duda será propuesta contra alguien, pues toda acción judicial supone un demandado. Pero el demandado eventual no es conocido anticipadamente: lo será cualquier individuo que, poniéndose en contacto con la cosa impida el ejercicio del derecho: se le demanda para separarlo, como se separa un obstáculo. En tratándose de derecho real, mientras al sujeto de él no se impida el ejercicio del poder sobre la cosa que es objeto de su derecho, todo lo que puede saberse de antemano es que la acción, si hay lugar, se ejercerá respecto de tal cosa, y para hacer respetar el derecho que se tiene en ella...".

Simplificando estos razonamientos se llega, como lo hacen Aubry y Rau a un concepto del derecho real como algo de **carácter absoluto** y el derecho personal como algo fundamentalmente **relativo**. El derecho real se ejercita contra cualquier persona que ponga un obstáculo para que el titular del derecho disfrute de él; por tanto, el sujeto pasivo de esta relación jurídica es potencialmente todo el mundo: todos están obligados a respetar el derecho real, a no apropiarse de él, o impedirlo. En cambio, el derecho personal sólo se puede exigir a un sujeto pasivo, hay un obligado perfectamente determinado.

Como afirma Alessandri, la prerrogativa del derecho real se traduce en el derecho de persecución y en el derecho de preferencia. Según Aubry y Ran, el derecho de persecución es la prerrogativa del titular de un derecho real, para perseguir su ejercicio sobre la cosa misma sometida a él, y contra todo poseedor o detentador de ella. La preferencia, a su vez, hace que pueda excluir del disfrute de la cosa a cualquier otra persona.

Desde otro punto de vista que no contradice sino que complementa lo hasta aquí expuesto, la diferencia entre el derecho real y el personal radica en su mismo contenido, en su **aspecto sustantivo**. El objeto del derecho

real es necesariamente una cosa, mientras que el objeto propio de un derecho personal es una **conducta humana**: un acto o una abstención debidas por una persona determinada. Naturalmente que esos actos humanos debidos, o esa abstención a la que un sujeto está obligado, recaerán también sobre alguna cosa, pero el objeto del derecho personal es directamente el acto o la omisión del hombre, mientras que en el derecho real toma la posición predominante la cosa, frente a la cual, todos los sujetos, todos los hombres deben una actitud más bien pasiva: de respeto al derecho ajeno, sin estar directamente obligados a ningún acto, ni a ninguna actitud de omisión peculiar que sea propiamente una obligación o relación jurídica con el sujeto activo del derecho real; la relación nacerá sólo eventualmente, y anómalamente, si un sujeto cualquiera pretende violar o viola el derecho real, entonces el titular de tal derecho podrá reclamar al que perturba, arrebató o interfiere en su derecho, sea quien sea, entonces solamente puede exigir una conducta determinada de abstención o de restitución, pero su derecho real no “consiste” en eso, sino que solamente así se defiende.

Más accidental todavía resulta la diferenciación entre ambas clases de derechos teniendo en cuenta que el derecho real supone una cosa determinada en especie, mientras que el derecho personal puede aplicarse a cualquier cosa, aunque sea indeterminada; evidentemente no se es propietario de “cualquier cosa”, sino de alguna cosa concreta, en cambio, un derecho personal, un crédito, puede recaer sobre cosas fungibles, reemplazables unas por otras. Desde luego que también hay propiedad y derechos reales sobre las cosas que por su naturaleza son fungibles, pero para el propietario o titular del derecho real sobre ellas, la cosa es perfectamente determinada, y no puede trasladarse sin causa su derecho a otras cosas de la misma especie.

Una última característica para identificar el derecho real, es la facultad de **abandono**, que señala Planiol. El titular del derecho real puede liberarse de las cargas que gravan la cosa renunciando a su derecho. Pero, lógicamente, estas peculiares circunstancias no se darán en todo derecho real, ni en toda cosa sobre la cual existan derechos reales. De todos modos es un criterio válido, aunque accidental, ya que no cabría facultad de abandono en el caso de los derechos personales.

No encuentro aceptable, como criterio para diferenciar, la opinión de Planiol en el sentido de que el derecho real es siempre, y sólo él es susceptible de **posesión**, mientras que sobre los derechos personales, y aún sobre el estado de las personas sólo cabe una posesión en otro sentido, extensivo o analógico. La posesión de un derecho es una noción sumamente debatida y nada apta para fundar o para significar debidamente la distinción entre ambas clases de derechos.

Puig Brutau sintetiza admirablemente el tema: "Entre los derechos reales y los derechos de crédito media, desde un punto de vista estrictamente analítico, la radical diferencia que separa los derechos absolutos de los derechos relativos. Semejante diferencia se cifra en la diversa manera de estar orientadas las facultades del titular. En los derechos reales, éste puede aprovechar directamente el contenido del interés protegido; en los derechos de crédito puede exigir de otro u otros, personalmente obligados, una prestación favorable a su interés. En otras palabras: En el derecho real, el titular puede alcanzar directamente el interés que tiene protegido a base de actuar de manera inmediata sobre la cosa y de que la conducta de los no titulares se halle reducida al mínimo que puede ser calificado jurídicamente, esto es al deber universal de abstención. Por el contrario en el derecho de crédito el interés protegido consiste en la sana conducta perfectamente delimitada y definida que incumbe a otro u otros sujetos de derecho. Esta conducta es el objeto directo de protección jurídica en el derecho de crédito que sólo de manera indirecta o mediata recae sobre el contenido de la prestación debida".

Por una parte la real dificultad de definir lo que son derechos reales y lo que son los derechos personales, y por otra, la existencia de figuras intermedias, como también la tendencia a unificar el sistema jurídico de ambas clases de bienes, han conducido a la formulación de varias teorías que se apartan radicalmente de la clásica concepción de los derechos reales y personales. Algunos quieren reducir toda forma de relación jurídica al esquema de los derechos personales, otros, al contrario, ven el prototipo de todo derecho en los reales, otros desearían cambiar el fundamento de la división, y finalmente, se presentan teorías eclécticas que combinan armónicamente las diversas aportaciones científicas a este respecto.

La teoría llamada **obligacionista** o personalista del derecho real, aparece con caracteres bien definidos en Europa a finales del siglo pasado, y es defendida por notables juristas como Windscheid en Alemania, Ortolán y Demogue en Francia. Afirman ellos que todo derecho sólo puede concebirse como un enlace de sujetos. Es inconcebible, a juicio de dichos autores, que el derecho pueda consistir en una relación entre una persona y una cosa. Esta por sí sola no puede pretender ni obedecer, por lo que todas las facultades que de hecho se tengan respecto de otra persona. Si el derecho real permite al sujeto activo de la relación derivar utilidad de una cosa, la razón estriba en que prohíbe a los demás que interfieran con el expresado goce o derivación de utilidad. Por eso, según la frase célebre de Windscheid “el derecho real sólo contiene prohibiciones”. La diferencia entre los derechos reales y los personales sería artificial, sin verdadera trascendencia, ya que sólo radicaría en caracteres totalmente secundarios y aún arbitrarios, puesto que en el fondo todo derecho sería personal.

En el extremo opuesto se encuentran las **teorías realistas** que pretenden que todo derecho tiene naturaleza real, desconociendo que los personales constituyan una categoría aparte. Sólo históricamente admiten que hayan existido derechos personales, pero en el estado actual del derecho, habrían evolucionado hacia la identificación con los reales. Este proceso se habría producido por una progresiva despersonalización del crédito, paralela con la patrimonialización del mismo. Así, por ejemplo, Gaudemet afirma que sólo hay deudas de patrimonio a patrimonio, sin que importe el titular de dichos patrimonios vinculados por la obligación real. Gazin afirma que el llamado derecho personal no es otra cosa sino derecho real indeterminado en cuanto al objeto sobre el que recae. Saleille pondera la función y la difusión en el derecho contemporáneo de la subrogación personal, que convierte prácticamente a los antiguos derechos personales en verdaderas obligaciones objetivas, en las que poco importa la persona del deudor y con un contenido que debe calificarse de propiamente real.

Como puede apreciarse fácilmente en ambas doctrinas extremas se sobreestiman algunos aspectos que sin duda aproximan la figura del derecho real a la del personal o viceversa. Pero aquellos elementos que suavizan la rigidez de la distinción, no son suficientes para borrar toda una tradición antiquísima y para innovar definitivamente en la estructura de los derechos tal como está conformada también en los derechos positivos modernos.

La distinción sigue, pues, necesariamente en pie, aunque debamos reconocer que no se trata ya de dos categorías absolutamente irreductibles, sino de dos conformaciones jurídicas extremas entre las que caben figuras intermedias, y que admiten puntos de contacto.

Bonnetcase, manteniendo la clasificación de los derechos en reales y personales, trata de dar un nuevo fundamento para ella, apartándose totalmente de la clásica. Según este autor, el contenido de los derechos reales consiste en el fenómeno de la **apropiación** de la riqueza, mientras que el fenómeno económico del **servicio**, se manifiesta a través de los derechos personales. Tampoco parece admisible esta construcción teórica que abandona las raíces históricas que justificaron durante muchos siglos la distinción de ambos derechos; además no parece lo más apropiado fundamentar una clasificación jurídica, en conceptos exteriores al derecho, como los económicos.

Algunos autores, como Barassi, Rigaud, Picard, aprovechan las observaciones formuladas por las nuevas teorías y tratan de enriquecer con ellas el contenido de la clásica distinción de los derechos en reales y personales. El derecho real no puede ser una relación simplemente material entre el sujeto y la cosa, puesto que todo derecho es relación entre personas; tampoco puede reducirse a una vaga obligación de pasividad por parte de todos los hombres. En cambio, se puede configurar el derecho real con un contenido sumamente rico combinando ambos elementos: hay un elemento interno, objetivo que consiste en una suma de poderes, de facultades que hacen lícito el comportamiento del sujeto del derecho usando y disponiendo de variadas formas de la cosa sobre la que recae su derecho, debiendo considerarse ese comportamiento como digno de protección y respeto por parte del orden jurídico; por otra parte, esa suma de poderes tienen una manifestación exterior, en cuanto todos los demás individuos están obligados a reconocer el ámbito de libertad y derecho del titular, y a no perturbarle en el legítimo disfrute de sus cosas.

Las definiciones que contiene nuestro Código, inspiradas sin duda en el concepto clásico de los derechos reales y personales, admiten perfectamente el desarrollo y enriquecimiento de contenido que logran las modernas teorías: "Art. 595: Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.- Son derechos reales el de dominio, el de

herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”.

“Art. 596: Derechos personales o créditos, son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”.

Los derechos personales o de crédito admiten variedades prácticamente innumerables, y la ley no ha pretendido de ninguna manera establecer cuántos o cuáles son. En cambio, respecto de los derechos reales, no solamente se los ha definido, sino que el Código trae su lista. Pero se discute mucho en la doctrina, sobre la posibilidad de crear otros derechos reales además de los enumerados por las leyes.

En Francia este asunto ha sido objeto de particular debate. Muchos autores y varias resoluciones jurisprudenciales admiten la posibilidad de que las personas particulares puedan conformar relaciones jurídicas que constituyan verdaderos **nuevos derechos reales**. La Corte de Casación declaró ya en 1834 que si bien varios artículos del Código de Napoleón delimitan la naturaleza y los efectos de la propiedad, ello no impide “las diversas modificaciones y descomposiciones de que es susceptible el derecho de propiedad”. Desde entonces, los tribunales franceses han reconocido ampliamente la validez de la creación por convenio de diversas cargas reales tales como las relativas al aprovechamiento de una mina, o bien los impuestos o gastos de mantenimiento de un canal privado, etc. Frente a esta actitud, otros han negado, en teoría, que se pueda alterar el cuadro de los derechos reales, por referirse a la organización fundamental del Derecho Civil, cosa que no debería quedar al alcance de la voluntad privada. Como observa Planiol, la creación de nuevos derechos reales por voluntad del hombre tropieza con obstáculos jurídicos que la hacen extremadamente rara en la práctica. En primer lugar el derecho real así creado tiene como contrapartida necesaria una obligación impuesta a toda persona de respetar la situación del titular. Ahora bien, esa obligación pasiva para terceros no puede resultar de la voluntad del acreedor: es preciso que exista con anterioridad a la creación del derecho. Los terceros sólo están obligados a respetar este nuevo derecho porque ellos tenían ya la obligación de

respetar el derecho del constituyente. Es preciso concluir que el derecho real así creado no puede ser sino un desmembramiento del derecho anterior. La ley ha previsto la mayor parte de estos desmembramientos, aunque se puede imaginar algunos otros. Algunos códigos, como el argentino enumeran todos los derechos reales admisibles en su sistema y prohíben expresamente la pretensión de establecer cualquier otro distinto. Otras leyes dejan amplia libertad de creación, y la nuestra, guarda un término medio, ya que enumera en forma al parecer exhaustiva los derechos reales, pero no prohíbe expresamente la configuración de otros nuevos.

El argumento que generalmente se expone contra la posible creación de nuevos derechos reales consiste en la vinculación directa que tendrían, en todo caso, con la propiedad, la cual es regulada por normas de orden público, que no deben alterarse según el capricho de los particulares. La organización social de un país, en buena parte depende de la estructura de la propiedad, sobre todo de la propiedad inmobiliaria, y no puede quedar sujeta a las disposiciones contractuales privadas.

De todas formas hay que admitir, por de pronto, el hecho de que las legislaciones de otros países contienen expresamente o permiten por lo menos, algunos derechos reales que no se enumeran en nuestro Código Civil. Así, en el Código Civil Alemán, el derecho de **superficie** es un derecho real, y lo mismo sucede en el Código Suizo, el Belga y el Italiano entre otros; consiste en la facultad que otorga el propietario a una persona para hacer y mantener una construcción sobre un fundo, derogando la vieja regla romana de la accesión de las edificaciones al suelo. La enfiteusis se considera derecho real en la legislación francesa, en la italiana, etc. Los censos, que existieron en el Ecuador, perduran como derechos reales en Alemania, España y otros países. En estos últimamente nombrados se considera derecho real el de expropiación, el de tanteo, el retracto y la adquisición preferente.

Conviene detenerse un poco a considerar el caso del derecho de retracto, que habiendo tenido un gran desarrollo en el derecho medioeval, prácticamente había desaparecido en la sociedad moderna, y tiende en los últimos años a difundirse nuevamente por ciertas exigencias de orden social principalmente. Sin embargo, es figura desconocida en muchos derechos,

mientras en otros ha llegado a tener enorme importancia; este último sucede notablemente en el Derecho Español.

Con el nombre de retracto legal, el Código Civil Español regula el de comuneros y el de colindantes. "El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago". Dos artículos precisan las personas que pueden ejercitar esos retractos: el condómino de una cosa cuando se enajena la parte correspondiente a los demás o a alguno de ellos, y el propietario de la finca colindante que se enajena. El fin que se ha propuesto el legislador, como afirma Borrell, al introducir el retracto de asurcanos, es el de evitar, o mejor corregir el excesivo fraccionamiento, la atomización de la propiedad rústica. La finalidad económica, y hasta cierto punto social de este retracto le ha tenido en cuenta la jurisprudencia en sus fallos, y también se refleja en la misma limitación impuesta por la ley en cuanto a la superficie máxima de las tierras que pueden retractarse: una hectárea. En cuanto al retracto de comuneros, fue ya conocido por el Derecho Romano, si bien desapareció en el tardío período. Se conserva, en cambio, en el Código Español, probablemente por considerarse que el condominio es una situación artificial, poco deseable y cuya liquidación se debe facilitar, permitiendo que uno de los condueños adquiera la parte de los demás, cuando éstos la enajenan, e impidiendo que así se perpetúe la situación de condominio.

Nuestro Código Civil, como todos los inspirados en las rígidas normas individualistas del Código de Napoleón, no admite ningún género de retracto; pero en la moderna legislación, más inspirada en principios sociales, comienza a abrirse campo, aunque tímidamente. La Ley de Reforma Agraria daba amplios poderes al IERAC para regular la transferencia del dominio de las tierras, con la finalidad de lograr la formación de unidades agrícolas productivas, y como el artículo 161 de dicha ley declaraba nulos los contratos que se verificaran en contravención de ella, se podía llegar a situaciones económicas prácticamente muy similares a las del retracto legal. Además, el IERAC tenía un derecho de adquisición preferente en remate (Art. 162) y derecho de expropiar tierras para dividir las o para integrarlas; finalmente, los particulares cuyas tierras sean expropiadas podían pedir la reversión de las mismas, cuando no se destinaban a las finalidades de la expropiación (Art. 137); todo lo cual significa una atenua-

ción muy notable de los principios de la inviolabilidad e inmutabilidad permanente de la propiedad, y señalan el camino para la configuración de nuevos derechos reales de contenido social. Otro caso notable era el derecho de preferencia para la adquisición del fundo que se reconocía en la Ley de Reforma Agraria a favor de arrendatarios y otros precaristas (Art. 91). La Ley de Reforma Agraria sufrió múltiples variaciones, y se codificó el 9 de octubre de 1973, nuevamente el 26 de junio de 1978 y el 18 de julio de 1979, después de nuevas reformas, fue finalmente reemplazada por la Ley de Desarrollo Agrario, igualmente reformada múltiples veces y codificada el 30 de abril de 1997. En esta última se procura integrar los minifundios a través de formas de asociación (actualmente está en vigencia la codificación de la Ley de Desarrollo Agrario publicada en RO-S 315: 16-abr-2004).

Hablando del derecho colombiano, casi idéntico al nuestro, Valencia Zea señala entre otros derechos reales el de cuota: la propiedad limitada por la cantidad, un medio, un tercio, etc. La doctrina tradicional afirma que el derecho de cuota de cada propietario es de derecho de propiedad; pero en la actualidad, se objeta que sobre una misma cosa no pueden existir simultáneamente varias propiedades, de donde la cuota es un derecho real diverso.

Otras figuras jurídicas que a veces se incluyen, por la doctrina o por los textos legales, entre los derechos reales, son el derecho de retención, el arrendamiento por escritura inscrita, el tanteo u obligación del que enajena un inmueble de ofrecerlo a determinadas personas antes de proceder libremente, y la anticresis.

Sobre la anticresis, se discute mucho en otros países, como sucede en España, y lo atestigua Puig Brutau. En el Ecuador tenemos el curioso caso de que si bien el Código Civil no enumera la anticresis entre los derechos reales, más aún, se regula en el libro de las obligaciones y contratos, y el artículo 2340 declara que “no da al acreedor, por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada”, en cambio, en el Código Penal enumera la anticresis entre los derechos reales que pueden ser objeto de usurpación. Esta falta de concordancia entre los dos preceptos legales ahonda la duda sobre la verdadera naturaleza jurídica de esta garantía real en nuestro derecho positivo. En el plano teórico sería partidario de reconocerle el carác-

ter de derecho real, ya que está muy cerca de la hipoteca, del arrendamiento inmobiliario y de la propiedad sobre los frutos; pero ateniéndonos a la legislación positiva, en esta materia considero que debe prevalecer la norma civil, que para el objeto resulta específica, frente a la penal.

El **patrimonio familiar**, es en nuestro sistema otro derecho real, o por lo menos, constituye una modificación tan profunda del derecho de propiedad, que la individualiza perfectamente y se rige por normas propias. El mismo Código declara explícitamente que su constitución no significa enajenación, sino limitación del dominio; ahora bien, el usufructo, el derecho de uso y el de habitación, son también limitaciones del dominio, se configuran como derechos reales, de donde parece natural considerar lo propio en el caso del patrimonio familiar.

Luego está el amplio campo del Derecho Administrativo, en el que han surgido numerosas figuras jurídicas nuevas, algunas de las cuales pueden llamarse con razón **derechos reales administrativos**. Así tenemos las concesiones mineras o petrolíferas, las concesiones de explotación de servicios públicos, las patentes de invención, marcas de fábrica registradas, y nombres de empresas o establecimientos de comercio, protegidos por la ley.

Puig Brutau clasifica los derechos reales de diversas maneras, que tienen sumo interés. En primer término, los derechos reales propiamente dichos, o sea los que recaen sobre cosas corporales, y derechos reales que se aplican a bienes inmateriales, como la llamada propiedad intelectual o industrial. En segundo lugar, los derechos reales propiamente dichos presentan una situación jurídica que aunque de carácter real tiene un sentido meramente provisional: la posesión. Las demás figuras de derechos reales gozan de una protección perfecta y definitiva. Claro que en nuestro sistema la posesión no es un derecho real, como pronto veremos, pero, indudablemente se vincula con los derechos reales como una situación provisional respecto de ellos. Finalmente, el derecho real más pleno es la propiedad o dominio, y los demás forman un subgrupo por ser todos ellos desmembraciones de la propiedad; a veces se los llama "derechos reales limitados".



Consideremos ahora, brevemente, algunas figuras jurídicas que podríamos decir **intermedias** entre los derechos reales y los personales, y que si bien no son reconocidas por nuestro derecho positivo, la doctrina las señala como estructuras útiles.

El *ius ad rem* o derecho a la cosa puede configurarse como un derecho preferente, o provenir de una promesa de contrato. Es figura intermedia entre las dos mencionadas categorías de derechos, por cuanto tiene en común con el derecho personal o crédito que ambos suponen una determinación de las partes activa y pasiva del derecho; pero se aproxima al derecho real porque recae sobre una cosa también determinada: no es una mera obligación de hacer o de entregar algo indeterminado.

Los derechos reales *in faciendo* también constituyen una categoría intermedia generalmente, y sólo en ciertos casos la ley los asimila plenamente a la categoría de derechos reales, como sucede con las servidumbres activas que suponen una actividad en el obligado (por excepción). También en este tipo intermedio tenemos dos sujetos determinados, y en esto parece un crédito; pero la obligación está estrechamente vinculada con una cosa, es el dueño o detentador de ella el que debe cumplir la obligación, y en esto consiste el aspecto real de esta figura.

Las llamadas obligaciones *propter rem* prácticamente son lo mismo que los derechos reales *in faciendo*. Se usa esta denominación de obligaciones *propter rem*, en materia de servidumbres prediales. Consisten precisamente en las obligaciones de hacer que a veces recaen sobre el propietario del predio sirviente; como el concepto clásico de servidumbre excluye la obligación de hacer, y la servidumbre consiste más bien en dejar hacer, o en no hacer, este caso excepcional de tener que prestar un servicio, una actividad vinculada con la cosa gravada con la servidumbre, se dice obligación *propter rem*. Quien es dueño o poseedor o tenedor de una cosa, puede adquirir ciertas obligaciones precisamente en virtud de la cosa. En nuestro derecho administrativo encontramos muchos de estos casos: por ejemplo, la obligación que tiene el propietario de una finca, de mantener en buen estado los caminos que la atraviesan.

La subrogación real está desarrollada en el Derecho Alemán ampliamente y viene a constituir también una figura intermedia entre los derechos reales

y personales. Aquel Código admite que hay subrogación real siempre que un bien ha sido gravado por una “afectación”, o destinación o bien por un derecho de restitución en provecho de una tercera persona. Se produce así el efecto de que todo cuanto acrece o se une a la cosa, beneficia a dichos terceros: tal sucede con los frutos naturales o civiles de la cosa, lo mismo que con las indemnizaciones o reparaciones por destrucciones o deterioros, y finalmente, con el mismo precio de la cosa si ha sido vendida, o con la cosa dada en permuta, etc. También en nuestro derecho se admiten varios casos de subrogación real, pero no se configuran como pasa en el Derecho Alemán, como derechos especiales.

11. Cosas comerciables o no comerciables

Las cosas que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas se dicen comerciables, sobre ellas se pueden establecer derechos reales, y pueden ser objeto de obligaciones, de cualquiera de ellas o sólo de algunas. En cambio, si queda excluida toda posibilidad de establecer derechos reales o de hacerlas objeto de alguna obligación, entonces se dice que están fuera del comercio o son in comerciables.

Nuestro Código hace referencia a esta clasificación pero tomando como criterio divisor la capacidad pasiva de apropiación, es decir, en último término, si las cosas pueden o no ser objeto de la propiedad o dominio. Así el artículo 602 dice que “Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas.- Su uso y goce se determinan, entre individuos de una nación, por las leyes de ésta; y entre distintas naciones, por el Derecho Internacional”.

Se hace referencia en nuestro Código, varias veces a las cosas in comerciables o inapropiables, como por ejemplo a propósito de los legados, que no pueden recaer sobre esta clase de cosas (Art. 1133); más ampliamente, para toda clase de declaraciones de voluntad, el artículo 1477 exige que se refieran a cosas comerciables; para que se pueda ganar una cosa por prescripción, también se requiere que sea de aquellas que son comerciables (Art. 2398).

Pero el estar fuera de la posibilidad de apropiación, por su naturaleza de cosas comunes a todos los hombres, no es sino uno de los casos, o una de las causas por las cuales las cosas son inmerciables.

En el antiguo Derecho Romano, también eran inmerciables las cosas sagradas, y en el moderno Derecho, se conserva en parte este carácter. Por lo menos, se someten a leyes o modalidades especiales. El Modus Vivendi celebrado por el Ecuador con la Santa Sede en 1937 reconoce este carácter especial de las cosas sagradas y declara expresamente la inalienabilidad de algunas de ellas, lo que equivale a sacarlas del comercio o de la comerciabilidad. Y el artículo 626 (en el Código de 1960) hacía también referencia a este carácter especial: "El uso y goce de los oratorios privados erigidos en posesiones de particulares y que le son anexos, pasarán junto con ellas y con los vasos, ornamentos y demás objetos que pertenezcan a dichos oratorios, a las personas que sucesivamente adquieren las posesiones mencionadas; a menos que se disponga otra cosa en testamento o por cesión u otro acto entre vivos". La referencia a las propiedades privadas en que se hallan estos oratorios, etc., también privados, nos lleva por contraposición a pensar en los templos y sus accesorios, no situados en propiedades privadas, y que tienen carácter público, y que propiamente no son comerciables. Nótese que aún los de carácter privado siguen un régimen especial aunque admitan ciertos actos de cesión y otros entre vivos o por testamento. El artículo 626 fue derogado por la Ley 256 de 1970, por considerarse que las regulaciones sobre las cosas sagradas pertenecen al Derecho Canónico y no al Civil de un país cuya legislación se inspira en principios laicistas y se remite al Derecho de la Iglesia en los asuntos de carácter eclesiástico, en virtud del Modus Vivendi celebrado en 1937 con la Santa Sede. El Derecho Civil actual no desconoce ni puede desconocer los derechos de que trataba el artículo suprimido, sino que simplemente no los regula el Código Civil, porque se rigen por sus propias normas, las canónicas, a las que **se remite** nuestro derecho.

Aparte de los ya mencionados, otros bienes pueden ser puestos fuera del comercio por disposiciones legales en interés del bien común. La Constitución de la República garantiza que en general todas las cosas apropiables pueden ser comerciables, y que incluso no se pueda por voluntad privada convertir los inmuebles en perpetuamente inalienables o indivisibles (Art. 52 de la Carta de 1967). Pero la libre contratación, que también está

garantizada por la Carta Política (Art. 23 No. 7 de la Carta de 1998), puede ser limitada conforme a la Ley por la autoridad competente. Se prevé en la misma Constitución la posibilidad de regular el comercio, o restringirlo, en lo que se refiere a recursos naturales, y a la riqueza artística, arqueológica o histórica (Arts. 64 y 247 de la Codificación de 1998). En estos casos, si dentro de las prescripciones legales, se declaran inalienables esas cosas, prácticamente se las sustrae del comercio.

Los bienes de **uso público**, de los que hablaremos en el punto siguiente, quedan también fuera del comercio, mientras conservan el carácter de tales; sólo si por un hecho de la naturaleza (como el cambio del cauce de un río), o por disposición legal o administrativa dejan de estar destinados al uso público, vuelven entonces al comercio.

12. Cosas públicas y privadas

Públicas son las que pertenecen al Estado u otras entidades públicas, y privadas las que son del dominio de personas particulares. Por consiguiente esta clasificación se funda en el titular del derecho de propiedad. Podría objetarse que a base de este criterio podría establecerse tantas clases de cosas como diferentes personas existen; pero esta observación no es exacta, ya que la titularidad del dominio no siempre imprime un carácter o supone un régimen especial en las cosas; en cambio, en el caso del Estado o de las entidades públicas, el régimen de la propiedad adquiere peculiares caracteres que justifican que se hable de “cosas públicas”, en contraposición de las privadas.

Además, aunque provisionalmente hemos dicho que son cosas públicas las que pertenecen al Estado u otras entidades públicas, este concepto requiere algunas precisiones.

El Estado u otros entes públicos pueden eventualmente ser propietarios de cosas que no por eso se convierten en públicas. Se tratará entonces de un **dominio privado** que no altera la naturaleza de las cosas. Solamente cuando la propiedad es un medio para el cumplimiento de los fines propios del Estado u otra entidad pública, puede llamarse propiamente pública dicha propiedad, y las cosas que son su objeto igualmente adquieren el carácter de cosas públicas; de otro modo continúan siendo cosas privadas.

Por ejemplo, si el Estado recibe en herencia una casa y es inmediatamente destinada a la venta, esa casa no se puede calificar de bien público; o si una Municipalidad compra unos terrenos para urbanizarlos, venderlos y con la ganancia hacer obras de educación o cualesquiera otras, también en este caso, esos terrenos no pueden llamarse públicos, sino que pertenecen al patrimonio privado de una entidad pública.

La **destinación a los fines públicos** es la que constituye, pues, propiamente, el carácter de cosa pública. Pero todavía esta destinación puede ser más o menos directa. Ciertos bienes pueden cumplir directamente una finalidad de servicio, dentro de la búsqueda del bien común, mientras que otros bienes sólo indirectamente se aplican a tal finalidad. Es diverso el caso de una carretera, de una fortificación o del edificio de un Ministerio por una parte, y por otra el caso del dinero recaudado por concepto de impuestos, o de las acciones en una compañía, o la propiedad de unas tierras que no están destinadas directamente a un servicio público, pero sí producen o facilitan los medios para prestar tales servicios.

Ya en el Derecho Romano se distinguió las *res publicae* de las *res fisci*. Las cosas públicas propiamente dichas, eran las de uso público, las puestas por el Estado al servicio de los ciudadanos en general. En cambio, el fisco, constituía el patrimonio personal del príncipe, que en forma bastante indistinta se empleaba en sus necesidades particulares y en las del Estado. En las Monarquías de la edad moderna, se solía también distinguir el patrimonio de la Corona o del rey, príncipe, etc., del patrimonio del Estado; pero muchas veces también se confunden ambos conceptos. Con la Revolución Francesa desaparece el patrimonio a título personal del Jefe del Estado, al desaparecer la monarquía. Pero esa simplificación no duró mucho tiempo ni en Francia, ya que pronto se vio la necesidad de distinguir las cosas públicas propiamente dichas, del patrimonio “dominical” del Estado. Fue, sobre todo, el Tratado de Proudhon, publicado en 1883, el que contribuyó a establecer la diferencia entre ambas clases de bienes públicos.

En la nomenclatura propia de nuestro sistema jurídico, se distinguen, efectivamente las cosas de **uso público y las del patrimonio del Estado**. Ejemplo de las primeras es una calle y ejemplo de las segundas puede ser una casa o un terreno que el Estado da en arriendo a cualquier persona.

El Código Civil llama “nacionales” en general a los bienes públicos y atribuye su dominio a la Nación. Pero debemos entender que este término se emplea en un sentido extensivo y no rigurosamente técnico; en efecto el sujeto jurídico no es la Nación sino el Estado, y a veces, partes del Estado u organizaciones que por su finalidad tendiente al bien común tienen igual carácter público que el Estado. En cuanto a la denominación de “bienes fiscales”, que se reserva para los bienes patrimoniales del Estado, tiene su raigambre histórica, como quedó dicho. Véase el texto del artículo 604: “Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda.- Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de las calles, plazas, puentes, y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar.- Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a todos los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales”.

La Codificación de 1970 agregó al artículo 623, que hoy es 604, las palabras referentes a los nevados y altas tierras. Esta reforma fue introducida por el Decreto Supremo 390 promulgado en el Registro Oficial 67 de 28 de septiembre de 1963. De hecho, aún antes de la reforma, la mayor parte de esas tierras eran baldías y pertenecían al Estado; en todo caso, nadie ejercía posesión sobre ellas, y casi siempre constituyen parajes no aprovechables para la vida o la producción, en las condiciones actuales. Por consiguiente, no se produjo una confiscación, que habría sido inadmisible desde el punto de vista del Derecho Natural, el Derecho Constitucional, del Derecho Civil y del respeto debido a los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, sino únicamente se regularizó o aclaró el dominio del Estado sobre algo que ya le pertenecía.

Después se refiere el Código en varios artículos a algunos concretos bienes del Estado, y veremos que en realidad hay una variedad de situaciones, e incluso hay que admitir figuras intermedias entre los bienes de uso público y los del patrimonio del Estado. Pero de todas formas hay características comunes que deben ser primeramente examinadas.

Los bienes de uso público son **inalienables e imprescriptibles**. Estas características derivan de su misma destinación al servicio del bien común.

Por esta misma razón, cuando cesa su destinación al servicio público, pierden también aquellas características y ya pueden enajenarse y caen bajo las normas de la prescripción. Ahora bien, la destinación al uso público puede terminar sea por causas naturales, como sucede con las variaciones de la orilla del mar o del cauce de los ríos; o puede terminar la destinación al uso público por un acto de autoridad, dentro de las prescripciones legales, como cuando se determina cambiar el trazado de un camino, o vender el edificio de una escuela, etc.

Se ha dicho que no existe fundamento para sostener la inenajenabilidad de los bienes de uso público; pero ese fundamento está precisamente en su destinación al servicio del bien común de un modo directo, y si hay numerosas disposiciones que confirman el carácter inalienable e imprescriptible de estos bienes.

La Constitución de la República de 1967, siguiendo una larga tradición, en el artículo 132 N° 5, enumeraba entre las atribuciones del Senado: “Arreglar la administración de los bienes nacionales y autorizar la enajenación o gravamen de los inmuebles”. De donde se desprende que estos bienes están sometidos a un régimen jurídico muy distinto de los bienes privados, ya que se necesitaba un acto legislativo, en ejercicio de la soberanía para disponer sobre su administración y para la enajenación de algunos de ellos. Para la enajenación de otros (muebles) no se requería intervención del Senado, pero igualmente si se exige un acto soberano del Poder Ejecutivo, y cumpliendo varios requisitos de índole administrativo, que no es del caso analizar en este lugar. Toda una serie de atribuciones conferidas por las leyes al Procurador General de la Nación - Estado, a los Ministros y Agentes Fiscales, a la Contraloría General de la Nación (Ley Orgánica de Hacienda, principalmente, y Ley de Régimen Administrativo), al Tribunal Constitucional, etc., revelan claramente el régimen especial a que están sometidos los bienes de uso público y que los sustrae del normal comercio, con sus evidentes consecuencias de la inalienabilidad y el carácter de imprescriptibles. Las Constituciones de 1978 y 1998 mantienen los principios anteriores (Art. 247 de la de 1998); y las leyes secundarias también se han reformado, pero sin cambios sustanciales respecto de esta materia.

En el Código Civil hay también disposiciones que confirman lo dicho. Por ejemplo, el artículo 1133 declara que no vale el legado de una cosa de

propiedad nacional o municipal de uso público, lo cual denota que esas cosas no están propiamente en el comercio, ya que en cambio sí se puede legar una cosa ajena, cuando puede adquirirse para cumplir el legado. Como, por otra parte, sólo pueden prescribirse los bienes que están en el comercio (Art. 2398), resulta evidente que los bienes de uso público tampoco pueden adquirirse por prescripción. Además, la misma Constitución de la República establece la imprescriptibilidad de los bienes de uso público, enumerando expresamente las principales categorías de dichos bienes en el artículo 247: el subsuelo, los recursos naturales no renovables, las aguas de uso público, las tierras baldías, el zócalo y la plataforma submarinos, los minerales y más sustancias que constituyen depósitos o concreciones de composición diversa de las del suelo.

Otra característica de los bienes de uso público consiste en que su utilización puede ser realmente pública: abierta a todos, o puede circunscribirse más o menos, según lo exijan las circunstancias para que se concrete la utilidad en favor de una o varias personas, a favor de quienes se establece una concesión o permiso.

La **concesión administrativa** para la ocupación, uso o explotación de bienes de uso público supone a veces una cierta restricción del mismo uso por parte de cualquier persona; por ejemplo, los piedras, arcillas, etc., que se encuentran en lugares públicos, pueden ser libremente aprovechados para construcciones u otros usos semejantes, pertenecen al Estado y pueden ser utilizados por todos, pero solamente mientras no exista una concesión que confiera ese derecho de modo especial a alguna persona. Por consiguiente la concesión administrativa implica por una parte, una cierta sustracción de las cosas públicas, del uso general.

Por otra parte, para el concesionario, el derecho que adquiere tiene caracteres muy especiales que lo hacen inclasificable entre los clásicos derechos reales, sin ser tampoco un simple derecho personal. Las concesiones administrativas dan propiamente origen a peculiares **derechos reales administrativos**.

En primer término, las concesiones son eminentemente flexibles en su contenido. No se podría describir en términos generales su contenido, porque éste varía enormemente según las cosas a que se aplica, y las

circunstancias en las que se confiere. Una es, por ejemplo la concesión para pescar que en ningún caso confiere un derecho exclusivo y que en cambio, es intransferible, y otro caso muy diferente el de las concesiones mineras o petrolíferas, que sí dan un derecho exclusivo en determinada zona, y pueden transferirse, cumplidos ciertos requisitos.

En segundo lugar, las concesiones originan un derecho absoluto o real, en cuanto puede hacerse valer frente a toda persona, llegando incluso a significar para terceros la obligación no sólo negativa de respetar el derecho del concesionario, sino también accidentalmente a veces, la obligación de ciertas medidas de colaboración o prestaciones positivas, como sucede respecto de exploraciones o explotaciones mineras, alumbramiento de aguas, construcción de caminos y su mantenimiento, etc.

Pero a su vez, el titular del derecho real administrativo, recibe las facultades de uso, explotación, aprovechamiento, etc., en una medida limitada y condicionada a un servicio público por lo menos indirecto.

Como consecuencia del condicionamiento de los derechos reales administrativos al cumplimiento de ciertas cargas, dichos derechos **no son permanentes**, puesto que pueden terminar por incumplimiento de las condiciones resolutorias que llevan implícitas. Además, las concesiones normalmente se hacen para un plazo determinado, aunque puedan renovarse después de transcurrido ese tiempo.

Cuando no se trata una concesión sino de un simple permiso, la precariedad del derecho se acentúa. El permiso es normalmente transitorio, provisional, y no supone una situación estable.

Configurada así la concesión, a nadie se escapa que ella implica un cierto desdoblamiento de la propiedad: el Estado mantiene unos derechos y el concesionario adquiere otros; ambos gozan en alguna medida de los bienes públicos o de su rendimiento, sin embargo, como la Ley y aún la Constitución prohíben la enajenación de casi todos esos bienes públicos, tenemos que aceptar que estos derechos reales administrativos que se confieren a los concesionarios, son derechos dependientes, derivados y subordinados al derecho preeminente del Estado.

Este punto es muy discutido y sin duda discutible. Numerosas teorías y explicaciones han surgido en varios países a este respecto. Fundamentalmente se pueden agrupar en dos grupos: teorías que afirman la propiedad del Estado sobre los bienes de uso público, y teorías que la niegan.

Hauriou es uno de los máximos exponentes de las doctrinas de la propiedad. Para éste y otros autores, la propiedad de tipo administrativo, se caracteriza por la “afectación”, el destino para un servicio público; y esta característica determina que la propiedad de tipo administrativo, se caracteriza por la “afectación”, el destino para un servicio público; y esta característica determina que la propiedad administrativa tenga ciertas modalidades distintas de la puramente civil, pero no se diferencia sustancialmente de ella. El clásico contenido de la propiedad: el *ius utendi*, *fructuendi* et *abutiendi*, se encuentra también en los bienes de uso público: el uso por parte de todo ciudadano, es un uso del mismo Estado, porque los ciudadanos son el elemento material preeminente del Estado, el Estado es para los individuos; el Estado goza también de los frutos a través de las regalías, tasas, participación de utilidades o cualquier otra forma de contribución económica que exija a los concesionarios; finalmente, el Estado dispone de las cosas de uso público, en cuanto o bien las destina permanentemente a ese uso indiscriminado de todo ciudadano, o bien las concede para que temporalmente disponga de ellas un concesionario, puede hacer terminar la concesión, etc., de tal suerte que si dispone de las cosas. Evidentemente, quien tiene tales poderes, tiene la propiedad; pero también quien es titular de esos poderes hemos de decir que dispone de una propiedad condicionada o con modalidades específicas: se trata precisamente de la propiedad administrativa.

Quienes se oponen a la teoría de la propiedad ponderan precisamente las modalidades específicas del derecho del Estado sobre las cosas de uso público, y llegan a la conclusión de que el Estado es sólo un conservador o guardián de tales cosas, ya que no puede disponer de ellas en virtud de la inalienabilidad, y no puede disfrutar de ellas, porque son de uso de todos. Pero tal crítica parece exagerada y no adherente a la realidad. Se ha de tener en cuenta, entre otras cosas, que se puede disfrutar de las cosas no sólo mediante un uso directo, sino también permitiéndolo a otras personas; que el Estado mismo es quien se impone la inalienabilidad y por lo mismo ya realiza entonces un acto de disposición; que, además, la prohibi-

ción de enajenar es relativa porque el mismo Estado puede, conforme a la ley, sacar las cosas del uso público y disponer su enajenación, lo cual es otra forma más de disposición de las cosas. Considero, pues, preferible la doctrina de la propiedad administrativa.

En cuanto a los **derechos del concesionario**, pueden variar mucho de contenido, extensión e intensidad. También fluctúa la denominación que les da la ley; así, por ejemplo, al hablar de minas se emplea el término “usufructo”, aunque tampoco se trate rigurosamente de aquel derecho tal como se configura en el Derecho Civil; otras veces se trata de “arrendamiento” o de contratos totalmente innominados, como sucede también con las minas o los yacimientos petrolíferos concedidos mediante contrato.

13. De ciertos bienes públicos en especial

Vamos a examinar brevemente la situación jurídica de los principales bienes nacionales, clasificados en esta forma: a) el mar y sus playas; b) los ríos, lagos y otras aguas del Estado; c) la atmósfera; d) el subsuelo y sus minas y yacimientos; e) los caminos y plazas; f) las tierras; g) los recursos económico financieros; y, h) la propiedad inmaterial.

a) El Mar y sus playas.- El artículo 602 del Código Civil reconoce, conforme al Derecho Internacional el carácter de “cosa común a todos los hombres”, que tiene la alta mar. Nadie puede apropiarse el alta mar: “ninguna nación, corporación o individuo”, como dice el mismo artículo. Pero como no existe una definición internacional aceptada por todos los estados o impuesta por la comunidad internacional resulta bastante vaga e indeterminada esta disposición. Si no se establece dónde comienza el alta mar, cualquier Estado puede extender arbitrariamente su mar territorial en perjuicio de la alta mar apropiándose de ella.

Mientras no exista un principio internacionalmente establecido y aceptado por todos los Estados, es preciso respetar el criterio más generalizado y que generalmente se ha aceptado en una época, por la costumbre internacional. Ahora bien, en los últimos años, esa costumbre internacional más difundida en el mundo, ha sido la de considerar que el alta mar comienza más allá de las doce millas marítimas contadas desde las costas de los Es-

tados. Esto no impide, desde luego, que los países puedan aumentar el ámbito de su mar territorial, en desmedro de la alta mar, siempre que existan razones poderosas de defensa, de salvaguardia de las riquezas marítimas u otras semejantes; pero esa ampliación del mar territorial no puede menoscabar derechos adquiridos por otros Estados, porque entonces entraríamos en el campo de la arbitrariedad y el abuso; así, no se puede disminuir, sin la debida compensación el derecho de pesca ejercido por otras potencias en las porciones que se pretende incorporar al mar territorial. Además, el dominio sobre el mar, como todo derecho, implica obligaciones: y si se reivindica una porción de alta mar para incorporarla al mar territorial, el Estado que lo hace debe cumplir sus obligaciones de custodia y protección de las riquezas marítimas que se pretende proteger, debe cumplir con esa carga que justifica su dominio, o no puede oponerse razonablemente al uso proporcionado de aquellas zonas marítimas por parte de otros Estados.

El Ecuador ha proclamado que su mar territorial mide 200 millas marítimas contadas desde la línea de más baja marca en los puntos más salientes de sus costas; solamente más allá comienza el alta mar, común a todos los hombres. Esta declaración ha significado un cambio radical respecto de la doctrina tradicional y de los derechos ejercidos y reclamados anteriormente por el Ecuador. Efectivamente, el actual artículo 609 del Código Civil, declaraba que es mar adyacente o mar territorial el comprendido dentro de las doce millas marítimas, y solamente por la reforma que entró en vigencia el 11 de noviembre de 1966, se reemplaza las tradicionales doce millas por doscientas.

En todo caso, la cuestión de la extensión del mar territorial es un asunto que pertenece al Derecho Internacional Público, y que aquí solamente se señala. Es muy posible que la tesis de las doscientas millas llegue a consolidarse y aceptarse por la mayor parte de los países, por lo menos americanos; se puede prever esta evolución dado el hecho de que ya son varios los países que pretenden esa extensión del mar territorial. Chile, Perú y Ecuador se han comprometido a sostener esta tesis y a no renunciar a ella; cierto que este compromiso tripartito solamente obliga a los Estados signatarios de aquellos convenios, pero esta postura internacional ha movido ya a otras naciones a extender su mar territorial en igual medida.

Lo que importa examinar aquí es el derecho que el Estado tiene en el mar territorial. En primer lugar el Estado ejerce su **soberanía**, es decir que impone sus leyes, el poder de sus autoridades, ejerce allí el control por medio de su armada, etc. En el campo del derecho privado el mar, aunque sea el mar territorial no puede considerarse como una cosa en el comercio humano, capaz de ser apropiada y sobre la cual se pueda ejercer el derecho de propiedad o alguna de sus derivaciones. Pero el Estado, se considera dueño de las riquezas naturales que se contienen en el mar, en su lecho y subsuelo.

Entre las riquezas marinas propiamente dichas, la principal es la consistente en peces y cetáceos que se pescan o cazan. También se pescan otros animales marinos, moluscos como las conchas (eventualmente con sus perlas), artrópodos, como las langostas, camarones, etc.

Se ha llegado a su punto culminante la evolución del concepto sobre el mar territorial en el Ecuador, puesto que, primeramente se habló sólo de una protección de la riqueza marítima, a través de medidas de policía, destinadas a impedir la explotación **antieconómica** o que destruyera dichas riquezas, sin que las doscientas millas significaran propiamente un ámbito en plena soberanía y tampoco de dominio del Estado sobre las cosas en ellas contenidas, y mucho menos de una declaración de que esas cosas sean de utilidad y uso común. Como queda referido, la Ley de Caza y Pesca, en cambio, delimita precisamente el uso general (para objetos domésticos), y somete al permiso o concesión la pesca en los demás casos, configurando así la riqueza marítima pesquera como una riqueza del Estado.

Conviene precisar más exactamente la extensión del mar territorial del que estamos hablando. Las doscientas millas, son un modo simplificado de decir. En realidad en algunos casos puede tener una extensión mucho mayor, porque el mar territorial se mide desde los **puntos más salientes** de la costa, y abarca, desde luego las aguas interiores comprendidas en golfos, bahías, esteros, etc. Téngase presente la letra de la ley: el Decreto 1542 (RO 158: 11-nov-1966) dice así: "Art. 1.- Refórmase el artículo 628 (ahora 609) del Código Civil, que dirá: El mar adyacente, hasta una distancia de doscientas millas marinas, medidas desde los puntos más salientes de la costa ecuatoriana y desde los puntos de más baja marca, así como

las aguas interiores de los golfos, bahías, estrechos, y canales comprendidos dentro de una línea trazada por esos puntos, es mar territorial y de dominio nacional.- Igualmente es mar territorial el mar interior comprendido dentro del perímetro de las doscientas millas marinas, medidas desde los puntos más salientes de las islas más extremas del Archipiélago de Colón. Si por convenios o tratados internacionales que versen sobre esta materia se determinaren para la policía y protección marítimas zonas más amplias que las fijadas en los incisos anteriores, prevalecerán las disposiciones de esos convenios o tratados”.

Como antecedentes inmediatos de esta extensión del mar territorial, hay que tener presente, entre otras declaraciones y doctrinas más o menos difundidas, el hecho de que en las conferencias de La Haya de 1930, y de Ginebra de 1958 y 1960, se trató de fijar los límites del mar territorial, sin conseguirse ningún acuerdo; en 1952 se suscribió la declaración tripartita de Santiago de Chile que entre otras cosas dice: “... los gobiernos de Chile, Ecuador y Perú, proclaman como Norma de su política internacional marítima, la soberanía y jurisdicción exclusiva que a cada uno de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas desde las referidas costas”; y la Resolución aprobada en 1956 en México por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos: “cada Estado tiene competencia para fijar su mar territorial hasta límites razonables, atendiendo a factores geográficos, geológicos y biológicos, así como a las necesidades económicas de su población y a su seguridad y defensa”. Esta declaración fue calificada por el Congreso del Instituto Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional, de Quito 1957, como “la conciencia de América sobre este problema”.

Además de la extensión progresiva del mar territorial de una legua (o sea tres millas: hasta el año 1950), a doce millas y luego a las doscientas millas (1966), por el mismo Decreto de 1950, el Ecuador reivindica “la plataforma o zócalo continental” y se considera como tal, el fondo del mar y su subsuelo hasta los puntos en que las aguas tienen más de 200 metros de profundidad. Esta plataforma continental, reivindicada por muchos países antes que por el Ecuador (por ejemplo, Estados Unidos en 1945, por la llamada Declaración Truman), es naturalmente más o menos extensa según los lugares; algunas naciones como Argentina, Estados Unidos, etc., tienen plataformas muy extensas, que alcanzan hasta más de quinientas

millas en algunos parajes, en cambio, en los países sudamericanos del Pacífico, la plataforma continental es muy estrecha, no llegando en algunos sitios a más de una milla. Por esto, el señalamiento de las 200 millas de mar territorial, se ha sostenido principalmente como una compensación frente a la estrechísima plataforma submarina.

El derecho del Ecuador a la plataforma continental se afirma de modo genérico en la Constitución de la República (Art. 6 de la Carta de 1967, Art. 4 de la de 1946 y Art. 3 de la de 1945) que solamente menciona el “mar territorial” (Arts. 2 y 247 de la Codificación de 1998), y el artículo 606 del Código Civil, después de las reformas introducidas por la Comisión Legislativa en vista del mencionado Decreto Legislativo de 1950, dice así: “Las plataformas o zócalos submarinos, continental e insular, adyacentes a las costas ecuatorianas, y las riquezas que se encuentran en aquellos, pertenecen al Estado, el que tendrá el aprovechamiento de ellas y ejercerá la vigilancia necesaria para la conservación de dicho patrimonio y para la protección de las zonas pesqueras correspondientes. Considérase como plataforma o zócalo submarino las tierras sumergidas, contiguas al territorio nacional, que se encuentran cubiertas hasta por doscientos metros de agua como máximo”.

El dominio del Estado y su soberanía sobre el mar territorial y sobre la plataforma submarina no menoscaban el uso común del mar para objetos adecuados que no disminuyen sus riquezas, ni atentan contra la seguridad o los intereses del mismo Estado. Así, es universalmente reconocido el derecho de tránsito inocente o inocuo, por el cual los barcos pueden pasar libremente por el mar, incluso territorial, y fondear en él, en caso de necesidad. Pero este derecho no se extiende a las naves extranjeras de guerra, las cuales no pueden penetrar en el mar territorial o permanecer en él, sin permiso que, según las Constituciones hasta la de 1967 darlo el Congreso Pleno (Art. 136 N° 6) o el Presidente de la República, en receso del Congreso, y con autorización del Tribunal de Garantías Constitucionales (Art. 184 N° 22). En la Codificación constitucional de 1998 no figura esta atribución ni entre las del Legislativo ni entre las del Presidente de la República.

Otro objeto del dominio del Estado, destinado también al uso público, está constituido por las playas del mar, que se enumeran en el artículo 604

entre los bienes nacionales. “Se entiende por playa del mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas” (Art. 611).

Las playas marítimas pueden considerarse bienes del Estado también por otra razón: por tratarse de tierras que no tienen otro dueño y por lo tanto, conforme a la Constitución Política y el artículo 605 del Código Civil. Por este concepto, solamente podría plantearse la duda de que pueda haber alguna playa que hubiera sido de dominio privado antes de la promulgación del Código Civil, y que continuaría entonces en el dominio privado ya que el artículo 621 del mismo Código dice: “No obstante lo prevenido en este Título y en el de la Adquisición, relativamente al dominio de la Nación sobre ríos, lagos e islas, subsistirán en ellos los derechos adquiridos por particulares antes de la promulgación de este Código”, lo cual se coordina con el principio general del respeto a los derechos adquiridos y la no retroactividad de la Ley. Naturalmente que la prueba de ese dominio resultaría sumamente difícil en la actualidad, por haber pasado más de cien años de la entrada en vigencia del Código, y no valer para prueba en este caso ningún argumento de prescripción a favor de los particulares, ya que los bienes nacionales son imprescriptibles (Art. 247 de la Constitución), y en cambio el Estado sí podría alegar a su favor la prescripción si no se demuestra la validez de los títulos y posesión sobre esas playas durante los más de cien años.

La playa es objeto de **uso público** para fines domésticos, de tránsito, de recreación, deportes, pesca, etc. También es libre su acceso para los náuticos (Art. 620). Las embarcaciones menores, de los pescadores o de recreo, deporte, etc., pueden igualmente utilizar las playas para sus usos necesarios, como secar redes, dejar las barcas, y aún construir cabañas, siempre que no impidan el uso legítimo de los demás (Art. 628). Se entiende que esas cabañas deben ser construcciones totalmente temporales y no permanentes, dadas las prohibiciones terminantes de los artículos 615 y 616 sobre la ocupación de bienes nacionales con edificios. Como veremos más adelante, los propietarios de fincas contiguas a las playas tienen que soportar una serie de servidumbres en favor del libre uso de las playas: deben dar paso de entrada y salida a las playas, y permitir ciertos usos legítimos de los pescadores, aún en sus propiedades colindantes con la playa (Arts. 628, 629, 876, 633, 634, 881). También se tratará después de

las cosas públicas por accesión, ocupación, etc., que pueden acrecentar el valor de la playa.

Son también bienes públicos “Las **nuevas islas** que se formen en el mar territorial o en los ríos y lagos que puedan navegarse por buques de más de cien toneladas” (Art. 613). En cambio, las islas que surjan en alta mar no pertenecen a nadie, y se siguen las prácticas de Derecho Internacional en cuanto a su ocupación y apropiación por el primero que toma posesión de ellas. La Ley 256 reformó este artículo, estableciendo que todas las islas que se formen en aguas de dominio público, pertenecen al Estado; se suprimió el concepto de la navegabilidad por barcos de más de cien toneladas, considerando que en el Ecuador no se dan las condiciones geográficas que previó Don Andrés Bello para el Código de Chile. Respecto de las islas surgidas en ríos o lagos que no sean de propiedad del Estado, se aplican las reglas de la accesión, principalmente señaladas en el artículo 672, y que en resumen atribuyen la propiedad a los dueños de los fundos ribereños.

El Estado puede hacer **concesiones** en las playas, nuevas islas, etc., en forma parecida a cuanto hemos dicho sobre las concesiones en el mar territorial o la plataforma submarina. Estas concesiones concretan el uso público, es decir, lo restringen en parte, asegurando un disfrute especial a alguna persona natural o jurídica que obtiene un derecho temporal, precario, limitado y sometido al cumplimiento de algunas cargas. Estas concesiones no pueden menoscabar tanto el uso público que lleguen a desvirtuarlo o destruirlo: han de ser siempre compatibles con el uso general indiscriminado.

El Decreto Supremo 918 (RO 131: 17-dic-1963) encargó al Servicio Geográfico Militar la demarcación de las superficies de playa de propiedad nacional “tanto en lo referente a las playas de mar como de los ríos que desembocan en el Océano Pacífico, desde la desembocadura hasta donde fuesen navegables”. Esto supone una interpretación legal extensiva del concepto de playa. En efecto, el Código Civil declara de propiedad nacional solamente las “playas marítimas”, definidas en el artículo 611 como la extensión de tierras que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan las más altas mareas. En cambio el Decreto referido, menciona también los ríos navegables, que bien pueden o no tener mareas, y

que, desde luego, no son mar, y propiamente no tienen playas, sino riberas. El Código emplea el término “riberas” para referirse a las tierras marginales de los ríos, y reserva el término “playa” para las del mar; luego el Decreto extiende la propiedad nacional a lo que antes no se consideraba tal; entraña, por tanto una confiscación. Ciertamente que las riberas de los ríos han estado siempre sometidas a un régimen especial que impone servidumbres de paso y otras en beneficio exclusivo de la pesca y del transporte fluvial, pero no se han considerado propiedades del Estado, y tenían sus dueños. El Decreto Supremo da por supuesto que esas “playas” fluviales son del Estado, y esto con la peculiaridad de que solamente se refiere a algunas determinadas: las de los ríos que van a desembocar en el Océano Pacífico, no las de los ríos orientales que se dirigen al Amazonas y al Atlántico; y con un límite: hasta el punto en que son navegables -aunque no se precisa, por qué clase de embarcaciones.

Las disposiciones del mencionado Decreto Supremo son muy graves, no sólo porque implican una restricción o atentado contra propiedades privadas, sino también por la carga y limitación que se impone a todos los fundos que tengan límites con las playas y riberas de ríos navegables, ya que esas fincas no pueden enajenarse mientras no se cumpla lo prescrito en el Decreto. Hay, pues, una general prohibición de enajenar esos bienes raíces durante un tiempo que puede durar bastante. Y si se quisiera proceder a la enajenación de terrenos en zonas aún no delimitadas sería necesario recurrir a la Dirección de la Marina Mercante del Litoral en Guayaquil o a las Capitanías de Puerto de la circunscripción a que pertenezca el inmueble, para que fijen la línea divisoria, bajo pena de multa; como se señala esta especial sanción, se deduce que la violación del referido Decreto no produciría nulidad del acto de enajenación (cfr. Art. 9 del Código Civil). Además, después de la promulgación de la Constitución, resulta más discutible la vigencia del Decreto.

b) La atmósfera. No se enumera entre los bienes nacionales el espacio aéreo, el aire y otros gases, vapores y cosas en general que se encuentren en él; pero la Constitución de la República extiende la soberanía nacional al “espacio aéreo correspondiente” (Art. 6 de 1967) o “espacio suprayacente” (Art. 2 de 1998) al territorio y mares territoriales. Además de soberanía, entendemos que existe un dominio de uso público sobre estos bienes. Expresamente se declaró este dominio nacional sobre el espacio

aéreo, por la Ley 256 que introdujo en el Código Civil el artículo 610. La Constitución de 1978 no hacía mención de este espacio aéreo, pero quedó establecido por la mencionada reforma civil, y en la Codificación constitucional de 1998 se ha vuelto a hacer referencia.

Cada propietario puede ocupar, con edificios, antenas, ramas y follaje de árboles, etc., el espacio aéreo sobre su propiedad. Pero no puede impedir el paso inocuo de aviones u otras naves aéreas.

El Estado mismo tampoco puede impedir el tránsito inofensivo de naves aéreas por su atmósfera, tal como lo acepta el Derecho Internacional universal, y se ha consagrado expresamente en varias convenciones, como la de Chicago de 1944, suscrita por la mayor parte de los países del mundo. Con mucha menor razón se opondría el Estado al paso "sobre" su territorio de satélites artificiales que se desplazan fuera ya de la atmósfera a grandes distancias de la superficie terrestre. Pero sí tiene derecho el Estado de impedir el paso de aviones de guerra u otros artefactos que pongan en peligro su seguridad. Igualmente, se puede restringir el vuelo sobre determinadas zonas de índole estratégico (Ley de Tránsito Aéreo). Igualmente el Estado puede imponer determinadas medidas de seguridad en cuanto a las condiciones del vuelo, tales como altura, aparatos que deban llevar los aviones, señales, etc., los cuales se precisan en varios reglamentos.

Las concesiones que el Estado hace para realizar vuelos regulares con objetos de transporte de mercancías o personas dentro del espacio nacional, o del Ecuador hacia el extranjero y viceversa, no son propiamente concesiones de espacio atmosférico, sino de servicios y tienen por objeto rodear de seguridades tales servicios, distribuir equitativamente las posibilidades de ganancia económica y participar el Estado en dicha utilidades, pero de ninguna manera significan un derecho especial sobre el espacio aéreo.

c) Minas. "El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, estaño, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieron situadas. Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, para buscar las minas a

que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, y la de disponer de ellas como dueños, con los requisitos y bajo las reglas que prescriben las leyes de minería” (Art. 607).

La Constitución de la República, con mayor exactitud, indica que pertenecen la Estado “los minerales y más sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en áreas cubiertas por las aguas del mar territorial” (Art.247). Con esta expresión se comprende **toda clase de minas**, y no solamente las de aquellos metales y piedras preciosas a que se refería el artículo 626, hoy 607 del Código Civil.

Las minas contienen normalmente materias de alto valor y cuya extracción y aprovechamiento industrial significa una gran riqueza, por esta razón, se considera útil para la economía general del país su debida explotación, lo cual a su vez justifica la intervención del Estado para dar concesiones mineras. Así cuando se trata únicamente de cavar para sacar un tesoro o cosas enterradas, basta el permiso del dueño del terreno, en cambio, para explorar o explotar minas **propiamente dichas** se requiere el permiso del Estado, y para la explotación de arena, piedras y otros materiales menos valiosos, igualmente basta el permiso del dueño del terreno y si está en terrenos públicos, son los Municipios quienes regulan, mediante Ordenanzas y confiriendo las respectivas concesiones, la explotación de todos los habitantes o bien de los concesionarios (cfr. Arts. 299 y 300 de la Ley de Régimen Municipal). El Estado se declara, pues, dueño de las minas, y tiene sobre ellas, como dice la Ley de Minería, el “dominio directo” (Art. 1). Esta propiedad está calificada por la Constitución y la Ley, como inalienable e imprescriptible. Pero hay que distinguir la mina, de sus productos, y por esto, aunque la mina sea inalienable, su explotación puede cederse a personas particulares. Si bien la Ley da preferencia a la explotación directa, autoriza también la concesión a favor de particulares, sean personas naturales o jurídicas.

La “concesión administrativa, de minas consiste en un peculiar derecho que se llama en la Ley “**usufructo**”, que tiene siempre tiempo limitado y que no confiere otras facultades que las señaladas específicamente en la Ley (Arts. 3, 6). Es un derecho que impone numerosas cargas, está sujeto a control, y caduca en caso de incumplimiento de la Ley o abandono de la explotación.

La extracción y utilización del **petróleo**, a su vez, está sometida a su propia Ley, que presenta una variedad de formas de concesiones, y fundamentalmente dos: por denuncia o por contrato, en las cuales varían las condiciones, la extensión y la duración de los derechos que se conceden, pero teniendo en el fondo las características fundamentales ya mencionadas.

d) Aguas.- Ya hemos hablado sobre el mar, que es bien nacional de uso público, dentro de los límites del llamado mar territorial y de la plataforma o zócalo continental. Pero este bien, si se concede a los particulares, no es actualmente por lo menos, en cuanto agua, sino para la explotación de otros productos que viven o están en el agua o en el suelo o subsuelo marítimo. Por esto, al hablar de las aguas de propiedad del Estado nos referimos ahora a las de ríos, lagos, fuentes, vertientes, depósitos subterráneos, aguas lluvias, y otras que no se hayan incorporado al mar.

Sobre el dominio de las aguas, ha variado profundamente el sistema del Código por las leyes de Aguas dictadas a partir de 1936. Inicialmente se declaraban bienes nacionales de uso público, las aguas que corren por cauces naturales, sea que se califiquen como ríos, riachuelos, quebradas, etc., y siempre que no nazcan y mueran en la misma heredad.

La Ley de Aguas dictada por Decreto Supremo 289 del 17 de julio de 1936 estaba todavía de acuerdo con los principios del Código Civil y reconocía el derecho de propiedad sobre algunas clases de aguas, como las que nacen y mueren en la misma finca y las de los pequeños lagos. Pero la Comisión Legislativa, al discutir la Ley 256 adoptó otro criterio: el de atribuir al Estado todas las aguas, dejando a los particulares solamente un "derecho de aprovechamiento o uso de las aguas". Esto equivalía a una confiscación, lo que estaba y está prohibido por la Constitución. Además no se dejó expresamente a salvo los derechos adquiridos, incurriendo así en una grave contradicción con lo que el mismo Código Civil establece en su artículo 7. Sería, pues, muy discutible el valor real de estas disposiciones anticonstitucionales.

La nacionalización de las aguas, fue, sin embargo, aceptada prácticamente sin protesta por parte de los propietarios despojados. El atropello pasó casi inadvertido. Es notable considerar que en el Ecuador se han produci-

do así varias reformas de tipo socialista, que en otros países han causado graves conmociones.

La reforma sobre aguas, verdaderamente revolucionaria, fue consagrada por la Ley de Aguas dictada por DS 369, promulgado en RO 69 del 30 de mayo de 1972, que atribuye el dominio de todas las aguas al Estado, y permite el uso público únicamente para fines domésticos, en tanto que para cualquier otra finalidad, solamente se puede alcanzar una concesión administrativa del uso, con las limitaciones impuestas por las existencias del elemento y las necesidades reales del peticionario; además, el concesionario debe pagar la correspondiente tasa. Solamente las aguas medicinales y termales tienen un régimen que tímidamente respeta de modo temporal los derechos adquiridos por los anteriores dueños.

Quedan, sin embargo, en el Código Civil algunos restos del anterior sistema que reconocía derecho de propiedad particular sobre las aguas, como sucede con los artículos 890, 891, 1009, etc

Respecto de todas las demás aguas, que no sean claramente de dominio particular, surgen varias doctrinas en cuanto a su verdadera naturaleza. Para señalar brevemente cuáles son de dominio público, podemos adoptar la siguiente clasificación bastante usual y lógica:

AGUAS	Aguas pluviales		
	Aguas terrestres	Aguas superficiales:	Aguas corrientes
			Aguas muertas
			Aguas calificadas
		Aguas subterráneas	
		Aguas remanentes	

Todas estas diversas clases de agua se deben clasificar en una de estas tres categorías jurídicas: 1) de dominio del Estado y de uso público; 2) de dominio del Estado y de uso particular; 3) de dominio y uso particulares.

Las aguas **lluvias** son una cosa común mientras caen; una vez en la tierra, o bien se absorben por ella y se incorporan al terreno, adquiriéndose así por el dueño de la tierra, o bien corren. En este último caso, pueden ser captadas por los particulares mediante canales, estanques, etc., y entonces pasaban del dominio público al particular; antes de que se hagan tales obras, pueden ser utilizadas por cualquiera: son de dominio público y de utilidad pública.

Las aguas corrientes, si van por cauces naturales son de dominio público y de uso público. Pueden, por concesiones, o “mercedes de aguas” cederse para el uso particular.

Las aguas corrientes que **nacen y mueren dentro de una heredad**, eran del dueño de la finca, conforme al sistema del Código Civil. Se entiende por “morir” en la misma propiedad, el hecho de absorberse por la tierra o gastarse en otros usos, lo mismo que si desembocan en un río o en el mar.

Las aguas corrientes que circulan por **cauces artificiales**, generalmente son de dominio y uso privado. Este dominio privado puede tener su origen en títulos adquisitivos anteriores a las actuales leyes (que no suelen otorgar sino el uso y no el dominio), o bien haberse adquirido por contratos con el Estado. Desde luego, también el Estado o los Municipios pueden tener dominio sobre aguas que van por cauces artificiales: si los han construido y aprovechan así las aguas de sus ríos o lagos, o bien, si han expropiado a particulares por razones de utilidad pública, las que antes eran privadas.

En cuanto a las aguas estancadas, son de dominio público y de uso público, las de los **grandes lagos**: navegables por buques de más de cien toneladas. Las de lagos menores se reconocían a favor de los propietarios ribereños. Hay propiedad pública y, uso privado, en el caso de **concesiones** o mercedes de aguas para un particular que puede sacar canales o aprovechar en otra forma las aguas de dichos grandes lagos.

Las aguas **termales**, medicinales o minerales son siempre privadas. Si pertenecen a una Municipalidad o al mismo Estado, entran en el dominio privado de tales entidades públicas. La razón probablemente radica en el

escaso caudal de este género de aguas, lo que hace que habitualmente nazcan y mueran en el mismo fundo.

En cuanto a las **aguas subterráneas** nuestra legislación ha sufrido profundas modificaciones en los últimos años. Primitivamente el Código reconocía un pleno dominio al propietario del suelo, sobre las aguas del subsuelo. En la edición de 1930 se incorporaron ya disposiciones de las leyes especiales sobre aguas, en virtud de las cuales se ponen a salvo los derechos adquiridos por otras personas, de modo que el propietario de un terreno no puede disminuir el caudal legítimamente adquirido por un vecino u otra persona. El Decreto Supremo 142 del 22 de julio de 1938 expedido por el General Alberto Enríquez, concedió el derecho de alumbrar aguas subterráneas no sólo en el propio terreno, sino en terreno ajeno, de tal modo que tanto el dueño del terreno como un extraño necesitan **denunciar** y obtener permiso para alumbrar aguas, las cuales vienen, por consiguiente a considerarse como de dominio público y uso particular.

En cuanto a las **aguas remanentes** hay que considerar dos casos muy diversos entre sí. El primero se refiere a las aguas que se toman de un cauce natural, aguas públicas, para un uso agrícola o industrial y que luego de utilizada su fuerza motriz o para otros usos, lo que sobra debe devolverse al cauce natural, continuando en el dominio y uso públicos (Art. 873 del Código Civil). El segundo caso, el de las aguas remanentes propiamente dichas, fue regulado por primera vez por el ya mencionado Decreto 142, y se refiere a las aguas de uso privado que no llegan a utilizarse, que sobran en una propiedad y salen de ella, y que por este hecho se convierten en públicas, y pueden ser ocupadas por cualquier persona para su uso, sin perjudicar al anterior dueño o a terceros; este derecho de hondo contenido social, y que permite una razonable utilización de las aguas está actualmente regulado en la Ley de Aguas bajo el nombre de “aguas remanentes”. Estas aguas pueden ser concedidas, por vía administrativa.

Hay todavía otros casos especiales de agua, como las que se encuentran al excavar o explotar una mina, y cuyo uso, para los efectos de la industria minera o para menesteres doméstico, se adjudica por la Ley de Minas al concesionario de la mina. Los que por contrato con el Estado hacen diques para almacenar las aguas o aprovechar los ríos para la navegación, pueden ser adjudicatarios del uso de esas aguas para aprovechar su fuerza

motriz; lo cual da a entender que tienen un derecho preferente para obtener dicha concesión (Art. 33 de la Ley de Aguas).

En resumen, podemos llegar a las siguientes enumeraciones, en orden al dominio y uso de las aguas:

Son de dominio público:

1. Las aguas del mar territorial. Su uso es también público, y cabe que se confieran concesiones sólo en cuanto al aprovechamiento parcial de las riquezas en ellas contenidas.
2. Las de los lagos naturales. Su uso es también público, pero puede concederse a particulares que saquen aguas mediante canales.
3. Las que corren por cauces naturales. Su uso es público. Se conceden “mercedes, mediante las que los particulares las utilizan con exclusividad y pueden transmitir las a otras personas. Si esos cauces son quebradas secas, por las que eventualmente circulan aguas, cualquier particular puede aprovecharlas sin necesidad de concesión, e incluso desviando su curso.
4. Las subterráneas. Su uso puede ser concedido a los particulares que las alumbren sea en terreno propio o ajeno.
5. Las expropiadas a particulares por ser de utilidad pública, como las necesarias para el consumo de poblaciones. Pueden también ser expropiadas por los Municipios artículo 40 de la Ley de Aguas.
6. Las aguas lluvias y de quebradas, mientras no se apropian de ellas los particulares; en este último caso pasan a ser de dominio privado.

Pertenecen a particulares:

1. Las aguas medicinales, minerales o termales (Art. 1 Ley de Aguas).
2. Las de lagos artificiales o embalses. Estas pueden pertenecer a varios propietarios, si hay varias fincas ribereñas (Art. 2 de la Ley de Aguas).
3. Las de vertientes, es decir manantiales, que nacen y mueren en la misma propiedad y que son del dueño de ésta.
4. Las transferidas a particulares por entidades públicas (Cajas de Riego, IEOS, etc.) o adjudicadas en propiedad a los particulares

bajo la vigencia de leyes anteriores a la actual, ya que la actual Ley solamente consiente adjudicación de uso.

6. Las adquiridas por justo título a otras personas particulares que tenían el dominio de tales aguas.
7. Las de pozos cavados en el propio terreno.

Son de uso particular, aunque el dominio teórico continúe en poder del Estado:

1. Las aguas lluvias para cuyo aprovechamiento se haga alguna obra.
2. Las de quebradas habitualmente secas.
3. Las de cauces naturales que sean captadas y aprovechadas mediante canales, etc., en virtud de concesiones o mercedes.
4. Las que corren por cauces naturales y se toman, sin concesión especial, para usos domésticos.
5. Las que se captan de cauces naturales para aprovechar su fuerza motriz, y se restituyen más o menos sin disminución de caudal, al anterior cauce.
6. Las aguas remanentes y las servidas, cuyo uso exclusivo se adquiere por denuncia.
7. Las subterráneas, cuyo alumbramiento y uso se obtenga por concesión.
8. Las que se encuentren al labrar las minas, y cuyo uso está concedido por la Ley, sin requisito, al concesionario de la mina, para sus usos mineros o domésticos.

Las **concesiones** de aguas se pueden obtener judicial o administrativamente, según los casos. En cuanto a las concesiones administrativas, ha variado el órgano llamado a estudiarlas y aprobarlas. La Ley de Aguas de 1936 concedía esa competencia al Ministerio de Obras Públicas, el año 1938 se confirió esa misma competencia al Ministerio de Fomento; desde marzo de 1966 (RO 8-III-66. DS 2832) en que se estructura el Ministerio de Agricultura y Ganadería, corresponde a éste; y como organismos asesores en estas cuestiones, intervenían anteriormente la Caja Nacional de Riego y la Dirección de Recursos Hidráulicos del Ministerio de Agricultura, habiéndose fundido las dos entidades en el actual Instituto de Recursos Hidráulicos, por el Decreto 1551 (RO 158: 11-nov-1966).

La creación del Instituto de Recursos Hidráulicos, aunque no supone una derogación expresa de disposiciones legales anteriores, sí implica ciertos

cambios profundos en la orientación misma, y por lo tanto en la interpretación que deba hacerse de las leyes en esta materia. La idea fundamental es la de lograr la **máxima utilidad social** de las aguas, tanto públicas como privadas; por esto, entre las atribuciones del Instituto está la de “estudiar y determinar las necesidades de agua para riego y otros usos, en orden a establecer las justas limitaciones o ampliaciones sobre derecho de uso de agua y servidumbres conexas, y a fijar las reservas indispensables para el riego de las tierras que carecen de él y para otros fines necesarios para el desarrollo del país” y en el artículo 19 se reconoce al Ministerio de Agricultura el derecho de declarar de utilidad pública los inmuebles que fueren necesario para el cumplimiento de las finalidades del Instituto, el mismo que puede solicitar su expropiación.

En la Ley Básica de Electrificación, se señalan también las atribuciones en materia de aguas del Instituto y se precisa el orden de importancia de los objetos para los cuales se han de hacer las adjudicaciones de aguas: 1º.- Para usos domésticos y de agua potable; 2º.- Para regadío de tierras, y 3º.- Para la generación de energía.

Existen numerosas disposiciones más sobre aguas en las leyes de Minería, de Caminos, de Régimen Municipal (Arts. 300 a 303), etc., y desde luego, en el mismo Código Civil, por ejemplo a propósito de las servidumbres naturales (Arts. 872 a 874), pero no sería éste el lugar de examinarlas.

e) Caminos, plazas, etc. Los caminos, calles, avenidas, plazas, y demás lugares destinados directa o indirectamente (lugares públicos de estacionamiento) al tránsito de personas, animales y cosas, pueden ser de dominio público o de dominio privado.

Si son de dominio privado, pueden, sin embargo estar abiertos por voluntad de sus propietarios al uso de otras personas en general, o por lo menos de algunas, por ejemplo, de las que habitan en una región; en estos casos, sin dejar por ello de ser bienes particulares, sirven para un uso público más o menos amplio.

En cuanto a los caminos, etc., de dominio público, su uso es siempre público. Sólo por especiales circunstancias de seguridad, de orden, etc. puede restringirse el uso público de las vías de dominio del Estado u otros

entes públicos (Consejos Provinciales o Municipalidades). El caso, más extremado y también más excepcional, será el de vías que por razones estratégicas puedan reservarse para exclusivo uso del ejército, en cuyo caso el uso público queda circunscrito a esa concreta modalidad.

En cambio, las concesiones a particulares en esta materia sólo pueden consistir en derechos muy limitados en cuanto a su extensión, y normalmente también en cuanto a su duración. Las Municipalidades pueden permitir la ocupación de calles, plazas, etc., con postes y otros objetos para transmisión de electricidad y para el alumbrado de casas y calles, pero estos objetos, además de que también tienden a un servicio público, ocupan un mínimo espacio, y la concesión no puede durar más de diez años, pues para mayor tiempo se necesita cumplir otros requisitos. Parecidas concesiones, igualmente limitadas en cuanto al espacio y al tiempo, pueden hacer las Municipalidades para otros objetos parecidos como instalaciones telefónicas, de tuberías de agua, gas, etc., y también para la ocupación temporal de espacios públicos con barracas, puestos de ventas, espectáculos, etc.

Cuando se hacen concesiones especiales a particulares, igualmente, quien las hace puede cobrar una **regalía**.

El Código Civil no da un criterio absoluto para diferenciar los caminos, calles, plazas, etc., públicos de los que son de dominio privado. El artículo 608 señala simplemente que los “puentes y caminos construidos a expensas de personas particulares, en tierras que les pertenecen, no son bienes nacionales, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos. Lo mismo se extiende a cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares y en sus tierras, aun cuando su uso sea público, por permiso del dueño”.

El criterio fundamental es, pues, el del costo: si las expensas de la construcción del camino han sido a cargo de un particular, el camino “no es nacional”, y debemos concluir que es particular. En cuanto al terreno, que se destina al camino, parece que es una cuestión secundaria, porque bien podrían ser varios propietarios quienes ceden sus terrenos y construyen de común acuerdo, a su costa un camino para uso exclusivo de sus propiedades, en cuyo caso, aunque no se cumpliría rigurosamente la letra del artículo

lo 608, tendríamos, sin duda también entonces un camino “no nacional”, o sea particular.

Aunque el criterio de la construcción, o de las **expensas de construcción**, se señale como el principal, no quiere decir que sea el único título. Así lo ha admitido la jurisprudencia chilena, sobre la base de igual disposición legal que la de nuestro Código; y como observa Alessandri, es natural que se acepte cualquier otra forma de prueba del dominio particular sobre un camino, porque de otro modo, si sólo se admitiera la demostración de la propiedad mediante la justificación de que el camino se hizo a expensas del dueño del terreno, a medida que transcurriera el tiempo la prueba se haría más difícil, lo cual resulta contrario al debido respeto por la propiedad particular. Si una persona tiene títulos de propiedad, según los cuales comprueba que adquirió lícitamente un camino, no necesitará probar que el constructor del camino fue el propietario del terreno, o que se hizo a su costa.

El nuevo criterio es bastante oscuro. “Construidos para el servicio público”, dice el artículo, pero no indica por quién ni con qué dinero; probablemente se refiere a los construidos por el Estado, los Consejos Provinciales y los Concejos Municipales, y con fondos públicos; porque, si un particular los construye con sus propios fondos y en su terreno, aunque lo haga para servir al público, seguirá aplicándose el artículo 608 del Código Civil y el camino será privado. En cuanto a los “declarados de uso público”, la Ley señala suficientemente el trámite, que determina actualmente un “acuerdo ministerial” y no en “Decreto” del Presidente de la República, como disponía la anterior Ley de Caminos. Pero el punto más discutible es el relativo al tercer origen de los caminos públicos: “los privados que han sido usados desde hace más de 15 años por los habitantes de la zona”.

Parece referirse la Ley a los caminos utilizados durante 15 años, antes de la vigencia de la misma Ley: “han sido usados”. Esto supondría, un efecto retroactivo sumamente grave; un verdadero despojo de la propiedad particular, sin compensación, ya que nada dice la Ley al respecto. Por otra parte, los tiempos verbales usados no permiten aplicar la regla para lo futuro, pues debería decirse para ello: “los que sean usados por más de 15 años”. Mientras que simplemente dice la Ley: “los que han sido usados desde hace...”. Parece evidente, que es preciso apartarse del tenor literal, y

tratar de entender cuál fue la intención del legislador. Probablemente se quiso establecer una regla para el futuro, y tal vez aplicable también al pasado, es decir que aquellos caminos que ya antes de la vigencia de la Ley hubieren sido usados por más de quince años, se convirtieron en públicos por el efecto confiscador de esta Ley dictatorial; también aquellos otros caminos que, no durante quince años, pero sí durante algún tiempo anterior a la Ley ya comenzaron a usarse por “los habitantes de la zona”, al cumplirse los quince años pasarán al dominio público, y con mayor razón, los que, después de la Ley, sean usados durante quince años por personas extrañas al dueño.

La transformación de los caminos particulares en públicos, por el uso de quince años, probablemente se trata de justificar por la consideración de que durante ese largo tiempo el propietario habrá amortizado el gasto realizado en la construcción, y la necesidad pública resultará suficientemente demostrada por el continuado uso de variadas personas. A este propósito, la Ley de Régimen Municipal, al tratar de las expropiaciones establece que se ha de descontar de la indemnización que reciba el propietario, lo que se aprecie que le ha beneficiado la “explotación” de su camino. Parece, pues, evidente, que la intención del legislador fue la de trasladar gratuitamente -esto es confiscar- del dominio privado al público los caminos usados por los vecinos del lugar durante quince o más años.

En cuanto al titular de los caminos que son bienes públicos, es asunto que debe ser resuelto por el Derecho Administrativo y que no está suficientemente precisado, sobre todo en lo relativo a los Consejos Provinciales.

Cuando los caminos, plazas, etc., son públicos, el uso público es la regla general que se presume y se sujeta a las disposiciones tanto del Código Civil como de las respectivas leyes especiales, tal como lo ordena el artículo 614.

Mientras dura el dominio público “nadie podrá construir, sin permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad nacional” (Art. 615).

Esta prohibición de ocupar con construcciones los lugares públicos se reitera en el artículo siguiente, excluyéndose toda excepción, y limitando el respeto a los derechos adquiridos, en forma bastante práctica, hasta cuando sea preciso reconstruir las obras existentes: “Las columnas, pilastras, gradas, umbrales y cualesquiera otra construcción que sirva para la comodidad u ornato de los edificios, o hagan parte de ellos, no podrán ocupar ningún espacio por pequeño que sea, de la superficie de calles, plazas, puentes, caminos y demás lugares de propiedad nacional.- Los edificios en que se ha tolerado la práctica contraria estarán sujetos a la disposición del precedente inciso, si se reconstruyeron” (Art. 616).

Art. 618: “Sobre las obras que, con permiso de la autoridad competente, se construyen en sitios de propiedad nacional, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo.- Abandonadas las obras, o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo, por el Ministerio de la Ley, al uso y goce privativo del Estado, o al uso y goce general de los habitantes, según lo prescriba la indicada autoridad.- Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por el Estado”.

Puede ser necesaria la apertura de un camino a través de una propiedad ajena y para el servicio de otro fundo, en este caso se trataría de una servidumbre de tránsito, regulada por los artículos 883 y siguientes del Código Civil, que estudiaremos al hablar de las servidumbres.

La propiedad pública sobre estos bienes que venimos examinando puede también terminar; es decir, los caminos, calles, plazas, etc., pueden pasar al dominio privado. Para esto se requiere un acto administrativo que declare la terminación del uso público y permita la transferencia del dominio.

El Decreto Supremo 914 (RO 127: 12-dic-1963) resolvió “Facultar al Ministro de Obras Públicas para que a través de la Dirección General de Obras Públicas Nacionales, destine los terrenos pertenecientes a los caminos públicos que hayan sido declarados cerrados por el Ministerio del Ramo, a las finalidades que estime más convenientes, como ventas al mejor postor, compensaciones en los juicios de expropiación, etc.”.

En el Código Civil se considera el caso de la servidumbre de tránsito que llega a no ser indispensable para el predio dominante, por la adquisición de terrenos que dan un acceso al camino, o por otro medio, en cuyo caso el dueño del predio sirviente tendrá derecho para pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que, al establecerse ésta, se le hubiere pagado por el valor del terreno (Art. 885).

f) Tierras.- Ya hemos hablado de algunas tierras que constituyen bienes públicos: tal es el caso de las tierras sumergidas que forman parte del zócalo continental o del fondo del mar territorial, las playas, el cauce de los ríos y más caudales de aguas públicas, el suelo de los caminos, plazas, etc. Pero en este punto, nos referimos principalmente a las tierras agrícolas, o que admiten explotación agropecuaria o forestal, en tanto en cuanto pueden ser bienes del Estado.

Originariamente, al establecerse los conquistadores en el territorio de lo que hoy es el Ecuador, se consideró que todas las tierras pertenecían a la Corona, y los Adelantados, Virreyes, Gobernadores, Capitanes, etc. hicieron en nombre de los Reyes de España **adjudicaciones en propiedad** a los colonizadores que se avecindaban en territorios de América; también reconocieron el **dominio de los indígenas** en los terrenos en que estaban asentadas algunas comunidades, o cuando los cultivaban con trabajo independiente de los españoles. En esta forma se estableció en nuestro país el dominio particular de las tierras, que durante varios siglos se ha transferido por las diversas maneras previstas por el derecho hasta los actuales propietarios.

Como la población española, y aún la indígena, eran muy escasas al principio de la Colonia, las adjudicaciones abarcaban extensos territorio, y muchas veces los linderos eran imprecisos. Tampoco hubo excesivo celo en recuperar para el Estado, o para los Reyes, los terrenos a nadie adjudicados, y resultó frecuente con el tiempo la ocupación por parte de indígenas o de colonizadores o de mestizos, de tierras que nunca les fueran adjudicadas.

La **propiedad colectiva**, vagamente adscrita a comunidades indígenas de difícil determinación, o a villas y ciudades, fue, durante la Colonia y aún en los primeros años de la República, muy frecuente. A este propósito escri-

be así el doctor Cevallos Arízaga: “Bienes propios, pertenecían exclusivamente a las villas eran administrados por las autoridades del lugar en beneficio directo de éstas, y podían ser tierras, o grupos de esclavos, o ingresos por concepto de “penas de cámara” -especie de multa-; su producto lo empleaba el gobierno municipal en atender exigencias de suyo públicas o administrativas, explotándolos directamente o alquilándolos a particulares; también aquí severas sanciones gravitaban sobre las posibles violaciones de las normas que reglaban la materia”. Más conocidas son las figuras de los “ejidos”, pastos comunales montes comunales, etc., que eran realmente de dominio y uso público de los Municipios o Cabildos. Se esbozaba, pues, desde entonces la diferencia entre los bienes territoriales públicos de uso público y los patrimoniales (bienes propios) de la comunidad.

En la **época Grancolombiana** nos encontramos ya con la preocupación legislativa por las tierras públicas. Se pretende que pasen a manos particulares para que las cultiven y hagan producir. El 11 de octubre de 1821, el Congreso decreto la enajenación de tierras baldías, autorizando que se realice en pública subasta, previo avalúo y mensura, siempre que no hayan sido concedidas previamente a persona alguna; se exceptuaban también las tierras ocupadas por comunidades de indios y los pastos y ejidos de las villas y ciudades. Es muy notable que ya en esta remota disposición legislativa se encuentran los lineamientos de la actual legislación: el dominio del Estado sobre las tierras baldías, la conveniencia de su adjudicación, el respeto a los derechos adquiridos, etc.

Resumo las principales disposiciones legales de la primera **época republicana**, sobre esta materia:

En 1849 se expidió el Decreto Legislativo sobre colonias itinerarias sin clasificar en baldías y de reversión.

En 1851 se aprueba la Ley sobre contribuciones y derechos de los indígenas, asignando a cada familia de éstos, en las parroquias donde existían terrenos “de comunidad y resguardo”, la parte necesaria para su habitación y cultivo, particular, fuera de los que necesiten en común para sus ganados y otros usos. Nótese como tan avanzado el siglo XIX, la propiedad particular de tierras por parte de los indígenas, apenas comienza a establecerse:

carece de arraigo; mientras que se hallaba más difundida la propiedad comunitaria, que sólo se restringe, pero no se suprime mediante esta Ley.

La Ley de 24 de octubre de 1863, sancionada el 4 de septiembre de 1865, define así las tierras del Estado: “Son tierras baldías todas las comprendidas dentro de los límites de la República, cuyo dominio no pertenece a particulares, corporaciones, o comunidades según leyes anteriores”; son tierras de resguardo o reversión, las que no siendo de propiedad particular” y se han destinado al uso común o particular de los indígenas. Hay que destacar en esta legislación el sentido práctico que trata de adaptar la Ley a las costumbres y realidades sociales de la época.

En las leyes de 1865 y 1867, se reconoció el derecho de propiedad particular a todos los poseedores de tierras de reversión, declarándose como único título para ello la propia Ley. El último de los mencionados años, amplió a la gente de raza blanca las concesiones que sobre derecho de propiedad establecía la Ley del 65 solamente a favor de los indígenas. En realidad, debía resultar muy difícil, además de injusto, conceder derechos únicamente a los indígenas.

En el siglo XX tenemos principalmente: En año 1908 el Congreso declaró bienes del Estado los de las comunidades religiosas, y los destinó a fines de beneficencia pública. Se organizaron luego, las llamadas juntas de Asistencia Pública, que manejaron esos bienes en nombre del Estado; mucho más tarde, se transformó la Asistencia Pública en la Asistencia Social, que aparece como propietario de tales bienes. La confiscación o “nacionalización”, como se decía dio origen a agrias discusiones entre los sostenedores de la expoliación o los religiosos y aún entre el poder público del Estado y la Iglesia, las cuales terminaron el año 1937 al firmarse el Modus Vivendi con la Santa Sede, y la Convención adicional en la que el Estado reconoció una compensación aunque casi simbólica por su reducida cuantía, por las tierras confiscadas.

En 1918 se dictó una Ley que autoriza a la Municipalidad de Loja para que venda a los indios los terrenos, ocupados por ellos en calidad de arrendatarios.

En 1927 se dicta la primera Ley de Patrimonio Territorial del Estado.

En 1936 se dictó la Ley de Tierras Baldías y Colonización. En ella se afirma el principio de la reversión al Estado, de las tierras abandonadas por los particulares.

El año 1937 se dictaron varias leyes referentes a la materia: se ordenó la revisión de las ventas de tierras baldías, la Ley de Comunas protege especialmente a las comunidades de indígenas, y la de Comunidades Campesinas, se refiere en general a los trabajadores del campo. Esta se desarrolló y perfeccionó en 1939.

En 1945 se creó la junta de Cuestiones Indígenas que en cierto modo debía reemplazar a las Comunas, pero que no logró el desarrollo previsto.

El año 1954 se introdujeron importantes reformas a la Ley de Tierras Baldías (24 de febrero).

En 1957, 31 de mayo, la Ley Constitutiva del Instituto Nacional de Colonización.

En 1959 se facultó al Ejecutivo para vender bienes de la Asistencia Social.

La Ley de Reforma Agraria y Colonización data del 23 de julio de 1964, se han introducido en ellas varias reformas, pero las más importantes son las contenidas en la Ley de 11 de julio de 1967, la del 15 de julio de 1973 y 28 de octubre de 1974 y finalmente fue reemplazada por la Ley de Desarrollo Agrario de 30 de abril de 1997.

La nueva Ley de Tierras Baldías se promulgó el 28-nov-1966 y también ha sido objeto de reformas, siendo las últimas, las de 14 de junio de 1994.

Además de las numerosas reformas a la Ley de Reforma Agraria, ésta fue codificada el 26 de junio de que regulan el trabajo agrícola; 1978 y nuevamente el 18 de julio de 1979. En ésta se enumeraban (Art. 18) las tierras de dominio del Estado y del patrimonio del IERAC: a) Las rústicas que carecen de otro dueño; b) Las que actualmente son de propiedad del Estado (excepto los bosques); c) Las de instituciones de Derecho Público; d) Las de sucesiones intestadas que deban pasar al Estado por el artículo 1033 del Código Civil.

En cuanto a las expropiaciones, según la ley de Reforma Agraria, se podían realizar: 1. De los predios deficientemente cultivados; 2) De los que hubieren sido trabajados por precaristas durante tres años consecutivos, por lo menos, hasta el 7 de septiembre de 1970, y aquellos de los cuales los precaristas hubieren sido desalojados después del 7 de septiembre de 1967; 3) Los explotados en forma contraria a la vocación natural del suelo; 4) Los que atenten contra la conservación de los recursos naturales renovables; 5) Los de personas jurídicas cuya actividad principal o complementaria no sea la agraria; 6) Los que fueren a beneficiarse con proyectos de riego costeados directamente por el Estado; 7) Los que no fueren explotados directamente por el propietario; 8) Los explotados en contravención de normas jurídicas; 9) Los sujetos a gran presión demográfica; 10) Los que constituyan acaparamiento de la tierra según el artículo 42.

Las tierras del Estado no pueden ser adquiridas por prescripción, repite la Ley de Reforma Agraria. El DS 3810 (cuya vigencia fue suspendida por la Cámara de Representantes) confundía lamentablemente las disposiciones legales y afirma equivocadamente que las tierras “rurales”, “sin títulos inscritos” pertenecen “conforme a la Ley, al Estado”. Esto no es así; las tierras que pertenecen al Estado son las que no tienen otro dueño, las baldías y no las que no tengan “títulos inscritos”. Puede haber, de hecho hay, dueños legítimos que **no tengan títulos inscritos**; el caso está previsto en el artículo 709 del Código Civil. Puede haber propietarios sin títulos (materiales, cartularios), sea porque han heredado, o porque adquieren por prescripción (no contra el Estado, sino de otra persona). Puede haber dueños con títulos, pero no inscritos, por ejemplo, por ser títulos anteriores a la fundación del Registro de la Propiedad, el cual es el caso de muchas propiedades de la Iglesia. Evidentemente, el Decreto dictatorial, publicado cuando ya había entrado en vigencia la Constitución, que garantiza el Derecho de propiedad, no puede surtir un efecto confiscatorio de toda propiedad sin títulos; se trata de un evidente error del Decreto, que, por resultar inconstitucional, no podía producir efecto alguno. Este errado Decreto fue expresamente derogado por Decreto Legislativo que se promulgó en RO 89 del 19 de diciembre de 1979.

La Constitución de la República recoge la ya tradicional norma de que “serán bienes del Estado las tierras que **carezcan de dueño**”. Pero

además, agregó la de 1967, otro principio: “igualmente las agrarias que, teniendo dueño, permanezcan abandonadas más de ocho años consecutivos sin causa legal”. Y se declaró que “Este dominio será imprescriptible, pero las tierras deberán adjudicarse a particulares con fines de reforma agraria y colonización (Art. 55 de la Constitución de 1967). La Carta de 1998 no hace referencia a esa adquisición por el Estado, de las tierras no cultivadas durante ocho años, pero sí conserva el principio de la imprescriptibilidad de las tierras de dominio público (Art. 247).

En cuanto a la primera parte, en forma casi idéntica, y aún más precisa, el Código Civil dispone en el artículo 605: “Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de dueño”.

Las tierras que son bienes públicos pueden pertenecer al Estado, a los Consejos Provinciales o a las Municipalidades. Si son del Estado, están asignadas al IERAC o al patrimonio forestal. Naturalmente no nos referimos a aquellas tierras que ingresan al patrimonio del Estado con un fin específico, o que el Estado adquiere por un título común, como lo podría hacer un particular.

El espíritu general de la legislación consiste en que las tierras preferentemente deben pertenecer a particulares que las exploten. Por esto, cuando son del Estado, debe procurar adjudicarlas con fines de reforma agraria y colonización.

El artículo 51 de la Ley de Reforma Agraria autorizaba otorgar concesiones temporales de tierra a personas naturales o jurídicas para que lleven a cabo programas de explotación agropecuaria de evidente utilidad para el país. El carácter temporal de estas concesiones, las diferencia de las adjudicaciones en propiedad, y las aproxima más bien a las concesiones mineras. En las concesiones mineras, petrolíferas o auríferas, el Estado confiere derechos en la superficie que no suponen transferencia del dominio, como ya hemos visto.

Otro tipo de tierras públicas es el de los nevados perpetuos y las zonas de territorios situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar. Estos fueron declarados bienes nacionales de uso público por el DS 390

publicado en el Registro Oficial 67 del 28 de septiembre de 1963. El artículo 6 de dicho Decreto decía: "Se declara sin valor todos los títulos de dominio privado existentes sobre los nevados y zonas de altura a que se refiere este Decreto, y derogadas o modificadas las disposiciones legales que se le opongan". Como no hay lugar a ninguna compensación por esas propiedades, se trata de una verdadera confiscación, sólo explicable dado el carácter dictatorial del Decreto y del Gobierno que lo expidió. Es por demás sabido que la Constitución de la República prohíbe toda clase de confiscaciones.

La utilidad para los particulares de dichas zonas cuya altura supera los 4.500 metros, ordinariamente sería, desde luego muy limitada. Por otra parte, el Decreto se propone estimular los deportes y aún el turismo. Así se justifica la declaración de utilidad pública, pero habría sido razonable que se procediera por los medios ordinarios a la correspondiente expropiación debidamente remunerada. Bien es verdad que en algunos casos, la propiedad de esas altas tierras habría sido muy difícil de establecer a quien pertenecía.

Además, se establece un derecho de servidumbre de tránsito público a través de las propiedades que sea preciso atravesar para llegar a los nevados y más lugares elevados. Quedan a salvo los derechos adquiridos sobre las aguas corrientes que existan a aquellas alturas.

g) Recursos económico-financieros.- Entre los bienes públicos se deben enumerar también los recursos económico-financieros del Estado, los Consejos Provinciales, los Municipios y las demás entidades públicas. No sería adecuado tratar de ellos en un libro de Derecho Civil, pero tampoco se puede dejar de mencionarlos, para dejar así delineado siquiera el cuadro de los bienes públicos.

Por una parte está el alto dominio del Estado sobre una serie de riquezas que aunque pertenezcan y se exploten por particulares, interesan singularmente a la comunidad, y por ello el poder público está llamado a protegerlas, orientar su razonable explotación y participar en alguna medida de ellas, de modo que todos se beneficien, siquiera indirectamente, de esos bienes. Tal es el caso de los grandes recursos naturales: Bosques naturales, minas, lavaderos auríferos, depósitos o yacimientos de petróleo, energía

hidroeléctrica, etc. Respecto de ellos dice la Constitución de la República que "Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales" (Art. 247). Y el Estado, al regular o conceder dichas explotaciones y otras semejantes, suele exigir el pago de una regalía o contribución a través de la cual se reconoce el alto dominio del Estado y se contribuye al enriquecimiento colectivo.

Otras veces, no se trata propiamente de recursos neutrales, sino de riquezas o bienes que por su cuantía, su interés común o su vinculación con la historia del país, tienen especial función social que desempeñar, aunque pertenezcan también a particulares.

La explotación de ciertas industrias o la prestación de ciertos servicios, igualmente, comprometen directamente el interés público, y por ello interviene el Estado, los regula, y participa de sus utilidades.

Diferente es el caso de las patentes, y de las marcas registradas, o del registro de la propiedad intelectual, artística y literaria. En todos estos casos, el Estado interviene para garantizar los intereses individuales principalmente. Pero también de un modo indirecto se protege los intereses sociales, incluso por la limitación del tiempo de las patentes y de esos géneros de propiedad intelectual, etc. Además el Estado participa también en esas riquezas a través de los derechos o regalías que exige para conceder la protección solicitada para los inventos y demás creaciones del ingenio humano.

Por otra parte, están los recursos propiamente financieros del Estado y de otros entes públicos. Ellos consisten fundamentalmente: a) En los frutos y productos de sus bienes, industrias, empresas, etc.; b) En los impuestos, tasas y contribuciones especiales; c) En la participación a título de regalías, derechos superficiarios, etc.; en la explotación particular de riquezas nacionales; d) En la participación en la plusvalía de los bienes de particulares, principalmente cuando ésta se debe a obras públicas; y, e) En empréstitos y otros fondos recibidos del exterior o del crédito público interno.

CAPÍTULO II LA POSESIÓN

Sección 1a. Cuestiones Generales

14. Noción

La posesión constituye uno de los términos jurídicos más controvertidos: se discute su alcance, su naturaleza, sus efectos, etc. Indudablemente, según el sistema jurídico en que se encuadre, o según la doctrina jurídica que se siga, se pueden dar definiciones muy diferentes entre sí, de lo que es la posesión.

He aquí como la describe el Diccionario de Legislación de Escriche: "En el estado primitivo del género humano, todas las cosas se adquirían por la ocupación, se conservaban por la posesión, y se perdían con ella; de modo que la posesión se confundía entonces con la propiedad. El establecimiento del derecho civil hizo de ellas dos cosas distintas e independientes: la posesión no fue ya sino el mero hecho de tener la cosa, y la propiedad llegó a ser un derecho, un vínculo moral entre la cosa y el propietario; vínculo que ya no pudo romperse sin su voluntad, aunque la cosa no estuviese en su mano; en una palabra, pudo uno ser propietario sin poseer la cosa, y poseedor sin ser propietario. Tú tienes mi reloj en tus manos, he aquí el hecho de la posesión-, pero el reloj continúa siendo mío, yo puedo disponer de él, venderle o darle, he aquí el derecho de propiedad. Sin embargo, la posesión, separada de la propiedad, ha conservado muchas de sus antiguas prerrogativas: así es que sirve de base a la prescripción, atribuye los frutos al poseedor de buena fe, y se reputa unida con la propiedad mientras no se pruebe lo contrario".

Esta descripción inicial de la posesión requiere matizarse cuidadosamente. Es verdad que originariamente la posesión es un hecho que en cierto modo se contrapone al derecho de propiedad, a la vez, que lo significa y hace efectivo; pero por otra parte, la misma posesión se defiende de varias maneras por el derecho, es decir, que da lugar a acciones judiciales, y por tanto se configura también como un derecho. Además, la materialidad de tener una cosa por sí sola no basta para constituir posesión: en nuestro sistema jurídico, con toda exactitud ese mero hecho, la simple materialidad, se denomina “**tenencia**”, y no puede confundirse con la posesión.

En el Digesto se definía con mucha concisión de esta manera: “*Detentio rei corporalis animo sibi habendi*”: la detentación de una cosa corporal con el ánimo de tenerla para sí. Quedaron desde entonces delineados los dos elementos esenciales de la posesión, sobre los que insistiremos más adelante: el “**corpus**”, o sea la materialidad de la tenencia, y el “**animus**” o intención que confiere al detentador la calidad de poseedor.

En las Siete Partidas, el Título XXX de la Partida 3ª comienza con estas palabras: “*possession tanto quiere decir como ponimiento de pies; et segunt dixerón los sabios antiguos, posesión es tenencia derecha que home ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo et del entendimiento*”. Nótese que esta definición sigue muy de cerca a la romana del Digesto y solamente se esfuerza por describir la materialidad de la tenencia como una actitud física “ponimiento de pies”, a la que debe sumarse la ayuda “del entendimiento”, o sea la creencia y voluntad de ser y considerarse dueño.

La **etimología** misma de la palabra, como explica Peñaherrera, coincide con estos conceptos históricos. “*Possidere* -poseer-, es compuesto de *posse* -poder-, y *sedere* -sentarse-. Poseer, significa, pues, etimológicamente, poder sentarse, poder tomar asiento en una cosa, ocuparla de hecho, señorearla, disponer de ella”.

Tanto en las leyes romanas como en las españolas antiguas se refiere la posesión a las cosas corporales, pero se admite también una especie de posesión o **cuasi-posesión** sobre las incorporeales o derechos. Teniendo en cuenta que antiguamente sólo el derecho de propiedad se confunde con la cosa sobre la que recae, dicha concepción equivalía a admitir que se

puede tener con ánimo de titular también los derechos de usufructo, habitación, etc., en forma parecida a como se podía tener una cosa material con ánimo de dueño.

En el **Código de Napoleón** se incluyen, ya fundidos, los dos conceptos: posesión y cuasi posesión, exigiéndose para uno u otro caso el concurso del elemento material y del intencional, ya clásicos. Dice así el Art. 2228: “La posesión es la tenencia o goce de una cosa o de un derecho que tenemos, o que ejercemos por nosotros mismos, o por otro que lo tiene y ejerce en nuestro nombre”. Según esto, hay, pues, un **titular** de la posesión en quien radica la intención de señor o titular del derecho, y quien tiene la cosa por sí mismo o por medio de otro; es decir que el **elemento intencional** resulta predominante e insustituible, en tanto que el elemento material pasa como a un segundo plano, y puede existir de un modo directo, en el mismo titular, o de un modo indirecto, por medio de otro. Esta modalidad de la posesión pasa del derecho francés a la mayor parte de las legislaciones y domina plenamente, por lo menos durante el siglo XIX.

El **Código Civil Alemán**, que a su vez influye notablemente en la legislación del siglo XX, señala que “La posesión de una cosa se adquiere por la obtención del **poder de hecho sobre la cosa**” (Art. 854). Lo cual parece, a primera vista, dar un valor preponderante y absoluto a la detentación, sin consideración del aspecto intencional; pero el Código Alemán sí aprecia este último factor. El mismo artículo citado agrega en el segundo inciso que “El acuerdo de voluntades del anterior poseedor y del adquirente basta para la adquisición, cuando el adquirente es capaz de ejercer el poder sobre la cosa”, y el artículo 855 declara que “Si una persona ejerce el poder de hecho sobre una cosa en provecho de otro por razón del oficio que desempeña en su casa o heredad, o en su actividad remunerativa, o en virtud de otra relación semejante, que obliga a someterse a las instrucciones recibidas sobre la cosa, sólo quien da tales instrucciones es el poseedor”. Puede apreciarse por estos dos artículos que el elemento intencional resulta destacado también en la ley alemana.

El Código Alemán ha influido en los nuevos Códigos de América, como son los de Brasil, México, Perú y Venezuela. En todos ellos se acentúa el aspecto material, pero sin dejar de lado el “ánimo”. Lo que sucede, más

bien, es que el factor intencional adquiere un carácter más objetivo, queda sustraído a las veleidades subjetivas de “creerse” o “considerarse” dueño, para convertirse más precisamente en otro hecho: el de ser comúnmente considerado, el de poder actuar como propietario o como titular de un derecho, conforme a la conciencia social, a la apreciación objetiva de la sociedad o de la generalidad de las personas.

Siguiendo esta inspiración dice el artículo 824 del Código Civil del Perú (del año 1936): “Es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos”, y en forma casi idéntica se expresa el artículo 485 del Código Civil Brasileño (del año 1916). En la Exposición de Motivos del Código Peruano se expresa lo siguiente: “Estimando la posesión como realidad viviente del dominio, el Código vincula ambas materias, tratando en primer lugar de la posesión, por envolver ella un concepto jurídico anterior al de la propiedad y todos los demás derechos reales”. Con estas palabras se indica la dirección dominante en esta moderna legislación: la posesión se considera un hecho fundamental, anterior al dominio, estrechamente relacionado con él y que trasciende del plano meramente fáctico para constituir una realidad jurídica.

El Código Mexicano por su parte declara que “Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793, posee un derecho el que goza de él”. También aquí se destaca en primer lugar el elemento material: el poder de hecho, pero el contexto demuestra que no se puede prescindir del elemento intencional. El artículo 793 al que se refiere el 790 antes transcrito, dice así: “Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor”. Por tanto, sólo la tenencia con ánimo de dueño es propiamente posesión, a pesar de que este Código se empeña en nombrar como posesión el mero poder de hecho. El **Código Mexicano** tiene por fuerza que distinguir la posesión propiamente dicha de la que no lo es, y que nuestro Código Civil con más precisión llama “tenencia”. Así por ejemplo el artículo 791 del Código Civil Mexicano dice: “Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor

pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que posee a título de propietario tiene una posesión originaria, el otro, una posesión derivada”. La doctrina más común, y la legislación casi universal, solamente califica de posesión a la primera; la que el Código Mexicano llama “posesión derivada”, es más propiamente hablando una mera tenencia. En todo caso, la posesión propiamente dicha, también en el Derecho Mexicano entraña un “corpus” y un “animus”; lo que sucede es que en la llamada “posesión derivada”, uno es el sujeto en el que radica el “animus” y otro el que tiene el “corpus”, en nombre del primero. Y si esta Ley ha buscado el extraño arbitrio de llamarle también poseedor al tenedor, y admitir que simultáneamente haya dos posesiones (contra toda la doctrina clásica), se debe únicamente al afán de extender al usufructuario, etc., la protección legal debida al poseedor, cosa que en otros derechos se consigue en diversa forma, como veremos.

El Código Civil de Portugal, de 1967, recoge a mi modo de ver lo más valioso de las experiencias legislativas antiguas y modernas en esta materia de la posesión, y la define con mucha exactitud diciendo: “Posesión es el poder que se manifiesta cuando alguien actúa en la forma correspondiente al ejercicio del derecho de propietario o de otro derecho real” (Art. 1251). Esta legislación distingue, además, y nombra de manera distinta, la posesión de la detentación o tenencia: “Se consideran detentadores o poseedores precarios: a) los que ejercen el poder de hecho sin intención de actuar como beneficiarios del derecho; b) los que solamente aprovechan de la tolerancia del titular del derecho; c) los representantes o mandatarios del poseedor, y de modo general, todos los que poseen en nombre de otro” (Art. 1253).

Podemos concluir que en las leyes más modernas predomina la **tendencia objetiva** principalmente formulada por Ihering, y desarrollada por Saleilles, Wolff, etc. Este último afirma que la posesión es un concepto elemental: “Es la opinión general la que ha de dar la pauta para juzgar si la relación entre la persona y la cosa es o no un señorío de hecho. Señorío o poder, es lo que aparece como tal ante la creencia común”. Y en forma parecida opina Saleilles: “es señor de la cosa aquel que, conforme a las ideas ambientes, a las costumbres y las relaciones sociales, es considerado externamente como la persona de quien depende la cosa. Se requiere un concepto social. El público es quien fija el señorío de la cosa, teniendo en

cuenta el estado de las costumbres, el medio ambiente, el grado de evolución de la vida social”.

A pesar de las diferencias de enfoque, estos conceptos coinciden en lo sustancial con los autores más antiguos. Así, Troplong afirmaba que la posesión “es la promulgación a los ojos de todos del derecho de propiedad; la que conserva la propiedad, la vuelve útil y la pone en acción; mas ella no es sino el hecho por el cual se declara”. Hoy día se suele admitir que la posesión es más que un hecho, un derecho, pero en todo caso, la afirmación del clásico jurista francés, nos permite apreciar que ya en su época la posesión tenía un contenido social: es la apreciación colectiva la que califica una tenencia como posesión, porque se considera a ciertos tenedores como verdadero señores de la cosa por toda su actuación en un determinado contexto social.

Insistiendo en este tema, vale reproducir la definición y opinión del comentarista colombiano Valencia Zea: “Son poseedores todas las personas que según los usos sociales explotan económicamente las cosas en provecho propio a semejanza de los propietarios”. Nótese, sin embargo, que este autor sólo se refiere a la propiedad y no a los demás derechos reales, y que considera - con muchos contemporáneos -, que todo el contenido del derecho de propiedad se agota en lo económico, lo cual parece exagerado.

Clemente de Diego, siguiendo a dos grandes comentaristas, español el uno e italiano el otro, da una idea muy clara de la posesión dentro del cuadro de las diversas relaciones entre el hombre y las cosas: “Cuáles son -se pregunta-, sus variadas figuras o gradaciones diversas de la posesión? El señor Sánchez Román las reduce a tres: 1. la tenencia de la cosa sin título alguno, como la del ladrón, que es simplemente detentación material; 2. la tenencia con título, pero no traslativo de dominio, como la del arrendatario, depositario, etc., que es una posesión jurídica; y, 3. la tenencia con título traslativo de dominio, pero no procedente del verdadero dueño, como la del que compró una cosa del que creyó que era su dueño sin serlo, que es el verdadero derecho real de posesión, por otro nombre posesión civil o cuasi dominio, que decían los antiguos. Ruggiero distingue algunas categorías más de la posesión, siguiendo las diversas graduaciones de que es susceptible el ánimo o intención con que se posee. Así, pues, en el pensamiento de modernos tratadistas, la posesión es un verdadero dere-

cho, mucho más que un simple hecho, y esto, en virtud de una intención que se manifiesta de modo objetivo, concordando con el sentir social general.

Peñaherrera advierte con exactitud, que es preciso “no confundir el ánimo con la **creencia**. Aquél es un acto de la voluntad, éste de la inteligencia. El ánimo equivale a la intención, -de intendere, dirigir-, consiste en impulsar nuestro movimiento hacia un fin. Podemos conocer que no somos dueños, y sin embargo, obrar como dueños; es decir, dirigir nuestros actos como si fuéramos tales. El usurpador, el que adquiere una cosa mediante un título nulo, cuyo vicio conoce, están convencidos de que no son dueños, no tienen la creencia de tales, pero tienen el ánimo o la intención, en cuanto obran como dueños y no reconocen dominio de otro. El arrendatario, el depositario, no son poseedores, por cuanto les falta este requisito”.

A través de los ejemplos antes mencionados, se puede apreciar que en toda verdadera posesión deben coexistir los dos elementos del corpus y el animus, o sea la tenencia de la cosa y la intención de poseer, entendiéndose que esta intención debe encuadrarse dentro de los conceptos generales, o como precisa el Dr. Peñaherrera, dentro de los mismos requisitos que el derecho señala. Aunque nuestro ilustre compatriota no llegó a formular la teoría de la posesión como derecho, se vislumbra en su obra que para él, la posesión es mucho más que un simple hecho, y está muy lejos de poder confundirse con la mera tenencia.

Para terminar esta rápida visión de diversos sistemas positivos y opiniones de destacados comentaristas, mencionaré el pensamiento de Planiol y Rippert, quienes dicen: “La posesión es un estado de hecho, que consiste en retener una cosa de modo exclusivo y en realizar en ella los mismos actos materiales de uso y disfrute que si se fuera propietario de ella. El artículo 2288 se reduce a expresar que la posesión es la detentación y disfrute de una cosa. Esas expresiones son deficientes, tanto más cuanto que la voz “detentación” se suele emplear en sentido técnico si se usa sola y desprovista de calificativo, para designar un estado análogo al de la posesión propiamente dicha, pero distinto de ella”.

Vistas estas diversas opiniones, se puede concluir que todas coinciden en que la posesión se integra de los dos mencionados elementos: material e intencional. La apreciación de cada uno de ellos varía, según los casos, y de allí las diversas teorías sobre la posesión y también la diversidad de terminologías empleadas.

Nuestro Código Civil contiene una **definición** que ha resistido el transcurso del tiempo y las profundas innovaciones introducidas en nuestro sistema legal sobre la materia. Se trata de una definición suficientemente precisa, pero al mismo tiempo con el grado de generalidad y abstracción bastantes como para permitir su conveniente adaptación a las nuevas corrientes doctrinales, surgidas con posterioridad a la redacción del Código: artículo 715: “**Posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre.**” El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo”.

Recogiendo la doctrina tradicional nuestro Código señala a la posesión como algo intermedio entre la mera tenencia y la propiedad: no es ni lo uno ni lo otro, pero se funda en la tenencia y sirve de base o manifiesta la propiedad. Incluye necesariamente los dos elementos: el material, el corpus, que es la tenencia, y el animus o “ánimo de señor o dueño”. Además, esta definición abarca las cosas tanto materiales como inmateriales, a condición de que sean “determinadas”, sin lo cual no cabría ni tenencia ni una intención precisa y capaz de producir efectos jurídicos.

El artículo transcrito ha sufrido en las varias ediciones del Código, leves modificaciones tan sólo de redacción, quedando íntegro su contenido, desde el primitivo proyecto de 1857, que a su vez reproduce el texto definitivo de Bello, y que decía así: “Art. 687: La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.- El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo”. Este artículo era igual al que lleva N° 700 en el Código de Bello, quien en el Proyecto de 1853 escribió “cosa corporal”, en lugar de “cosa determinada”; y decía también “mientras otra per-

sona no justifica serlo”. Claramente se aprecia que las expresiones sustituidas resultaron más precisas con el cambio.

15. Teorías sobre la posesión

Aparte de muchas controversias más o menos parciales sobre determinados aspectos de la posesión, sobre sus efectos, su protección legal, etc., se ha planteado una célebre controversia que permite hablar de una doctrina subjetiva y una doctrina objetiva de la posesión, naturalmente mediante una simplificación de los variados matices.

Se suele considerar como fundador y máximo sostenedor del concepto subjetivo de la posesión a Savigny, en tanto que Ihering representa por antonomasia a la teoría objetiva. Saleilles, en cierto modo, es el fundador de una nueva corriente que ocupa un lugar intermedio o mixto.

Con acierto señala Montoya Gil que la teoría subjetiva de Savigny influyó principalmente en los Códigos del Siglo XIX, entre los que se cuenta el de Bello y todos sus derivados, mientras que la teoría objetiva de Ihering se manifiesta, a través del Código Alemán, en muchas leyes del siglo XX. Ambos autores fundan sus especulaciones en el Derecho Romano y pretenden hallar aplicadas en él sus teorías, propugnando para las legislaciones modernas una imitación en mayor o menor grado, de las experiencias romanas. La verdad es que los textos de los antiguos juristas resultan un tanto oscuros y tal vez contradictorios; es bien sabido que el Digesto acumuló sentencias de jurisconsultos de diversas épocas, que no siempre se coordinan. Como afirma Alessandri, “de los dos elementos de la posesión, es el animus el característico y que transforma la detentación en posesión”, según la doctrina subjetiva.

Savigny afirma que para que haya posesión se requiere que la voluntad del que tiene la cosa, sea una **voluntad de dueño** (animus domini). Si el que tiene la cosa, no se halla en una simple relación física de contigüidad, sino que la tiene para sí (animus rem sibi habendi), entonces es poseedor. Si faltara dicho ánimo, sería simplemente tenedor.



Por esto mismo, para la doctrina subjetiva, la posesión es originalmente un hecho, pero llega a ser un derecho en virtud de la protección debida a la voluntad humana que se manifiesta en las formas previstas por la Ley.

Naturalmente que Savigny no pide solamente una intención interior del individuo, sino que su voluntad de comportarse como señor o dueño, debe manifestarse exteriormente, y esto se deduce del **título** por el cual detenta. Así resulta que la teoría subjetiva -contra lo que podría pensarse a primera vista-, asegura la solidez del derecho y lo sustrae de las veleidades del interés privado. Realmente es una teoría que podríamos calificar de “conservadora”, en el sentido de que tiende a dar la mayor estabilidad al derecho subjetivo, fiándose mucho más de los títulos que de los simples hechos.

La **teoría objetiva**, en cambio, se atiene más a los hechos y da mayor trascendencia al **corpus** que al **animus**, hasta el punto de que éste puede parecer totalmente subordinado, aunque no innecesario.

Ihering sostiene que no pueden dividirse propiamente el llamado “**corpus**” y el “**animus**”. Solamente se los puede distinguir mentalmente. En la realidad toda verdadera detentación de la cosa supone la intención de tenerla, y reúne necesariamente la materialidad y la voluntad, de modo que no cabe “**corpus**” sin “**animus**” ni viceversa.

Resulta así elemento preponderante de la posesión, la tenencia o **corpus**, ya que si realmente existe tenencia habrá también posesión. El elemento intencional está implícito en toda verdadera tenencia. Si estuviera ausente la voluntad de señor o dueño en toda forma, entonces no habría posesión, pero tampoco habría ni siquiera tenencia sino una simple yuxtaposición o proximidad material.

La importancia capital de la doctrina objetiva radica en que, concebida así la posesión, toda tenencia da origen a la **protección de las acciones especiales** o interdictos posesorios, sin que el tenedor esté obligado a probar su intención de señor o dueño. En la teoría subjetiva, dicha prueba se precisa para distinguir la posesión de la mera tenencia: sólo el que tenga título, puede presumirse poseedor; en cambio, para Ihering, quien sim-

plemente tiene la cosa, se presume que está dotado también de título y por consiguiente de ánimo de señor y merece la protección legal.

Pero no debe creerse tampoco que la doctrina objetiva identifique siempre y absolutamente la posesión y la tenencia. Aunque la simple tenencia hace presumir la posesión, no se identifican en todo caso. Efectivamente, la Ley descarta la posesión cuando el tenedor aparece claramente investido de un **título precario** o a nombre de otro para el cual tiene la cosa. Como observa Planiol, se distingue la posesión de la mera detentación, porque en ésta hay un elemento accidental con una función negativa: excluye la posesión; siempre que exista o se pruebe una causa que destruya la posesión, queda una simple tenencia.

Clemente de Diego, indica que la posesión viene a manifestarse por la protección interdictal de una tenencia que aparece normalmente como digna de protección, en tanto que si hay una razón jurídica para negar esa protección, existe mera tenencia.

Los códigos civiles de Alemania y Suiza se inspiran en la doctrina objetiva, y han influido notablemente en los de otros países. El primero dice: “La posesión de una cosa, se alcanza con la adquisición del poder de hecho sobre ella”, y el segundo afirma: “El poseedor, quien quiera que tenga en su poder la cosa, siquiera sea momentáneamente”. Según este criterio objetivo, la detentación en general es posesión, o se presume posesión; sólo se le niega la protección por interdictos, y por lo mismo deja de ser posesión, cuando consta y se prueba que el detentador tiene la cosa a nombre de otro, manteniendo la posesión de otro titular.

Frente a esas **situaciones precarias** caben en teoría dos soluciones: o bien el tenedor precario es asimilado al poseedor para el efecto de poder defender la posesión mediante las acciones especiales posesorias, o bien tiene que recurrir al verdadero poseedor, de quien ha recibido la cosa sólo a título precario, para que el verdadero titular de la posesión la defienda. La primera solución resulta más compatible con el sistema objetivo, y la segunda con el subjetivo; en el primer caso se presume que hay posesión y solamente si se prueba la situación precaria, se reduce ésta a mera tenencia y queda destituida de la protección legal; conforme a la doctrina subjetiva, en todo caso el poseedor debe demostrar su ánimo de señor o dueño para

que el hecho de su tenencia se considere posesión y sea protegido con los interdictos posesorios.

Así sucede que el problema de interpretación de la naturaleza de la posesión tiene una consecuencia principalmente procesal y probatoria. Como anota con exactitud Eduardo Carrión, "Las consecuencias que se siguen de las dos teorías (Savigny e Ihering) son principalmente dos; a) la protección posesoria es concedida solamente a los poseedores, según la teoría clásica; y también lo es a los tenedores de acuerdo con la teoría objetiva; y b) en el campo procesal, los poseedores subjetivos deben acreditar la existencia del poder de hecho y del *animus rem sibi habendi*; en tanto que los poseedores objetivos sólo deben probar que existe el poder de hecho, para que se les deba reconocer como poseedores. Al adversario en el juicio toca establecer que existe un obstáculo legal que impide que el efecto de la relación posesoria se produzca".

En forma parecida, aclara Valencia Zea que: "La mera tenencia para Ihering depende de un factor negativo, que tiene virtud de convertir una posesión en tenencia; tal factor o elemento negativo se traduce en que en ciertos casos se niega a la posesión el efecto de engendrar la propiedad por usucapión". Desde luego, este mismo autor, insiste también en lo relativo al juicio y a la prueba. "Esto crea una diferencia -dice- en relación con la prueba que es necesario acreditar ante la justicia. Los poseedores de Savigny no sólo deben probar la existencia del poder de hecho, sino además, el *animus possidendi*; tal *animus* se deducirá del título o causa de la posesión o mediante una presunción. Los poseedores de Ihering tan sólo deben probar el poder de hecho, y con tal prueba debe tenérseles como poseedores. Corresponde al adversario acreditar un elemento negativo que convierta o transforme la relación posesoria en relación de mera tenencia.

Las dos teorías tienen, no sólo razones teóricas y fundamento en las leyes, sino también ventajas prácticas innegables, y resulta sumamente importante saber en qué principios se inspira una determinada legislación para su correcta interpretación, de aquí que sea preciso examinar esas ventajas que tales teorías proporcionan.

Las doctrina **subjetivas** llevan naturalmente a **negar la acción posesoria al que sólo es tenedor**, así el arrendatario o el usufructuario tienen que recurrir al arrendador o al propietario de la cosa, que es el poseedor, para que éste les defienda en su derecho contra cualquier intrusión de un extraño; esto puede tener el inconveniente de la tardanza y tal vez de la dificultad de mover a que otro se decida a defender al tenedor. En los sistemas legales inspirados en la doctrina **objetiva**, el mismo **tenedor** defiende la cosa e impide que otra persona la arrebate, sin necesidad de contar con el poseedor, ni de probar que él tiene ánimo de dueño. Esta prueba del ánimo de señor muchas veces puede ser difícil, y la teoría objetiva traslada la prueba al que ha atentado contra la tenencia: éste es el que tendrá que probar que aquel a quien ha quitado, la cosa, no era poseedor, no debía tenerla, o bien que la tenía solamente como mero detentador.

Frente a la ventaja señalada, propia de la **teoría objetiva**, se debe en cambio, reconocer que ésta entraña el grave inconveniente de **igualar situaciones jurídicas muy diferentes** como son las del mero tenedor y el poseedor, al menos mientras no se demuestre lo contrario, lo cual puede originar que el mero tenedor pretenda aprovecharse de la prescripción adquisitiva o usucapión. Naturalmente que esta pretensión abiertamente inmoral y antijurídica, se verá detenida por el derecho del verdadero poseedor o del propietario de la cosa, quienes opondrán la excepción de la precariedad del que pretende usucapir. De todos modos, habría que examinar hasta qué punto es justo que el verdadero propietario o poseedor de la cosa sea quien tenga que soportar la **carga de la prueba** de que el mero tenedor es solamente eso: mero tenedor y no poseedor, y por lo mismo, que no puede adquirir por prescripción.

Planiol se refiere a este propósito a la opinión generalizada entre los autores contemporáneos, en el sentido de que es necesario conceder una protección procesal a los detentadores regulares de cosa ajena, que no son más que poseedores en precario, pero que esa protección posesoria debe ejercerse **contra todos menos contra el dueño**.

Los inconvenientes de una y otras doctrinas, han originado ciertas modificaciones o nuevas formulas.



De este modo, la doctrina de Savigny fue complementada con la llamada **teoría de la causa**, que modifica la concepción del *animus domini*, sustituyendo la idea de una voluntad legal derivada de la causa u origen de la relación posesoria; si ella es una causa que implica existencia del *animus domini*, habrá posesión; si es una causa que no implica la existencia de esa voluntad, habrá solamente detentación.

Por su parte, la teoría de Ihering fue modificada en algunos aspectos por Saleilles, y más modernamente, se han señalado varias excepciones que reducen más y más la distancia con la doctrina clásica subjetiva.

Saleilles coincide con Ihering en que el “*animus*” va implícito en el “*corpus*”, pero, como explica Alessandri, “a diferencia del maestro alemán, el francés dice que el *animus* no es de una simple detentación o explotación económica sino de apropiación económica”. Saleilles afirma que “el acto en que consiste el *animus* no es simple acto de tenencia y disfrute de la cosa, es el acto de señorío, y debe ser tal que implique que no haya renuncia a este señorío y, por consiguiente, existe un *animus possidendi* distinto de la voluntad de retener y gozar de la cosa, distinto del *animus detinendi* del que habla Ihering”. Este criterio económico de Saleilles, tiene como consecuencia que la verdadera posesión deba determinarse más por los **usos o costumbres sociales** que por la Ley: cuando en una sociedad se considera que ciertos actos constituyen disfrute real de una cosa, hay aquel “*animus*” implícito en el “*corpus*”, de otro modo, no lo hay, y tampoco puede hablarse de posesión; así, los jornaleros, dependientes, etc., que tienen una cosa en beneficio de su patrono, no tienen el señorío de la cosa, carecen de posesión sobre ella y son meros detentadores, porque su manera de tenerla no se considera en una sociedad determinada como una explotación económica en propio provecho.

Con razón se ha observado que el sistema subjetivo se adapta mejor al Derecho Romano que correspondía a un régimen de economía personalista, en tanto que la organización moderna de la sociedad incluye, entre otros elementos, una estructura económica capitalista o derivada del capitalismo con la que se compagina mejor el sistema objetivo.

Ahora bien, notamos que los códigos modernos que tratan de poner en vigencia el concepto objetivo, siguiendo la línea de Ihering, tropiezan con

serías dificultades al unificar o aproximar los conceptos de tenencia y de posesión. Efectivamente, si ambas instituciones pueden ser protegidas en forma igual o parecida por los **interdictos posesorios**, en cambio no se puede admitir de ningún modo que la tenencia sea suficiente para fundar sobre ella la **usucapión**; tampoco puede aceptarse que el tenedor resista al propietario o que prevalezcan sus intereses sobre los de éste. Es así, como las legislaciones modernas tienen que recurrir a nuevas distinciones: posesión originaria y posesión derivada, o directa e indirecta, etc., lo cual, en cierto modo encubre un regreso a la clásica distinción de tenencia y posesión.

Pienso que, sin necesidad de equiparar la tenencia a la posesión, ni de confundir la terminología ya establecida, cabría **extender ciertas acciones posesorias al mero tenedor**, con la expresa salvedad de que no puedan hacerlas valer frente al verdadero poseedor ni frente al propietario.

Borrell señala que el Código Español en el artículo 430 define dos clases de posesión: "Posesión **natural** es la tenencia de una cosa... por una persona. Posesión **civil** es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa... como suyos". Estas dos clases de posesión permiten conferir los interdictos posesorios a toda tenencia que merece ser protegida, y al mismo tiempo reservar los efectos de la usucapión exclusivamente para la posesión propiamente dicha. Nuestro Código, con una nomenclatura diferente, pero que sigue la misma línea clásica, logra otro tanto: se reconoce la **tenencia y la posesión**, reservándose la **prescripción** solamente a favor del poseedor y extendiéndose las acciones posesorias también a los tenedores, o por lo menos a ciertos tenedores especialmente calificados. Con una sencilla reforma de la Ley podría lograrse esto sin cambiar ni la terminología ni el sistema mismo en sus grandes lineamientos.

Un intento bien logrado, constituye el del Código de Portugal de 1967. Está inspirado principalmente en la teoría objetiva, pero aprovecha los elementos más útiles de la nomenclatura y de los principios tradicionales, obteniendo una ágil protección de la posesión de mero hecho a la vez que no se perjudica al verdadero poseedor ni al propietario. Así, mientras la definición misma de posesión se refiere al "poder que se manifiesta cuando alguien actúa en la forma correspondiente al ejercicio del derecho de

propiedad o de otro derecho real”, en cambio se tiene el cuidado de establecer con precisión quiénes son simples detentadores precarios: “a) los que ejercen el poder de hecho sin intención de actuar como beneficiarios del derecho; b) los que solamente aprovechan la tolerancia del titular del derecho; c) los representantes o mandatarios del poseedor, y de modo general, todos los que poseen a nombre de otro” (Art. 1253); éstos, no pueden adquirir aquellos bienes que así tienen, mediante la prescripción.

Después de haber señalado los diversos tipos más característicos de legislación con respecto a las teorías posesorias, cabe preguntarse a cuál de ellos pertenece nuestra Ley, o en qué principios se inspira.

Una sentencia de Casación colombiana interpreta el sistema del Código Colombiano, substancialmente igual al nuestro en esta forma: “El sistema de nuestro Código Civil para la posesión, es el mismo explicado en la doctrina de Ihering. De acuerdo con ella, los dos elementos externos constitutivos de la relación posesoria, cuerpo y voluntad, esta última no es calificada sino que tan sólo debe dirigirse hacia su fin, el cual consiste en el señorío de la cosa. Por consiguiente, para los efectos de la prueba de la posesión, una vez comprobada la existencia por quien la afirma, de los elementos dichos, corresponde a la otra parte que pretende desvirtuarla, acreditar la presencia de un factor que excluya la eficacia legal de las condiciones jurídicas de ella”. Otra sentencia de Casación del mismo país vecino, tiene el interés notable de matizar el concepto del elemento de hecho, el cual, siguiendo la doctrina objetiva, revela de suyo el “animus”, incluido en él; en el concreto caso de esta sentencia se indica que el hecho de dar en arrendamiento una cosa “es, un acto innegable de posesión, porque constituye un hecho jurídico tan valioso por lo menos como los hechos meramente materiales”.

La jurisprudencia de la **Corte Suprema del Ecuador**, en cambio, parece francamente inclinada a comprender el sistema del Código como inspirado en la doctrina clásica de Savigny, por lo menos, hasta las trascendentales reformas del año 1956, que alteraron totalmente la materia, creando serias dudas y problemas que se plantearán más adelante. Este criterio de la Corte, coincide con los hechos históricos: tanto Don Andrés Bello como la Corte Suprema del Ecuador, que revisó el Código Chileno, siguieron las doctrinas de Savigny, y no las de Ihering, que en aquella época aún

no se conocía en nuestro país. Tampoco en el Congreso se modificó nada en el sentido de la tendencia objetiva, al discutirse y aprobarse el Código Civil; y pasaron muchos años, hasta las primeras reformas indirectas a esta materia -mediante alteraciones en el Código de Procedimiento Civil- y solamente en 1956 se produjeron cambios de importancia en el mismo Código Civil, siendo éstos sumamente oscuros en cuanto a su inspiración doctrinal, de donde deriva la dificultad de su interpretación. Por consiguiente, es lógica la postura de nuestra Corte Suprema, al entender la Ley a la luz de los principios de Savigny, con toda certeza, por lo menos hasta el año de las mentadas reformas, y aún después.

Vale la pena transcribir la autorizada opinión del doctor Eduardo Carrión Eguiguren a este respecto: "A pesar del texto de la definición, de ningún modo podría sostenerse que en el sistema del Código, la voluntad individual es, de modo absoluto, elemento determinante de la posesión, hasta tal punto que dependiera exclusivamente del arbitrio personal cambiar la naturaleza de la relación persona-cosa. Más exacto nos parece sostener que en el Código se encuentra la teoría subjetiva de Savigny, orientada hacia la teoría de la causa o voluntad legal. Esto es particularmente cierto tratándose de la posesión regular. Y además, encontramos también la disposición del inciso 1 del artículo 745, según el cual, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa, dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión, ni se la adquiere por la otra; disposición importantísima que con la del artículo 739 significa que nadie puede cambiar por sí mismo, por su sola voluntad o ánimo, la naturaleza de la relación. Habida con la cosa. Significa la adopción del principio "*nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest*", cuyo alcance, por general consenso, consiste en vincular la voluntad individual con la voluntad legal, evitando los inconvenientes teóricos y prácticos de una posesión exclusivamente subjetiva".

Coincido plenamente con esta opinión, que tiene a su favor, no solamente el tenor literal de la Ley, y su historia, sino también la corriente más fuerte, constante y respetable de la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Más adelante estudiaremos la reforma legal del año 1956, pero es necesario afirmar desde ahora, que ni por los considerandos de la Ley, ni por las

discusiones parlamentarias, ni en vista de las diversas interpretaciones que han surgido posteriormente, se podría decir que el sistema ecuatoriano de la posesión se haya transformado totalmente con dicha reforma, cambiándose la inspiración clásica del sistema legal de nuestro país, por el propio de los seguidores de la doctrina objetiva. Continúa, pues, también después de 1956, dominando en el Código Civil el pensamiento de Savigny, con alguna moderación que permite una interpretación más inclinada al sentido objetivo.

16. La posesión como hecho o como derecho

Íntimamente vinculada con la concepción misma de la naturaleza jurídica de la posesión, se presenta la cuestión de si es un hecho o un derecho.

A primera vista, se puede decir que dentro de la doctrina clásica resulta más fácil considerar a la posesión como un derecho, y dentro de la objetiva, la posesión se ha de calificar como un mero hecho. Pero esta afirmación no es exacta: aunque haya una mayor congruencia entre cada una de las dos doctrinas -subjetiva y objetiva-, con la calificación de la posesión como derecho o como mero hecho, bien puede suceder que se considere al revés, y efectivamente hay autores que sostienen los conceptos contrarios.

Hay textos de juristas romanos en pro de la consideración de la posesión como mero hecho, y otros que la enfocan como un derecho. Así, Paulo (en Digesto, Ley 41, Título II, Ley 1ª, parágrafo 3) se refiere al hecho de la posesión que puede darse por tanto, aún en un niño, mientras que Papiniano (L. 49, parágrafo 1 del mismo libro) la llama derecho.

Pothier, a quien siguieron casi todos los juristas franceses del siglo pasado, y también muchos extranjeros, considera la posesión como un mero hecho, aunque origina derechos. El Código de Napoleón siguió la doctrina de Pothier, pero sus comentadores se dividen al respecto, entre los que aceptan sólo el mero hecho de la posesión y los que creen ver en ella un derecho; así, Demolombe, la considera un derecho real. Laurent, Aubry y Rau, Troplong, etc., siguen calificando a la posesión de mero hecho. Estas controversias turbaron, sin duda las opiniones de los juristas americanos, y

tal vez el pensamiento de Don Andrés Bello, originando dificultades muy serias en la interpretación del Código Civil.

Entre los comentaristas modernos, continúa la controversia. Los hermanos Mazeaud, señalan precisamente como carácter distintivo de la posesión, el ser un “poder de hecho”: “Una persona puede ejercer un poder sobre una cosa sin ser titular del derecho correspondiente a ese poder. Por ejemplo, puede comportarse como propietaria o como usufructuaria sin ser titular del derecho de propiedad o de usufructo. Es preciso así distinguir el poder de hecho y el poder de derecho. Estos dos poderes están reunidos normalmente en la misma persona, pero no necesariamente. El derecho une ciertos efectos al poder de hecho, con independencia del poder de derecho. La persona que ejerce un poder de hecho sobre una cosa, con la intención de comportarse como si fuera titular del derecho correspondiente -que lo sea o que no lo sea-, se denomina poseedor”.

El gran jurista ecuatoriano Víctor Manuel Peñaherrera se inclina como la mayor parte de sus contemporáneos, por el concepto del mero hecho.

En cambio, muchos autores contemporáneos prefieren considerar a la posesión un verdadero derecho. Valencia Zea se expresa así: “Savigny, concentrando su atención sobre el sistema posesorio romano advirtió que la civilis possessio, es a la vez un hecho y un derecho; considerada en sí misma la posesión es un hecho, pero considerada en sus efectos es un derecho.- ...La tesis de Savigny ha sido superada por el derecho actual. La posesión es un derecho real provisional. Esta proposición resume el estado actual de la doctrina civil al respecto”. Efectivamente, los Códigos más modernos, como el portugués, parecen seguir esta dirección. De todas formas aún hoy, hay también sostenedores de la doctrina del mero hecho, o del hecho que se aproxima al derecho; así, el colombiano Miguel Arteaga, define la posesión como “un hecho que se asemeja a un derecho, con características de derecho real, y que consiste en la tenencia de un bien con ánimo de señor o dueño, tenencia que además del hecho material debe comprender el registro tratándose de bienes raíces”.

A mi modo de ver, buena parte de esta compleja cuestión depende de la solución que se dé a otro problema: cuál es **la razón por la que se protege jurídicamente la posesión**. En efecto, si se considera que los interdic-

tos o acciones posesorias se conceden solamente como un medio indirecto de garantizar la propiedad y los demás derechos reales, entonces hay que calificar a la posesión de un mero hecho; si, por el contrario, se aceptan las otras razones por las cuales la posesión merece ser protegida, entonces, resulta más lógica su calificación como verdadero derecho. Dentro de nuestro sistema civil positivo, dados sus orígenes históricos, creo que la posesión debe apreciarse solamente como **un hecho que funda derechos**, que da origen a derechos, pero no como un verdadero derecho en sí misma considerada.

Nuevamente nos encontramos con el problema de interpretación que ha planteado la circunstancia histórica de que nuestro Código surgió en una época en que se imponían generalmente las ideas de Savigny, y ejercía su máxima influencia el Código de Napoleón, en tanto que en el siglo XX, tal vez ha tomado la primacía el Código Alemán, y predominan las doctrinas objetivas que siguen a Ihering, y la necesidad de adaptar textos antiguos a corrientes nuevas origina estos graves conflictos. Por otra parte, el Código Alemán no siempre es claro, y algunos autores han pretendido leer en él más de lo que realmente afirma. El Código Civil Alemán, si bien pretende unificar al máximo la posesión entendiéndola como un “poder de hecho aunque se posea por otra”, no puede sin embargo dejar de distinguir la **posesión inmediata y la mediata**, ni ha podido suprimir la noción de mera detentación, aunque, como afirma Planiol, ésta queda sumamente restringida. De este modo, en el derecho alemán, podemos decir que se da cabida a la posesión-derecho y a la posesión-hecho.

Ante el estado de cosas, cabe insistir en el concepto de que se debe calificar la posesión como un hecho o como un derecho, según que el sistema jurídico en que se encuadre la proteja en vista de la conveniencia de proteger un derecho (distinto de la posesión), o bien por sí misma. Este planteamiento no es del todo nuevo, ya que en el fondo es precisamente el razonamiento de Savigny. Así lo explica el autor del Código Civil Argentino, Dalmacio Vélez Sarsfield. Dejando de lado las consideraciones sobre el Derecho Romano, es evidente que en la actualidad se puede plantear el problema en forma enteramente paralela: cuál sea el fundamento de las acciones posesorias, constituye el elemento determinante de la naturaleza de la posesión, puesto que la prescripción es una institución que deriva de

la posesión, un efecto de la posesión y no la posesión misma, la que vive y se ampara a la sombra de las acciones posesorias.

Como afirma Puig Brutau, se pueden reducir a tres las explicaciones de la razón por la cual se protege la posesión: a) porque se considera un interés digno de ser protegido; b) para asegurar la paz social; c) para proteger indirectamente la propiedad. En el primer caso, se habla de que la voluntad de quien posee representa por sí sola un interés digno de ser protegido; ésta es la tendencia llamada **absolutista** en materia de protección posesoria, y está asociada a una serie de nombres ilustres, como los de Savigny, Bruns, Gans, Puchta. Otros veces se afirma que la protección posesoria existe por la necesidad social de reaccionar contra cualquier **agravio**, contra una injuria, que se cometería contra el poseedor si alguien le arrebatara el objeto que posee. A esta tendencia va principalmente asociado el nombre de Windscheid. Existe una tercera posición, representada por Ihering, para quien la protección posesoria es una **manera indirecta de proteger la propiedad**.

Ahora bien, en el pensamiento de Don Andrés Bello, la posesión se protege fundamentalmente para garantizar la propiedad, y quizá sólo secundariamente por otras consideraciones, que sólo más tarde fueron ampliamente desarrolladas por la doctrina; por consiguiente, resulta más lógico calificar a la posesión como **mero hecho**, dentro de nuestro sistema jurídico, al menos si se tiene en cuenta esta razón histórica.

Hay ciertas características de la posesión en nuestra legislación, que denotan su naturaleza de mero hecho, tal es el caso de que la posesión no se transmite -en cambio que los derechos sí se transmiten-, y que no cabe la coexistencia de dos o más posesiones plenas sobre una misma cosa; todo esto se compagina mejor con el carácter fáctico de la posesión.

17. Unidad de la posesión

No cabe **pluralidad de sujetos** en la posesión de una misma cosa, simultáneamente y por el mismo título, es decir en igual calidad posesoria. Cabe sí que uno sea el poseedor y otro el tenedor de la cosa, teniéndola precisamente este último, en nombre del verdadero y único poseedor. Esto resulta claro en el Derecho Civil Ecuatoriano.

En algunos sistemas jurídicos el legislador ha cuidado prolijamente de remover toda posibilidad de coexistencia de dos o más posesiones sobre la misma cosa por títulos diversos, mientras que esto no parece repugnar en otros sistemas. Por ejemplo, hablando del derecho español, se pregunta Clemente de Diego: “¿Cabe pluralidad de sujetos en la posesión de una misma cosa?”, y responde: Por el mismo título, no, a no ser en proindivisión; por distintos títulos, como el de dueño, usufructuario, arrendatario, etc., sí. De aquí que cuando dos personas pretendan ostentar posesión sobre una misma cosa al mismo tiempo surja el conflicto, que hay que resolver según el artículo 445, otorgando la preferencia al poseedor actual; si los dos fueren poseedores, al más antiguo; si la fecha de las posesiones fuere la misma, al que presente título, y si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá la cosa en guarda o depósito judicial mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes”. El Código Civil Argentino, igualmente manifiesta de modo categórico que “Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza no pueden concurrir sobre la misma cosa” (Art. 2401). Y Vélez Sarsfield explica que: “La Ley Romana dice: “*plures eadem rem in solidum possidere non possunt*”, L. 3, Parágrafo 5, Digesto. Una cosa, dice Molitor, puede ser para muchas personas un objeto de posesión en el sentido de que la una sea *corporis*, y la otra *juris*. El usufructuario no hace sino tener la cosa a nombre del propietario, él no tiene una *juris possessio*. El usufructo es considerado como parte intelectual, como un elemento separado de la propiedad. En este caso sólo aparentemente la misma cosa se presenta poseída por muchos; por una parte el *corpus*, por otra el *ius*. El principio que establece el artículo no se opone a la regla, dice Troplong, que muchas personas pueden poseer en común la cosa indivisible que les pertenece, pues que ellas no poseen separadamente sino que forman una persona colectiva que obra en un solo interés. La regla de que dos posesiones se excluyen no es aplicable sino cuando se trata de posesiones del mismo género, emanadas de causas opuestas y obrando cada una en un interés separado.

Nuestro Código Civil afirma categóricamente en el Art. 716: “Se puede poseer una cosa por varios títulos”. De aquí se podría deducir que si esos **varios títulos** corresponden a diversas personas también sean realmente diferentes, de distinta naturaleza, pero como la materialidad de la posesión sólo puede radicar en una persona, se excluye la coexistencia de dos o más

poseedores de una misma cosa. Sí es posible, en cambio, que uno sea poseedor y otro, mero tenedor.

Resulta evidente que el artículo 716 excluye la posibilidad de que más de una persona posea la misma cosa por igual título. Por ejemplo, dos personas no pueden poseer un inmueble a título de propietario cada uno de ellos, puesto que se trata de situaciones excluyentes.

Nada impide, desde luego, que varias personas sean co-poseedoras de una cosa, es decir, que todas ellas posean en conjunto, teniendo entonces cada una de ellas una cuota ideal de la cosa y de la posesión.

Tampoco hay inconveniente en nuestro sistema jurídico, para que los varios derechos que tienen por objeto una misma cosa, sean poseídos por diversos sujetos. Nos hallaríamos entonces ante otra situación que no implica ninguna contradicción; por ejemplo, uno puede poseer la propiedad de una casa y otro individuo puede poseer un derecho de usufructo sobre la misma casa.

Comentando Bello el referido precepto legal dice: se puede poseer por varios títulos “verbigracia, por haber comprado, por haber heredado, etc., la posesión se diferencia en esto del dominio, que no puede adquirirse sino por un sólo título”.

18. Posesión de derechos

Tradicionalmente, en el Romano y en el Derecho Antiguo, la posesión se ha entendido como tenencia de cosas materiales; la situación de hecho o el poder del titular, se ha referido a una cosa, respecto de la cual el poseedor ha actuado como propietario. Primitivamente la propiedad se confunde con la cosa material sobre la que recae, de aquí que también la posesión pareciera solamente posible con referencia a cosas materiales.

Sin embargo, ya en el Derecho Romano, en época tardía, se insinuó la teoría de la **cuasi-poseesión**, consistente en una cierta protección judicial de las situaciones de aparente titularidad de otros derechos distintos del de propiedad.

Pero fue el Derecho Canónico el que influyó más poderosamente en la evolución que ha conducido a aceptar que se puede ser poseedor no sólo de las cosas materiales sino también de las **cosas inmateriales** o derechos. El antiguo Derecho Canónico, efectivamente, estableció acciones especiales contra el expolio de títulos o beneficios eclesiásticos, considerándolos como cosas inmateriales, que debían ser necesariamente restituidas a sus poseedores, antes de que se entrara a discutir sobre su propiedad.

En el Derecho Civil Contemporáneo está bastante generalizada la idea de que se puede poseer tanto una cosa material como una cosa inmaterial o derecho. Pero frecuentemente, se hacen algunas salvedades; así, partiendo de que la posesión es algo físico, material, aparente, se suele desconocer la posibilidad de poseer derechos que no tengan una manifestación sensible, como las servidumbres discontinuas no aparentes: éstas no pueden poseerse. Tampoco se suele admitir la posesión de derechos simplemente personales, es decir que se reserva generalmente la posesión a sólo los derechos reales.

En el Proyecto de 1853 Bello hacía referencia en la definición de la posesión a la tenencia de “cosa corporal”, siguiendo así la antigua tradición clásica romana; pero en el Proyecto Inédito sustituyó aquella expresión por la de “cosa determinada”, que ha subsistido en nuestro Código hasta hoy. La primera intención, fue, pues, la de excluir de la posesión a los derechos, pero claramente aparece ahora que es posible poseer un derecho, una cosa inmaterial. Lo que no es posible poseer, son las cosas absolutamente indeterminadas, ya que no permitirían la relación de hecho que es indispensable; en cambio, basta que la cosa se determine, aunque no sea sino por su género y cantidad, aunque no se la individualice totalmente.

Nuestra Ley no habla de cuasi-posesión, sino solamente de posesión. Es, pues, igual la que se tenga sobre cosas materiales, que la que recaiga sobre derechos o cosas inmateriales. Así aparece con claridad, también por el hecho de haberse suprimido estas palabras del proyecto de 1853: “Las cosas incorpóreas, sin embargo, admiten una cuasi-posesión, que es susceptible de las mismas cualidades y vicios que la posesión propiamente

dicha"; es evidente que suprimida esta diferenciación que era puramente nominal la equiparación debe llamarse absoluta.

Es interesante recalcar que la orientación germánica de la posesión se muestra opuesta a admitir la posesión de cosas inmateriales. Planiol indica que el Código Civil Alemán no reconoce más posesión que sobre las cosas (Sachbesitz), y que ha suprimido enteramente "para poner fin a dificultades de orden teórico, la *possessio iuris* o cuasi-posesión de los derechos". Pero esta solución que pretende simplificar las cosas al máximo, en fin de cuentas no resulta suficientemente sencilla, puesto que el derecho alemán tiene que recurrir a la distinción entre la posesión directa y la indirecta; así por ejemplo, el usufructuario, el acreedor prendario, el colono, el arrendatario, el depositario, tienen la cosa para otro, que es el verdadero poseedor.

Más simple y lógica parece, pues, la teoría de que se puede poseer tanto las cosas materiales como los derechos.

El Derecho Francés, y los que dependen de él, afirman la posibilidad limitada de una posesión sobre derechos. Según Mazeaud, "todos los derechos reales son susceptibles de posesión: cabe comportarse como propietario, como usufructuario, como titular de una servidumbre, etc. Pero la posesión de ciertas servidumbres reales está viciada necesariamente". Sobre algunos derechos reales podría plantearse la duda de si admiten o no posesión; tal es el caso del derecho de prenda; como anotan Planiol y Ripert¹, el acreedor prendario carece de "*animus domini*" y tiene la cosa para su deudor, o en nombre de él, aunque, por otra parte, posee por propia cuenta el derecho real de prenda que existe a su favor sobre la cosa y que lo disfruta independientemente, por lo cual, frente a terceros puede hacer valer su derecho como cualquier poseedor.

Más difícil es que se reconozca posesión de derechos no reales, es decir, personales, tal cosa opinan el francés Girard, el italiano Chironi, etc., pero la mayoría de los autores no aceptan la posibilidad de una posesión de derechos personales.

¹ Planiol y Ripert, III, pág. 333.

El sistema ecuatoriano se refiere a la posesión sobre “cosa determinada” (Art. 715), lo cual podría incluir además de las cosas materiales todas las inmateriales que sean realmente determinables; pero por una serie de disposiciones más o menos dispersas parece que debemos concluir que solamente cabe posesión sobre las cosas materiales y sobre los **derechos reales**.

El artículo 737 se refiere expresamente a la posesión “de la herencia”, que es un derecho real; las leyes de Marcas de Fábrica, de Patentes de Invención y de Propiedad Intelectual se refieren sólo a la propiedad y no mencionan la posesión sobre aquellos derechos, aunque esto no excluye absolutamente la posibilidad de la posesión sobre ellos. El artículo 960 del Código Civil indica que las acciones posesorias se pueden ejercer para conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos, y el siguiente artículo excluye solamente a las “cosas que no pueden ganarse por prescripción como las servidumbres no aparentes o discontinuas”; pero de aquí tampoco podría concluirse de modo absoluto que no cabe posesión sobre otros derechos, puesto que tampoco hay acción posesoria para defender las cosas muebles, y nadie duda de que se puede poseer cosas muebles materiales.

Por otra parte, el artículo 2392 distingue, para los efectos de la prescripción, **las cosas y los derechos y acciones**: “Prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto lapso de tiempo”... De donde se puede preguntar si esas “cosas”, no comprenden los “derechos y acciones”, que son “cosas inmateriales”, o si también se pueden adquirir las acciones o los derechos por prescripción; esto dependerá de si se acepta o no la posesión sobre aquellas cosas inmateriales que son los derechos las acciones judiciales. Probablemente debemos admitir que sí cabe la posesión y la consiguiente prescripción adquisitiva de derechos o de acciones, puesto que la Ley se refiere claramente a que se pueden extinguir tales derechos o acciones por no haberse ejercido, y entonces normalmente surgirá un derecho o una acción a favor de otros titulares, ya que la extinción de un derecho supone normalmente que surja otro derecho, o en otro sujeto.

De todos modos, el punto no es absolutamente cierto, puesto que hallamos también otras disposiciones que complican el problema. Así el artículo 1592 en su inciso segundo afirma: “El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en **posesión del crédito**, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía”. En cuyo caso, siguiendo una interpretación rigurosamente literal, habría que admitir también posesión sobre un derecho personal o de crédito, que la mayor parte de la doctrina rechaza.

La jurisprudencia también es muy escasa al respecto. Entre otras pocas sentencias de interés, cabe citar una de la Corte Suprema que se refiere a la “posesión legal” de la propiedad intelectual, cosa ésta, sin duda, inmaterial.

En conclusión, podemos afirmar que en este punto nuestro sistema no es suficientemente explícito, pero que la sentencia más probable es la de que cabe posesión sobre las cosas materiales y sobre los derechos reales siempre que sean determinados.

19. Posesión y mera tenencia

Si la posesión es un hecho rodeado de ciertas condiciones, unido a una intención y especialmente protegido por la Ley, la mera tenencia es simplemente un hecho; aunque el sistema jurídico lo toma en cuenta, no tiene ni remotamente el alcance, la repercusión de la posesión.

La tenencia es la **base material**, que unida al ánimo de señor y dueño produce la posesión. Cuando no hay o no puede haber dicho ánimo de señor o dueño, nos encontramos ante la mera tenencia. La tenencia no da lugar a acción posesoria, ni sirve para adquirir las cosas por prescripción, ya que éstas son características propias de la posesión.

Algunos derechos extranjeros llaman indistintamente poseedores a quienes cumplen todos los requisitos de la posesión propiamente dicha y a los que conforme a nuestra Ley se llaman y son únicamente **tenedores**. Esa unificación de las denominaciones conduce, pues, a una verdadera confusión, que nuestra Ley evita cuidadosamente. Aquellos derechos extranjeros a que hago referencia, deben, por otra parte, recurrir a numerosas distin-

ciones para regular los distintos efectos de la verdadera posesión y de aquella otra mal llamada “posesión” que solamente es tenencia.

En cambio, el moderno Código de Portugal, siguiendo la línea del nuestro, precisa con exactitud el concepto de **mera tenencia** al referirse a los precaristas: “Son considerados “detentadores” o poseedores precarios: a) Los que ejercen un poder de facto sin intención de actuar como beneficiarios del derecho; b) Los que simplemente se aprovechan de la tolerancia del titular del derecho; c) Los representantes o mandatarios del poseedor y, de modo general, todos los que poseen en nombre de otro”.

Es un verdadero axioma jurídico que la mera tenencia es **inmutable** o indeleble, es decir, que no puede transformarse en posesión, por sí misma, o por el simple transcurso del tiempo, o por pura voluntad del tenedor. Esta es una importante consecuencia de otro principio incontrovertible: que nadie puede por sí solo mejorar su propio título.

Este carácter permanente de la tenencia se refleja en varias disposiciones de nuestro Código Civil, como la del artículo 731 que afirma que el “simple lapso no muda la mera tenencia en posesión, aunque agrega, con menos exactitud, “salvo el caso del artículo 2410 regla 4a”. Este caso, es más bien de excepción para los efectos de la prescripción, y no significa propiamente un cambio de naturaleza de la tenencia que se convertiría así en verdadera posesión. También en el artículo 734 afirma el principio de la inmutabilidad de la tenencia, al establecer la presunción de que quien ha comenzado a poseer a nombre ajeno, se considerará que continúa en el mismo orden de cosas, y por consiguiente, quien fue tenedor, no se puede transformar sin más en poseedor.

Otra característica de la mera tenencia, que muchos autores señalan, es su aspecto **absoluto**. El tenedor es tal frente a todo el mundo, no solamente de modo relativo, es decir con relación a alguien en particular. El tenedor está en una situación jurídica con relación a una cosa, de tal naturaleza que igual resulta frente al propietario de esa misma cosa, o a su poseedor, o a un tercero cualquiera. Este carácter absoluto de la tenencia origina que, si alguien arrebató la cosa al tenedor, no puede entablar las acciones posesorias, aunque quien haya arrebatado no haya sido ni el propietario ni el poseedor, sino un extraño.

Montoya Gil hace una interesante distinción de las relaciones de mera tenencia, siguiendo muy de cerca el tenor literal del Código Colombiano que en esto es igual al nuestro. Dice así: “Relacionando los artículos 775 y 786 del Código Civil (Colombiano), puede hacerse una clasificación de estas relaciones la cual resulta de importancia tanto teórica como práctica: 1) Relaciones de tenencia que corresponden al ejercicio de derechos reales. Son tenedores de este tipo el usufructuario, el que tiene en la cosa un derecho de uso o de habitación, el acreedor prendario, el titular de un derecho de retención reconocido, el acreedor anticrético, el censalista, etc. Estas relaciones se caracterizan porque para ellas la Ley consagra todas las acciones posesorias como medios jurídicos de protección del respectivo derecho, cuando sea desconocido o lesionado. 2) Relaciones de tenencia que suponen el ejercicio de un derecho personal y que ligan al sujeto de la relación con el dueño de la cosa. Pertenecen a esta clase de tenedores el arrendatario, comodatario, depositario, secuestre, guardador, albacea con tenencia y administración de bienes, etc. Todos estos precarios están protegidos por acción posesoria especial”.

En nuestro derecho tenemos además de los casos antes mencionados por el autor colombiano, otros más, los provenientes de leyes de índole social que han consagrado o reconocido diversas formas especiales de tenencia de la tierra con hondo arraigo en las costumbres, algunas de las cuales se procura hacer desaparecer para dar paso a una propiedad agrícola al alcance de grandes grupos de población.

La jurisprudencia, tanto nacional, como de países con leyes similares a la nuestra, reafirman los principios, de que en las diversas formas precarias de tenencia de la tierra, o de otras cosas, no hay posesión, sino mera tenencia, con todas sus consecuencias, principalmente, que no hay lugar a las acciones posesorias, ni se origina prescripción.

La distinción entre mera tenencia y posesión, no sólo es clara en la Ley, sino que la confirma también la historia de la Ley. Ya en una nota al proyecto de 1853, Don Andrés Bello hacía expresa referencia a este tema. En el Mensaje del Presidente Mont, pidiendo al Congreso la aprobación del Código, recalcó que tenencia y posesión son términos contrastantes, pues los tenedores tienen la cosa a nombre y en lugar del dueño, en cambio, los poseedores la tienen con ánimo de señor y dueño.

El mero tenedor puede exigir la **indemnización de perjuicios** que le hayan causado otros por vías de hecho, por delitos o cuasi delitos, o puede pedir la terminación de su contrato con el propietario o el poseedor, pero no puede seguir acciones posesorias. Así se establece en varios artículos del Código Civil, por ejemplo el 1871 y 1872 para el caso del arrendatario, el 2215 para el usufructuario, habitador o el usuario y otros casos más.

El Código da también **acción para recuperar la tenencia** al que “hubiere sido despojado, por ejemplo en el artículo 2295 para el tenedor prendario, o en el artículo 2159 para el secuestre; pero esta acción no es acción posesoria, ya que tiene por objeto únicamente restablecer en la “tenencia”, **sin afectar en nada la posesión**, ni mucho menos, la propiedad de la cosa.

En algún momento nuestra Ley emplea una terminología ligeramente imprecisa, respecto al punto que estamos considerando. El inciso 2º del artículo 734 se refiere al que “ha empezado a poseer a nombre ajeno”, y éste es indudablemente “tenedor”. Es verdad que el “tenedor” “posee a nombre ajeno”, es decir que **su actitud mantiene la posesión de otro**, obra la posesión en otro titular; pero con mayor precisión debe decirse simplemente que “**tiene a nombre ajeno**, o tiene para el poseedor o por el poseedor”. Don Andrés Bello anotó a mano en su ejemplar particular, cambiando la expresión “empezado a poseer” por esta otra: “adquirido la tenencia de una cosa”, lo cual resultaba más exacto, y lamentablemente el texto oficial ha mantenido hasta hoy la frase menos afortunada. De todos modos, sirve esta pequeña imprecisión de la Ley para aclarar su espíritu en concordancia con el pensamiento de su autor, Bello.

Sección 2a.

Clasificaciones de la posesión

20. Clasificaciones de la posesión

La posesión se puede clasificar por su **origen**, por su **calidad** y por sus **efectos**. A veces se combinan algunos de estos elementos para dar lugar a diversos tipos de posesión. Examinaremos en los puntos siguientes la posesión: a) natural o civil; b) mediata o inmediata; c) a título de propieta-

rio o a diverso título que el de propietario; d) de buena o mala fe; e) regular o irregular; f) no viciada o viciosa; g) con título o sin él; h) inscrita o material.

21. Posesión natural y posesión civil

Varios Códigos extranjeros, como el español, distinguen la posesión natural de la posesión civil. La citada Ley dice en el artículo 430: "Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona; posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos". En esta forma, el derecho español, califica de poseedor a todo detentador y concede la protección de los interdictos a la posesión así concebida en este amplísimo sentido.

Mucho se ha discutido si en el Derecho Romano cabía un concepto tan comprensivo y si cabía la mentada distinción entre posesión civil y natural. Algunos autores como Jors y Kunkel admiten que la posesión natural era conocida por los romanos, pero que no significaba ninguna especial protección, de donde podemos deducir que más exactamente era sólo una tenencia o detentación. Igual cosa opina Serafini: la simple detentación o tenencia no era verdadera posesión.

El sistema español, supone, pues una innovación respecto del Derecho Romano, y debe atribuirse principalmente al influjo de las ideas de Ihering. Como observa Puig Brutau, dicho sistema coincide también con el criterio del Common Law, que, como hace notar Holmes, siempre consideró poseedores a los "bailees", esto es, a quienes tienen una cosa de la que el propietario se haya desprendido, voluntariamente.

El artículo 843 del Proyecto de 1853 decía: "Para los efectos de la posesión civil, no basta que haya existido la buena fe en el momento de adquirirse la posesión. Desde que el poseedor ha tenido conocimiento de haber recibido la cosa de quien no tenía facultad de enajenarla, deja de estar en posesión civil; pero este conocimiento deberá probarse de un modo inequívoco". El concepto de posesión civil, para Bello, era pues más estricto o exigente que el del Derecho Español, ya que implicaba buena fe. Pero este concepto fue abandonado, y en el Código Definitivo ya no se habla de posesión natural y civil.

Se puede decir que en nuestro Código ocupa el lugar de la posesión natural la **mera tenencia**, y que toda verdadera posesión es siempre civil, en el sentido de que tiene la protección legal en una u otra forma.

La tenencia, como dice Alcalá Zamora “constituye la mínima relación con la cosa, sin título ni propósito jurídico que conduzca a su apropiación; ya que puede referirse incluso al que examina momentáneamente un objeto curioso que se le muestra, y al que sería al menos exagerado calificar de depositario o comodatario espontáneo”. Nuestro Derecho no reserva ninguna acción posesoria para el tenedor, y solamente lo protege en casos especiales, de otro modo como por ejemplo mediante la indemnización de perjuicios.

22. Posesión mediata e inmediata

Esta clasificación tiene un valor muy distinto en la doctrina y los derechos extranjeros, y en el nuestro. Es, pues, importante tener los conceptos muy claros, para evitar falsas interpretaciones.

Todos coinciden en que posesión inmediata es la que se ejerce de manera directa, material o efectiva sobre una cosa. Pero, mientras algunos derechos consideran que el usufructuario, el arrendatario, etc., es poseedor inmediato, nuestro Código los considera solamente **tenedores y no poseedores**.

El Código Civil peruano (Art. 825) en forma semejante al mexicano, distingue la posesión inmediata del que tiene la cosa por otro, y la mediata que corresponde al que confiere ese poder. Nuestra terminología es más clara y precisa: **tenedor y poseedor**. Esto se constata, por ejemplo, al aplicarla a la máxima universalmente admitida de que el poseedor es reputado como propietario mientras no se demuestre lo contrario. El poseedor inmediato no puede considerarse propietario. En cambio, el Código Civil de Brasil dice que no es poseedor el que tiene por otro (Art. 487).

Según nuestra Ley solamente cabe posesión inmediata cuando el mismo titular del ánimo de señor o dueño ejerce el poder material sobre la cosa: cuando los dos elementos de la posesión -corpus y animus- coinciden materialmente en la misma persona. Y hay posesión mediata o indirecta,

cuando el que tiene, el ánimo de señor o dueño posee la cosa **a través de otro que ejerce la tenencia material**, como cuando un propietario tiene arrendada su finca.

El artículo 715 indica que el poseedor puede tener la cosa “por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre”. Por consiguiente, en el primer caso habrá posesión directa o inmediata, y en el segundo solamente **mediata**.

Pero lo más importante es que, en nuestro derecho, en el caso de la posesión mediata, no hay otro que sea a la vez poseedor inmediato, sino que el que **tiene** “en lugar y a nombre del poseedor”, no es poseedor, sino **mero tenedor**. El arrendatario, el usufructuario, etc., son meros tenedores, y dan origen a una posesión mediata del propietario.

Una consecuencia muy importante de nuestro sistema radica en que **sólo el poseedor puede prescribir**, sea mediata o inmediata su posesión, lo cual es exactamente lo contrario de lo que pasa en otros derechos, por ejemplo en el español, que por considerar poseedores al usufructuario, el acreedor prendario, etc., debe aclarar que sólo el poseedor mediato puede prescribir.

También el Código Alemán distingue la posesión mediata e inmediata. Dice el artículo 868: “Cuando alguno posee una cosa a título de usufructuario, de acreedor prendario, de arrendatario o locatario, de depositario, o en virtud de otro título **análogo** que le da derecho o le obliga frente a otro a poseer temporalmente, éste **tiene igualmente** la cualidad de poseedor (posesión mediata).”

Es preciso insistir en la diferencia sustancial de nuestro sistema en este punto, para evitar toda confusión, ya que muchos comentaristas tienen en mente las disposiciones del derecho extranjero. En el Ecuador, pues, el usufructuario, el acreedor prendario, el arrendatario, etc., son meros tenedores, no tienen posesión de las cosas dadas en prenda, usufructo, arriendo, etc., y en tales casos, el propietario conserva la posesión mediata, es decir, a través de tales tenedores.

Algunos autores como Ludovico Barassi, distinguen entre la posesión del propietario y la posesión de otro contra la voluntad del propietario o finalmente la posesión de otro conforme a la Voluntad del propietario. En este caso podemos decir que coinciden la primera y la última con la posesión mediata e inmediata, en tanto que la posesión contra la voluntad del propietario, supone un despojo que originará una situación conflictiva hasta que se determine en cuál de los dos radica la verdadera posesión: nos hallaríamos ante una figura jurídica esencialmente transitoria o provisional.

Desde otro punto de vista se puede afirmar que existe la posesión en calidad de propietario y la posesión de otros derechos distintos que el de propiedad. Así, resulta admisible considerar aún a aquellos meros tenedores de una cosa a título de usufructuarios, acreedores prendarios, depositarios, etc.

23. Posesión de buena fe y posesión de mala fe

La buena o la mala fe del poseedor es uno de los elementos que determinan que la posesión sea o no regular. Por esto, sucede que la buena o mala fe en la posesión, y el carácter regular o irregular de la posesión son dos cosas diversas, qué, como afirma el artículo 717 se pueden dar independientemente la una de la otra: “se puede ser poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular”. Esto depende del hecho de que la buena fe inicial es necesaria para la posesión regular, pero puede desaparecer la buena fe y continuar la calidad regular de la posesión; y por otra parte, para que exista posesión regular no basta la buena fe, sino que también deben cumplirse otros requisitos. De todas formas, ya se puede apreciar la íntima relación entre ambas cosas, a pesar de su diferencia.

Se discute en la doctrina sobre el concepto de buena fe, su extensión, su alcance y prueba. Para algunos es simplemente la ausencia de mala fe; bastaría que no conste la positiva intención de ir contra derecho ajeno, para que existiera esta buena fe puramente negativa. Pero, como afirma Alessandri, la opinión mayoritaria considera que la buena fe es algo más que la mera ausencia de mala fe; es una convicción positiva: la firme conciencia de no obrar contra derecho, de actuar legítimamente. Y esta per-

suasión sólo puede ser verdadera si tiene un fundamento de razón o que pueda aceptarse como justo”

Pothier definía la buena fe como “la justa opinión que tiene el poseedor de haber adquirido el dominio de la cosa”, de tal forma que se ligaba necesariamente la posesión de buena fe al dominio, sin que pudiera concebirse una posesión por parte de quien no se creía al mismo tiempo dueño. Troplong, insistió y reforzó ese concepto al definirla así: “la creencia firme e intacta de que uno es propietario”. Por su parte Voet decía: “ilesa conciencia del que piensa que la cosa es suya”. Entre los autores más modernos, merecen recordarse estas definiciones: Colin y Capitant: “la creencia en la existencia del derecho de aquel de quien emana el título de adquisición; por lo tanto, el poseedor es de buena fe cuando cree que su título le ha convertido en propietario del inmueble o en titular del derecho real que deseaba adquirir sobre dicho título”. Nótese que por una parte se refiere sólo a inmuebles, en cambio amplía el concepto a otros derechos distintos del de propiedad, pero coincide con los anteriores en lo sustancial: se trata de una creencia de haber adquirido legítimamente un derecho. Josseland dice: “la posesión es de buena fe cuando el que la ejerce cree ser propietario, por ejemplo, cuando habiendo comprado un bien se piensa falsamente haber contratado con el propietario cuando se negociaba con un non dominus”.

El Derecho Español la define como “la creencia de que la persona de quien se recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio”, pero como observa Borrell, tal definición parte del supuesto incompleto de que el poseedor haya adquirido a título translativo, siendo así que bien puede obtenerse la posesión de modo originario, como cuando se ocupa una res nullius, en la pesca, la cacería, el descubrimiento de tesoro, etc., en cuyos casos la buena fe consistiría simplemente en la convicción de que la cosa no era de nadie y podía adquirirse por ocupación.

A la vista de estas definiciones se aprecia el acierto y exactitud de la de nuestro Código: “La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y cualquier otro vicio.- Así en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.- El

justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario” (Art. 721).

Nuestra definición legal no considera la buena fe como algo puramente subjetivo o interior. Es verdad que la llama “conciencia”, o sea juicio práctico, apreciación, criterio, pero tal valoración debe estar fundada en dos elementos: uno negativo y otro positivo: carencia de fraude o vicios en cuanto al medio de adquirir y conocimiento de que se ha adquirido por medios legítimos.

Una sentencia colombiana de casación dice que “la buena fe ha de considerarse como una realidad jurídica actuante, y no simplemente como una intención de legalidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de consistir menos en el hecho psicológico de creer, que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y por qué se cree”. Y añade más adelante: “No es admisible la buena fe en quien posee sin ningún título”.

Por su parte, nuestra Corte Suprema afirma en una sentencia que “Si para la buena fe es menester un justo título, la falta de ese título, o uno de ningún valor legal, constituyen, por la misma razón, una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario”.

Pero, aunque la Ley y la Jurisprudencia, ponen de relieve la íntima conexión entre buena fe y título, no se debe confundir ambos elementos. Evidentemente una cosa es tener buena fe y otra distinta, adquirir por título. Baste para realzar la diferencia, constatar que el artículo 717 define la posesión regular como aquella que procede justo título y ha sido adquirida de buena fe. No basta justo título, se exige otro elemento más, que es la buena fe. Tampoco todo el que tenga buena fe, tendrá justo título sólo por eso.

En realidad, la buena fe es una convicción interna, pero fundada en datos objetivos: se ha adquirido por medios legítimos, y no hay vicios.

Conviene entonces distinguir, para analizar el contenido de la definición, entre las adquisiciones por **modos originarios** y por modos **derivados**.

En el primer caso basta la legalidad de la adquisición, por ejemplo, en la accesión o la ocupación debidamente operadas. En cambio, si el título es derivativo, el Código exige “la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato” (Art. 721).

El que adquiere de otro, por ejemplo por compra, puede creer que realmente recibe la cosa de quien es dueño y puede suceder que realmente lo sea, que coincida la creencia con la realidad; en este caso hay buena fe. Pero puede también acaecer que el que cree esté equivocado, que incurra en error, entonces solamente habrá buena fe si dicho error es excusable.

Ciertamente que el error viciaría también la buena fe del que adquiriera a título originario y no traslativo, si no fuera excusable dicho error. Por ejemplo, si alguien ocupa un animal por cacería creyéndolo animal salvaje y sin dueño, cuando por todas las circunstancias no podía suponerse tal cosa: ha entrado en propiedad ajena cercada y cerrada y ha disparado contra un ciervo atado con una visible cadena.

Pero la doctrina del **error justo o injusto**, se aplica fundamentalmente al caso de las transferencias de la cosa de una persona a otra. La Ley llama “justo error”, al que se produce en materia de hecho, y -aunque no lo define expresamente-, supone una razón plausible, una explicación racional. No es justo todo error en materia de hecho, sino aquel que normalmente no se habría podido evitar, es decir, aquel en el que normalmente podía incurrir una persona dadas las precisas circunstancias en que de hecho se halló. Habrá de tenerse en cuenta todo el conjunto de circunstancias: ilustración, profesión, etc., del individuo, y la actitud, títulos, etc., de la persona con quien contrata.

En cambio, el error **en materia de derecho**, no se considera nunca justo, Por el contrario, “constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario” (Art. 721).

Resultará difícil en muchos casos precisar si el error es **puramente** de hecho o si es de derecho. Frecuentemente se combinan ambos. Así, por ejemplo, Planiol y Ripert sostienen que en ciertos casos de excepción, el conocimiento de una irregularidad del título, no constituye necesariamente

mala fe, por tratarse de una falsa interpretación del derecho, como cuando alguien adquiere un inmueble de un menor o de una mujer casada, sin cumplir las formalidades impuestas por la Ley consistentes en las respectivas autorizaciones del padre o del marido, pero confiando en una ratificación posterior al acto. En estos casos el adquirente debe saber que el acto es nulo, pero confía en que llegue a ser válido, lo cual depende más de la voluntad del representante legal que de la misma Ley; se podría, pues discutir si realmente en tal caso se da o no un puro error de hecho. Puig Brutau señala otro caso controvertible: el de quien poseyó unos bienes que estimaba haber adquirido por herencia a pesar de que su padre y causante le prohibió que contrajera matrimonio con la que fue su esposa; este caso se resolvió por los tribunales en el sentido de que el conocimiento de la prohibición por parte del adquirente no le privaba necesariamente de la buena fe, "porque pudo creer, como así lo ha venido sosteniendo, que la prohibición del testador de contraer el heredero matrimonio con la persona que nombra, era contraria a la moral y por ende no viciaba el título de heredero testamentario". Se trata de explicar esta solución diciendo que no se juzgaba un error de derecho, sino una actitud -un hecho- influido por un error de derecho, de todos modos el caso es muy discutible.

En numerosas sentencias extranjeras se condena al poseedor por mala fe, aunque el error de derecho se refiere a materias un tanto complicadas, cuyo conocimiento jurídico exacto no se puede suponer que esté al alcance de personas no especializadas. Así, Borrell reseña una sentencia española de 21 de enero de 1910 que declara que el viudo que posee fincas compradas durante el matrimonio, con bienes gananciales, cuya mitad pertenece a la hija, y por tanto no las posee de buena fe. Otra sentencia, de 12 de noviembre de 1927, declaró que no es poseedor de buena fe el que adquiere una finca de un comprador que estaba pagando a plazos, antes de otorgarse el documento público de transmisión del dominio.

La dificultad de distinguir hasta qué punto un error se limita a los hechos, ha conducido a que algunos códigos modernos admitan la buena fe aún en el caso de error de derecho. Tal sucede con el Código Civil Peruano de 1936 que en su artículo 832 dice: "La posesión es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título". En la exposición de motivos se explica: "El artículo 832 consigna la tesis, que aún se controvierte, de que el error de

derecho, al igual que el error de hecho, respecto del vicio del título, no impide la buena fe del poseedor”.

Desde luego, aquella tesis discutida presenta graves inconvenientes. El más notable de ellos, consistiría en la dificultad de la prueba del error de derecho y el consiguiente relativismo jurídico a que conduciría. En nuestro sistema no tendría cabida la justificación del error de derecho. Los términos de nuestro Código son absolutos y excluyen tal justificación. Primeramente tenemos el artículo 13 que declara que la Ley obliga a todos los habitantes de la República y su ignorancia no excusa a persona alguna; además el artículo 6 presume que la Ley es conocida por todos, después de su promulgación y de transcurrido el plazo de vacancia, y sobre todo, el artículo 721 afirma que el error de derecho constituye mala fe, sin que se pueda probar lo contrario.

Pero, por otra parte, la regla de que el error de derecho constituye mala fe, se ha de aplicar únicamente en materia posesoria, y no puede extenderse por analogía a otras materias. En materia de contratos, por ejemplo, como la Ley distingue los casos de nulidad, de otras contravenciones de la Ley que no producen tal nulidad sino otros efectos, mal se podría decir que en todo caso se ha de presumir la mala fe del que ignorando violó una disposición legal.

El error o ignorancia puede referirse a ciertos hechos que son consecuencia o aplicación del derecho. Por ejemplo, se puede ignorar que una persona está en interdicción y que por tanto no es capaz de contratar, o bien se puede creer que una persona es mayor de veintiún años, siendo así que aún no los cumple. En tales casos, el error es propiamente de hecho, y puede justificarse. Pero no siempre debe justificarse. Efectivamente, si la persona que contrata está en aptitud de averiguar la capacidad del contratante, debe hacerlo, y normalmente, empleando los medios normales podrá informarse de la verdadera situación jurídica de la otra parte. Mucho menos excusable sería el error en cuanto a la propia capacidad de uno mismo.

El error puede versar no solamente sobre la capacidad, como parece insinuarlo el ejemplo puesto por el legislador en el artículo 721, sino que se puede referir a la cosa misma que se posee, o al modo de transferencia del

dominio o al título por el que se adquirió la cosa. Casi siempre, en estos casos, habrá error de derecho, y, por consiguiente, mala fe. Por ejemplo, quien adquiere por compra de bienes que están fuera del comercio, ignorando que la Ley los hace innegociables, comete un error de derecho.

El error puede ser espontáneo, es decir, fruto de la despreocupación, ignorancia o equivocación del sujeto que incurre en él. Pero también sucede que a veces el error es provocado por otro: hay engaño, se induce a errar con procedimiento fraudulento. Si hay la intención positiva de irrogar daño a la persona o bienes de otro; tenemos la figura jurídica del **dolo**; éste puede producirse a veces mediante el engaño, la inducción al error. El fraude, propiamente, consiste en la conducta dirigida a producir un error, sea ocultando parte de la verdad, o ponderando ciertos aspectos, o desviando la atención, en una palabra, engañando, con palabras, actitudes, o con el mismo silencio cuando existía la obligación de advertir algo. Si hay fraude, no hay buena fe en quien lo comete. Pero puede estar de buena fe, precisamente quien es víctima del fraude. Así debe entenderse el artículo 721 inciso segundo, aunque, en forma muy absoluta exige “que no haya habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato” por el cual se ha adquirido la posesión. Parece evidente, que tal fraude o tales vicios sólo quitan la buena fe, cuando sean imputables al adquirente pero no vician su posesión si él procedió de buena fe, mientras que el otro contratante obró de mala fe.

Igualmente, la persona que haya obrado con dolo, no tiene buena fe, pues ya hemos señalado el estrecho vínculo entre el dolo y el fraude. Pero el que incurre en error por el **dolo ajeno** y realmente no pudo evitar el error, con los medios normales, debe tenerse por poseedor de buena fe.

Puede ser que el poseedor tenga una buena fe subjetiva, pero que ésta no le sirva para dar tal carácter a su posesión, por ser él incapaz. En tal circunstancia, lo que cuenta es la actitud y comportamiento de su **representante legal**. Un niño, en principio está siempre de buena fe, pero no interesa cuál sea su criterio, su conocimiento de los hechos y su voluntad personal, sino que la posesión suya será de buena o de mala fe según que su representante legal esté en unas u otras circunstancias.

También merece especial consideración el caso de los sucesores en el derecho, principalmente por herencia. Así el Código Argentino dice en el artículo 2449: "Cuando aquel por medio del cual se tiene la posesión muere, la posesión se continúa por medio del heredero, aunque éste creyese que la propiedad y la posesión pertenecían a su autor". Se sigue aquí, la doctrina de Pothier: "El heredero no puede variar la causa de la posesión en que ha sucedido, y continúa la de su autor con la calidad que ella tenía...". El Código Español, a su vez, establece que "El que sucede por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban; pero los efectos de la buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante" (Art. 442). De modo que, si el heredero conoce los vicios, es también de mala fe, si los ignora, la posesión es de buena fe desde el momento en que se radica en el sujeto que desconoce tales vicios.

Puede producirse también el caso inverso: que el causante posea de buena fe, ignorando un hecho, con error excusable, y que el heredero conozca el vicio; entonces este último sería poseedor de mala fe, a pesar de la buena fe del causante.

También se plantea un caso más complejo: que uno que posee de buena fe transmita la posesión a otro que conozca algún vicio del título del causante, Y que luego pase la cosa a posesión de un tercero que lo ignora y posee de buena fe. En tal caso, se pregunta si el tercer poseedor podrá sumar a su posesión de buena fe la del primero que también fue de buena fe. Probablemente no, conforme a la doctrina universalmente admitida que exige continuidad en la buena fe, para que puedan sumarse varias posesiones.

Los vicios que hacen imposible la posesión de buena fe son **la violencia y la clandestinidad**, de lo que se tratará más adelante. Hay que agregar a ellos, **el error culpable** del poseedor, por el cual o bien no aplica debidamente el derecho, o aprecia mal hechos fundamentales que debió conocer y pudo conocer.

La dificultad de la prueba directa de los factores que constituyen la buena fe, o de la inexistencia de los factores que hacen a la posesión de mala fe, obliga a recurrir a las **presunciones**, como medios indirectos de prueba.



Es frecuente que el mismo derecho establezca presunciones a este respecto, y así lo hace también nuestro Código Civil.

La más universal de las reglas consiste en que se presume poseedor de buena fe a todo poseedor, mientras no se demuestre lo contrario. Tal cosa se afirma en el artículo 722: "La buena fe se presume, excepto en los casos en que la Ley establece la presunción contraria.- En todo los demás la mala fe deberá probarse".

De la anterior regla se deriva esta otra, que recoge el Código Español, y que no figura en el nuestro: que continúa la buena fe inicial mientras no se pruebe que sobrevino mala fe (Art. 435).

También hay que admitir en principio, que se sigue poseyendo en el mismo concepto en que se adquirió. Tiene analogía con esta regla, lo que establecen los artículos 731 y 734: que el simple lapso no muda la mera tenencia en posesión, y que el que tiene una cosa a nombre ajeno continúa en tal calidad, conservando igualmente el poseedor a nombre propio en su condición de poseedor.

El mismo artículo 734 contiene también otra presunción, generalmente conocida: Si alguno prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el **tiempo intermedio**. Esta regla tiene principal e importante aplicación para los efectos de la prescripción. Naturalmente, admite prueba en contrario, es decir que puede demostrarse que el actual y antiguo poseedor perdió la posesión algún tiempo intermedio.

El Proyecto de 1853 contenía esta importante excepción a la regla que desafortunadamente se suprimió ya en el Proyecto Inédito: "La buena fe se presume mientras no se pruebe lo contrario. Pero la falta de título hará presumir mala fe". No entiendo por qué razón pudo suprimirse la última parte; tal vez, se creyó superfluo afirmarlo, puesto que en la definición de buena fe, ya se indica que ésta exige "medios legítimos exentos de fraude", que en el caso de transmisión del dominio, suponen necesariamente título. En todo caso la jurisprudencia nacional y extranjera confirman que la falta de título hace presumir mala fe.

La existencia de título, por el contrario, hace presumir posesión. Cuando se trata de inmuebles, en los sistemas como el nuestro, que exigen registro, la anotación en él, constituye la presunción más normal de posesión. Así lo afirman entre otros, Castán, quien trae también la opinión de Stolfi, que califica de “legislaciones más recientes y progresivas” a aquellas que dan esta eficacia al Registro Territorial.

La posesión adquirida de buena fe, no pierde su carácter sino en el caso y desde el momento en el que existan actos que acreditan que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente, como afirma el Código Mexicano (Art. 808). Deberá, pues, demostrarse que el poseedor perdió la buena fe. Es una consecuencia más, del principio de presunción general de buena fe.

24. Posesiones viciadas

Acabamos de ver que la buena fe de la posesión, supone que ésta no esté viciada “por fraude u otro vicio”. El fraude desemboca en el error, del cual hemos hablado; el fraude se dirige a engañar, a inducir a error. Los otros vicios a que hace referencia nuestra Ley son la Violencia y la clandestinidad.

La doctrina y algunos derechos extranjeros señalan además otros vicios. Según Planiol y Ripert, el vicio de la posesión constituye “cierta circunstancia que, sin destruir su existencia, la hace jurídicamente inútil”. Y conforme a este criterio enumeran cuatro vicios: la discontinuidad, la violencia, la clandestinidad y el equívoco o equivocidad. Si se tiene en cuenta principalmente la prescripción, como efecto de la posesión, se aprecia la importancia de incluir la “discontinuidad”, como un vicio de la posesión; otro tanto puede decirse del equívoco: si alguien tiene la cosa en calidad de mero tenedor, y pretende, arrogarse la de poseedor, por ejemplo, hay una equivocidad que vicia esa pretendida posesión.

Sin embargo, códigos modernos, como el de Portugal, solamente se refieren a los vicios de violencia y de clandestinidad. Nos concretaremos a estos dos, que son los enumerados en el artículo 724 del Código Civil Ecuatoriano.

a) **La violencia.**- Se entiende por violencia en general, el recurso a la fuerza privada; cualquier actitud preponderante de hechos, palabras, amenazas, mediante los cuales alguien pretende apoderarse de una cosa o ejercer un presunto derecho.

La violencia suele inspirarse en un deseo de hacerse justicia por uno mismo, "por la propia mano", y naturalmente, como nadie puede ser juez y parte, entraña casi siempre una gran injusticia, y desde luego, es un atentado contra el orden establecido, los derechos de la autoridad y la paz social.

La violencia es **intrínsecamente mala**. Esto resulta claro para cualquier mente no perturbada, a pesar de ciertas tendencias disociadoras y anarquizantes que pretenden justificar la violencia.

Por ser un grave daño de la sociedad y un atentado contra la justicia y la paz, **el derecho rechaza la violencia**, la sanciona, y deja sin valor los actos que son fruto de ella.

El afán de poner coto a la violencia -que ha destruido civilizaciones enteras y ha hundido a grandes naciones en la miseria moral y material-, algunos Códigos son singularmente severos con la violencia. De manera muy categórica declara el artículo 441 del Código Español que "En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de la cosa siempre que el tenedor resista a la entrega, deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente". Nadie, puede, por consiguiente, hacerse justicia a sí mismo, y ni el transcurso del tiempo, aunque sea largo tiempo, puede justificar un hecho que repugna fuertemente contra el sentido social y los intereses del bien común.

Pero no solamente los particulares pueden cometer violencia, sino también la autoridad pública. Si se procede al margen de la Ley, atropellando derechos o no siguiendo los trámites debidos, se comete también violencia. Y la violencia de la autoridad, por su misma fuerza, puede ser más temible y grave a la par que desmoralizadora por el ejemplo que sembraría de irrespeto a la Ley.

A este respecto afirma lapidariamente Peñaherrera que “Si por orden del Gobierno o de otra autoridad pública o de sus agentes se ocupan bienes de particulares, la posesión del Estado o de la persona o institución que así lo adquiera, será también **violenta**”.

Nuestro Código define la posesión violenta en términos los más amplios, tratando de eliminar cualquier forma de **fuerza ilegal** que arrebatase o perturbe la posesión. Dice el artículo 725: “Posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza.- La fuerza puede ser actual o inminente”. Y el artículo siguiente agrega: “El que, en ausencia del dueño, se apodera de la cosa, y volviendo el dueño le repele, es también poseedor violento”.

Por consiguiente, la violencia **vicia** aquella posesión en cuyo origen está. Pero puede consistir en actos de fuerza que se realizan el momento mismo de arrebatar la cosa, o en un momento posterior, sea que se hayan amenazado tales actos al entrar en posesión, o que se ejerzan contra el anterior poseedor el momento en que éste regresa de una ausencia. Así, pues, no se exige una estricta simultaneidad entre la toma de posesión y el acto violento, sino que debe haber una unión moral entre los dos, una relación de causa a efecto.

Por lo mismo, si el poseedor es **despojado arbitrariamente** cuando está ausente, y luego regresa, se entera de lo acontecido y no reclama en forma alguna su cosa, la abandona, y el despojante continúa pacíficamente teniendo la cosa con ánimo de señor y dueño, esta posesión no sería violenta. Luego, la violencia supone una cierta resistencia por parte del poseedor, si esta falta totalmente, pudiendo oponerse, más bien habría que hablar de una nueva posesión adquirida con el consentimiento del anterior poseedor. Pero téngase bien en cuenta que es preciso que el actual poseedor **pueda hacer alguna resistencia**, aunque no sea más que la de protestar con palabras, para que realmente se deba exigir dicho requisito para considerar la posesión del despojante como violenta, ya que es evidente que si el poseedor en ningún modo podía resistir hubo violencia aunque de hecho no haya protestado ni resistido. Precisamente cuando la violencia es mayor, cuando se apoya en una fuerza irresistible - como puede ser la de la autoridad: fuerza mayor -, entonces el despojado no tiene que encontrar ninguna dificultad para alegar luego la violencia del despojo y de la nueva posesión.

En cambio, hay también violencia si **el despojado** pretende, después de que se le ha arrebatado la posesión, recobrarla por sus propio medios, es decir, usando a su vez de la fuerza, las amenazas u otro medio similar. El despojado de su posesión debe recurrir a las autoridades, y si es restituido judicialmente recupera la cosa y la Ley finge que ni siquiera ha salido un momento de poder del despojado, de modo que se suma todo el tiempo durante el cual la cosa fue arrebatada: “se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio” (Art. 746). Pero si, por el contrario, el despojado se apodera violentamente de la cosa que perdió, principia entonces una nueva posesión violenta, que no puede sumarse a la que antes tuvo, por ser de diversa naturaleza.

Existe este vicio sea que directamente quien pretende adquirir la posesión use las vías de fuerza, amenaza, etc., o que **se valga de otros** o que su representante legal o voluntario actúe en su nombre, en todo caso, el medio ilícito corrompe jurídicamente todo el acto y sus consecuencias, de modo que no puede ser sino violenta la posesión así lograda. Pero si el representado no aprueba de ningún modo la violencia, no se hace responsable de ella.

Igualmente hay violencia no solamente cuando se la ejerce contra el propietario o el verdadero poseedor de una cosa, sino **contra cualquiera** que tenga la cosa en nombre del poseedor, sea por contrato -como el arrendador, el acreedor prendario, etc.-, o bien por derecho de representación legal, por mandato, o por relación de dependencia laboral o por cualquier otro motivo.

Las dos reglas anteriormente expuestas se contienen en el artículo 727: “Hay violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa o contra el que la posea sin serlo, o contra el que la tenía en lugar de otro a nombre de otro.- Lo mismo es que la violencia se ejecute por una persona o por sus agentes, y que se ejecute con su consentimiento, o que después de ejecutada se ratifique expresa o tácitamente”.

Asunto distinto es el del llamado **carácter absoluto o relativo** de la posesión violenta. No hay uniformidad en la doctrina sobre este punto: ¿debe considerarse una posesión como violenta respecto de cualquier persona, o solamente frente a quien sufrió la violencia?

Vélez Sarsfield, siguiendo a Molitor y a Troplong se expresa así: “En cuanto a la cuestión de saber respecto de quien la posesión debe estar exenta de violencia, debe observarse que la violencia no es un vicio absoluto, y basta que la posesión esté exenta de ese vicio respecto del adversario. Si el demandado no ha sufrido en efecto violencia alguna, no podrá defenderse con hechos que se refieren a otra persona”. En parecida forma explican Planiol y Ripert este fenómeno: “La violencia es un vicio relativo. El poseedor actual si ha expulsado a otra persona que pretendía ser propietario, goza de una posesión viciosa respecto de este anterior poseedor; pero, si el verdadero propietario es un tercero a quien los actos de violencia no han alcanzado, la posesión estará exenta de vicio frente a éste, dando lugar a las acciones posesorias y a la usucapión en su perjuicio”.

Pero la opinión favorable a la relatividad de la violencia no es compartida por todos los autores. Peñaherrera atestigua que la mayoría son favorables al concepto relativo, pero otros comentaristas de gran valor como Laurent, y el mismo Peñaherrera, opinan lo contrario: la violencia vicia la posesión frente a cualquier persona, es decir, que quienquiera que litigue contra el poseedor podrá demostrarle que entró por la fuerza en esa tenencia, y que por tanto no tiene más que una posesión viciosa, aunque el que alegue y demuestre tales hechos no haya sufrido el despojo.

Pienso que, conforme al tenor literal de nuestro Código, es preferible adherirse al concepto de **violencia absoluta**. El artículo 725 que define la posesión, no distingue, sino que se refiere en general a todo el que adquiere por la fuerza”. Además, siendo la posesión, en nuestro sistema, un hecho, ha de admitirse su valor universal, frente a todos, absoluto.

Otro punto debatido es el de si la violencia constituye un **vicio permanente o sólo temporal**. En el Derecho Romano se consideraba que la violencia en todo caso continuaba viciando la posesión, aunque de hecho hubiera cesado. En cambio el Derecho Francés se aparta de esa regla, y tan pronto cesa la actitud violenta da margen a la posesión pacífica que comienza a correr. En el Derecho Romano la violencia sólo podía purgarse mediante el regreso de la cosa al anterior poseedor, no así en el francés, en el que el poseedor violento puede llegar a poseer pacíficamente, desde que sin resistencia del anterior poseedor, ni del propietario u otro que alegue derechos, tenga la cosa sin turbación actual.

Se discute si nuestro Código sigue el sistema romano o el francés. Muchos sostienen que la posesión deja de ser viciosa desde que termina la fuerza. El argumento principal a favor del **carácter temporal** de la posesión violenta es éste: desde que se produce el último acto de violencia el dueño o poseedor despojados pueden entablar la acción correspondiente para recuperarla, pero sólo dentro de un año de plazo, por consiguiente, después la violencia ya no produce su efecto, lo que señala un cambio en la naturaleza de la posesión violentamente adquirida; y transcurrido el plazo de quince años, el poseedor podrá alegar que ha adquirido la propiedad mediante prescripción extraordinaria. A estos razonamientos suele añadirse la consideración de que, si el despojado no reclama durante un año entero, y mucho más, si no entabla ninguna acción judicial en quince años, es síntoma de que ha condescendido en alguna forma con la actitud del que le arrebató la cosa, y en virtud de esta condescendencia se purgaría el vicio de la violencia.

Los partidarios de la tesis de que la violencia es un **vicio permanente**, se fundan en la definición de la posesión violenta, que solamente exige la fuerza en el momento inicial, y explican que si la Ley reconoce al que, despojó y ya posee más de un año en paz, el derecho de interponer él a su vez interdictos posesorios, es únicamente porque sólo así se puede resguardar suficientemente la tranquilidad social y evitar nuevos actos de violencia. En cuanto a la prescripción extraordinaria a que puede dar lugar dicha posesión si dura más de quince años (respecto de inmuebles), la cuestión admite muy diversas explicaciones, que se estudian al hablar de la prescripción; baste decir aquí que hay varias teorías discordantes: unos no admiten que realmente se pueda adquirir por prescripción extraordinaria si la posesión ha sido violenta; otros, admiten la prescripción pero a base de considerar violenta a la posesión durante todos los quince o más años; otros sostienen que la posesión violenta deja de serlo para dar lugar a otra posesión pacífica, la única que produce el efecto de la prescripción, y generalmente se acepta que esta transformación se produce con efecto retroactivo total, al cumplirse los quince años.

Pienso, siguiendo a Peñaherrera, que nuestro sistema es el romano, es decir que el carácter violento de la posesión **no desaparece** por el hecho de cesar la actual fuerza. Esto se compagina mejor con la definición de posesión violenta y con la distinción que la misma Ley establece para el

efecto de poder intentar las acciones posesorias. Según el Código, efectivamente, se puede ser poseedor violento (por haber comenzado a poseer violentamente), y sin embargo “poseer actualmente sin violencia” o sea tener la posesión tranquila de un año, que explícitamente se exige para intentar acciones posesorias. Por esto, el artículo 2410 pide que el poseedor que alega la prescripción pruebe que poseyó sin violencia durante quince años. Por esto mismo, opino que transcurrido el tiempo de la prescripción extraordinaria, la Ley obra una **ficción** en virtud de la cual la posesión que originalmente fue violenta, entonces, y sólo entonces se transforma en tranquila, con efecto retroactivo y para el único efecto de permitir la usucapión.

Aceptándose este criterio, resulta más lógica también la conclusión a que llega el gran maestro Peñaherrera: “que se puede poseer con violencia sin ser poseedor violento según la definición del artículo 698 (hoy 725). Posesión con violencia será, por tanto, defender a mano armada la posesión, rechazar por la fuerza la tentativa que haga el dueño para recuperar, por vías de hecho, la posesión; y el que haga todo esto, es decir, el que posea con violencia, puede no ser poseedor violento si adquirió sin violencia”. Se trata, pues, de dos cosas diferentes y con distintos efectos. Y solamente se puede decir violenta a la posesión **adquirida por la fuerza**, la misma que conserva permanentemente ese carácter, aunque sobrevenga la calma. Por lo mismo, si el poseedor despojado prueba que durante un año o más tiempo, poseyó tranquilamente esto es, sin violencia actual, puede intentar acciones posesorias, aunque sea poseedor violento, por el origen. Ahora bien, queda el otro efecto de la posesión: el relativo a la prescripción, y si no se quiere dejar un mero título sin contenido, hemos de concluir que para la prescripción no sirve la posesión violenta, y en el caso excepcional de la prescripción extraordinaria, la posesión que fue violenta se considera pacífica, si han transcurrido más de quince años, y el detentador prueba que ha tenido tranquilamente la cosa durante todo ese largo tiempo.

La violencia es independiente del hecho de que tenga o no **título** quien la ejerce. El Código Portugués, dice en el artículo 1260 que “La posesión adquirida por la violencia se considera siempre de mala fe, aunque se haya adquirido por título”.

b) **Clandestinidad.**- Clandestino se opone a público. Significa, pues, algo **oculto**, o más exactamente, algo ocultado, hecho a ocultas, con el propósito de no aparecer, de que permanezca inadvertido o desconocido.

El artículo 728 define así: “Posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella”.

El Proyecto de 1853 contenía un artículo explicativo de este concepto, que se suprimió aparentemente en aras de la concisión. Decía así “La clandestinidad se refiere al tiempo de adquirirse la posesión.- El que no la adquirió clandestinamente, pero después la ocultó, recelando que se disputase, no es poseedor clandestino.- Y por el contrario, el que la adquirió clandestinamente, y después da conocimiento de ella a la persona que pudiere reivindicarla, no deja de ser poseedor clandestino”.

Ahora bien, la supresión de este artículo del proyecto puede indicar un cambio de opinión de Don Andrés Bello, que finalmente se habría inclinado por considerar como clandestina a la posesión **mientras se oculta**, en tanto en cuanto permanece ocultada, y no solamente atendiendo al momento inicial.

El tenor literal del artículo 728 confirma esa interpretación, pues dice que es clandestina “la que se ejerce ocultándola”, lo cual denota una actitud continuada de ocultamiento, y no simplemente un acto transitorio.

Siguió, pues, nuestro Código un criterio distinto en el caso del vicio de la violencia, que basta que sea inicial, y en el caso del vicio de clandestinidad, que subiste en tanto en cuanto dura el ocultamiento. Así predominó en esta materia el concepto del Derecho francés y no el del romano, que en cambio tuvo aplicación para la violencia.

De la comparación del actual artículo 728 y del suprimido del Proyecto de 1853, se llega, por otra parte, a la conclusión de que el pensamiento de Bello y el sentido indiscutible de la Ley coinciden en afirmar el carácter **relativo** de la clandestinidad. Hay clandestinidad cuando se oculta la posesión a quien “podría reivindicar” la cosa. Por esto, como afirma Planiol, “la posesión puede ser clandestina para unos y no para otros, siempre que el poseedor no se haya ocultado de todo el mundo”.

El punto ha sido discutido en la doctrina. Para algunos, la clandestinidad supondría ocultamiento de todos, y no sólo del que podría reivindicar. Pero, además del claro tenor literal del Código, parece que hay suficiente razón para sostener el carácter relativo de este vicio. Efectivamente, para que pueda justificarse la prescripción adquisitiva de dominio, se supone que el propietario debe conocer, debe estar en capacidad de conocer, la ocupación de su cosa por un extraño; sólo la larga dejación de su derecho, puede conducir a su pérdida y a la consiguiente adquisición por parte del poseedor; ahora bien, si el propietario ignora que otro ha tomado posesión de lo que le pertenece, no está en posibilidad de reclamar, de hacer valer su derecho, y por lo mismo, no cabe que corra prescripción contra él. El conocimiento que otras personas tengan respecto de la posesión del usurpador, en nada afecta al propietario.

Borrell afirma que es poco verosímil la suposición de que el propietario ignore la posesión del extraño, y que a la vez, ésta sea conocida por otros. Ciertamente, no será un caso frecuente; puede pensarse que el propietario que ignora que otro ha entrado en posesión de lo suyo, adolece de grave negligencia, prácticamente ha abandonado su derecho, y por lo mismo, la posesión que sí es conocida por otros, que es pública, no puede calificarse en tal caso de clandestina, y por consiguiente, sí puede dar lugar a prescripción. Pero también pueden suponerse situaciones en las que el propietario diligente, cuidadoso de sus cosas, sea víctima del engaño y que precisamente se le oculte a él la posesión tomada por un usurpador, el cual cuida dolosamente de que no llegue a conocimiento del que podría reivindicar la cosa, tal vez, con la ayuda de otros que bien conocen de la usurpación, y por cuyo conocimiento no podría decirse que esa posesión dejó de ser clandestina.

Sí la posesión es del dominio público, puede presumirse que el propietario también la conoce, pero no se excluye la posibilidad contraria, y el propietario podría probar que desconoció, más aún, **que no pudo conocer**, que fraudulentamente se le ocultó, etc., y entonces, la posesión aunque notoria para muchos, sería realmente clandestina.

Cabe preguntarse si el hecho de existir **título inscrito** en el Registro de la Propiedad constituye una publicidad suficiente para eliminar el vicio de la clandestinidad. Por una parte, el Registro es público, y la inscripción en él,

constituye precisamente un requisito de publicidad, de modo que podría decirse que una posesión fundada en título inscrito no es clandestina sino todo lo contrario: publica. Pero, si se tiene en cuenta el carácter relativo de la clandestinidad, podría suceder que la inscripción no elimine el vicio de ocultamiento de la posesión; efectivamente un propietario no está obligado a revisar periódicamente el Registro de la Propiedad para enterarse de si se ha inscrito algún título contrario o atentatorio de sus derechos, y si tal inscripción pasa inadvertida, no puede imputarse a culpa del propietario; si, por otra parte, la inscripción del título no va seguida de actos externos significativos de la usurpación, el propietario puede ignorar mucho tiempo la existencia de esa posesión, ya que ninguna disposición legal o reglamentaria ordena notificar tales inscripciones a otros interesados. Supóngase, por ejemplo, que sea el arrendatario de una propiedad, o el “finquero”, el “aparcero” u otro individuo que está trabajando la finca por cuenta del propietario quien inscribe en el Registro de la Propiedad un título por el cual se constituye en poseedor de lo que antes simplemente tenía por cuenta y en nombre del propietario; bien puede pasar totalmente inadvertida esta situación al propietario, ya que el usurpador continuará realizando los mismos actos materiales que antes, tales como sembrar, cosechar, cortar árboles, etc.; pero actualmente los hace con ánimo de señor y dueño, como poseedor; tal posesión -si realmente existe-, no podría calificarse nunca de pública, ya que permanece oculta al que podría reivindicar, es decir al propietario; es por tanto, una posesión clandestina, a pesar de haberse inscrito un título en el Registro público.

Otra dificultad práctica puede presentarse el momento de distinguir los actos ejecutados clandestinamente, de los meramente tolerados por el poseedor o por el dueño de la cosa. En ambos casos hay una actitud pasiva, una abstención del propietario o poseedor de la cosa quien no impide los actos de otro que podrían ser significativos de la intención de apoderarse de la cosa. Puede ser que el dueño conozca los actos de aquella otra persona y quiera tolerarlos, sin que esto signifique de ningún modo abandono de su derecho; al proceder así, se sentirá respaldado por lo dispuesto en el artículo 2399: “La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento para prescripción alguna”, por ejemplo, si alguien permite el tránsito de ganado por sus tierras eriales no se impone por ello una servidumbre de tránsito, o bien, se permite que vecinos del lugar cojan ramas

secas para utilizarlas como leña y que pascen en un bosque, esto no da origen a una posesión de la tierra por parte de tales vecinos, ni ellos podrían adquirir la propiedad por prescripción basándose en estos actos simplemente tolerados. Ahora bien, los mismos actos físicos de apacentar el ganado, cortar leña, permanecer muchas horas personalmente en un terreno, podrían ser manifestación de la voluntad de poseer, y si se realizan a ocultas del dueño, constituirían una actitud clandestina que excluye la posibilidad de adquirir por prescripción ordinaria o extraordinaria, ya que aún para ésta la Ley exige que se pruebe haber poseído “sin clandestinidad” durante quince años (Art. 2410, regla 4ª). Así, pues, los actos meramente tolerados y los clandestinos tienen en común que no pueden dar origen a una posesión apta para la prescripción, también su aspecto exterior es semejante, pero su verdadera naturaleza es muy diversa.

La dificultad de diferenciar, los dos casos expuestos se traducirá sobre todo en problemas de índole probatorio. El propietario que ha tolerado ciertos actos que otro alega que son de posesión, tendrá que probar que concedió permiso o licencia para tales actos, o que no se opuso a ellos porque no le causaban ningún gravamen, o el que, si le causaban, se compensaba con algún beneficio, o que existía algún motivo plausible para tolerarlos, o por lo menos, que tales actos no obstaron al disfrute de su propiedad en otros aspectos. En cambio, el que realizó esos actos, si pretende alegarlos como manifestación de posesión para adquirir por prescripción, tendría que probar que mediante ellos realmente disfrutó de la cosa **excluyendo** al propietario y que sus actos no fueron clandestinos sino públicos y notorios para el propietario.

Nuestra Ley no hace referencia al vicio de la posesión que se suele denominar por los comentadores como “**equivoco**” o equivocidad, y que en la jurisprudencia francesa, sobre todo, ha tenido amplia acogida y desarrollo. Muchas veces, el equivoco podrá producirse en nuestro medio, en forma de clandestinidad, o producirse al amparo de la ocultación.

Según afirma Planiol, el equivoco es el vicio que más frecuentemente se alega ante los tribunales franceses, y muchas veces permite que los jueces eviten aplicaciones demasiado rígidas de la Ley que conducirían a verdaderos despojos de la propiedad, contrarios a la verdadera justicia. Hay circunstancias singularmente propicias al equivoco, tales como la cohabita-

ción, la indivisión, la situación del acreedor prendario una vez vencido el plazo del crédito, y varios casos de tenedores precarios. Evidentemente la cohabitación por sí sola no vicia la posesión, pero puede entrañar una manera clandestina de poseer; cosa parecida puede suceder entre condóminos de una cosa. En el caso del acreedor prendario que vencido el plazo no exige el pago o tolera su demora, pero por otra parte continúa teniendo la prenda, nos hallamos ante un mero tenedor, que no puede transformarse de ningún modo por su propia voluntad en poseedor, pero hay que admitir que en la vida corriente el deudor puede estar conforme con ceder la posesión y la propiedad de la prenda a cambio de no pagar, de donde surge la situación equívoca; desaparece el equívoco el momento en que se prueba que el que se pretende poseedor fue simple tenedor precarista, pero dicha prueba deberá presentarse.

La situación **precaria**, desde luego es permanente, **perpetua por naturaleza**. Subsiste en principio indefinidamente, “aún por mil años” decía Dumoulin; y se transmite a los causahabientes universales del detentador. El precario resulta, en efecto, de la existencia de una obligación de restitución concertada por el detentador respecto a la cosa que él detenta; tal obligación se transmite, como todas las demás a sus herederos y otros sucesores del patrimonio. Los sucesores son como el causante, simples tenedores, precaristas, y esto aunque ignoren la existencia de la obligación de restituir y aunque tengan la intención subjetiva de poseer la cosa por propia cuenta. Puede incluso existir una actitud clandestina voluntaria, fraudulenta, dirigida a engañar a los sucesores de modo que se crean poseedores, esto no cambia su condición de meros poseedores, y nunca podrán transformar por sí solos su condición en la de poseedores, ni podrán adquirir por prescripción, ni siquiera extraordinaria. En cambio, si el detentador transmite la cosa a otra persona por un acto traslativo de la propiedad a título particular, el que recibe así no será un detentador en precario, sino verdadero poseedor, como lo establece el artículo 745: “Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa, dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión, ni se adquiere por otra; **a menos que el usurpador enajene** a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien enajena adquiere la posesión de la cosa, y da fin a la posesión anterior”.

En el caso de los inmuebles, hemos considerado el caso del tenedor precario que pretende usurpar la cosa, y llegábamos a la conclusión de que **si logra inscribir** su pretendida posesión, esto no constituiría más que una situación clandestina, a pesar de ser público el Registro. Se requiere el cumplimiento de requisitos, y sin ellos ni pierde la posesión el primero ni la adquiere el segundo o el que reciba la cosa del usurpador. El propietario cuya cosa ha sido vendida, por ejemplo, y cuya venta ha sido inscrita difícilmente podría ignorar todo ello; estaría en una situación muy distinta de la que examinamos anteriormente: o sea cuando simplemente se hace otra inscripción en el Registro, pero sin que se pretenda transferir la propiedad a un tercero, lo cual más fácilmente puede ocultarse al verdadero propietario.

La posesión puede ser clandestina y violenta **a la vez**, aunque a primera vista parezca que los dos términos son incompatibles. Piénsese por ejemplo en quien en ausencia del dueño despoja por la fuerza a los que tienen en nombre del propietario -éste es poseedor violento, y lo será siempre, aunque cese la violencia actual, ya que basta que se haya producido en el origen-; si posteriormente engaña al propietario apareciendo como subarrendatario, peón, contratista, etc., del tenedor despojado, podrá ocultar así a la vista del propietario su condición de poseedor violento, y dicha posesión será, además, clandestina. Tales vicios inhabilitan tal posesión para fundar sobre ella cualquier clase de prescripción adquisitiva, sea ordinaria o extraordinaria.

c) Discontinuidad.- La posesión puede ser continua o discontinua. Es discontinua, con relación a un determinado tiempo, cuando durante él se ha **interrumpido** y después se ha vuelto a adquirir.

Así como los vicios de la violencia y la clandestinidad tienen directa relación con el carácter regular o irregular de la posesión, lo contrario debe decirse de la continuidad o discontinuidad de ella, que **en nada afecta a la regularidad** de la posesión.

La violencia y la clandestinidad influyen tanto en la posibilidad de intentar o resistir a las acciones posesorias, como también en materia de prescripción. La continuidad de la posesión puede tener también importancia para

los interdictos o acciones posesorias, pero principalmente se relaciona con la prescripción.

Precisamente para la **prescripción ordinaria** se requiere posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes señalan (Art. 2407), y en el caso de la prescripción extraordinaria tiene aún más importancia que la carencia de vicios, la continuidad de la posesión.

Por estar tan vinculada con la prescripción, la continuidad de la posesión, se trata de esta cualidad en el Libro IV del Código Civil, dentro del Título XLI De La Prescripción. Más aún, el legislador habla en una serie de artículos, desde el 2400 hasta el 2403, de la posesión ininterrumpida o de como se interrumpe la posesión, pero inmediatamente, sin hacer ninguna distinción habla en el siguiente artículo, el 2404, de la interrupción “de la prescripción”. En realidad son dos cosas muy distintas, pero vinculadas entre sí como causa y efecto: **la posesión es el fundamento de la prescripción**; una y otra se pueden interrumpir; y desde luego, lo que interrumpe la posesión, produce el mismo efecto en cuanto a la prescripción que se pretendía asentar en ella.

Convendrá, pues, tratar más a fondo de la posesión continua o ininterrumpida, al hablar de la prescripción, pero es preciso anticipar aquí siquiera lo más esencial.

El artículo 2401 define: “Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido ninguna interrupción **natural o civil**”.

No es preciso que el titular de la posesión continua sea **una misma persona física**: si no hay interrupción por otra causa, la posesión del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo establece el artículo 732, según lo desee o no el sucesor. En esta forma pueden agregarse las posesiones de muchos, siempre que presenten una serie ininterrumpida. Y para favorecer la continuidad de la posesión aunque corresponda a distintas personas, la Ley recurre incluso a la ficción de considerar que en el caso de herencia yacente, ésta tiene la titularidad de la posesión en nombre de los herederos (Art. 2400).

Como la posesión supone el ejercicio de ciertos actos a través de los cuales se manifiesta la tenencia de la cosa (corpus) y el ánimo de señor o dueño, dichos actos deben tener una **continuidad moral** suficiente para que la posesión sea continua. No es preciso que una persona tenga materialmente la cosa permanente y sin dejarla ni un instante. Igualmente sería imposible que la intención esté presente en continuos actos de la voluntad en el sentido de comportarse como dueño. Basta una continuidad moral. Según la naturaleza de las cosas, y según los usos y costumbres sociales, se apreciará en cada caso, la frecuencia necesaria para que tales actos constituyan una continuidad moral. Por ejemplo, es conocido el caso de ciertos terrenos muy altos, páramos, cuya posesión se expresa materialmente en el hecho de que el propietario envía periódicamente sus ganados por cierto tiempo a ellos, y permanecen aparentemente abandonados durante otros tiempos más o menos largos; esto no interrumpe la materialidad de la tenencia ni la posesión misma, pues hay una continuidad moral; en cambio, si realmente se abandonaran esos páramos durante mucho mayor tiempo del normal, si transcurrieran años sin ningún acto posesorio, no podría sostenerse la continuidad. Ciertamente que existe la presunción de que quien poseyó antes y posee ahora, se entiende que ha poseído todo el tiempo intermedio (Art. 734), pero si precisamente se trata de probar la posesión, no valdrá dicha presunción, sino que deberá recurrirse a la demostración de los actos que han constituido y constituyen la posesión, y no habrá continuidad entre ellos, si tales actos se han producido esporádicamente con unos intervalos muy superiores a los que imponen los usos corrientes. Una sentencia francesa dice con precisión que se demuestra la continuidad de la posesión “cuando se ha ejercitado en toda ocasión y en todos los momentos en que debía hacerse así”; ahora bien, entendemos este “deber hacerse así”, no por imperativos jurídicos, sino de las costumbres y del recto y racional aprovechamiento de las cosas.

Probada la posesión en dos extremos de tiempo, se considerará continua, mientras no se pruebe lo contrario, es decir, que haya sido **interrumpida** natural o civilmente (cfr. Arts. 734 y 2401).

“La interrupción es **natural**: 1. Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de los actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada; 2. Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona.- La

interrupción natural de la primera especie no surte otro efecto que el de descontarse su duración; pero la interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el Título de las Acciones Posesorias. En tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído”, dice el artículo 2402, que viene inmediatamente después de la declaración legal de que la posesión se interrumpe natural o civilmente. Hago notar esta contigüidad de ambas normas, porque el artículo 2402 no menciona directamente qué es lo que se interrumpe. Dice solamente: “La interrupción es natural”; pero debemos entender que se refiere a la posesión, si bien especialmente en consideración de su efecto: la prescripción.

El primer supuesto de interrupción natural de la posesión puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor. El mismo ejemplo confirma esta opinión: la inundación permanente de un terreno. En cuanto a la fuerza mayor, es notable el caso de las guerras u otros estados de desorden que hacen imposible el recurso a los tribunales, o por lo menos los dificultan en extremo, sobre todo para los combatientes que quizá están fuera de su país. Por esto en algunos países se han dictado leyes declarando interrumpida o suspendida la “prescripción” durante esos períodos más o menos anárquicos. Un caso reciente en nuestro país, ha dado origen a una muy atinada disposición legal que está en esta misma línea de cosas; me refiero a la Ley de lo Contencioso Administrativo (Ley 35 CL publicada en el Registro Oficial 338 del 18 de marzo de 1968) que establece que no corre la prescripción durante el período comprendido entre el 11 de julio de 1963, fecha en que se suprimió el Consejo de Estado, hasta la fecha de vigencia de dicha Ley, que establece un nuevo Tribunal y adecuado trámite para los recursos contencioso administrativos. Debemos entender que si alguien fue despojado por la Administración de una propiedad o de su posesión, este hecho de fuerza mayor no interrumpió naturalmente la posesión del despojado, si ahora, haciendo uso del trámite nuevamente restablecido, recupera legalmente su posesión.

Para terminar este estudio sobre la posesión viciosa, conviene mencionar la disposición del artículo 168 de la Ley de Reforma Agraria, que asigna un nuevo efecto a la posesión violenta o clandestina: “El IERAC llevará un Registro de quienes hayan ocupado o llegaren a ocupar la tierra violenta o

clandestinamente, los que podrán ser excluidos de los beneficios de esta Ley en especial de compra y adjudicación de tierras del IERAC, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales” (No se encuentra esta disposición en la Ley de Desarrollo Agrario, codificada el 30 de abril de 1997 y que reemplazó a la de Reforma Agraria).

25. Posesión con título o sin él

También esta clasificación de la posesión con relación a su fundamento o no fundamento en un título, es común en la doctrina y se enumera expresamente en muchas leyes, así por ejemplo, el Código Portugués de 1967, la pone como primera distinción entre las clases de posesión: “titulada o no” (Art. 1258), y agrega que “Dícese titulada la posesión fundada en cualquier modo legítimo de adquirir, independientemente sea del derecho del transmitente, o de la validez sustancial del negocio jurídico” (Art. 1259).

El concepto que se acaba de señalar es también válido en el derecho ecuatoriano, con la salvedad de que para nosotros es cosa distinta el “modo” de adquirir y el título por el cual se adquiere, de tal forma que aquí tenemos que referirnos más estrictamente al título mismo, y no al modo, como dice el Código Portugués.

Por otra parte, la posesión en virtud de título, admitirá la subdivisión que ya se insinúa en el mismo artículo transcrito: cuando el título es legítimo y produce la validez del negocio jurídico, la posesión titulada tendrá una cualidad muy distinta que en el caso contrario: si el título no reúne esas cualidades. Nuestra Ley hace referencia expresamente al “justo título”, como luego examinaremos.

Peñaherrera nos precisa las varias significaciones que tiene en nuestro sistema la palabra título: Unas veces significa el **acto jurídico** del cual se derivan derechos u obligaciones; otras, la **calidad** de la que depende la adquisición de algún derecho, verbi gratia la calidad de heredero, de hijo legítimo, etc. (Demolombre, Tomo 9, p. 506); otras, el **instrumento escrito** que se otorga para constancia y prueba del acto. Al hablar ahora de justo título, se emplea esta palabra en la primera de dichas acepciones, en la de hecho que sirve de causa o fundamento, a un derecho.

Antes de seguir adelante, es preciso recordar que en el Derecho Romano se reconocían tres grados o especies de posesión: a) La mera detentación (*possessio naturalis*), que no producía ningún efecto de protección jurídica, y que en nuestro sistema con adecuada terminología se llama tenencia, y tampoco da origen a acción posesoria. b) La posesión verdadera y propia, protegida por los interdictos (*possessio*, simplemente; o *Possessio ad interdicta*). Y c) La posesión adquirida sobre la base de una justa causa, es decir, de un título idóneo para adquirir el dominio (*possessio civilis* o *possessio ad usucapionem*) y que producía, además del efecto común al grado anterior, o sea el de disfrutar de los interdictos, el de hacer posible la usucapión y ser protegida por la acción Publiciana. Es conveniente tener presentes estos tres grados de la posesión en Roma, ya que en nuestro Derecho, descartado el primero -que tampoco en Roma tenía mayor trascendencia-, queda la división de los otros dos tipos de posesión, con consecuencias jurídicas de enorme importancia; son para nosotros, la posesión con título, o sin él.

El título de la posesión se refiere al **momento inicial** de ella. Más aún, una vez adquirida la posesión por un título, continúa con las características correspondientes, sin que pueda cambiar, salvo que sobrevenga un título diverso. En forma más o menos amplia se determina esto en los diversos sistemas; así el Código Argentino dice en el artículo 2353 que: Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión. El que comenzó a poseer por sí y como propietario de la cosa, continúa poseyendo como tal, mientras no se pruebe que ha comenzado a poseer por otro. El que ha comenzado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no pruebe lo contrario". Este artículo es análogo a lo que disponen el artículo 731, el 734 y el 2410 de nuestro Código, que establecen que el título inicial de la posesión no cambia por sí sólo o por el transcurso del tiempo.

La jurisprudencia también confirma el principio de que el título inicial no se altera si no sobreviene un nuevo título. Entre las sentencias de la Corte Suprema Ecuatoriana, citaré solamente tres de las más notables.

En una de ellas se establece que: por el texto de la demanda, así como por el contrato celebrado entre el actor y el demandado, Pazmiño es dueño y poseedor de la tierra en la que realizó la siembra; y aunque no se haya

alegado este hecho en la contestación de la demanda, no puede ser desconocido para resolver el asunto planteado. Si al actor sólo se le facultó la posibilidad de usar las tierras para un objeto determinado, cual fue la siembra de ciertas plantas, no se transmitió el dominio ni trató de adquirir posesión alguna; consecuentemente, el dueño y poseedor de estas tierras, no perdió su posesión. El contrato celebrado, para que el actor sembrase plantas, por un determinado precio, no podía otorgarle la posesión ni del terreno ni de las plantas. La circunstancia de que exista una sentencia ejecutoriada que obligue al mero detentador a la devolución de lo que retiene no puede dar lugar a una acción posesoria, ya porque carece de la esencial calidad de poseedor, pues no tiene el ánimo de señor y dueño al guardar la cosa hasta que se le pague determinada indemnización, detentación que revela una pretensión sobre el precio, mas no sobre la cosa; ya porque la sentencia ejecutoriada por sí sola no es un hecho que embarace la posesión legítima de una cosa. En este caso, ni el transcurso del tiempo, ni la voluntad unilateral del tenedor de la cosa, ni una sentencia judicial anterior que reconocía el derecho del tenedor a ciertas indemnizaciones, pudieron cambiar el título del poseedor, quien continuó poseyendo como propietario, sin que se alterara su situación porque otro (el actor en el juicio) haya adquirido la mera tenencia. Este tenedor, por su parte, continuó teniendo la cosa y afirmando así la posesión del demandado, para quien y en nombre de quien tenía el inmueble.

Otro caso muy típico y frecuente en la Costa ecuatoriana se resolvió por la Primera Sala de la Corte Suprema en sentencia de 2 de junio de 1965. El arrendatario de terrenos tropicales, en los cuales ha sembrado plantas de cacao y guineo, demandó mediante acción posesoria al comprador de dichos terrenos, alegando el actor tener posesión sobre las plantas. Es de advertir que el valor de las plantaciones de cacao y de plátano suele ser bastante superior al precio del terreno mismo, sobre todo si éste es inculto o montañoso. Ante esta realidad económica, hay cierta tendencia por parte de los sembradores a considerarse poseedores de las plantas, y aún del terreno al cual en realidad acceden. Pero la realidad jurídica es muy distinta: no existe tal posesión sobre plantas o árboles que están incorporados al inmueble, ni mucho menos el sembrador o arrendatario se convierte en poseedor; sigue poseyendo el propietario; el arrendador es mero detentador, y tiene la cosa en lugar y a nombre del propietario, afirmando así la posesión de éste; sólo el propietario puede intentar acciones poseso-

rias, y de ningún modo el arrendatario. El título de la posesión no se altera por el hecho de que el arrendatario siembre en el terreno que no es suyo, pues al sembrar está reconociendo el dominio ajeno y afirmando la posesión del arrendador propietario.

En otra sentencia de nuestra Corte Suprema se afirma igualmente, de modo categórico que “La posesión, una vez adquirida y no habiendo privación o interrupción, no exige para su conservación, la realización de actos posesorios permanentes o repetidos”. La eficacia, pues, del título se prolonga en el tiempo, sin necesidad de otra cosa.

En la jurisprudencia colombiana, se encuentran declaraciones igualmente terminantes a este respecto. Una sentencia de la Casación, afirma: “La existencia de un título inicial de mera tenencia desvirtúa la posesión del que se ha levantado contra el dueño”. En otra leemos: “El tenedor precario está imposibilitado para mudar la mera tenencia en posesión; ello exige la intervención de un título proveniente de un tercero, que, considerándose también dueño, le confiera la posesión inscrita y le dé una base a su declaración de que ejerce la posesión como dueño”..., y una tercera afirma: “El poseedor precario no puede cambiar su título, o sea invertirlo, sino por el hecho de un tercero o porque contradiga el derecho del propietario, oponiéndole su posesión. No es suficiente para cambiar la causa de la posesión la simple manifestación que al respecto haya hecho el interesado de que su ánimo ha sido el de poseer como dueño”. Queda muy claro, que no es la intención subjetiva la que puede cambiar el título, y que el tenedor sigue siendo mero tenedor, mientras que el poseedor conserva su posesión a través de él.

El título originario de la posesión continúa produciendo su efecto también en los **sucesores**. El artículo 732 dice: “La posesión del sucesor comienza en él, ora suceda a título universal o singular; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero, en tal caso, se la apropia con sus calidades y vicios.- Podrá agregarse, en los mismos términos, a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores”.

Para **agregar** la propia posesión a la del antecesor se requiere, desde luego, haber sucedido a título universal o singular, como dice una sentencia de nuestra Corte Suprema. En ese caso, los sucesores, como se afirma en otra

sentencia, “se consideran cual si fuesen una sola persona con el instituyente”.

En realidad, siendo la posesión una situación de hecho, no puede propiamente transmitirse, pero cuando **se transmiten los derechos** y las cosas que sobre ellos recaen, es lógico que la Ley siga protegiendo a quien los recibe del mismo modo que protegía al antecesor, de aquí, que la Ley consiente que se sume la nueva posesión a la anterior, y las considera como una sola y no interrumpida posesión, que trae su origen del título constitutivo de la primera.

Una sentencia colombiana explica así este fenómeno: “Cuando es a título universal, el heredero tiene la posesión misma del difunto la cual se continúa pura y simplemente en aquél. Así, pues, el sólo hecho de diferirse la herencia es suficiente para que automáticamente se adquiera por el heredero toda posesión que tuviere el de cuius en el momento de la muerte y sin necesidad de ninguna aprehensión material de la cosa por parte del sucesor. Este es el carácter peculiar de la posesión hereditaria, por el cual se la distingue de las otras posesiones. En esta ficción legal no se trata de una posesión nueva que comienza, sino que es la posesión del difunto la que se transmite a sus herederos con sus cualidades y vicios”.

La transmisión de la posesión supone, pues, la existencia de un título; de otro modo no se podría sumar los tiempos de ambas posesiones. Este punto también ha sido reafirmado múltiples veces por la jurisprudencia tanto nacional como extranjera.

He aquí una gran diferencia entre posesión con título, o sin él: en el segundo caso, no se puede apropiar el que pretende la posesión, de la anterior posesión, con su respectivo tiempo y cualidades o vicios. Esto tiene suma trascendencia, como es obvio, tanto para el ejercicio de las acciones posesorias como para adquirir por prescripción.

Otra importante conclusión: quien no tiene título, no puede desposeer a quien lo tiene. Y, finalmente, quien posee por un determinado título no puede por su sola voluntad cambiar su posesión, ni mucho menos podrá cambiar una mera tenencia en posesión.

Examinemos a continuación la división de la posesión titulada. Esta puede fundarse en “justo título”, o en un título que no pueda calificarse de justo. Para que exista **posesión regular**, de la que luego trataremos, se requiere precisamente “justo título”, no cualquier título, y, naturalmente, no sirve la posesión sin título.

No es fácil definir el “**justo título**”. Transcribiré a continuación algunas definiciones de autores: “Por justo título se entiende el que tiene existencia jurídica. Justo título es sinónimo de título legal: título conforme a la Ley (González Valencia).- “Es una causa de adquisición del bien, reconocida como legítima por la Ley (Rodríguez Piñeres).- “Justo título es la causa en virtud de la cual poseemos alguna cosa de acuerdo con las leyes (Fernando Vélez).- Justo título es el que da al poseedor un justo motivo para creerse dueño de la cosa (Alessandri). Todas las definiciones propuestas coinciden en que el título justo debe ceñirse a la Ley, ser conforme a ella, pero la cuestión fundamental radica en saber hasta qué punto es preciso el cumplimiento de la Ley, y desde qué momento la violación de alguna norma legal hace al título no justo o injusto. Bien sabido es que no toda trasgresión es sancionada de igual manera, por ejemplo la nulidad se reserva sólo para las más graves violaciones de la Ley.

Por la razón apuntada, nuestro Código no define lo que es justo título sino que indica cuáles no son justos (Art. 719), y clasifica los títulos justos en constitutivos y traslativos del dominio (Art. 718).

De todas formas se puede deducir que el justo título es aquel que reúne estas **cualidades**: ser válido, verdadero y apto para transferir el dominio o constituir en él. A la validez, se opone la nulidad; a la verdad, la falsedad, aunque no sea aparente (título putativo), y lo contrario de apto para transferir o constituir el dominio, es precisamente lo no apto o no suficiente. Por ejemplo, la compraventa, aunque apta para transferir el dominio, no es suficiente, puesto que se requiere, además, la tradición de la cosa, la cual, si se trata de inmuebles, se verifica mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad.

El título debe, pues, en primer lugar, ser **válido**. No es justo título el nulo. Según Pothier, un título nulo no es un título, y la posesión que de él procede es una posesión sin título. Con todo, el título que en su principio fue

nulo puede llegar a ser válido, por la ratificación o por otro medio legal, y entonces su validez se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título (Art. 736). Un caso especial, es el de prescripción de la acción para declarar la nulidad del título; extinguida así la acción de nulidad, el título debe considerarse válido, y si reúne las demás condiciones, será también justo.

El título no es **verdadero** si ha sido falsificado, o si es meramente putativo, aparente, como el conferido por el que también es sólo putativo hereadero. Carece de esta condición el título conferido por una persona como mandatario o representante legal de una persona, sin serlo; también es el caso del legatario cuyo legado ha sido revocado por un testamento posterior. Pero si la calidad putativa ha sido declarada por sentencia judicial, el título es justo: así, el heredero que ha obtenido la posesión efectiva tiene título justo y puede originar otro título justo al transferir el dominio, lo propio, el legatario cuyo legado ha sido judicialmente reconocido.

No son justos títulos, los **no aptos** para transferir el dominio. En este número se comprenden el arrendamiento, el usufructo, la prenda, el comodato, etc., quienes reciben la cosa en virtud de ellos, no se hacen dueños, ni adquieren la posesión en virtud de tales títulos.

Los modos de adquirir el dominio, son las causas jurídicas eficaces para producir ese efecto. Pueden decirse causas inmediatas, en tanto en cuanto hacen efectivo al título, o causa remota. Los modos de adquirir el dominio son precisamente cinco, los enumerados en el artículo 603: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. Se suele agregar también la Ley.

En cambio, los **títulos son innumerables**. Los constitutivos del dominio son tres y coinciden con los correspondientes modos: ocupación, accesión y prescripción. Pero los traslativos del dominio no tienen número fijo, ya que consisten en diversos negocios jurídicos que admiten indefinidas variantes; el código cita a modo de simples ejemplos la venta, la permuta, la donación entre vivos.

Se han formulado críticas a este sistema que distingue el título y el modo. De hecho, algunos sistemas como el francés han unificado ambos conceptos, pero ello entraña serias dificultades, principalmente relativas a la debi-

da protección de los intereses de terceras personas. Por esto, nuestro sistema que distingue el título del modo, tiende más bien a consolidarse. Principalmente en el caso de la transferencia del dominio y de otros derechos reales sobre inmuebles, la diferencia resulta sumamente útil para dar la debida garantía a los derechos.

Estudiaremos más adelante en detalle los diversos modos de adquirir, que, como se acaba de señalar en algunos casos constituyen a la vez títulos para la posesión. Tal sucede con la ocupación y la accesión. En cambio, la prescripción que es también simultáneamente título y modo de adquirir el dominio, no es título para la posesión, ya que la misma prescripción supone posesión; podría, en cambio, mediante la prescripción extintiva sanarse un vicio del título, o desaparecer la acción para anular un título contrario, y en esta forma indirecta puede la prescripción dar base para la posesión.

Algunos títulos podrían presentar motivos de duda sobre su naturaleza, y por ello el Código lo aclara. El artículo 703 indica que las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición, constituyen títulos traslativos de dominio, esta norma debe prevalecer sobre otras que parecen en contradicción con ella, y que no se refieren directamente a la naturaleza de tales títulos. Así, el artículo 1360 establece que “cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubiere cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión”. Y el artículo 733, refiriéndose en general a las particiones señala que “cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía pro indiviso se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo de la indivisión”. Pero estas disposiciones constituyen una ficción legal con efecto retroactivo, y no quitan que realmente mediante la adjudicación o la división se concrete al dominio en manos de una persona, dominio que antes correspondía a muchos, de modo que acertadamente considera el Código que hay en estos casos un título traslativo de dominio.

En cuanto a la **prescripción**, está enumerada entre los títulos constitutivos de dominio (Art. 718), y es también modo de adquirir la propiedad. Pero no puede considerarse propiamente como un título para fundar sobre ella la posesión, ya que más bien la posesión es requisito para adquirir por prescripción. Por otra parte, el artículo 705 dice que “Siempre que

por una sentencia ejecutoriada se reconociere como adquirido por prescripción el dominio o cualquier otro de los derechos mencionados en los artículos 702 y siguientes, servirá de título esta sentencia, y se inscribirá en el respectivo Registro o Registros". Parecería, pues, que el título es la sentencia, y entonces tendríamos un título constitutivo más: las sentencias que declaran adquirido un derecho por prescripción. Pero no es así. Como dice Peñaherrera, "la misión esencial por juez consiste en declarar el derecho y hacerlo efectivo: no es llamado a conferir ni a quitar derechos, a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sino simplemente a reconocerlas". Cuando el artículo 705 usa la palabra "título" refiriéndola a la sentencia, la toma en el sentido de **instrumento** destinado para la comprobación de un derecho. Cuando se declara adquirido el dominio por prescripción, el título es la prescripción misma, entendiéndose por título la causa o fundamento del derecho; y por esto la ley, al hacer la clasificación de los títulos, menciona la prescripción entre los constitutivos de dominio. Mas como ese título, antes de la sentencia, no consta en instrumento alguno, y nuestro legislador ha querido que todo lo concerniente al dominio de los bienes raíces conste en el respectivo Registro de Inscripciones, ordena que la sentencia haga las veces de título, es decir, de instrumento destinado a dar constancia del derecho, y como tal, deberá inscribirse.

Otro caso similar tendríamos en las sentencias que declaren la **resolución** de un contrato o la **rescisión** cuando hubo nulidad. En ambos casos, si una cosa que pasó a dominio ajeno vuelve en virtud de tales sentencias nuevamente a poder del primer dueño, la sentencia misma no puede llamarse título sino en el sentido de que es el documento que contiene la declaración del derecho. En los casos en que las sentencias judiciales producen un efecto retroactivo, de modo que se considera no existente una situación jurídica que se prolongó más o menos en el tiempo, de modo que el derecho declarado viene a empalmar, a formar una unidad indestructible, con el existente antes de la mencionada situación jurídica que la sentencia destruye, desconoce, entonces el derecho tiene el mismo título que tuvo en sus orígenes y las sentencias no alteran la situación primitiva.

Un poco diferente es la situación, en el caso de las sentencias de **adjudicación** en los juicios divisorios, pero presentan también analogía con los anteriores casos. Estas sentencias, dice el artículo 718 que se encuadran en los títulos traslativos del dominio. Pero es preciso entender que no trasla-

dan el dominio, otros derechos, ni mucho menos la posesión, de la masa común al particular, al individuo que recibe la adjudicación; no sucede esto, sino que tales sentencias perfeccionan la transferencia del dominio del causante de la indivisión al adjudicatario directamente, puesto que la ley ordena presumir que incluso el adjudicatario “ha poseído desde el primer momento” todo lo que se le adjudica y sólo lo que se le adjudica. Por esto, la sentencia de adjudicación debe entenderse que es título sólo en el sentido de “documento que certifica el título”, el verdadero título será la compra pro-indiviso, la herencia, etc.

“Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión” dice el inciso 5 del artículo 718, y podemos apreciar en él, una vez más, que las sentencias cuando sólo declaran derechos, realmente no los alteran, ni los fundan ni los destruyen o modifican. Declarar, es precisamente sólo esto: reconocer un estado, situación o derecho tales como existen, aunque hayan sido violados, oscurecidos o negados. Resulta, pues, muy lógico, no considerar como “nuevo título” a la simple certificación de la justicia sobre un asunto litigioso.

El mismo principio se aplica en el inciso siguiente a las **transacciones**. Si éstas versan exclusivamente sobre el objeto litigioso, no constituyen nuevo título. La transacción hace terminar el juicio, lo mismo que la sentencia, y si se limita a reconocer el derecho que corresponde a cada parte litigante, o a una de las partes litigantes, naturalmente no constituye nuevo título.

Sucede, sin embargo, que la transacción supone con frecuencia la cesión de alguna parte del derecho disputado. Si solamente hay tal concesión o tales concesiones, con relación estrictamente a lo disputado, seguimos en el caso anterior: no hay nuevo título, porque se supone que lo que se dice ceder, bien puede pertenecer realmente a la otra parte; dentro de los términos del litigio, no se puede hablar propiamente de renuncia o de transferencia de derechos: al reconocer el derecho de la otra parte, se afirma simplemente lo que probablemente es justo.

Pero, en la negociación de una transacción también pasa a menudo que para lograr el reconocimiento del derecho, una de las partes, o ambas, deben ceder algún derecho o cosa **extraña al litigio**, a modo de compensación. En este último caso la transacción sí constituye nuevo título, como

es evidente, ya que se traspasa algún derecho o cosa a quien no era su titular.

Más importante aún que la clasificación de la posesión con título o sin él, es la de los títulos en “justos” o “no justos”, en cuanto sirven de base para la posesión.

El artículo 719 indica cuáles **no son** justos títulos, los demás, si realmente son título -como queda explicado- serán también “justos títulos”.

“Art. 719: No es justo título:

1. El falsificado, esto es, **no otorgado** realmente por la persona que aparece como otorgante;
2. El conferido por una persona como mandatario o representante legal de otra, sin serlo;
3. El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que, debiendo ser autorizada por un representante legal o por el juez, no lo ha sido;
4. El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por acto testamentario posterior, etc.

Sin embargo, al heredero putativo a quien, por disposición judicial, se haya dado la posesión efectiva, servirá aquella de justo título, como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido”.

En cambio, el hecho de que se exija que el título no sea **falsificado**, no es lo mismo que si se exigiera que quien lo otorga sea propietario. Esto es muy diverso, y la Ley no exige tal cosa. Por el contrario, el Código reconoce la validez de la venta de cosa ajena, es decir el otorgamiento de título de venta, por parte de quien no es propietario, cuyos derechos no se disminuyen mientras no transcurra el tiempo de la prescripción (Art. 1754), de tal forma que dicha venta funda una posesión que sirve para adquirir por usucapión.

La **nulidad del título** también lo hace injusto. Esto vale tanto para la nulidad absoluta como para la relativa. La nulidad puede provenir, además

de los defectos de forma, ya mencionados, de falta de objeto o causa lícita, o de capacidad jurídica en quien lo otorgue (Art. 1698).

Pero la nulidad puede desaparecer, sea por la convalidación del título mediante ratificación, o porque se suplen las deficiencias (como cuando se rectifica mediante escritura pública un error contenido en otra, o se completan las solemnidades necesarias, etc.) o por el transcurso del tiempo que extingue por prescripción las acciones de rescisión o nulidad. El plazo general para pedir la rescisión es de cuatro años (Art. 1708) de modo que después de que ha transcurrido dicho plazo el título originariamente injusto se hace justo, y para los efectos de la protección posesoria y de la prescripción ordinaria, comienza desde entonces a correr el plazo. En cambio, cuando se convalida por ratificación un título, se retrotrae el efecto de la ratificación al momento de la expedición del título (Arts. 688 y 720), y cosa igual sucede cuando el que transfirió el dominio por tradición no era dueño al momento de la entrega de la cosa, pero llega más tarde a serlo (Art. 698).

Un caso especial de título injusto, por nulo, es el del acto **simulado**. Este tiene la apariencia de verdadero, pero envuelve un acto prohibido por la Ley, y no sirve ni para adquirir por prescripción. Por ejemplo, sería el caso de una compraventa entre cónyuges, otorgada en forma de donación.

No es lo mismo el **título putativo**, aunque éste también presenta una apariencia de validez y legalidad. El título putativo supone buena fe: el convencimiento de estar obrando lícitamente, mientras que por un error, no puede otorgarse tal título.

El artículo 719 distingue dos especies de títulos putativos: el “meramente putativo”, y el título putativo reconocido judicialmente. El primero no constituye justo título, mientras que el segundo sí es justo título. En realidad el Código se refiere expresamente a dos casos concretos: el del heredero putativo que ha obtenido sentencia de posesión efectiva, y el del legatario putativo cuyo legado ha sido judicialmente reconocido; pero parece evidente que se puede, por analogía, extender la regla a todo otro caso en que la buena fe se ve amparada por una decisión judicial regular.

26. Posesión inscrita

Tratándose de inmuebles, nuestra Ley establece que el título debe inscribirse.

El sistema inmobiliario instaurado por Don Andrés Bello es un sistema solemne, de Registro. Hay que advertir, además, que para su época, fue un sistema novedoso, casi podríamos decir revolucionario, aunque tenía antecedentes. En todo caso, Bello se apartó de la tradición romanista, y del sistema francés, y propugnó un sistema nuevo, que con el tiempo se ha difundido ampliamente, y aunque es objeto de críticas, sin duda presenta innegables ventajas.

El deseo de Bello fue, que la posesión coincidiera en todo con la propiedad, y ésta con la inscripción. Todo esto, en materia de inmuebles, desde luego. El Registro de la Propiedad debería ser un catálogo completo de todos los poseedores, quienes a la vez serían propietarios.

Naturalmente, el lograr aquella absoluta regularidad de cosas raya con lo utópico, o por lo menos no puede lograrse de una vez. Buena parte de la labor está hecha: con el tiempo, la mayor parte de las propiedades raíces se han inscrito en el Registro de la Propiedad. Hoy día, se puede decir que prácticamente todas las fincas están inscritas en una u otra forma, ya que, si no figuran en el Registro de la Propiedad, seguramente se tratará de tierras baldías, que pertenecen al Estado, el cual debe llevar otro Registro de ellas (a cargo del Instituto Ecuatoriano de la Reforma Agraria: IERAC), salvo los casos de propiedades adquiridas antes del establecimiento del Registro, que no suelen estar inscritas por no ser necesario.

Hoy día, ya no tiene relevancia la distinción de inmuebles inscritos y no inscritos. En los primeros años de la implantación del sistema propio de nuestro Código Civil, esa distinción tenía plena realidad y originaba serios problemas que la doctrina y la jurisprudencia se esforzaban por interpretar de diversas maneras.

Pero hoy día las cosas no son más sencillas, porque si bien casi todas las tierras están inscritas, en cambio, sí se produce el fenómeno de derechos o situaciones de hecho, que no están inscritas. Una propiedad puede estar

en el Registro a nombre de una persona y sin embargo puede pertenecer a otra, o pueden tener derechos sobre ella otras personas, o bien puede tener la posesión distinto sujeto del que figura en el Registro como dueño y poseedor. Ejemplo de la primera circunstancias, tenemos en el caso de que muera el propietario: en ese mismo instante se abre la sucesión y son dueños sus herederos, sin embargo, en el Registro continuará figurando la propiedad a nombre del que dejó de ser persona. Ejemplo del segundo caso tendríamos, en la adquisición de un derecho por prescripción, un derecho distinto del de propiedad, como una servidumbre, de modo que aunque el bien figura a nombre de su dueño en el Registro de la Propiedad, sin embargo hay otro u otros que también tienen un derecho, no inscrito sobre esa misma propiedad. Finalmente, la prescripción contra título inscrito, tiene también cabida en nuestro derecho. Todas estas tres situaciones, son indudablemente anómalas, pero existen. De modo que, aunque el deseo del Legislador sea el de hacer coincidir inscripción, posesión y propiedad de inmuebles, no siempre se produce.

Tampoco es imposible ser dueño o ser poseedor sin inscripción. En el caso de los modos originarios de adquirir el dominio, no es la inscripción la que da la propiedad, ni mucho menos, la que da la posesión. La tradición de la propiedad de bienes raíces, y de otros derechos reales sobre ellos, se verifica mediante la inscripción, pero no siempre es necesaria la tradición, -no lo es, y ni siquiera cabe en el caso de la ocupación, la accesión, la herencia, la prescripción-. El Registro tiene, entonces, otra función: es elemento de **publicidad**: permite que todos puedan conocer el estado de las cosas.

Entendidas así las cosas, se simplifican muchos problemas que se han planteado como irresolubles y con abrumadora oscuridad. No dejan de existir problemas, pero son más sencillos de lo que ordinariamente se piensa. Más adelante examinaremos los que ha planteado la reforma de 1956, por ahora me contento con exponer los principios más elementales.

El hecho de que existen derechos (no inmuebles) no inscritos, frente a otros que sí se hallan inscritos, plantea el problema de si hay una “**posesión inscrita**” frente a la “**posesión no inscrita**”.

Ya se comprenderá, de acuerdo con lo expuesto, que propiamente no existe una posesión inscrita. **Lo que se inscribe es el título.** La inscripción del título es la inscripción de un derecho, y no de la posesión.

Ahora bien, el derecho, principalmente la propiedad, da normalmente la posesión, y en este sentido indirecto, puede hablarse -un tanto impropia-mente-, de “posesión inscrita”. Diríamos entonces que posesión inscrita, es la que deriva de una inscripción, está respaldada en ella, se justifica por ella. Pero si la posesión es un hecho, y lo que se inscriben son derechos, claro está que propiamente no hay tal posesión inscrita.

La inscripción es necesaria **para hacer valer** la posesión, para probarla y protegerla, en ciertos casos. Pero no es la posesión misma. Tampoco es necesaria siempre.

No es necesaria la inscripción **para poseer muebles**. Sólo por excepción, ciertos muebles muy especiales, se inscriben: es decir, se inscribe el derecho de propiedad, y otros derechos reales, de donde se deduce y prueba su posesión.

Tampoco es preciso inscribir todos los derechos reales sobre inmuebles: el artículo 702 no mencionaba las servidumbres. Solamente desde la reforma de 1970 por la ley 256, se incluyeron las servidumbres.

No se requiere inscripción sino **para la tradición**, o cuando ésta es exigida, por tratarse de títulos traslativos (puede exigirse inscripción por otros motivos, pero no para verificar una imposible tradición, en los demás casos).

¿Cuándo es entonces imprescindible la inscripción para tener posesión? Pienso que primeramente hay que distinguir el caso de la posesión regular del de la posesión **irregular**. Tampoco es imprescindible la inscripción para la posesión irregular: quien se apodera violentamente de una finca cuyo poseedor y propietario tiene el título inscrito, tendrá posesión irregular, violenta, pero posesión al fin, y sin ninguna inscripción; más aún: contra el título inscrito.

Para la posesión **regular** es necesaria la inscripción en los casos previstos claramente por el artículo 712: “Los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos y reglamentos se ordena”.

La inscripción del título da, pues, la posesión efectiva del derecho representado por el título. La posesión es efectiva cuando se puede **hacer valer jurídicamente**, es decir que ésta es la eficacia propia de la inscripción del título. En virtud de la inscripción el titular puede defender su derecho. El titular entra en posesión del derecho, mediante la inscripción. Si no estuviera inscrito el título, no carece de derecho, pero no puede hacerlo efectivo; tan es verdad que tiene derecho, que precisamente puede exigir su inscripción. Pero si no está inscrito, no podrá defenderlo jurídicamente.

La inscripción no es necesaria en cambio, para la posesión de la cosa (no ya del derecho). La cosa puede ser poseída sin inscripción. Cuando existían fincas no incorporadas aún al Registro, muchos poseían sin inscripción. Hoy que prácticamente todas las tierras están incorporadas a los Registros, puede haber también quienes posean sin inscripción, más aún: contra lo que consta en los Registros. La inscripción asegura la posesión efectiva del derecho, e indirectamente la posesión de la cosa; pero no directamente. Aunque yo posea mi derecho de propiedad, puedo ser desposeído de la finca en la que radica mi derecho; entonces la posesión del derecho, como es efectiva, me permitirá defenderlo: rechazaré al despojante, podré usar de mi derecho y defender mi derecho, porque lo poseo, y llegar así a continuar también en la posesión de mi finca.

¿Cómo explicarse, entonces, que el Código Civil emplea la expresión “**poseedor inscrito**”? Insisto en que lo que se inscribe es el título, con él, el dominio u otro derecho que deba inscribirse, pero no todo título ni todo derecho, y mucho menos la posesión misma. Sin embargo, la efectividad de la posesión dependerá a veces de la inscripción: se podrá defender judicialmente si está inscrita, en este sentido se dice “posesión” o “poseedor” inscrito, siendo evidente que no es ni la posesión ni el poseedor quienes se inscriben.

Más grave dificultad presenta el artículo 739 al afirmar que “Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el correspondiente libro del Registrador de la Propiedad, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio”. Luego -podría concluirse-, hay una posesión que se adquiere por la inscripción y sólo mediante la inscripción; hay una posesión intangible, que jamás puede perderse sino por una inscripción contraria que la anule o pase a otro. Y reforzando este razonamiento, se podría alegar también el artículo 743 que declara que “Para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor por título inscrito transfiere el derecho a otro, o por decisión judicial. Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni da fin a la posesión existente”.

Pero, bien mirado el problema, estos artículos confirman la teoría de que la inscripción no es siempre necesaria y de que la posesión no depende de la inscripción ni consiste en ella.

El artículo 739, primeramente, se refiere sólo a “aquellas (cosas) cuya tradición deba hacerse por inscripción. Luego se excluye: aquellas otras cosas que no exigen inscripción para la tradición (las muebles), y también aquellas otras (aunque sean inmuebles), sobre las cuales se puede adquirir derechos, sin tradición, por un título originario o constitutivo, o aunque sea por un título derivativo pero que no exige tradición, como lo es la herencia.

Verdad que para hacer efectivos los derechos hereditarios, deben inscribirse, pero es por eso: para que sean efectivos, eficaces, para defenderlos jurídicamente, no para adquirirlos. Se adquieren por la muerte del causante, no por la inscripción.

En segundo término, si se interpreta textualmente las expresiones de los artículos 739 y 743 sería imposible la prescripción contra título inscrito, lo cual es falso; luego, se ha de entender de otra manera esas expresiones, aparentemente absolutas: “nadie podrá adquirir la posesión sino por este medio” (la inscripción), y “mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere la posesión de ella, ni da fin a la posesión existente”. A mi modo de ver, lo que no se

altera es la posesión **del derecho inscrito**, aquella efectiva posesión del derecho, que significa posibilidad de defensa jurídica, protección del derecho. Esto, y sólo esto puede garantizar la ley. Ésta no puede alterar las cosas, los hechos físicos; si alguien es despojado, por más que la Ley diga “no puede ser despojado”, no se puede desconocer el hecho del despojo. Luego, la posesión por más que se halle inscrito el título, puede perderse. Aunque el Código diga que esa posesión perdura mientras exista la inscripción, la misma Ley tiene que reconocer que dicha posesión puede desaparecer, o pasar a otro. Así se explica cómo es posible adquirir por prescripción un bien raíz cuyo título esté inscrito. Y así se puede apreciar que la reforma de 1956 que pareció o fue interpretada por muchos como revolucionaria, no lo fue tanto.

Finalmente, el artículo 741, incluido precisamente entre los dos antes mencionados y por tanto en perfecta coordinación con ellos, asevera que “Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos en que las leyes expresamente exceptúan”. No creo que se pueda sostener que los artículos 739 y 743 constituyan una “excepción expresa” a esta regla. Si fueran una excepción, no cabría prescripción contra título inscrito. Entonces sí, se podría decir que la posesión inscrita es una verdadera categoría jurídica distinta, un género amplísimo de posesión con efectos sustancialmente distintos y regidos por normas propias, contrapuestas a las demás maneras de poseer. Pero no es así.

En síntesis y concluyendo, podemos decir que la llamada “posesión inscrita”, no es una división primaria de la posesión, aplicable a toda clase de cosas o derechos. A lo más puede hablarse de ella a propósito de los bienes raíces, respecto de ciertos derechos reales y adquiridos en determinadas formas (no todas), de donde, no cabe propiamente hablando, decir que hay una “posesión inscrita”, como género supremo, oponible a la “posesión no inscrita”. A lo más podrá decirse que es una subclasificación de menor importancia, de aplicación parcial.

Entendidas así las cosas, se explica que no sean aplicables a nuestro sistema de presunciones las propias del Código Francés y completadas por la jurisprudencia de ese país, según las cuales si los títulos emanan de la misma persona, el conflicto se regulará de acuerdo con la prioridad en la ins-

cripción, pero si emanan de distintas personas, se prefiere el título más antiguo. Estas reglas podrían servir para dirimir un problema de propiedad, mas no de posesión.

Es verdad que, como testimonia Stolfi, existe una tendencia contemporánea a robustecer extraordinariamente el sistema del registro de la propiedad inmobiliaria “hasta el punto de arrebatar al instituto de la posesión su razón de ser”. Pero no podemos admitir que esta tendencia sea la que inspira nuestra actual legislación ni conforme a la cual haya de interpretarse, ello sería desconocer absolutamente la historia. La verdad es que nuestro sistema aunque da enorme importancia al Registro, lo da sobre todo en materia de **dominio** y otros derechos reales, pero no en materia de posesión.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, ha sido un tanto fluctuante y poco definida. Esto se ha originado principalmente en las discusiones provocadas por la reforma de 1956, por lo cual, no nos referimos de momento a ella, para hacerlo al tratar de aquella reforma; pero sí se puede afirmar que también en el Ecuador hay valiosas **sentencias** que separan con nitidez el problema posesorio del relativo al **dominio** u otros derechos reales, dando a la inscripción su valor preeminente en materia de propiedad, mientras que en materia de posesión, cuestión de hecho, no es el elemento constitutivo ni probatorio, sino por accidente.

Si, en esta forma, dejamos demostrado que no existe una “posesión inscrita”, cae de su peso, que tampoco se puede hablar de una “posesión material”, como gran categoría opuesta a la primera. No existen dos cosas alternativas, excluyentes: o posesión material o posesión inscrita. **La posesión es una sola**, y en ciertos casos el título del poseedor deberá inscribirse, con lo cual adquirirá también la posesión efectiva **del respectivo derecho**, y nada más.

En cambio sí se debe hablar de las **pruebas materiales o instrumentales** de la posesión. La inscripción de un título traslativo de dominio demuestra la propiedad, y el propietario se presume que también posee: he aquí en qué forma la inscripción prueba indirectamente la posesión. Respecto del valor de esta prueba, frente a pruebas directas de la posesión, se dirá más adelante.

En Chile, pocos son los que sostienen la tesis de que la inscripción no es indispensable para la posesión irregular. Alessandri, califica a tal teoría de minoritaria, y hoy día casi abandonada, pero hay que tener en cuenta que, mientras la jurisprudencia chilena no admite prescripción contra título inscrito sino en virtud de un nuevo título inscrito, en cambio en nuestro país las cosas siguen un rumbo distinto: sí se admite dicha prescripción contra título inscrito, sin que para ello se exija nuevo título inscrito que se contraponga al primero, de donde la interpretación del Código debe también hacerse por distinto camino.

Para terminar este punto, merecen citarse dos partes de sentencias de la Corte Suprema, que parecen coincidir muy precisamente con lo expuesto: “El tenedor de un título no inscrito, carece de derecho para alegar, fundando en él posesión propia, como carece también del de invocar en su favor, la del vendedor y más antecesores”. Podríamos comentar que él no tiene la posesión efectiva, eficaz del derecho. Y la otra dice: “La posesión en el derecho de dominio sobre inmuebles se prueba con la inscripción del título, así como la posesión material en la cosa, con hechos demostrativos de esa posesión”. Es pues, cosa distinta la **posesión del derecho** y la posesión de la cosa, y respecto de ésta, la inscripción no es ni siquiera prueba, mucho menos requisito esencial, o elemento constitutivo; en este sentido, he dicho que no es lícito hablar de “posesión inscrita”.

27. Posesión regular o irregular

Los artículos 717 y 723 definen respectivamente la posesión regular y la irregular.

Art. 717: “La posesión puede ser regular o irregular. Se llama posesión **regular** la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.- Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición.- La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título”.

Art. 723: “Posesión **irregular** es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 717”.

Son, pues, tres los requisitos de la posesión regular: 1. justo título; 2. buena fe inicial; y 3. tradición, si el título es traslativo del dominio. La tercera condición para que haya posesión regular es sólo eventual: “si el título es traslativo de dominio”, en caso contrario, no se precisa tradición, como es evidente.

Ya hemos hablado del título, y de cuándo es justo. Para la posesión regular se requiere que el poseedor haya **adquirido la posesión en virtud de un justo título**, esto es que su posesión “proceda” de justo título. No basta la existencia de un justo título si éste se desconocía o no se hizo uso de él; por ejemplo, quien pretende apoderarse de una cosa por la violencia, sin saber que es suya por haberla heredado (además de carecer de buena fe), no podrá alegar que cuando obró violentamente existía un título por el cual había llegado a ser propietario y tenía derecho a la posesión.

La **buena fe ha de ser inicial**, es decir, debe existir el momento en que se adquiere la posesión. Esto pide nuestro sistema, siguiendo al Derecho Romano, y a diferencia del sistema germánico, preferido también por el Derecho Canónico, que exige la perseverancia de la buena fe; de modo que conforme a estos otros sistemas distintos del nuestro, cuando se termina la buena fe la posesión deja de ser regular. En el Ecuador el que estuvo de buena fe y reúne las demás circunstancias exigidas por la Ley, si después descubre que no debe poseer y continúa en dicha posesión, ésta sigue siendo regular, a pesar de que ya no está de buena fe. Por esto aclara el mismo artículo 717 que se puede ser poseedor regular y a la vez de mala fe -siempre y cuando inicialmente se haya estado de buena fe.

Si el título es traslativo de dominio, se requiere la **tradición**, para que haya posesión regular. Efectivamente, la tradición es el modo de adquirir el dominio (Art. 686), que hace que el título produzca su efecto; y por otra parte, no podría haber buena fe en quien pretendiera poseer sin ser dueño; ni tampoco se excusaría el error de derecho el creer que con el simple título se transfiere la propiedad, siendo así que se requiere la tradición cuando el título es traslativo.

Como el artículo 702 exige que la tradición de los **bienes raíces** y de los principales derechos reales constituidos sobre ellos, se debe hacer mediante la **inscripción** del título en el Registro de la Propiedad, es evidente que no puede haber posesión regular de inmuebles o de derechos de usufructo, uso, habitación o hipoteca, si no hay título inscrito a favor del poseedor. No habría posesión regular aunque el propietario del inmueble hubiere prometido vender y haya entregado la cosa al promitente comprador, si no hay inscripción, porque faltaría el cumplimiento de un preciso requisito, y no podría alegarse ni siquiera ignorancia del derecho, que debe ser conocido. Nuestra jurisprudencia ha aceptado, en cambio, que en tal caso se presume buena fe **pero no posesión regular**, si la posesión procede de la entrega voluntariamente de parte del promitente vendedor, a menos que haya hechos que establezcan la mala fe.

Si se trata de cosas que no exigen inscripción, como es el caso de las cosas muebles por regla general, basta la tradición en cualquiera de sus formas, para que se cumpla el tercer requisito de que estamos tratando. Más aún, la Ley presume la tradición en el caso de la “posesión a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla”. Esto supone, naturalmente, que el que debió hacer la tradición conozca de la ocupación actual de la cosa, es decir, que el adquirente no haya entrado en posesión clandestinamente y conserve a ocultas la cosa.

La principal importancia de la posesión regular es que sólo ella permite adquirir por **prescripción ordinaria**, como lo establece el artículo 2407.

La posesión **irregular**, en cambio, es aquella a la que falta alguno o algunos de los requisitos propios de la regular. Se supone, desde luego, que es posesión, que por lo menos cumple con los requisitos del corpus y el animus; si faltaran éstos, no sería siquiera posesión, tal vez sería tenencia.

Basta que falte uno, de los tres requisitos para que la posesión ya no sea regular sino irregular. Puede faltar cualquiera de los tres requisitos necesarios. Pero también pueden faltar dos, o aún los tres: sería totalmente irregular si no se adquirió con justo título, fue originalmente de mala fe, y no hubo la necesaria tradición por ser el título (injusto), traslativo de dominio.

Sección 3a.

Evolución de la Posesión en el Ecuador

28. El Código hasta 1956

El Código Civil produjo un cambio profundo en materia posesoria, con respecto a las antiguas leyes españolas hasta entonces vigentes. Principalmente en lo referente a los inmuebles, con la **exigencia de la inscripción** de sus títulos en el Registro de la Propiedad, el sistema fue novedoso.

Don Andrés Bello realizó algunos cambios en los varios proyectos al intervenir en las comisiones revisoras. Resulta interesante, como antecedente, transcribir la nota de Bello en que hace una apreciación general del sistema: “Las dificultades en materia posesoria -dice-, que son gravísimas, provienen principalmente de la inexactitud del lenguaje. Es preciso distinguir las varias especies de posesión: 1. posesión unida al dominio; 2. posesión del que no es dueño acompañada de justo título y buena fe: posesión civil; 3. la posesión del que no es dueño, acompañada de justo título o de buena fe: posesión natural. Se ha dado en el Derecho Romano el título de posesión natural, no sólo a la que acabamos de definir, sino a la mera detentación, que llamamos aquí tenencia. Son tenedores y no poseedores los que tienen la cosa a nombre o en lugar de otro, verbigracia: el comodatarío, el depositario, el arrendatario, etc.- No se ha adoptado en este proyecto la nomenclatura de las Partidas en que a la posesión se llama tenencia, y se definen de diferente modo la posesión civil y la posesión natural”.

La distinción entre posesión natural y civil, fue luego abandonada, y quedó así solamente **la posesión frente a la tenencia**. La posesión se dividió en regular a irregular, de buena o de mala fe, y nada más.

El texto definitivo del Código quedó establecido después de algunas modificaciones de redacción, y sobre todo de abundantes supresiones de artículos. Bello deseaba esclarecer muchos puntos que por la novedad del sistema podían prestarse a dudas, pero al revisarlo, encontró con la Comisión, que resultaban redundantes. Es preciso tener en cuenta este hecho histórico, para la interpretación de la Ley, puesto que no puede argumentarse que, ya que se suprimió tal o cual artículo del proyecto, ello denota que se quiso adoptar la solución contraria a la contenida en él, o reprobar su

doctrina; lejos de ello, muchas veces esos artículos suprimidos indican el verdadero sentido en que se han de interpretar otras partes del Código que sí permanecieron, y que ocasionaron la supresión sólo por razón de redundancia.

Establecidas así las cosas, no sufrieron mayor modificación durante casi un siglo, hasta la reforma de 1956. Los cambios en las diversas ediciones del Código son mínimos e intrascendentes, y reformas expresas, sólo conozco la de 1873, que tampoco tiene mayor importancia. El artículo 7 del Decreto Legislativo de 1873 sobre esta materia decía: "El artículo 688 será como sigue: "La posesión es la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño de ella, sea que el dueño o el que se da por tal, la tenga por sí mismo, o bien por medio de otra persona que en lugar y en su nombre la posea". Se trataba, pues, de un simple cambio de redacción, que luego a su vez fue modificada al hacerse posteriores codificaciones, siempre sin cambiar el sentido.

El Dr. Alfredo Pérez Guerrero sostuvo que desde que se dictó el Código de Enjuiciamiento Civil, se modificó profundamente el sistema, admitiéndose desde entonces la prescripción contra título inscrito y otras cosas igualmente revolucionarias, que habrían quedado consagradas en la reforma de 1956; pero no parece exacta esta afirmación. La jurisprudencia y la doctrina en su gran mayoría, continuaron aplicando el Código Civil en su sentido tradicional hasta la reforma de 1956, y aún después de ésta, algunos han considerado que los cambios no son tan profundos como los aprecian otros. En todo caso, antes de 1956, no se puede decir con exactitud que el sistema del Código se haya modificado profundamente, o que se haya cambiado de sistema.

29. La reforma de 1956

En síntesis, la reforma aprobada por el Congreso y publicada en el R. O. 53 del 6 de noviembre de 1956, en lo que se refiere a la posesión se reduce a estos puntos: la posesión "material" es suficiente para ejercer las acciones posesorias; cabe prescripción contra título inscrito; se puede fundar la prescripción en una posesión no inscrita, y se reducen los plazos de la prescripción.

El espíritu general de esta legislación consistió, pues, en atenerse más a la realidad física que a la realidad puramente jurídica: dar preferencia a los hechos materiales sobre la inscripción de títulos en el Registro de la Propiedad. El Registro de la Propiedad, que llevaba establecido en el Ecuador unos ochenta años (se introdujo con el Código de 1861 y se Reglamentó en 1870), sufrió un grave retroceso, vio disminuido notablemente su importancia.

La mentada dirección de la nueva legislación provocó graves resistencias e incertidumbres en cuanto a la interpretación de la nueva Ley. Algunos ateniéndose a las oscuridades del Decreto pretendieron que las cosas prácticamente no habían cambiado; otros consideraron que sí se había producido un profundo y peligroso cambio que había que restringir a sus mínimos términos; otros opinaron que el cambio producido era realmente necesario y que debía aceptarse en toda su plenitud en la nueva etapa jurídica; finalmente, se sostuvo también que era preciso llegar incluso más allá, destruyendo por completo el antiguo sistema y considerando que el nuevo Decreto instauraba un régimen totalmente diverso; dentro de la tendencia más extrema, está también la opinión del Dr. Pérez Guerrero, quien consideraba la reforma como absoluta, radical, si bien opinaba que se había comenzado a producir, mucho antes, en el siglo pasado, por las reformas introducidas al Código de Enjuiciamientos.

Las discusiones doctrinales tienen su paralelo en las decisiones jurisprudenciales de este período, que no son concordantes. Se puede apreciar un proceso de lenta aproximación de las diversas opiniones hasta llegar en las últimas decisiones de la Corte Suprema a criterios más uniformes, de moderada aplicación de la Ley.

La discusión se hizo más ardiente cuando por los años 1959 y 60 la Comisión Legislativa emprendió en nueva edición oficial del Código Civil, y para incluir en ella la reforma, consultó a notables jurisconsultos del país, sobre el alcance verdadero de la mencionada Ley. Lo esencial de la consulta consistió en si debía conservarse en la nueva codificación algunos artículos que hablan con singular fuerza del valor de la inscripción para la conservación y la prueba de la posesión. Concretamente, el más discutido artículo resultó, el que lleva actualmente el 968: "La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras ésta subsista, y con

tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla”; este artículo llevaba el 988 en la edición anterior, y se planteó la cuestión de si debía considerarse derogado por la reforma de 1956, o si no había sido derogado. La conclusión final de la Comisión Legislativa fue la de que el artículo continuaba en vigencia. Veamos las principales opiniones que se manifestaron.

a) La Academia de Abogados de Quito. La Academia pidió un informe, que fue presentado por los doctores Alfonso María Mora y Pedro José Larrea; el informe, aprobado por la Academia se transmitió a la Comisión Legislativa. Sus principales afirmaciones son las siguientes:

La Academia opinó que el artículo 988 (hoy 968) se refiere a la posesión, “legal o de derecho, jurídica o regular”, mientras que el 989 (hoy 969) “se refiere únicamente a la posesión del suelo, que es física o material y se prueba por hechos positivos, de aquellos que no constituyen dominio, pero que sólo él da derecho de ejercerlos”.

No debía suprimirse el artículo 968 porque se ocupa de los derechos inscritos y las acciones posesorias se refieren, en cambio, a la posesión material, o sea de la cosa misma.

La contestación de la Academia afirma la distinción entre la posesión material, esto es, **de las cosas**, y la posesión legal de los **derechos**. Para esta última vale la inscripción, y sólo ella, respecto de los derechos que deben ser inscritos. La nueva Ley habría dado nuevas consecuencias a la posesión de las cosas (posesión material), pero no ha destruido la posesión legal de los derechos.

Encuentro esta primera parte del informe del Dr. Mora, plenamente ajustado a la letra y el espíritu de la Ley, sencillo y aplicable; acoge lo que de valioso tuvo la reforma y la contiene en sus justos límites.

En cambio, no estoy de acuerdo con otra parte del informe, que pretende descartar absolutamente la posibilidad de lograr la propiedad u otros derechos mediante prescripción contra título inscrito. Consideraba el Dr. Mora intangible la inscripción y por tanto imposible que aquella posesión de las cosas afectara a los derechos. Precisamente la reforma de 1956,

entiendo que quiso hacer posible ganar por la prescripción cosas cuyos derechos estuvieron inscritos, perdiéndose consiguientemente dichos derechos en caso de prescripción. Este punto del informe no me parece, pues, aceptable. He aquí las palabras más significativas: “La implantación de la teoría materialista de que es suficiente la posesión material para prescribir contra título inscrito prescindiendo de que ella es necesaria para las acciones posesorias en general, sería una involución y retroceso incompatible científicamente con las reglas especiales de la tradición de los derechos reales, entre las que se habla del dominio y el derecho de posesión en ellos; con esa teoría absoluta retornaríamos a los primitivos tiempos prehistóricos del comunismo, en que la tierra estaba a merced del grupo o del primer ocupante, produciéndose un laberinto caótico y la destrucción completa de todos los sistemas e instituciones jurídicas relativas a la propiedad inmobiliaria y a la posesión inscrita”. Pienso que el juicio en este punto es exagerado: la posibilidad de que la posesión de las cosas dé paso a la adquisición de los derechos inscritos, sobre tales cosas, no es ni comunismo, ni destrucción de todo el sistema de la propiedad y la posesión; lo sería, si el titular de los derechos inscritos no dispusiera de defensas jurídicas, pero precisamente sí las tiene, sus derechos por estar inscritos son “efectivos”, es decir, pueden defenderse y ponerse a salvo frente a las pretensiones de quien posea la cosa sobre la que recaen tales derechos.

b) Opinión del Dr. Pérez Guerrero. Este jurista fue uno de los autores del proyecto de reformas al Código Civil, contribuyó notablemente a la aprobación del mismo, y lo defendió ardorosamente frente a los ataques que se produjeron. En varias conferencias, en un pequeño folleto y en el informe a la Comisión Legislativa, sostuvo puntos de vista que pretendían dar la máxima aplicación a la reforma, exigiendo la derogación de varias disposiciones del Código Civil, para lograr el efecto extremo. En el ardor polémico sostuvo algunos puntos inaceptables, como el de que desde fines del siglo pasado ya era posible en el Ecuador la prescripción contra título inscrito. Sus puntos de vista, sin embargo, no se mantienen idénticos en todos sus escritos, pues, en algunos alegatos, contenidos en “Temas Jurídicos”, se aparta un tanto de lo sostenido anteriormente. Dada la influencia que tuvo la opinión del Dr. Pérez Guerrero, también en la jurisprudencia, es preciso reseñarla con alguna amplitud y citando largos párrafos de sus obras.



“La posesión inscrita -dice- es institución creada por Andrés Bello, ilustre jurisconsulto, literato y gramático, maestro de la legislación civil de varios pueblos americanos. Hay que rendir admiración y pleitesía a un hombre de méritos extraordinarios como fueron los de Bello; pero hay que admitir también que el hombre, por grande que sea, puede cometer errores y que hay derecho a señalarlos y para remediarlos”. Pérez Guerrero, considera que uno de esos errores fue precisamente el haber establecido la “posesión inscrita” que sólo conduce a situaciones absurdas. Ya he manifestado en un punto anterior cómo la confusión proviene precisamente de hablar de “posesión inscrita” o de poseedores inscritos, siendo así que lo que Bello estableció fue la inscripción de “títulos de derechos”, inscripción que origina la posesión de tales derechos, y no de las cosas. Es preciso tener en cuenta este punto de partida, a mi modo de ver inexacto, para apreciar la opinión de este jurista.

El Dr. Pérez Guerrero pondera la distinción entre “posesión material” y “posesión inscrita”, y en esta distinción llevada al extremo funda su interpretación. “Así, pues, -dice-, hay una posesión que es la tenencia, el goce actual, el sembrar, plantar, construir o realizar actos a que sólo el dominio da derecho; y hay una posesión que se “adquiere” mediante la inscripción, y que no termina jamás si es que la inscripción no se ha cancelado. De donde resultan contrasentidos y absurdos jurídicos de cuya solución los ilustres comentadores chilenos y ecuatorianos, aguzan sus talentos, establecen distinciones y procuran, a todo trance, armonizar y complementar en forma lógica, lo que en esencia es ilógico e imposible de un sentido aceptable”. Demasiado dura parece esta crítica a un Código que se ha aplicado, con dificultades pero con cordura, durante más de ochenta años por parte de insignes juristas. No encuentro contradicción en que la posesión del suelo (a la que se refiere el artículo 969 implícitamente citado por Pérez Guerrero), se adquiera y conserve de una manera, y que la posesión del derecho se adquiera y conserve de manera diferente: cada cosa se ajusta a su modo de ser, a su esencia, el modo de ser o esencia de las cosas materiales es distinto del de las puramente jurídicas (como lo son los derechos), de forma que es lógico -y no contradictorio- que su regulación sea también diferente.

Las consecuencias a que llega el mencionado comentador son extremadas, y demuestran por sí solas el equivocado enfoque de la materia: “El posee-

dor inscrito, en consecuencia, no puede intentar siquiera, porque sería un contrasentido, la acción posesoria de conservación de la posesión. Menos aún podrá proponer acción de despojo y recuperación de la cosa de la cual otra persona se ha apoderado materialmente. No podrá hacerlo porque la acción posesoria ha de dirigirse forzosamente contra el usurpador o contra cualquiera persona cuya posesión derive de la del usurpador, por cualquier título. Y ya sabemos que mientras la inscripción no se cancele, nadie puede adquirir la posesión sino por medio de otra inscripción, de manera que el que se apodera de la cosa y realiza actos materiales de dominio no tiene la posesión, no es poseedor y, como, por esencia, la acción posesoria ha de dirigirse contra el poseedor, el poseedor inscrito no puede dirigirse contra el usurpador”. A continuación hace un razonamiento semejante a éste, para pretender demostrar que el “poseedor inscrito” tampoco puede proponer una acción de conservación de posesión, “porque mientras subsista la inscripción, la posesión cabal, completa, perfecta jurídicamente, la tiene el poseedor inscrito. Esa posesión no puede ser menoscabada por nada, porque no cabe turbar mediante actos materiales lo que por esencia es hecho abstracto, jurídico la inscripción del título. Quizá, sutilizando, podrá decirse que la acción cabe cuando alguien realiza conatos para procurar que la inscripción se cancele, ya que ésta es la única forma de que cese la posesión. Pero quien quiera que con hechos materiales impida el goce o la posesión de la misma cosa, del bien raíz, quien penetre en él y se lleve frutos de las sementeras, o destruya alguna cerca o corte algún árbol, ése no está turbando en nada absolutamente la intangibilidad jurídica de la inscripción y por tanto no está estorbando en nada la posesión inscrita”.

Evidentemente esta interpretación ingeniosa contiene un juego de palabras alejado de la realidad. La jurisprudencia del Ecuador durante muchos años acogió todas las acciones de defensa, de conservación de la posesión, de rechazo de las turbaciones materiales contra la posesión inscrita. A nadie se le ocurrió en serio que si un intruso se apoderaba de un inmueble el legítimo poseedor no podía rechazarlo jurídicamente porque su posesión era inscrita, y por ser inscrita ya no servía para defender su derecho. El Código dice precisamente lo contrario: que la inscripción del título confiere la posesión efectiva del derecho (Art. 712), es decir, que quien posee y tiene el título de su posesión debidamente inscrito, **puede hacer efectivo su derecho**, puede defenderlo jurídicamente contra quien lo viola. Y nadie podría sostener con sentido realista de la vida, que el dere-

cho de un poseedor no se ve afectado porque se le quita los frutos, se edifica en su terreno, se le impide entrar en él.

Si quien tiene posesión con título inscrito no hace efectivo su derecho contra el que le arrebató la cosa, contra el que entra en posesión del suelo, terminará por perder también su derecho por la prescripción. Si un extraño se apodera de la cosa, quien tiene derecho a ella, derecho a la posesión de la cosa, porque posee el derecho, puede efectivamente defenderlo. El tener derecho, reconocido por la inscripción en un Registro solemne, no puede privar al titular de toda defensa. Si la inscripción privara de defensa, entonces sí tendríamos el sistema más absurdo que podría concebirse, pero precisamente no es así.

La argumentación del Dr. Pérez Guerrero resulta, pues, claramente sofisticada. Pretende pasar de un aspecto a otro sin la debida congruencia. Se funda en una división o separación ficticia de la “posesión inscrita” y la “posesión material”. Dividiendo las dos, como mundos cerrados, se puede luego razonar con una apariencia de estricta lógica y llegar a las conclusiones más absurdas. Pero la verdad es que la “posesión del derecho inscrito”, no es otra cosa que el aspecto jurídico de la “posesión de la cosa sobre la que recae el derecho”. No hay tal “posesión material” frente a una irreconciliable y opuesta “posesión inscrita”.

Porque la inscripción del título es el medio de “hacer efectiva” la posesión de la cosa, es por lo cual, por ejemplo, el artículo 970 permite que quien haya sido “injustamente privado de la posesión, tendrá derecho para pedir que se le restituya, con indemnización de perjuicios”. Es decir que quien tiene derecho a poseer tiene también derecho de pedir la posesión de que ha sido despojado. Claro que puede ser despojado: puede ser injustamente despojado. El Dr. Pérez Guerrero dice, que porque tiene inscrita la posesión, no puede ser despojado. Sí puede serlo, y eso es injusto, por eso la Ley le permite recuperar su posesión que realmente pierde, si sufre despojo. Quien es despojado **ya no posee la cosa, pero tiene derecho y puede, por eso, recuperar la cosa**; su derecho es efectivo, como lo califica el artículo 712.

Por otra parte, sería utópico mantener que la posesión inscrita no se altera en nada por el despojo material de la cosa. Con profundo realismo, en

cambio, el artículo 741 afirma que “se deja de poseer una cosa desde que **otro se apodera** de ella con ánimo de hacerla suya”. ¿Cómo pudo, pues afirmar el notable abogado que quien tiene su posesión inscrita no la pierde nunca?

Indudablemente la posesión del derecho inscrito no se pierde por el hecho injusto del que se apodera de la cosa, pero **sí se pierde la posesión de la cosa** misma, y como se **conserva el derecho**, se puede recuperar la cosa. Para esto sirve el derecho, o no sirve para nada. El derecho inscrito no es un título de jactancia, sino un título efectivo: sirve para defender el derecho, para exigir la posesión sobre la cosa a la que el derecho y el título se refieren.

De ese planteamiento erróneo se siguen otras afirmaciones igualmente inaceptables, aunque guarden, o precisamente porque guardan concordancia con lo anterior. Véase lo siguiente: “La solución es que, cuando se trata de acción reivindicatoria, y más cuando se trata de acciones posesorias, la posesión que vale, la posesión que se discute es simplemente la posesión material, la posesión real, tangible, que se traduce en hechos físicos del hombre, como plantar, sembrar, construir, disponer de la cosa como dueño, la “tenencia”, en fin, que consta como elemento de definición en el mismo Código Civil”.

Más moderadamente habría que decir que la posesión (la única posesión) de las cosas, se ampara mediante el derecho. Quien tiene derecho a esa posesión es protegido y puede sembrar, plantar, edificar, etc., quien no tiene derecho, no puede hacerlo, y si lo hace será jurídicamente rechazado; para esto sirve la inscripción del título, que confiere posesión del derecho y permite hacerlo efectivo, ejercitarlo.

Además, no es técnico parangonar la reivindicación con las acciones posesorias. La situación es muy diferente en uno y otro caso, aunque es verdad que en ambos los jueces han de tener en cuenta la realidad jurídica completa: no pueden pensar que “lo único que se discute es la posesión material”; en realidad se discute “quien tiene derecho a la posesión”, para ello se examinarán los títulos y se examinarán los hechos materiales, y quien tenga los títulos tendrá derecho a los hechos materiales, quien no los tenga será rechazado. Piénsese que entre los títulos está también la prescripción,

y no admitir ningún título, quedarse únicamente con la materialidad de los hechos, significaría en último término destruir aún esos hechos materiales, al no reconocerles su valor de fundamento para la prescripción.

Cuando el que tiene sus títulos inscritos (y por tanto la posesión del derecho), no ejercita las acciones que la Ley le proporciona para defender su derecho, llega a perder el derecho mismo por la caducidad de las acciones, o por la prescripción extintiva, por esta razón, tiene importancia, enorme importancia, en las acciones posesorias la interposición oportuna de los recursos. Como tiene importancia también, el hecho material de la posesión de la cosa. Ambas cosas son importantes, y sólo las dos consideradas como integrantes de una única realidad jurídica dan la visión exacta de la realidad. Si solamente nos atenemos a la una, desvirtuamos el sistema del Código, que no es absurdo ni contradictorio, sino cuando se lo mutila artificioamente.

Así interpretaba, en apoyo de su tesis, el Dr. Pérez Guerrero, varias sentencias de la Corte Suprema, pretendiendo que en ellas únicamente se hacía mención de los hechos materiales, pero la mayoría de esas sentencias no demuestran sino esto: que quien tiene derecho a la posesión puede hacerla valer; y tiene derecho el que ha inscrito su título, si presenta la acción en tiempo oportuno, y deja de tenerlo cuando su acción ha caducado o ha prescrito. Más allá no se puede prolongar el valor probatorio de tal jurisprudencia. No se puede llegar a la inadmisibles conclusión de que quien tiene título inscrito no puede defender su derecho sino, tal vez, por la fuerza de los hechos materiales.

Y pretendiendo dar solidez a su doctrina buscaba el Dr. Pérez fundamento en la antigüedad de la misma, en reformas legales que nadie había notado en cincuenta años y que él mismo tampoco precisó: "Y eso mismo resolvió -afirma- no solamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sino también la Ley, seguramente desde el siglo pasado, para solucionar la contradicción irreconciliable entre las normas de la posesión inscrita y la posesión material. No tengo a la mano los Códigos de Procedimiento Civil anteriores a 1918. Pero basta citar las disposiciones de éste y las del Código Adjetivo de 1918 para demostrar qué el problema dejó de existir hace mucho tiempo. En consecuencia, desde 1907, en lo que respecta a las acciones posesorias, queda suprimido totalmente el criterio de la pose-

sión inscrita y todas sus consecuencias, que hemos visto anteriormente. Para nada sirve esa posesión inscrita ni se pretende, sobre su base y sobre las consecuencias expuestas en el Código Civil, intentar acción posesoria de conservación o de recuperación de la posesión.- Y por lo mismo, lo que es más alarmante para grandes sectores de juristas, el intangible y venerable Código Civil perdió definitivamente uno de sus artículos, el 988 (hoy 968) que habla de la sucesión de los derechos inscritos y de que esa posesión no puede perderse sino mediante su cancelación. Ya no hay posesión inscrita en 1907 como base para las acciones posesorias; de nada sirve esa posesión. La única valedera es la posesión material”.

La historia ha desvirtuado estas apreciaciones: el Código Civil no perdió el artículo 988, que hoy lleva el número 968, ni ha dejado de ser venerable. Si se hubiera suprimido dicho artículo habrían debido suprimirse también muchos otros que aseguran la efectividad de los derechos frente a las situaciones arbitrarias de mera fuerza, que no podrán ser equiparadas por la Ley a las situaciones justas.

El hecho de que las acciones posesorias puedan ejercitarse por quien quiera que tenga la posesión pacífica de un año, no puede llevar a confundir las cosas y desconocer el valor de la inscripción “del título”, como medio de adquirir, conservar y probar la posesión jurídicamente, rechazando jurídicamente los atentados contra la posesión, de modo tal que si no se echa mano de tales defensas jurídicas se termina por perder la posesión del derecho, como consecuencia lógica de haber perdido la posesión “material” -como se empeñan en decir- de las cosas. Esto se desprende de los numerosos casos de jurisprudencia que cita el Dr. Pérez, y muchos más que se han producido antes y después.

Si respecto de las acciones posesorias, el Dr. Pérez Guerrero sostuvo que la reforma de 1956 no había significado “reforma alguna”, porque el sistema, aunque ningún jurista lo notó en más de cincuenta años, había sido modificado desde el siglo pasado (cosa que hemos visto que no es exacta), respecto de la prescripción, acepta que la situación antes de 1956 era dudosa y que por lo menos en virtud de la reforma dejó de presentar duda alguna. En este punto me parece más prudente y acertada la opinión, aunque prefiero pensar que realmente es aquí en lo que la reforma de 1956 innovó más profundamente; antes de la reforma podía sostenerse en

teoría, como doctrina deseable, la posibilidad de adquirir por prescripción contra título inscrito, pero no se hallaba un sólido fundamento en el derecho positivo; ese fundamento data de la reforma. He aquí lo que expresa el citado doctor: "Dentro del sistema del Código el asunto era dudoso, desde luego que él establece que para la prescripción extraordinaria no se requiere título alguno. La tesis fue brillantemente sostenida por uno de los más ilustres juristas del país, el doctor N. Clemente Ponce, quien obtuvo de la Corte Suprema de Justicia que reconociera que en verdad cabe esa prescripción contra título inscrito. Antes de la reforma de 1956 unos podían estar de acuerdo con ese criterio y otros impugnarlo. Lo evidente es que era preciso el que se dictara una norma que aclarara y terminara los problemas; una norma que, entre los dos criterios, adoptara el más sano, el más concorde con la verdad y con la justicia, y ése es precisamente el criterio que consta en el inciso. Porque no es justo, ni lógico, ni humano, ni está de acuerdo con las realidades de hoy, el que quien ha sembrado y plantado y construido con ánimo de dueño se le pueda oponer después de quince años o de treinta o de sesenta un documento de posesión inscrita. Puede decirse cualquier cosa; pero lo que quiera que se diga habrá de quebrarse y no tener valor frente a la equidad y justicia que implica la reforma".

La reforma, indudablemente da paso a la prescripción contra título inscrito, como lo señala el autor citado. Que esta reforma haya sido necesaria e inspirada en justicia también hay que admitirlo. Pero que siempre tenga la razón, o deba prevalecer sistemáticamente el que ha plantado, sembrado, etc., es cuestión sumamente discutible: dependerá de si tuvo derecho a sembrar, plantar, etc., o de si quien tenía derecho no lo reclamó ni usó hasta que se extinguió por prescripción. Pero no es lo "justo y lo humano", que siempre tenga razón el que siembra y que no tenga nunca razón ni derecho el que posee un título inscrito.

En la contestación a la consulta de la Comisión Legislativa, el Dr. Pérez insiste en los argumentos expuestos más arriba y concluye que el Art. 988 (hoy 968) "fue suprimido el siglo pasado y la reforma de 1956 no hizo sino confirmar esa supresión".

En un alegato que aparece publicado en Temas Jurídicos, afirma lo siguiente: "juízo innecesario, dada la ilustración del señor juez, citar disposi-

ciones legales sobre que la posesión inscrita no se pierde sino por una nueva inscripción o cancelación de la anterior. La posesión material no da mérito para un juicio de reivindicación sino tratándose de inmuebles no inscritos, o a lo sumo para acciones posesorias”. En otro alegato más tardío, también sostiene que no se pierde la posesión inscrita por atentados de hecho, sino sólo por la inscripción.

Finalmente para acabar de exponer el pensamiento de este jurista, merece mencionarse el hecho histórico de que el proyecto de reformas por él elaborado contenía un artículo 10 que decía: “Para las acciones posesorias no se tomará en cuenta sino la posesión material. En consecuencia, se suprime el artículo 968 del Código”. Pero la reforma acogió sólo una parte del proyecto y dice: “Para las acciones posesorias es suficiente la posesión material”.

A mi modo de ver el punto valioso en la opinión del Dr. Pérez consiste en la defensa de la **posibilidad de la prescripción contra título inscrito**. En cambio el desenfoque del problema se produce desde el momento en que ponderando exageradamente la diferencia, la oposición radical, entre “posesión material” y “posesión inscrita”, llega a desvirtuar esta segunda, desconociéndole todo derecho, cuando es precisamente la posesión de derecho, o posesión de los derechos, de modo que justifica las acciones para defender las cosas.

c) Opinión del Dr. José Federico Ponce. El Dr. Ponce estudió el problema planteado desde otro ángulo; puso de realce los principios consignados en la Constitución de la República desde 1945, que hablan de la propiedad como función social. Encuentra que es absurdo desconocer la prescripción contra título inscrito si se acepta tal principio constitucional.

Según el Dr. Ponce, la reforma de 1956 debía incorporarse en el artículo 2412: “para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno, y cabe contra título inscrito”. Pero también considera que “el artículo 988 (hoy 968) puede y debe mantenerse en su texto actual”, y esto por considerar que se refiere sólo a las **acciones posesorias**.

“La inscripción es la prueba por excelencia de la posesión que se origina en la misma, y si se considera que la posesión derivada de la inscripción en

el Registro de la Propiedad es **posesión de derecho**, regular o irregular, es razonable que no pueda perjudicarla la posesión simplemente material. La intención de la reforma no justificaría la exagerada y extrema suposición de que se halla derogada la posesión inscrita y los artículos que a ella se refieren en el Código Civil estructurando una innegable sistematización”.

Nótese que esta opinión, que también diferencia en exceso la posesión material de la inscrita, sin embargo da su verdadero valor a esta última: es “posesión de derecho”, que no se perjudica directamente por una posesión material contraria. Evidentemente la posesión de derecho no se extingue jurídicamente sino por la cancelación de la inscripción; pero la posesión material de otro, la perjudica indirectamente, tiende a destruirla, y si pasa el tiempo de la prescripción acaba con ella.

Acertadamente afirma, por consiguiente el Dr. Ponce, que debían mantenerse, como en efecto se mantuvieron, los artículos que en el Código Civil dan valor -su propio valor jurídico- a la posesión fundada en título inscrito, y que en expresión simplificada ha dado en llamarse “posesión inscrita”.

d) Opinión del Dr. Páez Romero. El Dr. Francisco Páez contestó a la Comisión Legislativa en el sentido de que el Art. 988 (hoy 968) y también el 989 (hoy 969) habían sido derogados por la reforma de 1956, considerando que solamente cabe discutir y probar la posesión material. Aprecia, además, que “la derogación del sistema de la posesión inscrita es derogación valiosísima”... la oposición “a la subestimada posesión material ante la privilegiada y desnaturalizadora posesión inscrita, acabó, en buena hora, con ésta...”. “Con la reforma, pues, en la confrontación entre la posesión material y la posesión inscrita, gana la primera, ya que el poseedor material a pesar del título inscrito de su oponente, adquirirá el dominio por prescripción extraordinaria, si ha poseído el tiempo legal”. “Tampoco interesa conservar el artículo 968 para los casos de prescripción ordinaria, porque para ella se requiere posesión regular, con título, luego, no entra para nada la material”.

Esta opinión está en la misma línea que la del Dr. Pérez Guerrero, pero resulta más extremada, por cuanto sostiene su autor que “todo el sistema” de la posesión inscrita quedó derogado en 1956, lo cual supone la existen-

cia de un sistema aislado, distinto y contrapuesto al de la “posesión material”, el mismo que por inconveniente habría sido destruido por la reforma. Sin embargo, muy lejos de esto estuvo el legislador, y también la Comisión Legislativa al interpretar la reforma, de modo que no sólo no se derogó el “sistema”, sino que continuaron en vigencia los artículos mencionados.

Por otra parte, el mismo Dr. Páez en su estudio sobre la prueba de la posesión en las acciones posesorias, adopta otra interpretación, a base de admitir que los artículos 968 y 969 no fueron derogados; ante este hecho, acepta una explicación ingeniosa, pero a mi modo de ver insuficiente de la supervivencia de esos artículos. Dice así: “La versión o solución más acreditada resuelve la contradicción indicada (Arts. 966 y 967) que el primer artículo, el de la prueba por inscripción se refiere a los inmuebles cuyo título de posesión es traslativo de dominio, porque a excepción de las servidumbres, son los únicos bienes cuya posesión se adquiere por la inscripción; y que el artículo 967 se aplica a la posesión de todos los otros inmuebles cuyo título no es traslativo de dominio, o sea a los inmuebles cuya posesión no se adquiere por prescripción, y que ya sabemos que son de cuatro clases: inmuebles adquiridos por accesión, por prescripción y sucesión por causa de muerte, y las servidumbres.- Se agrega el caso de títulos oscuros, en cuyo caso se completará la prueba por medio de actos materiales”... Sobre esta base, sostiene que hay que distinguir dos posesiones: la del actor (que estuvo en posesión antes del despojo) y la del demandado (que actualmente detenta la cosa y cuya posesión no puede probarse sino por hechos materiales). “El artículo 968 se refiere a la prueba de la posesión del actor, cuando se trata de la posesión inscrita, y el artículo 969 se refiere a la posesión del demandado”.

Como esquema o generalización de los casos más frecuentes, puede admitirse lo dicho, pero precisamente como todo esquema adolece de cierta imprecisión. Es verdad que en la mayor parte de los casos el actor en una acción posesoria de conservación o de recuperación de la posesión que haya sido atacada por otro, aducirá como prueba sus títulos inscritos, y el despojante normalmente aducirá simplemente su posesión-, pero el actor además de los títulos puede probar también su posesión por hechos materiales, y tal vez el despojante demandado tenga también títulos que alegar. En todo caso, la ulterior explicación del Dr. Páez Romero tiene el valor de

reconocer la unidad del sistema del Código, que la reforma de 1956 no ha destruido ni mutilado sino modificado; realmente la posesión tiene la doble vertiente o aspecto de un hecho que se manifiesta en actos materiales como los de sembrar, edificar, etc., pero también se basa, se perpetúa y se demuestra cuando se refiere a los derechos, mediante el sistema jurídico (propio para la posesión de derecho), de la inscripción. La inscripción de los títulos da fundamento para la defensa de la posesión jurídica, de la posesión justa: quien haya estado poseyendo y tiene títulos inscritos y luego se ve despojado, alegará su posesión y los títulos en que se basa: demostrará la superioridad de su posesión frente al despojante, precisamente porque él tiene título inscrito y el despojante carece de ello, y no puede hacer eficaz, efectiva jurídicamente su acción de mero hecho.

e) Opinión del Dr. Arroyo del Río. En un informe sumamente conciso el Dr. Arroyo del Río adopta una posición equilibrada y sencilla, clara, aunque por la brevedad de la respuesta no da lugar a consideraciones que agoten la materia. Para él, la reforma de 1956 ha producido un cambio importante: ha dado mayor importancia de la que antes tenía, a la prueba de los hechos materiales, frente a la prueba de la posesión por la inscripción del título. Piensa que esto es acertado, y que, al mismo tiempo, no significa derogación del artículo 988 (hoy 968), que debe conservarse para todos los efectos que no sean relativos a las acciones posesorias.

He aquí cómo explica el sistema antes y después de la reforma: “En otros términos, según el artículo 988 (hoy 968), la posesión inscrita que ha durado un año completo, está por encima de cualquiera posesión material en contrario. Es decir, que en la pugna entre la realidad y el símbolo, entre el hecho material de la tenencia de la cosa con ánimo de señor y la mera exteriorización de esa tenencia por la inscripción, si la última ha durado un año completo, prevalece sobre la primera. Lo que vale tanto como expresar que en el conflicto entre el que tiene, en su poder, real, objetiva, materialmente, la cosa, con ánimo de señor y dueño, y el que no la tiene en esa forma, pero consta inscrito en el correspondiente Registro, con un derecho que implique posesión es más fuerte, ante la Ley, la situación del segundo. En otras palabras que más eficacia se le da a la posesión sin tenencia, cuando ha durado un año completo en el Registro”. La reforma de 1956, en cambio, da preeminencia a la posesión material sobre la inscrita, pero no hasta el punto de derogar el artículo 968. Opina que no debe

derogarse, porque la reforma afecta sólo a las acciones posesorias y no a los demás efectos.

Además de las acciones posesorias, el poseedor dispone efectivamente de otros recursos, tiene otros derechos que derivan de su posesión, y puede transferirla, etc., todo ello escapa efectivamente al ámbito de la reforma, como señala el Dr. Arroyo del Río. Principalmente, el que tiene su título inscrito podrá reivindicar la propiedad de cuya posesión se le ha privado, y al reconocérsele dueño, se le reintegrará en la posesión, y esto es en virtud de que su título está inscrito y por ello conservó la posesión del derecho, aunque se le haya despojado de la posesión de la materialidad de la cosa.

f) Opinión del Dr. Eduardo Carrión Eguiguren. Este distinguido profesor universitario y profundo conocedor de la materia, sostuvo en el informe para la Comisión Legislativa la doctrina, a mi modo de ver, más exacta. Afirmó la unidad de la posesión, que el sistema del Código no es contradictorio y que la reforma de 1956 no lo derogó, ni destruyó, aunque sí lo reformó notablemente. Su interpretación es moderada, realista y señala también con valentía los errores de la reforma. Transcribo unos cuantos conceptos de tan valioso informe.

“Pero debe tenerse presente que los términos de la Ley reformativa de 1956 son inadecuados y mueven a confusión, porque el artículo 715 no habla, como erróneamente dice la reforma, de posesión material, sino tan sólo de posesión y expresa claramente su único concepto válido, en estos términos: La posesión es la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño. Dentro de este último concepto de posesión, fundamental y genérico, caben según el Código nada más que cuatro especies de posesión, que son la regular, la irregular, la violenta y la clandestina, cada una de las cuales es, ante todo, tenencia con ánimo de dueño, pero produce efectos jurídicos propios y se distingue de las demás por ciertas características accidentales. En contraposición con este único concepto de posesión, tenencia con ánimo de dueño, está el de mera tenencia, que es la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar y a nombre del dueño. Posesión y mera tenencia, son por consiguiente, dos extremos jurídicos, y no hay entre ellos ninguna institución intermedia”. Era necesario este esclarecimiento previo de la terminología, puesto que precisamente la mayor parte de las interpretaciones de la Ley han sufrido el influjo pertur-

bador de una terminología imprecisa que sitúa la “posesión inscrita” como una categoría opuesta a la posesión “material”, que se hace coincidir con la única auténtica y verdadera posesión, que es la definida por el Código. El Dr. Carrión, llama la atención sobre el mal empleo de la terminología que hizo la reforma del 56.

Explica el Dr. Carrión cómo se han de interpretar los artículos aparentemente contradictorios y materia de esta controversia: “En el Código se encuentran los artículos 988 y 989 (hoy 968 y 969) que son aplicables a la prueba de la posesión. Según la opinión jurídica dominante, el I se refiere a la prueba de los bienes inscritos; y el segundo, a la prueba de los bienes inmuebles no inscritos, cuando se alega como causa de la posesión el simple apoderamiento material o un título no traslativo de dominio. Se aplica también el artículo 967 para la prueba de la posesión de los bienes raíces cuya inscripción haya durado menos de un año completo, y en los casos en que la inscripción es imprecisa”. En pocas palabras, y con claridad se resuelve así la cuestión con apego a la Ley y al sentido común: si el Código exige inscripción para la tradición de los inmuebles o de ciertos derechos sobre los inmuebles, es lógico que en esos casos la posesión se podrá probar mediante la inscripción, en los demás casos: posesión de cosas, derechos sobre inmuebles que no deban inscribirse, o inscripciones oscuras, entonces son los hechos materiales la prueba más apta para demostrar la posesión.

De estos planteamientos se sigue la consecuencia: “En mi opinión, -dice el Dr. Carrión Eguiguren-, la reforma de 1956 no suprimió la institución de la posesión inscrita. Su alcance no es otro que el de quitar el carácter absoluto que tenía el sistema establecido para la adquisición, conservación y pérdida de la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidas en ellos. Sostener lo contrario equivaldría a suprimir en el Código Civil todo lo relativo a la posesión regular y a la prescripción ordinaria”.

“Si la reforma de 1956, agrega-, no suprimió completamente la llamada posesión inscrita, es evidente que el artículo 968 no está derogado, porque bien puede aplicarse a la prueba de la posesión de los derechos inscritos con tal de que haya durado un año completo...”. Sólo se ha modificado el artículo 968 en el sentido de que ahora contiene sólo una presunción legal de posesión, y antes de la reforma la inscripción del título suponía una

presunción de derecho de la posesión: “En otros términos, la especie de presunción de posesión favorable a quien mantiene su título inscrito, que era de derecho según el artículo 968, vino a quedar, con la reforma, como simple presunción legal que admite prueba en contrario. Pero de todos modos, como la posesión por título inscrito mantendrá, frente al que alega el simple apoderamiento material de la cosa, una considerable ventaja procesal en relación con la prueba”.

Años más tarde, el Dr. Carrión parece haber cambiado, un tanto, estas sólidas afirmaciones, quizás por influjo de la jurisprudencia de la Corte Suprema que ciertamente ha sido un tanto fluctuante y ha empleado algunas veces las palabras y aún los conceptos de los sostenedores de las doctrinas contrarias. Piensa que, desde el momento en que se admitió la posibilidad de adquirir por prescripción contra título inscrito, ya no puede mantenerse el artículo 743 según el cual mientras la posesión está inscrita, no se pierde tal posesión. No puede haber simultáneamente dos posesiones: la inscrita y la material por la que se adquiere por prescripción contra el título, luego habría contradicción. Pero ya he indicado cómo se salva esta aparente contradicción: se puede perder la posesión de la cosa y conservar la del derecho, y en virtud de esta última recuperar la cosa, o, si se deja pasar el tiempo necesario para la prescripción, se perderá también el derecho por obra de la prescripción. Mantiene, sin embargo el Dr. Carrión la vigencia del actual artículo 968, aunque “en relación con las acciones posesorias perdió, en virtud de la reforma de 1956, el sentido absoluto que antes tenía”.

g) Opinión del Dr. Alfonso Troya Cevallos. Como miembro de la Comisión Legislativa, el Dr. Troya, estudió las diversas opiniones, las analizó con agudeza y emitió su opinión, que fue también la que prevaleció en la Comisión, y refleja por tanto la interpretación oficial de la Ley.

En un primer informe del Dr. Troya, antes de que se presentaran los de los otros juristas que acabo de reseñar, explica el punto importantísimo que cambió la reforma de 1956: “Según la legislación anterior a la reforma, el tiempo de prescripción era de tres años para los muebles y de diez para los bienes raíces, de tratarse de prescripción ordinaria (Art. 2410); en la prescripción extraordinaria era de treinta años (Art. 2413). De conformidad con el artículo 2431 (hoy 2407), contra un título inscrito no tenía

lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en estos, sino en virtud de otro título inscrito; ni era posible que empezara a correr sino desde la inscripción del segundo título. Había sido motivo de viva controversia el sentido del artículo 2407 del Código, y muchos se inclinaban a creer que no alcanzaba la prescripción extraordinaria, sino sólo a la ordinaria, en que se necesita posesión regular de la propiedad. Con respecto a la prescripción ordinaria, el caso era claro: no cabía este modo de adquirir inmuebles contra título inscrito, sino en virtud de otro título inscrito, ni podía contarse la posesión y, desde luego la prescripción, sino desde la correspondiente inscripción del segundo título. La reforma ha venido a dar la razón a quienes así pensaban. En la prescripción extraordinaria **no es menester título**, y en fuerza de la reforma basta la posesión material definida en el artículo 715". Dos son, pues, los puntos capitales de la reforma: la disminución del tiempo necesario para la prescripción extraordinaria y para la ordinaria de inmuebles que bajaron a quince y cinco años respectivamente; y, por otra parte, la admisión de la posibilidad de adquirir por prescripción extraordinaria contra título inscrito. Este segundo punto, como es lógico, disminuyó el valor que antes tenía la inscripción del título.

Luego de recibidos los informes de los juristas, el Dr. Troya opina en un segundo informe suyo que hay que distinguir el hecho del derecho. El derecho puede ser atacado por hechos. En el estado normal coinciden derecho y hechos, pero si se altera el orden jurídico es precisamente porque no siempre subsiste esa coincidencia: "Así pues -dice- lo ordinario y sujeto a normas es que coexistan en una misma persona el derecho cuya prueba es la inscripción y el hecho de la posesión. Entonces diremos que el orden jurídico está inalterado. Pero pueden coexistir, y éste es el supuesto para el juez, en el caso de litigio, en diversas personas. Entonces ha sobrevenido la pugna entre el titular y el poseedor material. Ambos: el 1. su **derecho a poseer**, que inclusive está inscrito; el 2., la cosa. Creo que a esta posesión del derecho, es aquella a la cual se refiere el artículo 968; mas no a la posesión material". Esta explicación me satisface plenamente: no violenta las palabras de la Ley, y sobre todo, pone a salvo la realidad jurídica completa que no puede reducirse sólo a hechos materiales como los de sembrar, cosechar, etc., sino también a los hechos estrictamente jurídicos que ponen a salvo los derechos. Como consecuencia de esto, el artículo 968 sirve para la **prueba del derecho** y el artículo 969 para la **prueba de**

los hechos que pueden afectar al derecho o fundar incluso un nuevo derecho, con el tiempo; y no hay contradicción en la Ley. Así se explica también, cómo el legislador haya puesto precisamente juntos los dos artículos: sería imposible admitir contradicción entre ellos; se descubre claramente el plan: señalar las pruebas de dos cosas distintas como lo son el derecho a poseer y el hecho posesorio.

Siguiendo el mismo orden de ideas, tan claras y evidentes, explica el Dr. Troya el valor del artículo 743: "El artículo 748 se refiere según lo dicho a la posesión inscrita, esto es, a la posesión considerada como el derecho de poseer, que no cesa sino mediante nueva inscripción. Quien se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, **no da fin al derecho del poseedor inscrito**, no adquiere el derecho a la posesión, precisamente porque nadie le transfirió el dominio ni le entregó la cosa. El poseedor inscrito sigue poseyendo su derecho".

h) Conclusiones.- En conclusión podemos afirmar que la reforma de 1956 en lo que atañe a esta materia, trae como consecuencias:

1. La reducción de los plazos de prescripción adquisitiva del dominio u otro derecho real, y los de prescripción extintiva de acciones judiciales, que se rebajaron a la mitad del tiempo antes señalado en el Código, a menos que tal tiempo sea de cuatro años o menos.
2. Se admitió la prescripción extraordinaria contra título inscrito.
3. No se destruyó el sistema de la inscripción de los títulos traslativos de dominio. Este sistema queda en pie, mediante él se transfieren el dominio y los derechos de usufructo, uso o habitación sobre bienes raíces. La inscripción sirve también de prueba del derecho de poseer, o lo que es lo mismo: de la posesión del derecho. No se pierde el derecho por los atentados materiales, sino por la cancelación del título. El título da derecho a pedir la posesión arrebatada o turbada por hechos materiales. Si no se usa de las correspondientes acciones y éstas caducan o prescriben, se perderá también el derecho y entonces se procederá a la cancelación de la inscripción, con orden judicial.

4. La posesión es una sola, la que define el artículo 715. No es exacto hablar de “posesión material” y de “posesión inscrita”, aunque estas expresiones abreviadas pueden significar respectivamente “la posesión de las cosas materiales” y “la posesión de los derechos inscritos”.
5. La posesión de cada cosa tiene que responder a la naturaleza de ella, y se adquirirá, conservará, defenderá o probará, conforme a esa naturaleza. Si se trata de posesión del suelo, lo natural es demostrar la tenencia con ánimo de señor, mediante los actos materiales a que se refiere el artículo 969. Si, en cambio, se trata de probar el derecho a poseer o la posesión del derecho inscrito, la prueba congruente es la inscripción. Igualmente, la posesión de las cosas materiales se adquiere mediante hechos materiales, pero la posesión jurídica (de los derechos), mediante el hecho jurídico de la inscripción. Parecido razonamiento puede hacerse respecto de la conservación o de la pérdida de la posesión sobre unas u otras cosas (materiales o inmateriales).
6. Si a un individuo que tiene posesión de una cosa en virtud de título inscrito, se le despoja de la cosa o se turba la posesión de la cosa, no se le priva de la posesión del derecho. Esta segunda posesión es efectiva como la califica el artículo 712, y por ello podrá defender su posesión mal llamada “material”, es decir, de la cosa misma. Sólo si no la defiende y transurre el tiempo de la prescripción, perderá también la posesión del derecho; entonces dejará de ser efectiva, porque habrá surgido una nueva posesión inscrita.
7. De acuerdo con los conceptos anteriores se explica el ejercicio de las acciones posesorias de conservación, defensa o recuperación de la posesión, y también se explica la acción de petición del dominio, la reivindicación y otras acciones análogas como la de demarcación. En todos estos casos, quien tiene derecho, o pretende tenerlo, trata de rectificar o destruir situaciones de mero hecho. Igualmente la explicación dada, justifica la prescripción extraordinaria, incluso contra título inscrito, porque la posesión sobre la cosa, mantenida durante el tiempo que la Ley exige es precisamente la esencia de la prescripción que simultáneamente confiere derecho a uno (adquirente) y destruye el derecho de otro (el que tenía derecho a la posesión por la inscripción del título).

30. Ley de Tierras Baldías y Colonización, y Ley de Reforma Agraria

Esta Ley, expedida por Decreto Supremo 2172, publicado en el Registro Oficial 342 del 28 de septiembre de 1964, contenía algunos conceptos que se apartan del sistema tradicional de la posesión, en lo relativo a la tierra. Fue numerosas veces reformada y finalmente reemplazada por la actual Ley de Desarrollo Agrario, codificada y promulgada en RO 55 del 30 de abril de 1997, pero se conservan los principios básicos de la primera ley.

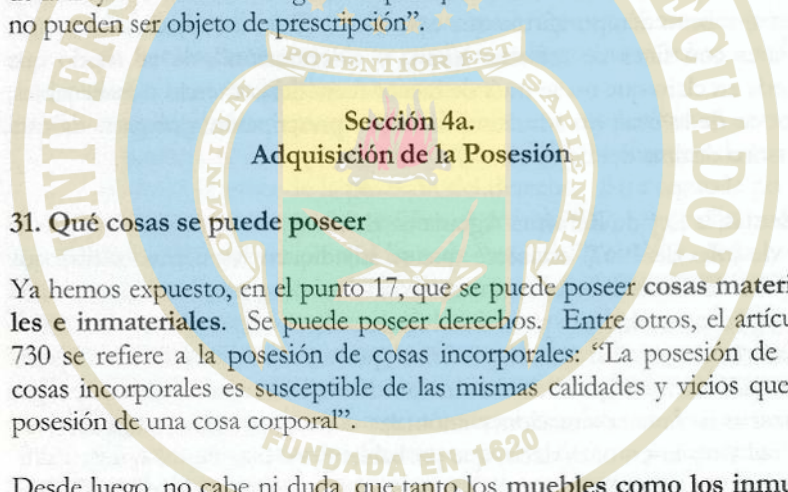
Por una parte, las tierras del Estado se declaran imprescriptibles (Art. 12), con lo cual se excluye la posibilidad de que sean poseídas por otra persona. Esta imprescriptibilidad está afirmada también por la Constitución de la República, en el artículo 55 (actual Art. 247 de la Codificación de 1998), que al mismo tiempo afirma que esas tierras “deberán adjudicarse a particulares con fines de reforma agraria y colonización”, de tal modo que queda en claro que no se trata de bienes fuera del comercio o inalienables, a pesar de lo cual, no admiten posesión y prescripción, por parte de otra persona distinta del Estado.

Además, la Ley de Reforma Agraria en el artículo 50 (reformado: RO 167: 11 de julio de 1967) establece que se adjudiquen las tierras baldías que hayan estado tradicionalmente en posesión, de grupos indígenas. Esa posesión supondría una posibilidad de prescripción, que la Ley y la Constitución excluyen. Tal vez sea preferible, por esto, pensar que en realidad la Ley de Reforma Agraria en el mencionado artículo trata más bien de regularizar o reconocer situaciones anómalas de un dominio territorial inmemorial y no inscrito; es decir, que probablemente esas tierras que se califican de “tradicionalmente poseídas por grupos indígenas”, más probablemente eran de su propiedad, aunque no hayan cumplido con la inscripción en los registros, por no haberse producido transferencias del dominio después de la creación del Registro de la Propiedad o por ignorancia de la Ley.

Nótese, además, que la Ley suma la posesión de varios individuos presumiéndose que los unos han sucedido a los otros, ya que habla de “grupos” que han estado asentados tradicionalmente en una tierra, y tampoco se

exige que tales grupos hayan sido personas jurídicas que propiamente hubieran podido poseer.

La segunda ley de Reforma Agraria declaraba igualmente la imprescriptibilidad de las tierras rústicas del Estado (Art. 110) y la nulidad de los títulos traslativos de dominio fundados en una prescripción adquisitiva de esas tierras, con posterioridad a la fecha de la primera Ley de Reforma Agraria, o sea posteriores al 23 de julio de 1964. También exigía que se adjuntara a las escrituras de enajenación de tierras rurales, un certificado del Registrador de la Propiedad con la historia de las transferencias del dominio durante los últimos quince años (Art. 111); esto servía para constatar que no se derivaba el dominio actual de una adquisición por prescripción de tierras del Estado producida después del 23 de julio de 1964. El artículo 37 de la Ley de Desarrollo Agrario repite que "las tierras rústicas del Estado no pueden ser objeto de prescripción".



Sección 4a. Adquisición de la Posesión

31. Qué cosas se puede poseer

Ya hemos expuesto, en el punto 17, que se puede poseer cosas **materiales e inmateriales**. Se puede poseer derechos. Entre otros, el artículo 730 se refiere a la posesión de cosas incorpóreas: "La posesión de las cosas incorpóreas es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal".

Desde luego, no cabe ni duda, que tanto los **muebles como los inmuebles** pueden poseerse. Solamente insistiré en que la posesión en ambos casos es la misma institución jurídica, aunque existan ciertas reglas que varían en uno y otro caso, conforme a la naturaleza de las cosas.

Se pueden poseer **cuotas o partes** de una cosa. Este es el caso de los herederos antes de la división. Verificada la división se recurre a una ficción por la cual se considera que cada uno de los partícipes poseyó desde el principio exclusivamente la cosa o las cosas que en la división se le asignan (Art. 733).

No se puede adquirir la posesión de las cosas que están **fuera del comercio**, como es el caso de las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres (Art. 602). Las cosas futuras pueden ser objeto de obligaciones y derechos (Art. 1477), pero en cambio, no pueden poseerse porque no cabe tenencia de lo que aún no existe, en cambio se puede poseer el derecho relativo a cosas futuras, porque éste sí existe y se puede tener con ánimo de señor.

Hay cosas que pueden ser poseídas exclusivamente por el Estado o por los entes públicos, porque la Ley excluye absolutamente la posesión de los particulares o la priva de toda consecuencia al punto de que ya no puede calificarse de verdadera posesión. El caso más notable es el de las **tierras baldías** (Art. 247 de la Constitución y 12 de la Ley de Tierras Baldías); cuando se adjudican o traspasan a particulares, dejan precisamente de ser tierras baldías y entran en el dominio privado y se hacen susceptibles de posesión por los particulares. Antes sólo el Estado podía poseerlas, de donde resultan **imprescriptibles mientras son baldías**. Otro tanto puede decirse de los bienes nacionales de uso público.

32. Quién puede adquirir la posesión

“La posesión puede tomarse, no sólo por el que trata de adquirirla para sí, sino por su mandatario, o por sus representantes legales” dice el artículo 75.

Cabe pues una doble posibilidad: o se adquiere **directamente** la posesión, o **por medio de otro**; y en el segundo caso, hay que subdistinguir a su vez dos situaciones diversas: el que obra por otro es representante legal o es representante voluntario, es decir, en virtud de mandato.

En todo caso el que actúa directamente, el que procede a tomar la posesión es el que requiere **capacidad** suficiente. En cambio, el representado puede ser incapaz, incluso absolutamente incapaz. Naturalmente, para la representación voluntaria el titular debe haber sido capaz al momento de conferir el mandato; pero si se trata de representación Legal, no se requiere capacidad en el representado, en ningún momento.

La capacidad exigida en el que adquiere la posesión es diferente según se trate de cosa mueble o inmueble. Para adquirir la posesión de inmuebles se exige la capacidad jurídica general, es decir la que corresponde al mayor de edad y que no, se halle en ninguno de los casos señalados por el Código (Art. 1463). Pero para adquirir la posesión de una cosa mueble basta que el sujeto pueda **aprehender material o legalmente** la cosa y tener la voluntad de hacerlo; por consiguiente, se excluye absolutamente a los niños y a los dementes, pero los demás incapaces pueden adquirir la posesión; habría que salvar también los casos de cosas muebles que deben inscribirse (como los derechos de autor), puesto que para hacer esa "aprehensión legal", no tendrían capacidad los relativamente incapaces. Estas reglas se desprenden del artículo 738: Los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprehensión material o legal; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores sino con la autorización que compete. Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros.

Cabe preguntarse si las reglas indicadas pueden aplicarse también cuando el que adquiere lo hace no para sí sino para otro; es decir, si un relativamente incapaz, o aún un absolutamente incapaz como es el menor impúbere que ya no es niño (es decir entre los siete años cumplidos y los 12 ó 14), pueda adquirir la posesión para otro. Parece que debe contestarse afirmativamente, en primer término porque si pueden adquirir para sí mismos, no se ve mayor dificultad para que lo hagan para otro. En segundo término porque la frase final del artículo 738 induce a esa conclusión: si los niños y los dementes no pueden adquirir la posesión "sea para sí mismos o para otros", hemos de entender que los demás sí pueden hacerlo en ambos casos, supuesto, desde luego, que no deban realizar para ello actos jurídicos que requieran capacidad plena, como el mencionado de la inscripción. Recordemos también que, conforme al artículo 415 el tutor o curador pueden autorizar los actos de un pupilo completando así su relativa incapacidad, y el padre de familia puede hacer otro tanto respecto de los hijos que están bajo su patria potestad (Art. 295). Cabe también la ratificación por parte del que debió dar su autorización o representar, y con ella se convalidaría el acto de toma de posesión.

Hay casos en que la Ley confiere la posesión sin más trámite y sin necesidad de acto alguno, como veremos más adelante, entonces evidentemente no se debe aplicar las anteriores reglas de capacidad y toda persona adquirirá la posesión. El caso más notorio es el de la posesión de los bienes hereditarios, que se confiere a los herederos aún en el caso de que lo ignoren (Art. 737).

33. En qué formas se adquiere la posesión

Nuestra Ley no enumera los medios o formas de adquisición de la posesión en general. Esto generalmente se ha concretado por la doctrina, y rara vez por los Códigos. El moderno de Portugal ha señalado los grandes capítulos por los cuales se puede adquirir la posesión: "Se adquiere la posesión: a) Por la práctica reiterada, con publicidad, de actos materiales correspondientes al ejercicio del derecho; b) Por la tradición material o simbólica de la cosa, efectuada por el anterior poseedor; c) Por el constituto posesorio; d) Por inversión (o "intervención", como dicen algunos) del título de posesión. La inversión del título de posesión se puede dar por oposición del detentador del derecho contra aquel en cuyo nombre poseía, o por acto de tercero capaz de transferir la posesión" (Art. 1243). Pienso que todos estos modos de adquirir la posesión son aplicables a nuestro derecho.

Se podrían clasificar los modos de adquirir la posesión en dos categorías: la de aquellos que coinciden con los modos de adquirir la propiedad y la de los que no coinciden. Entre los primeros estarían la ocupación, la accesión y la tradición; entre los segundos, la disposición legal y la recuperación.

a) Ocupación

Al tratar de la ocupación, el Código Civil se refiere únicamente a la adquisición del dominio, pero evidentemente, la ocupación confiere también la posesión.

Además, hay que distinguir el caso de la ocupación de cosas sin dueño: res nullius o res derelictae, y la ocupación de cosas que pertenecen a un sujeto. La primera confiere el dominio, y como consecuencia, la posesión. En

cambio, si las cosas tienen propietario y son ocupadas por otra persona, no se transfiere el dominio, pero puede adquirirse la posesión. A este segundo género de ocupación no se refiere el Código en el Título IV del Libro II, "De la Ocupación", pero sin duda existe y es preciso referirse a ello. Varios artículos del mismo Código nos indican que el apoderamiento u ocupación de la cosa da lugar a la posesión de ella.

En primer término, la posesión violenta o la clandestina se funda por la ocupación, como se desprende de sus mismas definiciones (Arts. 7494 y 737).

Si se trata de cosas muebles, bastará la ocupación, en general para adquirir su posesión.

Además, el artículo 741 dice que: "Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos en que las leyes expresamente exceptúan". Luego, si una persona deja así de poseer, la otra, la que se ha apoderado de la cosa, ha adquirido por ese medio la posesión, "menos en los casos en que las leyes expresamente exceptúan".

Son casos exceptuados: los de cosas que no se pueden poseer, los de cosas que no pueden ser poseídas por particulares, los de derechos inscritos o de cosas que requieren especial solemnidad para adquirir su posesión, como por ejemplo, sentencia judicial en el caso de derechos del heredero o legatario putativos.

Si alguien tiene inscrito el título de un derecho y posee la cosa, otro puede ocupar la cosa y entonces adquiere la posesión de la cosa, pero no la del derecho. El primero continuará poseyendo su derecho, y como es un derecho efectivo, por estar inscrito, podrá iniciar las **acciones judiciales** para recuperar la cosa. Pero el usurpador adquirió por ocupación la posesión de la cosa: una posesión injusta, contraria al derecho, pero verdadera posesión. Tan es verdad que el usurpador adquiere la posesión, que aún puede transferirla, como lo menciona el artículo 971. Ahora bien, ese mismo artículo - y otros, como el 970 -, garantizan al despojado la posibilidad legal de recuperar su posesión perdida porque otro la ha adquirido mediante la ocupación. Dice así el artículo 970: "El que injustamente ha

sido privado de la posesión, tendrá derecho para pedir que se le restituya, con indemnización de perjuicios”. Así que la injusticia no resta eficacia al acto de apoderamiento, pero tampoco destruye el derecho ni afecta a la posesión del derecho: por eso se puede pedir la restitución.

En cambio, si un inmueble **no está inscrito** y otra persona distinta del actual poseedor se apodera de él, aunque sea violenta o clandestinamente, el que tenía la posesión la pierde totalmente, según el artículo 744; el primer poseedor solamente podría intentar la acción de **despojo violento**, que prescribe en el breve plazo de seis meses, según el artículo 972, mediante la cual se restablecen las cosas a su estado primitivo, pero no puede ejercer las acciones posesorias, porque los inmuebles **deben estar inscritos** y sin ese requisito, no se puede tener el derecho efectivo, tutelado con todas las acciones judiciales. El despojante, por su parte no adquiriría más que la **posesión de la cosa, pero no del derecho**, tal como lo dispone el artículo 739, entre otros, y tampoco tendría un “derecho efectivo”, sino un mero hecho, que sólo con el tiempo puede originar derechos, por prescripción.

Hay un caso en que la ocupación tiene menos fuerza aún para fundar posesión. Es el previsto en el artículo 745: si el **usurpador es la misma persona que tenía la cosa en nombre del poseedor**, entonces no adquiere por la usurpación la calidad de poseedor. Más aún, ni aunque enajene la cosa, no pierde la posesión el titular, ni la adquiere aquel a quien enajena el usurpador, si no hay inscripción del título; y desde luego la inscripción del título será muy difícil, prácticamente sólo podrá realizarse cumplido el plazo de la prescripción extraordinaria.

Puede preguntarse, por qué razón, en este caso se hace tan difícil y prácticamente imposible la adquisición de la posesión. Hay razones morales y jurídicas. El que tiene en nombre de otro está más obligado a respetar los derechos del titular; atacarlos, constituiría un **abuso de confianza**. La estabilidad social, la confianza necesaria para que se puedan hacer contratos de arrendamiento, cesiones de usufructos, etc., exigen que el derecho del poseedor -normalmente propietario- esté debidamente salvaguardado. Además, jurídicamente, es **imposible que una persona por su sola voluntad cambie la condición de tenedor en la de poseedor**, precisamente porque al tener la cosa la tiene para otro, afirma la posesión de otro,

que es incompatible con que él mismo posea. El arrendatario, el usufructuario, etc., no pueden ni siquiera adquirir la cosa por prescripción extraordinaria, puesto que no poseen sino que tienen la cosa en nombre del propietario. Su propia y sola voluntad no puede cambiar la naturaleza de los hechos.

Cuando se dude respecto a si una persona toma la posesión para sí o para otro, debe en principio **presumirse**, que es para sí mismo, como afirma Peñaherrera. “La tenencia hace presumir la posesión y la posesión el dominio”. Esta regla no está expresamente formulada en nuestra Ley, en tanto que sí se contiene en el Código de Napoleón y en otros derechos extranjeros, pero se desprende del conjunto del sistema jurídico ecuatoriano, y de sus antecedentes históricos.

Pero establecido el hecho de que alguien **posee para otro**, esa situación persevera sin cambio, mientras no haya una causa objetiva que la mude. El artículo 734 afirma así: “Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega.- Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas.- Si alguno prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio”, de modo que el que posee por medio de otro, no pierde su posesión mientras el tenedor ejerce la tenencia en su nombre. Y el artículo 731 de manera categórica declara: El simple lapso no muda la mera tenencia en posesión; salvo el caso del artículo 2410, regla 4ª. En concordancia con los cuales el artículo 745 dice así: “Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa, dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión, ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y da fin a la posesión anterior.- Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor por título inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión, ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción”.

Sintetizando estas reglas tenemos: 1. Adquiere la posesión el usurpador de una cosa no inscrita. 2. Adquiere la posesión de la cosa el usurpador de una cosa inscrita, pero no adquiere la posesión del derecho que permanece

en el titular del derecho inscrito. Este usurpador es poseedor, y puede adquirir por prescripción el derecho mismo, en virtud de su posesión. 3. El que tiene a nombre de otro, usurpando la cosa la enajena a nombre propio, da lugar a una nueva posesión en la persona que adquiere, y hace terminar la posesión del titular, siempre y cuando el título no haya estado inscrito; si el título estuvo inscrito, este efecto se produce únicamente cuando se realiza una nueva inscripción, lo cual será normalmente cuando el adquirente de la cosa haya completado el plazo de la prescripción. 4. El que tiene una cosa a nombre de otro puede adquirir la posesión de ella en el caso excepcional del artículo 2410 regla 4, que supone los siguientes elementos: a) que el tenedor realice un acto o tenga una conducta positiva que demuestre su voluntad de poseer para sí mismo, como por ejemplo, si es arrendatario, dejando de pagar los cánones de arrendamiento; b) que el usurpador alegue la prescripción por haber transcurrido quince años o más, desde que comenzó a poseer en nombre propio; c) que durante por lo menos quince años no haya reconocido expresa o tácitamente el dominio ajeno; d) que la posesión se haya producido sin violencia ni clandestinidad; e) que no haya habido violencia, clandestinidad ni interrupción durante todo ese lapso de quince o más años. Cumplidas estas condiciones obra la prescripción extraordinaria, en virtud de la cual se presume que hubo realmente el hecho de la posesión desde que el tenedor se apoderó de la cosa como si fuese suya, y adquiere el dominio al cumplirse el tiempo de la prescripción y declararse ésta judicialmente; la sentencia se inscribirá como título.

b) Inversión del título

Acabamos precisamente de considerar el caso de la inversión o “intervención” del título, que no podía separarse de la exposición del primer caso de adquisición de la posesión. Pero suele señalarse la inversión del título como un nuevo modo de adquirir la posesión.

Consiste, pues, en que el que tiene la cosa a nombre de otro, pasa a ser poseedor. Ya sabemos que esto no puede producirse por la sola voluntad del verdadero poseedor; aunque sea en forma tácita, o meramente negativa, él tiene que concurrir a esta posesión: en el caso de la prescripción extraordinaria, por ejemplo, el titular no reclama durante quince años o más, sin que medie ocultamiento (clandestinidad), ni violencia, de modo

que bien podía reclamar. La inversión se puede producir por voluntad de ambas partes, como en el caso señalado en el artículo 700, N° 5.

Otro caso de inversión del título es el que se produce cuando un tercero viene a legalizar el cambio de la tenencia en posesión, como sucedería en el caso de que el arrendatario, el que tiene derecho de habitación, etc., compran la cosa sobre la que recae su derecho a un heredero putativo del verdadero poseedor y dueño de la cosa.

La regla de la permanencia inmutable del título proviene del Derecho Romano, fue plenamente aceptada por las costumbres germánicas, reafirmada por el Derecho Canónico y acogida ampliamente en el derecho moderno. Pothier enseñaba que es uno de los fundamentos en materia de posesión. Fue consignada la regla en el Código de Napoleón (Arts. 2246 a 2250), y se relatan casos de jurisprudencia en ese viejo y civilizado país, en que posesiones inmemoriales, hasta de siglos, se han declarado insuficientes para conseguir prescripción por la existencia de un título de mera tenencia en el origen de la posesión. "Bigot Preameneau, recomendando en la exposición de motivos del Código de Napoleón la importancia de esta regla jurídica, dice que debe ser considerada por una de las principales garantías del derecho de propiedad. A lo cual observa Laurent que esto es la verdad, pero que resta saber si esta garantía está en armonía con los principios de justicia y de convivencia social que sirven de base a la prescripción".

Pienso que nuestro sistema jurídico a este respecto, tal como queda expuesto, combina adecuadamente el respeto al derecho, la garantía de la propiedad, y la aceptación del valor de situaciones de hecho que por haber durado largo tiempo, sin reclamo, violencia ni clandestinidad, son aptas para fundar un nuevo derecho que merece también protección.

c) **Accesión**

También la accesión es definida por el Código como modo de adquirir el dominio (Art. 659) pero igualmente da origen a la posesión.

El concepto amplio de accesión que nuestro sistema adopta, incluye tanto la agregación de cosas como la producción de ellas. Los frutos se adquie-

ren por accesión y en principio el dueño de la cosa que los produce se hace también dueño de los frutos y automáticamente tiene la posesión de ellos; pero el artículo 662 deja a salvo los derechos de los poseedores de buena fe, así como los de algunos meros tenedores como son el usufructuario y el arrendatario. También el artículo 685, al tratar de la accesión de cosas muebles e inmuebles, deja a salvo los derechos de los poseedores de buena fe que plantaron, edificaron, etc., en suelo ajeno. Cabe preguntarse, cómo adquieren la posesión de estas cosas accesorias los poseedores que no son dueños de la cosa principal.

No parece que el modo de adquisición sea la accesión, puesto que ésta confiere el derecho pero no un hecho como es la ocupación. Naturalmente si se adquiere el derecho, como consecuencia del derecho viene también la posesión. Parece preferible decir que en estos casos la adquisición es por disposición de la Ley, ya que tampoco se puede decir que siempre haya ocupación; bien puede suceder que el poseedor de la tierra no recoja los frutos, no los tome materialmente, y sin embargo los posee.

d) Tradición

Este modo de adquirir el dominio, a diferencia de la ocupación y de la accesión, sí es expresamente mencionado por el Código como apto para adquirir la posesión: véase principalmente los artículos 717, 699, 712, 739.

Siempre que haya tradición del dominio o de otro derecho real se transferirá también la posesión a quien adquiere el correspondiente derecho.

Pero, además, la tradición puede transferir simplemente la posesión, sin el dominio, y también en algunos casos es necesaria la tradición para adquirir ciertos tipos de posesión.

El artículo 717 indica que para la **posesión regular** se requiere, además de la buena fe inicial y del justo título, la tradición cuando el título es traslativo del dominio de modo que sin tradición no habrá posesión regular si el título es traslativo del dominio.

El artículo 699 dice que: “La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por prescripción el domi-

nio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho". Evidentemente esto se debe a que la tradición da la posesión al que recibe la cosa entregada.

Ya hemos hablado bastante de la transferencia del dominio y otros derechos sobre inmuebles, que conforme al Código Ecuatoriano no se verifica sino mediante la tradición y esta consiste en la inscripción del título. Sólo con dicha inscripción se da la posesión del derecho, aunque la posesión de la cosa material se haya adquirido antes o después se adquiriera. Así lo expresa el artículo 712: "Los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, **no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho**, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos y reglamentos se ordena". En igual sentido, el artículo 739 dice: "Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el correspondiente libro del Registrador de la Propiedad, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio", y el artículo 702 precisa cuáles son esas cosas: el dominio, el uso, el usufructo, los derechos de habitación y la hipoteca constituidos sobre bienes raíces.

De los demás aspectos de la tradición se tratará al hablar de ella en cuanto modo de adquirir el dominio.

e) Disposición de la Ley

La Ley en ciertos casos presume o aún finge que una persona adquiere la posesión aunque propiamente no haya tomado la tenencia material (*corpus*) o aunque falte eventualmente el "*animus rem sibi habendi*", y aún en casos, extremos en que no existe ni tenencia ni voluntad de señor o dueño.

Como justamente asevera Alessandri la posesión en nuestro sistema jurídico es un hecho, y en los hechos no hay sucesión: *in facta non est successio*.

El artículo 732 está conforme con el principio de que no hay sucesión en la posesión, y admite en cambio **la suma del tiempo** de posesión del antecesor y del sucesor; esto es lógico: el hecho posesorio radicado en una persona se continúa en otra, y la segunda puede sumar el tiempo de su posesión a la anterior; y también es congruente que en caso de sumarse las

posiciones, el segundo poseedor se apropia de la anterior posesión con sus cualidades y vicios: “Art. 732: La posesión del sucesor comienza en él, ora suceda a título universal o singular a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero, en tal caso, se la apropia con sus cualidades y vicios.- Podrá agregarse, en los mismos términos, a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores”.

Por el contrario, el artículo 737 confiere la **posesión del derecho** de herencia a los herederos mediante una presunción: “La posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore.- El que válidamente repudia una herencia se entiende no haberla poseído jamás”.

La Ley va más allá y llega a la **ficción** en el caso de los bienes poseídos primeramente pro indiviso y que luego se dividen; entonces, cada adjudicatario “se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo de la indivisión” (Art. 733). Es evidente que durante la indivisión todos poseen, y sin embargo se finge que la posesión de cada parte ha estado concentrada exclusivamente en el partícipe que la recibe en la división.

Al realizarse la división se asigna con efecto retroactivo a cada adjudicatario una posesión ficticia que en realidad no tuvo. Pero esta ficción legal se aplica sólo facultativamente: “Podrá, pues, añadir este tiempo al de su posesión exclusiva”, dice el mismo artículo mencionado, de modo que el adjudicatario puede adquirir la posesión en virtud de la adjudicación y tenerla sólo desde ese momento, sin efecto retroactivo, si así lo prefiere y manifiesta.

Se da el caso de que un poseedor pro indiviso haya enajenado una parte de la cosa común, o toda ella, y después, cuando se verifica la partición no se le asigne a él lo que enajenó a otro. En estas circunstancias el tercero “no adquiere por medio de la tradición otros derechos de los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada” (Art. 698), es decir que no adquiere la posesión de la cosa, puesto que el tradente se presume que nunca la tuvo. Sólo si el tradente adquiere después el dominio, es decir, si se le adjudica en la división lo que enajenó, se entenderá haberse transferido desde el momento de la tradición, como lo afirman el mismo artículo 698

y el 733 inciso 2º: “Podrá, pues añadir este tiempo al de su posesión exclusiva, y las enajenaciones que haya hecho, por sí sólo, de la cosa común, y los derechos reales con que la haya gravado, subsistirán sobre dicha parte, si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen. Pero si lo enajenado o gravado se extendiera a más, no subsistirá la enajenación o gravamen, en cuanto al exceso, contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios”. Nótese que, nuevamente, aparece el carácter voluntario de la ficción legal, puesto que los demás adjudicatarios pueden acceder a que se considere válida la enajenación, y esto sólo es posible a base de considerar que el que no recibe en la división esa parte, se repunte haber poseído desde el principio.

El artículo 2400 sigue dentro de la misma línea de la ficción legal. Después de repetir que si una cosa ha sido poseída sucesivamente por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede agregarse o no agregarse al tiempo del sucesor, añade que “La posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero”. El afán de asegurar la continuidad en la posesión ha llevado en este caso al legislador incluso a romper un tanto el sistema, puesto que considera a la herencia yacente como sujeto capaz de poseer, siendo así que no es persona ni natural ni jurídica; en realidad es una ficción que permite unir la posesión del causante con la del sucesor, sin que se alegue que fue interrumpida por el lapso durante el cual la herencia no fue poseída por nadie por no haber sido aceptada por ninguna persona.

f) Recuperación

Quien ha perdido la posesión puede recuperarla, y en este caso, hay también adquisición de la posesión. Sin embargo, en muchos casos la Ley procede también aquí por vía de ficción y supone que no hubo pérdida, que la posesión continuó todo el tiempo en que se perdió.

Puede ser que se recupere la posesión por entrega voluntaria de la cosa, y en este caso hay verdadera nueva adquisición de la posesión. Por ejemplo, si alguien ha sido despojado por un usurpador o por un ladrón y éste voluntariamente devuelve la cosa, pero el derecho finge que no se perdió la posesión.

No se considera, en cambio, perdida la cosa cuando está confundida, cuando el dueño **ignora su actual paradero**, pero realmente no ha salido de su posesión, y entonces el hallarla no es adquirir la posesión sino continuar ejerciéndola.

Otro caso es el de la posesión que se readquiere por “decisión judicial”, es decir por **sentencia favorable** a los intereses del poseedor que perdió su posesión. El artículo 743 se refiere a esta forma en el caso de los derechos inscritos, cuya inscripción puede ser cancelada por orden del juez, y de igual forma puede el juez ordenar la nueva inscripción, mediante la cual se confiere la posesión del derecho.

En los casos en que se recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla **tenido durante todo el tiempo intermedio**, según afirma el artículo 746. Ahora bien, no sólo se recupera legalmente cuando es mediante orden del juez, sino siempre que se emplean medios lícitos y hay derecho a la posesión; así, cuando se reclama extrajudicialmente la devolución de algo y se logra la restitución, entonces también se presume que no se perdió la posesión.

La posesión se puede **interrumpir natural o civilmente** (Art. 2401). La interrupción natural consiste en hechos que hacen imposible el ejercicio de la posesión sin que ésta pase a otras manos, como cuando se inunda un terreno. Hay interrupción civil cuando la posesión se pierde por haber entrado en ella otra persona (Art. 2402). Ahora bien, si se recupera legalmente la posesión interrumpida civilmente, se recupera todo el tiempo que estuvo perdida; en cambio, no cabe recuperación legal, sino material, de la posesión interrumpida naturalmente por algún caso fortuito o de fuerza mayor, y al recuperarse la posesión se suma a la anterior, pero descontado el tiempo en que se hizo imposible ejercerla.

Cuando se interrumpe civilmente la posesión, esto es por recurso judicial contra el poseedor, se produce una situación de **incertidumbre provisional**. La citación del recurso o acción judicial contra el poseedor interrumpe su posesión, pero solamente en caso de que la sentencia le sea contraria perderá la posesión, ya que si obtiene sentencia de absolución recupera legalmente su posesión y, se presume que nunca la perdió; igualmente recupera la posesión el demandado si la citación no ha sido hecha en for-

ma legal y se declara esto judicialmente, también y en el caso de que el actor desista de la demanda o abandone la persecución del juicio por más de tres años (Art. 2403). Durante el juicio la situación es pues incierta, se puede decir que la posesión está en una especial situación de quiescencia.

Cabe también recuperación de la posesión en otra forma legal, y es cuando alguien se apoderó de una cosa y la poseyó por todo el tiempo necesario para hacerla suya por prescripción, pero cumplido ya el plazo de la prescripción renuncia a ella expresa o tácitamente (Art. 2394). El Código pone el ejemplo del poseedor que después de haber cumplido todas las condiciones legales para la prescripción adquisitiva de la cosa, la toma en arriendo, reconociendo así el derecho y la posesión del que fue despojado, en cuyo caso este último readquiere la posesión que perdió y se le reconoce todo el tiempo que la tuvo el usurpador.

34. Desde qué momento se adquiere la posesión

En términos generales, la posesión se adquiere desde que existen los dos elementos que la componen: *Corpus* y *animus*. En los diversos casos o en las diversas formas de adquirir la posesión la coincidencia de los dos elementos varía según la naturaleza de dichos modos de adquirir.

En el caso de la ocupación la posesión coincide con el hecho material de tomar las cosas, por regla general. Si inicialmente se duda respecto de la calidad de "*res nullius*", y solamente más tarde se llega a la certeza de esa condición, sólo entonces se puede presumir el ánimo de señor o dueño y se adquiere en ese momento la posesión. En algunos casos, la Ley recurre a ficciones respecto de la materialidad de la tenencia de la cosa: según el artículo 633 se entiende que el cazador o pescador se apodera del animal bravío y lo hace suyo, desde que lo ha herido gravemente, de manera que ya no le será fácil escapar, y mientras persiste en perseguirlo, o desde que el animal ha caído en sus trampas o redes.

En la adquisición de los **frutos** tiene mucha importancia la determinación del momento en que se los posee, puesto que según haya buena o mala fe en ese momento varían notablemente las reglas jurídicas. En principio, cabe ocupación o adquisición por accesión de todo fruto que exista como cosa distinta en sí misma. Pero los frutos pueden hallarse pendientes aún

de su cosa productora, o haberse separado de ella y pueden también separarse imaginaria y jurídicamente por contratos que se realicen sobre frutos futuros. Parece que posesión no cabe sino respecto de los frutos pendientes o separados, mas no de los futuros; sobre éstos pueden constituirse derechos, pero no puede ejercerse el hecho posesorio sobre cosas que aún no son. Las reglas detalladas sobre los frutos se verán al hablar de la accesión y en materia de reivindicación.

Respecto de la tradición ya quedó explicado lo referente a cómo afecta a la posesión y fácilmente puede deducirse que para que comience la posesión se requiere el cumplimiento de **todos los requisitos** para que exista tradición, cuando el título es traslativo, sea que se trate de cumplimiento de hechos materiales o jurídicos como es el de la inscripción.

Cuando la posesión se adquiere por disposiciones judiciales, es preciso que estén **ejecutoriadas**. Pero frecuentemente éstas tendrán carácter retroactivo, como se indicó en el punto precedente.

Si se **suma** a la propia posesión la de otro u otros antecesores, se produce esta ficción por la cual la posesión se entiende existente desde el tiempo en que la tuvieron dichos antecesores.

Según el artículo 736: "Si un individuo toma la posesión de una cosa en lugar o a **nombre de otro** de quien es mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representante principia en el mismo acto, aún sin su conocimiento. Si el que toma la posesión a nombre de otro, no es su mandatario ni representante, no poscerà sino en virtud de su conocimiento y aceptación; pero se retrotraerá su posesión al momento en que fue tomada a su nombre". Igualmente se produce un efecto retroactivo cuando se adquiere por tradición que originariamente fue nula y que se convalida por la ratificación (Art. 688). Si surge una disputa entre el mandatario y el mandante porque el primero afirma que la posesión es suya y el segundo alega que fue tomada en su nombre, la decisión judicial al respecto también debe retrotraerse y se considerará que durante todo el tiempo fue poseedor el que resulta favorecido por la sentencia.

35. Pérdida de la posesión

No hay una enumeración taxativa de los modos de perder la posesión, en nuestro Código. El Título VII del Libro II, en su parágrafo II trata “de los modos de adquirir y perder la posesión”, pero solamente se refiere de manera genérica a la pérdida de la posesión “porque otro se apodera de ella” o porque se cancela la inscripción, si fue posesión de derechos inscritos. Es evidente que existen otros modos de perder la posesión, y que aún dentro de las mencionadas categorías legales, caben algunas sustanciales diferencias.

El Código de Brasil, en cambio, contiene una enumeración que parece exhaustiva, y que podría aplicarse también a nuestro sistema legal. Dice así: artículo 520. Se pierde la posesión de las cosas: I.- Por abandono. II.- Por tradición. III.- Por la pérdida o destrucción de ellas, o por ser puestas fuera del comercio. IV.- Por la posesión de otro, aunque sea contra la voluntad del poseedor, si no fue mantenido o reintegrado en tiempo competente. V.- Por el constituto posesorio. VI.- “Se pierde la posesión de los derechos, cuando se hace imposible ejercérselos, o por la prescripción si no se los ejerce en el debido tiempo”. Nosotros tendríamos que añadir únicamente, la caducidad de los recursos: producida esa caducidad se pierde también el derecho de poseer y la posesión del derecho.

En forma bastante parecida, aunque menos completa, el Código Español dice: Art. 460.- “El poseedor puede perder su posesión: 1º.- Por abandono de la cosa. 2º.- Por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito. 3º.- Por destrucción o pérdida de la cosa o por quedar fuera del comercio. 4º.- Por la posesión de otro, aún contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año”. Omite el Código Español la mención del modo más natural de perder la posesión que es la reivindicación ejercida por el propietario legítimo de la cosa.

La doctrina distingue generalmente dos géneros de pérdida de la posesión: voluntaria e involuntariamente. Pothier señala que hay pérdida voluntaria: 1º. Cuando transmitimos nuestra posesión a otra persona, es decir, cuando hacemos con relación a ella una renuncia de nuestros derechos, o en otros términos, en los diversos casos de tradición, y 2º.- Cuando hacemos una renuncia absoluta, sin relación a persona alguna, como cuando

arrojamos al mar o a un lugar público lo que nos parece inútil. La pérdida **involuntaria** acontece: 1º.- Cuando otra persona se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya; 2º.- Cuando perdemos una cosa mueble, como cuando se escapa un animal domesticado de poder de su dueño ; 3º.- Cuando la cosa se destruye, o por accidente natural se vuelve imposible todo acto posesorio; como cuando perece un animal, o el mar invade las riberas y las deja perpetuamente inundadas; 4º.- Cuando la cosa se transforma en otra especie distinta, como si de la lana se hace vestidos, pues entonces se deja de poseer la primera especie y se posee la segunda.

En términos generales podemos también decir que la posesión se pierde siempre que desaparecen sus dos elementos, o uno sólo de ellos sin que una presunción legal favorezca el mantenimiento de la posesión a pesar de dicha desaparición. Por esto se pierde la posesión cuando se efectúa la tradición (se entrega el “corpus” y se pierde el “ánimus”); también se pierde la posesión cuando otro se apodera de la cosa (Art. 741), aunque el dueño quisiera seguir poseyendo la cosa que se le arrebató (sólo pierde el corpus), y se pierde igualmente cuando el poseedor que ha entregado la tenencia de la cosa a un arrendatario, usufructuario, etc., posteriormente le constituye en la posesión dejando él de tener el ánimo de señor y dueño, que pasa al antiguo simple tenedor. Pero, como dejó dicho, esto sucede siempre que no haya una presunción legal que favorezca el mantenimiento de la posesión, como sucede en el caso de la posesión de derechos inscritos mientras permanecen inscritos (Art. 743), pues entonces aunque se arrebató el “corpus”, la posesión perdura en virtud del ánimo y la presunción legal.

Como observa Vélez Sarsfield², para conservar la posesión no es preciso tener una voluntad positiva y formal. Cuando una persona ha perdido el uso de la razón y es incapaz de voluntad, no puede dudarse que aún antes de que se le ponga curador, conserva la posesión que tenía, pues basta que no haya manifestado una voluntad contraria.

Recíprocamente, tampoco se requiere el conocimiento, y mucho menos la voluntad positiva, para ser desposeídos materialmente. Señala Pothier que perdemos la posesión de una heredad cuando es echado de ella el que

² Vélez Sarsfield, Dalmacio: Nota al artículo 1445 del Código Civil Argentino.

poseía por nosotros, aún antes de que tengamos noticia del hecho. Se juzga que somos arrojados de nuestra heredad, no sólo cuando por fuerza se nos obliga a salir, sino cuando estamos ausentes y se nos impide por la fuerza entrar a ella; y aún para juzgarnos arrojados de la heredad propia, basta saber que otros la ocupan con intención de usar de la violencia para impedirnos entrar, y nos abstenemos de volver a ella.

No pierde la posesión el que confunde la cosa, el que no sabe cuál es su actual paradero, pero no porque otro se haya apoderado, o porque haya dado la cosa a otro, sino simplemente porque no recuerda dónde la puso, o desconoce a qué lugar se ha trasladado por sí misma, si es un semoviente.

La ocupación de la cosa por otro hace terminar la posesión del primero solamente cuando el que la toma adquiere posesión. Por esto, si concurre alguna de las circunstancias por las cuales no se adquiere posesión, tampoco la pierde el que la tenía, tales circunstancias pueden consistir en que el poseedor de permiso o adopte una postura de mera tolerancia frente a actos que no le privan de su posesión por ser de aquellos que libremente puede hacer o dejar, de hacer el dueño de una cosa, sin perderla ni disminuir sus derechos.

Cuando alguien es desposeído de una cosa cuyo título está inscrito, el hecho material **le priva de la posesión de la cosa, pero conserva el derecho hasta que se extinga por prescripción.** Al caducar las acciones posesorias para recuperar la posesión de la cosa, se confirma la posesión del despojante sobre ella, pero queda aún expedita para el propietario la acción reivindicatoria y al recuperar su derecho readquirirá también la posesión, de modo que la **caducidad de la acción posesoria no significa pérdida definitiva** de la posesión, la cual se produce y propiamente con la prescripción extintiva por una parte, que coincide con la prescripción adquisitiva para la otra.

En varios derechos extranjeros, como en el español, la posesión no se entiende perdida desde el momento en que otro se apodera de la cosa contra la voluntad del anterior poseedor, sino que sólo se considera que termina la primera después de que ha transcurrido un año. He aquí como explica este fenómeno Puig Brutau: "Finalmente, el numeral 4 del artículo

460 se refiere a otro supuesto de pérdida involuntaria de la posesión cuando afirma que tiene lugar por la posesión de otro, aún contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año. Como hemos procurado poner de relieve desde el principio de este capítulo, el hecho físico de la posesión y el concepto jurídico de la posesión no coinciden. En este principio que comentamos, esa verdad se manifiesta en lo que de no tenerla en cuenta, podría parecer un juego de palabras. En efecto, parece determinar que se pierde la posesión cuando la nueva posesión ya ha durado más de un año. Resulta evidente que existe un hecho de poseer que no es la posesión jurídicamente calificada, desde el momento en que el primero ha de haber durado más de un año para que la segunda termine. O sea, durante un año coexistirán una posesión jurídica atribuida a quien de hecho no posee y otra posesión de hecho, física o real que durante el expresado plazo de un año estará supeditada a la primera. Por eso se ha hablado de la posesión inmaterial del despojado que puede ejercitar los interdictos posesorios durante el mismo plazo de un año”.

En nuestro Derecho parece más clara la explicación a través de la diferencia entre poseer la cosa y poseer el derecho a la cosa. La distinción es neta en el caso de los inmuebles, -como ya hemos insistido largamente sobre ello-, pero sería también aplicable a los muebles que realmente dejan de ser poseídos por aquel que es despojado, pero durante un año él tiene derecho de recuperarlos mediante la acción posesoria.

Casi no hay para qué decir que cuando una persona recupera la posesión, por los varios modos -voluntarios o no, judiciales o no-, pierde la posesión el que la tenía y en virtud de la presunción del artículo 746 se considera que no poseyó jamás.

Cabe señalar, que la Constitución de la República, en el artículo 49, a la par que garantiza la propiedad y la posesión contra los abusos del poder público, señala también una manera especial de perder la posesión, que consiste en la **expropiación** por utilidad pública. Desde luego, no puede interpretarse dicho artículo en una forma literal, sin tener en cuenta el contexto, porque indicaría un absurdo: que solamente por mandato judicial o expropiación se podría perder la posesión, lo cual no es así. Debe, pues, entenderse únicamente como una limitación del poder del Estado y de los entes públicos, los cuales no pueden apoderarse de las cosas abusando de la

fuerza. Dice así: "Nadie puede ser privado de la propiedad ni de la posesión de sus bienes sino en virtud de mandato judicial o de expropiación legalmente efectuada por causa de utilidad pública o de interés social" (inciso 1° del Art. 49). Aún al mismo Estado, como es obvio, se puede entregar voluntariamente la posesión, sin necesidad de mandato judicial ni de expropiación; pero la Constitución garantiza que el ciudadano no ha de ser despojado arbitraria o violentamente, sin excluir los medios, ordinarios de conferir la posesión.

Finalmente, un modo de terminar temporal o definitivamente, la posesión es la interrupción a la que se refieren con claridad principalmente los artículos 2401 a 2403, que aunque incluidos en el Título XII del libro IV, de la prescripción, se refieren a la posesión en general: Art. 2401: Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil.

Art. 2402: La interrupción es natural: 1°.- Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada, 2°.- Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona.- La interrupción natural de la primera especie no surte otro efecto que el de descontarse su duración; pero la interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el Título De las acciones posesorias. En tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído.

Art. 2403: Interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.- Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aún él en los casos siguientes: 1°.- Si la citación de la demanda no ha sido hecha en forma legal; 2°.- Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o cesó en la persecución por más de tres años; 3°.- Si el demandado obtuvo sentencia de absolución.- En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda.

Nótese que en este último artículo se habla de interrupción "de la prescripción", pero el artículo. 2401 plantea los casos de "interrupción de la posesión", que luego se desarrollan en los dos artículos siguientes. Desde

luego, la interrupción de la posesión, origina interrupción de la prescripción que en ella se funda. El artículo 669, que se refiere a aquel caso concreto de suspensión natural puesto como ejemplo típico por el artículo 2402, dice expresamente que: “Si una heredad es inundada, el dueño de ella conserva su propiedad, y recupera la posesión luego que las aguas se retiren”; así, pues, la inundación produjo la interrupción de la posesión.

En cuanto al momento en que termina la posesión casi siempre estará en correlación con el momento en que otra persona la adquiera, de lo cual ya hemos escrito. Solamente cuando se pierde la posesión por destrucción, transformación o abandono no existe tal correlación, pero también en tales casos tiene menor interés la cuestión, pues no se suscitan problemas, con otro sujeto, por ejemplo relativos a frutos.

El caso más interesante en cuanto al tiempo de la pérdida de la posesión se plantea cuando el poseedor ha estado ausente y mientras tanto otro se ha apoderado de la cosa. Al respecto enseña Peñaherrera que el Digesto disponía que el poseedor continúe en la posesión en virtud del ánimo, hasta el momento en que, al regresar, es repelido por el usurpador o se abstiene de entrar por temor de la violencia que le amenaza. Esta distinción enseñaba también Pothier, pero ha quedado abrogada por el Derecho Francés; y Bello, con el fin de evitar toda duda al respecto, dijo expresamente en el proyectado artículo 874: “El que violenta o clandestinamente se apodera de la posesión, la adquiere aún sin el consentimiento del anterior poseedor”. Este artículo no fue admitido en el Código; pero el uso de la partícula “desde”, empleada en el artículo 760 (hoy 741) manifiesta con toda evidencia la adopción del pensamiento de Bello, perfectamente conforme con la doctrina moderna. Entre el hecho del despojo y el regreso del poseedor despojado puede haber un largo intervalo; pero esto no importa, pues el despojo, es decir, la pérdida de la posesión para el uno y la adquisición para el otro se opera en el momento mismo en que el segundo se apodera de la cosa”.

³ Peñaherrera, V.M., La Posesión, pág. 145.

Sección 5a. Efectos de la Posesión

36. Enumeración

En el plano puramente doctrinario, los efectos de la posesión varían según el concepto que de ella se tenga; principalmente las dos grandes concepciones de la posesión -la germánica y la latina-, dan origen a distintos sistemas. Como afirma Pérez Algüer, "la posesión romana es un hecho cuyos frutos son la defensa interdictal y la usucapición, jamás la presunción del derecho en cuyo ejercicio se posee. La posesión germánica (Gewere) es también un hecho consistente en la apariencia del derecho y cuyo efecto congruente es la presunción de ese mismo derecho, nunca la defensa interdictal ni la usucapición, instituciones desconocidas por el derecho germano".

Nuestro sistema jurídico se inspira principalmente en el romano, pero ha asimilado también ciertos elementos del germánico, sobre todo a través del Derecho Canónico. Sucede por ello que los efectos de la posesión resultan bastante complejos.

No los ha enumerado nuestro Código en ningún artículo. El artículo 965 parece contener una enumeración, pero es incompleta y se refiere más bien a las diversas acciones posesorias: "El poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace en su posesión o se le despoje de ella, para que se le indemnice del daño recibido, y para que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme".

En el Código Civil Mexicano encontramos una enumeración casi completa y bien organizada de los efectos de la posesión: Art. 810: "El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio tiene los derechos siguientes: I.- El de hacer suyos los frutos percibidos, mientras su buena fe no es interrumpida; II.- El de que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago; III.- El de replicar las mejoras voluptuarias, si no se causa daño en la cosa mejorada o reparando el que se cause al retirarlas; IV.- El de que se le abonen los gastos hechos por él para la producción de los frutos naturales e industriales que no hace

suyos por estar pendientes al tiempo de interrumpirse la posesión, teniendo derecho al interés legal sobre el importe de esos gastos desde el día en que los haya hecho". Esta enumeración, prácticamente aplicable al derecho ecuatoriano, constituye una lograda síntesis de la materia, aunque se refiere sólo a la posesión de buena fe.

Peñaherrera distingue estos cuatro efectos de la posesión: 1.- El de ser considerado dueño, mientras otro no justifique serlo. 2.- El mantenerse en la posesión, mientras no sea vencido judicialmente. 3.- El hacer suyos los frutos de la cosa. 4.- El adquirir la cosa por prescripción.

Para nuestro estudio, dividiremos los efectos de la posesión en los seis puntos siguientes: 1º.- Presunción de propiedad, y sus consecuencias: poder transferir la posesión o enajenar la cosa; 2º.- Derechos a los frutos o relacionados con su percepción; 3º.- Derecho a la compensación de ciertas expensas; 4º.- Fundamento de la prescripción; 5º.- Derecho a la protección judicial; y 6º.- Obligaciones del poseedor: conservar la cosa, hacerla producir, etc.

37. Presunción de propiedad

En la definición misma de la posesión, en el artículo 715, nuestro Código incluye la regla de que "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo". Se trata, pues de una presunción legal, pero simplemente legal, no de derecho, que admite prueba en contrario.

La aplicación del principio es bastante diferente en materia de muebles y de inmuebles. Respecto de inmuebles el sistema de registro de los derechos reales constituidos sobre ellos, y sobre todo el de dominio, hace que la posesión de la cosa no tenga ningún valor por sí misma para la prueba de esos derechos reales o del dominio, en tanto que la posesión de los mismos derechos, mediante su inscripción en el Registro, es prueba plena de su titularidad. En cuanto a los muebles, veremos en seguida que no rige en el Ecuador la regla del Derecho Francés "en materia de muebles la posesión vale por título", pero sí, constituye una presunción poderosa de titularidad.

Una sentencia de nuestra Corte Suprema dice así: "Si bien la prueba de la propiedad de los bienes raíces no puede ser otra que el correspondiente título inscrito, es al reivindicador a quien incumbe producirla, ya que el demandado, en su calidad de actual poseedor, nada tiene que probar, bastándole esa actual posesión para que se le repunte dueño, mientras no pruebe lo contrario el contendor que le disputa dicha propiedad y trata de arrancarla de su poder, ejerciendo la acción reivindicatoria". Otras sentencias, en parecidos términos, confirman el principio de que el poseedor es reputado dueño, mientras no se pruebe lo contrario, y por tanto, no le incumbe a él la carga de la prueba.

El valor, la fuerza, de la presunción se manifiesta en que sólo puede destruirse con una prueba satisfactoria del derecho del propietario. Leemos en otra sentencia de la Corte Suprema: "Si los títulos de dominio dejan duda acerca de la identidad de la cosa que se pretende reivindicar, es inaceptable la demanda".

De todo esto, se desprende que, evidentemente, en la prueba del dominio, prevalecen los títulos; la posesión inscrita del título, tiene fuerza incontrastable: sólo podría ser vencida por otro título inscrito, o por la prescripción. Pero la posesión de la cosa misma, origina una posición favorable en el juicio, puesto que libera de la carga de la prueba.

El Código Peruano de 1936, es más explícito aún en esta materia, pues dicen el Art. 849: "La presunción del artículo 827 (que el poseedor se reputa dueño), tratándose de inmuebles inscritos en el Registro de la propiedad inmueble, sólo favorece a las personas cuyo derecho está inscrito".

También el Código Mexicano es suficientemente preciso en este punto: Art. 802: "Todo poseedor debe ser mantenido o restituido en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer.- Es mejor la posesión que se funda en título, y cuando se trata de inmuebles, la que está inscrita. A falta de título o siendo iguales los títulos, la más antigua". Igual, el español, y muchos otros códigos. Pero es notable el mexicano, dada su inspiración revolucionaria.

Nuestro Código, siguiendo la doctrina generalmente admitida en esta materia, gradúa además el valor presuntivo de la posesión como prueba

del dominio, según la clase de posesión. Ocupa **el primer lugar la posesión regular**, que reúne la buena fe y el título. Su primacía es tal, que el artículo 938 concede al poseedor regular incluso la acción reivindicatoria que es característica peculiar del dominio; naturalmente esta acción no puede ejercerse contra quien tiene igual o mejor derecho, y nunca contra el propietario; pero es una gran concesión; el poseedor, por regla general es sujeto pasivo de la reivindicación, y aquí se convierte en sujeto activo: él puede reivindicar, dentro de ciertos límites: “Se concede la misma acción (reivindicatoria), aunque no se pruebe el dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción.- Pero no valdrá, ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho” (Art. 938).

En cuanto a los muebles, el derecho francés y los que siguen sus huellas, consideran la posesión no sólo como una presunción legal de dominio, sino como título, lo que equivale a una **presunción de derecho**, que no admite prueba en contrario; aunque es verdad que de todas formas se reconocen algunos casos de excepción, que paulatinamente se han hecho más numerosos por obra de la jurisprudencia.

La mayor parte de los códigos latinoamericanos, y otros europeos, sin embargo, adoptan únicamente la postura de considerar la posesión de cosas muebles como **simple presunción legal** de propiedad.

En nuestro Derecho no puede aplicarse la presunción respecto de todos los muebles. Por ejemplo, no es aplicable a los muebles que una persona está obligada a entregar a otra en virtud de contrato o por otro título de deuda, las accesorias de un inmueble reivindicado, las del Estado, las robadas, etc.

Por esto, el Código ha preferido, con cautela, indicar **qué cosas no pueden ser reivindicadas**, es decir, cuáles son aquellas respecto de las cuales el poseedor puede sentirse totalmente seguro. El poseedor de cosas muebles compradas en feria, almacén, tienda u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase, no está obligado a entregar la cosa si las reivindica su dueño, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla (Art. 934). De aquí se deducen claramente dos importantes principios: 1º.- Que no es

aplicable entre nosotros el principio del derecho francés de que respecto de la posesión de muebles, ésta vale como título; 2º.- Que la buena fe en el poseedor de muebles está especialmente protegida, de modo que cuando es muy razonable presumirla, tiene derechos parecidos, casi iguales, a los de un propietario. El artículo 1506 protege en forma parecida a los poseedores de buena fe que compraron una cosa mueble, a quien la debía a plazo o bajo condición suspensiva o resolutoria; y el 2203, análogamente, para el caso del que pagó lo que no debía: el tercero de buena fe, a título oneroso, no puede ser perseguido.

No siendo la posesión título de dominio, se sigue de ello la consecuencia que señala Peñaherrera: “el que vende una cosa ajena no transmite al adquirente sino la posesión, apta cso sí, para la prescripción regular, si reúne los respectivos requisitos”.

Muy diferente es el caso, cuando hay mala fe, y mucho peor si está agravada por un **hecho delictivo**. Con precisión manifiesta esta doctrina una sentencia bastante moderna de la Corte Suprema: “A los casos de delitos contra la propiedad no cabe aplicar la doctrina civil relativa a la validez de la venta de cosa ajena; de aplicarse, produciría el absurdo jurídico y social de que los delincuentes, por el sólo hecho de vender las cosas robadas, estafadas o hurtadas, quedarían exentos de responsabilidad penal y sin ninguna represión de los hechos punibles cometidos”.

La **presunción de dominio** a favor del poseedor, le permite transferir la posesión y enajenar la cosa. El dueño puede libremente disponer de la cosa en virtud del dominio, pero el poseedor, por la presunción de dominio puede también disponer de la posesión abandonándola, transfiriéndola, o incluso destruyendo la cosa. Y así como el propietario puede desmembrar el dominio cediendo algunos de sus derechos, también el poseedor puede seguir ejerciendo la posesión aunque ceda la tenencia de la cosa; expresamente lo dice el Art. 740: “El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o cualquier otro título no traslativo de dominio”.

El poseedor puede también **enajenar la cosa**, aunque no sea propietario. Ciertamente que la enajenación por tradición del que no es propietario no

transmite otros derechos que los que tenía el tradente al momento de la entrega y los que posteriormente adquiriera con el dominio que llegue a tener (Art. 698). Pero el poseedor puede enajenar, como lo prueba, entre otros, el artículo 745 que admite la enajenación por parte del usurpador el cual precisamente al enajenar hace acto de posesión y da fin a la posesión del despojado haciendo que, comience otra posesión en el que adquiere la cosa, posesión que puede llevarle, mediante la prescripción, a ser propietario.

38. Derecho a los frutos

En principio, los frutos pertenecen al dueño de la cosa que los produce, pero el artículo 662 de nuestro Código Civil salva el caso del derecho del poseedor de buena fe.

Se pregunta si no cabe también algún derecho a los frutos por parte del poseedor de mala fe. El mismo artículo que se acaba de mencionar parece excluirlo. Además, el artículo 951 expresamente ordena que el poseedor de mala fe restituya los frutos, y no solamente los percibidos realmente, sino los que el dueño hubiera podido percibir usando de mediana inteligencia y actividad, si hubiera tenido la cosa en su poder.

Los frutos se dividen, según el artículo 661, en: pendientes, percibidos y consumidos. Se consideran consumidos los enajenados.

Respecto de los **percibidos**, el poseedor de buena fe los hace suyos, el de mala fe, debe restituirlos en especie, o el valor que tenían al tiempo de la percepción, y, como quedó dicho, responde aún de los que de hecho no se produjeron pero que el dueño habría podido razonablemente percibir. El de buena fe tiene este derecho hasta la citación de la demanda después de la citación se asimila al poseedor de mala fe para el efecto de los frutos. El hecho de que los frutos estén **ya consumidos**, no varía las reglas indicadas.

En cambio, los frutos **pendientes** no pertenecen al poseedor, sino que se han de entregar con la cosa masa que los produce al propietario de ella. En todo caso, tanto el poseedor de buena como de mala fe, tienen dere-

cho a que se les compense los **gastos ordinarios de producción** que hayan invertido: esto es de ellos y se les debe restituir (cfr. Art. 951).

También se distinguen los frutos **naturales y civiles**. Los primeros son los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana. Los civiles consisten en precios, pensiones, cánones de arrendamiento, intereses, etc. Respecto de éstos, se considera que se producen **día por día**, puesto que se pueden calcular matemáticamente así, y están pendientes mientras no se cobran, una vez cobrados están percibidos. Los naturales en cambio no se producen en un tiempo matemático, ni es posible calcular con exactitud su grado de madurez o formación, sólo se puede distinguir, para los efectos jurídicos si están aún unidos a la cosa que los produce o ya se han separado de ella.

Para la aplicación de las reglas de derecho sobre los frutos es preciso igualmente tener en cuenta el artículo 589 que establece que “los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos, como las hierbas de un campo, la madera y frutos de los árboles, los animales de un vivar, se reputan muebles, aún antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas en favor de otra persona que el dueño”. Por consiguiente, puede el poseedor de buena fe enajenarlos y usar los modos propios de la transferencia de bienes muebles respecto de esas cosas, y el artículo 949 indica que en la restitución de la cosa reivindicada se comprenden las cosas que forman parte de ella, o que se reputen inmuebles, de modo que nada debe el poseedor de buena fe por los frutos que hubiere enajenado mientras estuvo de buena fe, aunque dichos frutos no están actualmente separados al momento de la citación de la demanda.

Nuestra Ley distingue entre **frutos y productos**. Así, al tratar de la remuneración del guardador, el artículo 556 dice que “no contarán entre los frutos de que debe deducirse la décima, las materias que, separadas, no renacen, ni aquellas cuya separación deteriora el fundo o disminuye su valor”. Parecida regla se da para el caso del derecho real de usufructo. En cuanto a la cuestión de la restitución por parte del poseedor, el Código se remite solamente a los frutos, y no dice nada de los productos de modo directo, sólo habla a propósito de deterioros que el poseedor de buena fe no debe indemnizar los producidos durante su buena fe, salvo que se hubiere aprovechado de ellos “por ejemplo, destruyendo un bosque, y vendiendo la madera o leña, o empleándola en beneficio propio”. De

donde podemos deducir que los productos, lo mismo que los frutos, pertenecen al poseedor, pero que si le han enriquecido, disminuyendo el valor de la cosa de la que se separaron, debe restituirlos. En cuanto al poseedor de mala fe, deberá los productos en todo caso; con mayor razón que los frutos propiamente dichos, como es obvio.

Del mismo modo, corresponde al dueño y no al poseedor, la mitad del tesoro hallado en un terreno. La otra mitad es del descubridor. Así ordena el artículo 642.

Generalmente acepta la doctrina, con fundamento en las leyes, que la buena fe del poseedor se presume, también para el efecto de la apropiación de los frutos. Pero anota Peñaherrera “hay, sin embargo, opiniones contrarias, como la de Baudry-Lacantiniere, eminente Decano de la Facultad de Bordeaux, fundada en el principio jurídico de que las presunciones legales y las excepciones son de estricta interpretación. De donde deduce que el que alega la buena fe para hacer suyos los frutos está sujeto a las reglas generales, según las que todo el que reclama un derecho debe hacer constar los fundamentos en que lo apoya”.

Parece que nuestro sistema es el admitido, por la mayoría de los comentaristas. El Código no hace distinciones en cuanto a los efectos de la presunción de buena fe, de modo que debemos extenderlos a todos los aspectos, y también a la apropiación de los frutos.

El momento en que debe haber buena fe para adquirir los frutos, es el de la **percepción**, como lo dice el Art. 957: “La buena o la mala fe del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción, y relativamente a las expensas y mejoras, al tiempo en que fueron hechas”. Pero insisto en que, en principio si hubo buena fe inicial, se ha de entender que perdura mientras no se demuestre lo contrario; no cabría exigir al poseedor que probara la buena fe, cada vez que percibió frutos: sería una prueba la mayor parte de las veces imposible o difícilísima.

El Código Argentino contiene una regla muy parecida a la que se acaba de transcribir: dice así: “Art. 2358: La buena fe del poseedor debe existir en el origen de la posesión, y en cada hecho de la percepción de los frutos cuando se trate de frutos percibidos”; y comenta el autor, Vélez Sarsfield



que “En la prescripción basta que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición, la razón es que la prescripción para adquirir reposa sobre la posesión, es decir, sobre un estado de cosas permanente, cuyo carácter se determina en general de una manera invariable. Al contrario, cuando se trata de la posesión para la adquisición de frutos reposa sobre una percepción hecha de buena fe, cada acto de percepción constituye un hecho aislado, cuyo carácter es independiente de las percepciones anteriores. El poseedor, pues, no podría prevalecerse de la buena fe originaria”. Pienso, que hay razón para esta distinción, porque efectivamente la prescripción dimana de un estado y la apropiación de frutos es un acto, pero en cuanto a la prueba, me parece que no hay otra solución que estar a la presunción de que la buena fe perdura, mientras no se demuestre lo contrario, porque de otra manera se haría irrealizable el derecho del poseedor sobre los frutos, y no es esa la intención del legislador, ni parece lo justo. Ahora bien, si se prueba que el poseedor perdió la buena fe, que se dio cuenta de su falta de derecho, entonces sí es equitativo que se le prive de los frutos.

Para la prescripción ordinaria basta la buena fe inicial, y por esto parece un tanto forzado que se pueda adquirir la cosa misma aunque haya cesado la buena fe, en tanto que no puede tal poseedor apropiarse de los frutos de la cosa. Esta doctrina, nacida en el Derecho Romano, fue efectivamente desechada por el Derecho Canónico y el Germano, que vieron en ella una profunda inmoralidad, pero el Código Napoleón prefirió la doctrina romana, aunque, -como dice Peñaherrera- por consideraciones poco satisfactorias. La mayor parte de los códigos modernos siguen la misma doctrina, aunque el Código Alemán ha vuelto a adoptar la orientación canónica, que no justifica ninguna adquisición de dominio al poseedor de mala fe probada.

Estando así las cosas, se plantean dos problemas: por qué razón el poseedor hace suyos los frutos, y por qué los pierde a raíz de la citación de la demanda de reivindicación propuesta por el propietario de la cosa poseída y productora.

Se suele justificar aquella apropiación fundándose en que el trabajo es el alma de la producción, su elemento más humano y noble; por lo cual el esfuerzo del poseedor debe ser recompensado con los frutos. Esta idea ya se insinuó entre los jurisconsultos romanos que antes del siglo III con-

cedían al poseedor solamente aquellos frutos obtenidos por el cultivo; así afirma Pomponio que el poseedor de buena fe no se hace dueño de los frutos que nacen sin esfuerzo (Lib. 22, Ley 45, título 1º). Posteriormente se extendió la concesión por equidad a todos los frutos de la cosa, pero con la importante reserva de que debían entregarse al propietario los no consumidos al tiempo de la reivindicación. Las ideas cristianas, coincidentes con estos principios de derecho natural, contribuyeron poderosamente a afirmar el derecho del poseedor de buena fe a los frutos, principalmente cuando son el resultado de su esfuerzo personal.

En cuanto a la terminación de este derecho por la citación de la demanda, la explicación más corriente consiste en que ya no puede haber buena fe, desde cuando el propietario reclama judicialmente lo que le pertenece. Pero esta explicación es insuficiente e inexacta en algunos casos. No se puede asimilar el poseedor de buena fe al de mala fe sólo por la demanda; puede haber circunstancias que hagan pensar al poseedor que el reivindicante no tiene derecho y entonces resulta lógico que se defienda en el juicio perseverando su buena fe. Algunos códigos, como el antiguo de Austria, sin embargo, son severos en esta materia y consideran como presunción de derecho que el poseedor se constituye en mala fe desde la citación de la demanda (Art. 338). Algunos comentaristas en cambio, opinan que no es ésa la razón del término del derecho a los frutos; Molitor en el Tratado sobre la Reivindicación opina que no hay por qué asimilar el poseedor de buena fe al de mala fe en este asunto, sino que, por equidad, debe cesar el derecho del poseedor condenado a la restitución de la cosa, a partir de que se le citó la demanda, aunque bien pudo defenderse también de buena fe. Puede el poseedor creer, por un error, que el demandante no tiene razón, y no hay mala fe en su defensa. También Demante afirma que no es necesario para impedir la adquisición de los frutos, que la buena fe del poseedor haya cesado enteramente. Basta que el vicio de su posesión le haya sido revelado por una demanda en forma. Esta demanda no es, sin embargo, sino una presunción que el demandado puede creer mal fundada, y a la cual podrá oponerse de buena fe. Por esto no se le debe asimilar en todas las relaciones de derecho al poseedor de mala fe, principalmente en cuanto a los peligros de la cosa durante la instancia.

Nuestro Código, efectivamente, no le hace responsable al demandado de la pérdida de la cosa, cuando es por caso fortuito, como sí es responsable

el deudor moroso. Podemos concluir que es una razón de equidad, y no la asimilación al poseedor de mala fe lo que justifica la terminación del derecho a los frutos desde la citación de la demanda.

39. Compensación de ciertas expensas

Todo poseedor, incluso el de mala fe, tiene derecho a que se le pague lo que ha gastado en hacer producir los frutos que no hace suyos, que entregue al dueño o reivindicante. El Código habla de “gastos ordinarios invertidos en producir” dichos frutos; por tanto, no podrían reclamar gastos inusitados, inútiles o excesivos.

También todo poseedor tiene derecho a las **expensas necesarias** invertidas en la conservación de la cosa (Art. 952). “Si estas expensas se invirtieron en obras permanentes, como una cerca para impedir las depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, se abonarán al poseedor dichas expensas, en cuanto hubieren sido realmente necesarias; pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución.- Y si las expensas se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente, como la defensa judicial de la finca, serán abonadas al poseedor en cuanto aprovecharen al reivindicador, y se hubieren hecho con mediana inteligencia y economía”.

En cambio, las expensas solamente **útiles**, pero no indispensables o necesarias, se reconocen solamente al poseedor de buena fe, y en cuanto las hubiere hecho antes de la citación de la demanda. El poseedor de mala fe, no puede reclamarlas, pero puede retirar los materiales si no sufre detrimento la cosa reivindicada si el reivindicador rehúsa pagarle el precio de dichos materiales; es decir que el propietario puede escoger entre pagar y quedarse con los materiales, o dejar que se los lleve el poseedor de mala fe.

Las expensas **voluptuarias**, es decir aquellas que ni eran necesarias, ni significan una mejora útil en la cosa, sino un mero adorno, comodidad, lujo, etc., no se deben ni al poseedor de buena fe (mucho menos al de mala fe), que solamente tendrá el derecho de retirarlas, como lo puede el de mala fe respecto de las mejoras útiles. El poseedor de mala fe, nada puede reclamar respecto de estas últimas expensas, voluptuarias.

“Cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá **retener** la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción” (Art. 958). Una sentencia de la Corte Suprema aclara que el arrendatario no tiene este derecho de retención, porque no es poseedor sino mero tenedor; el arrendatario puede también retener la cosa hasta que se le pague, pero no expensas por mejoras, sino las indemnizaciones de perjuicios que pueda haber sufrido.

40. Fundamento de la prescripción

La posesión es necesaria para la prescripción adquisitiva o usucapión. Esta no se obtiene sin posesión; no basta la tenencia.

En cambio, puede haber cosas que pueden poseerse y sin embargo no se adquieren por prescripción. En primer lugar, aquellas que sólo puede poseer el Estado y son imprescriptibles por disposición constitucional. Además, puede haberse comenzado a poseer una cosa que luego es declarada legalmente imprescriptible, y entonces se aplicará la nueva Ley, conforme al artículo 7 regla 24.

Para ganar la **prescripción ordinaria** se necesita posesión regular no interrumpida, durante todo el tiempo que las leyes requieren (Art. 2407). Para la prescripción extraordinaria vale aún la posesión irregular.

De este importantísimo efecto de la posesión se tratará en capítulo aparte, dentro de los modos de adquirir el dominio.

41. Derecho a la protección pública

El propietario tiene derecho a la posesión, y si es despojado de ella u otra persona pretende ser el propietario, puede reivindicar la cosa. Esta acción, llamada petitoria protege en definitiva la propiedad, aunque se reclame la posesión que corresponde al propietario. También las acciones de lindación, división de la cosa común y otras análogas, aunque afectan indudablemente a la posesión, están más directamente vinculadas con la propiedad.

La típica defensa judicial de la posesión consiste en las llamadas “**acciones posesorias**”, que derivan de los “**interdictos posesorios**” del Derecho Romano.

“Las acciones posesorias tienen por objeto **conservar o recuperar** la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos” (Art. 960).

El que no puede ejercer las acciones posesorias y haya sido violentamente desposeído, puede proponer la **acción de despojo**, que caduca en seis meses (cfr. Art. 972).

Además, hay las **acciones posesorias especiales**: obra nueva (Art. 974), querella de obra ruinosa (Arts. 975, 976) y otras que protegen las reclamaciones de vecindad relativas a cercas, frutos, aguas, etc. (Art. 980).

El poseedor puede, finalmente, demandar no sólo la conservación o restitución de su posesión, sino también la **indemnización de perjuicios** que haya sufrido por cualquier perturbación. De estas acciones posesorias se trata en la Sección siguiente.

42. Obligaciones del poseedor

El poseedor debe **entregar** la cosa a quien resulte tener mejor derecho, esto es al propietario o a quien fue despojado injustamente de la posesión.

Los diversos contratos mediante los cuales se obliga a alguien a transferir la propiedad u otros derechos, implican igualmente la obligación de dar la posesión de tales cosas. Así, en la venta de un inmueble mediante escritura pública, el vendedor queda obligado a verificar la tradición mediante la inscripción del título en el Registro de la Propiedad; puede liberarse de esta obligación, autorizando al comprador o al notario para que hagan la inscripción.

Del artículo 944 se deduce que el poseedor de mala fe, y el de buena fe desde que se le cita la demanda, **no puede enajenar la cosa**, y si lo hace, responde de todos los perjuicios que puede ocasionar al propietario.

El poseedor cuyo bien poseído se reivindica está también obligado a **conservarlo**, impidiendo que se pierda o deteriore. Si hay temor de que no cumpla esta obligación, el reivindicante puede pedir el secuestro de la cosa (Art. 945). El actor puede pedir también otras medidas para evitar el deterioro de la cosa que reivindica (Art. 946).

El poseedor de **mala fe** responde en general con mayor severidad de las mencionadas obligaciones. Así, el artículo 944 permite dirigir contra él la acción de dominio aunque haya dejado de poseer por su culpa; y responde de los frutos y de hacer producir razonablemente a la cosa; también responde de todo deterioro culpable, mientras que el de buena fe, solamente en la medida en que le hubieren beneficiado.

Sección 6a. Acciones Posesorias

43. Justificación de estas acciones

Se pregunta por qué razón debe ser protegido el poseedor. Sabemos que las acciones posesorias tienden a conservar, libre de turbaciones extrañas, la posesión, o a que la recupere quien la ha perdido. El poseedor es protegido en cuanto poseedor, porque es poseedor, y aún frente al mismo propietario, si quisiera **arbitrariamente** quitarle la posesión o la hubiere arrebatado.

La respuesta en la doctrina no es una sino múltiple. Se dan varias interpretaciones de este fenómeno jurídico de la defensa y protección del hecho posesorio. Y la respuesta tiene suma importancia, porque de ella dependerá el mayor o menor alcance de la protección misma, la interpretación de la Ley en todo lo relativo a las acciones posesorias.

El origen de esta protección se halla en los “interdictos” del antiguo Derecho Romano, destinados a suplir la falta de acciones civiles propiamente dichas, dirigidas a solucionar ciertos conflictos. El magistrado que no podía resolver el asunto dentro de ninguna de las fórmulas clásicas, debía sin embargo tutelar el orden, **evitar el atropello de la violencia**, la alteración de la paz social, y en virtud de su autoridad administrativa o “impe-

rium” ordenaba cesar en una determinada actividad o actitud que resultaban peligrosas. En esta forma se cortaba rápidamente una disputa: emitiendo un “interdictum”, una prohibición, paralizando así las cosas hasta esclarecer quien tenía razón en una disputa. La persona a quien se ordenaba con el interdicto podía someterse plenamente, con lo que terminaba la contienda o bien, cumplida la orden, podía proponer la acción judicial que le pareciera conveniente para defender su derecho.

Más tarde, con la evolución del procedimiento el Pretor ya no emite el interdicto como un trámite previo, sino que directamente conoce del asunto, y para recabar su actuación se concede una acción extraordinaria que ocupa el lugar del interdicto. No obstante, por tradición, se siguió hablando de interdictos en lugar de acciones, aunque no faltan textos de leyes romanas que usan esta última expresión. Así, pues, el origen histórico sitúa a las acciones posesorias como procedimientos **extraordinarios**, de emergencia, para solucionar situaciones imprevistas y que requieren una urgente solución. Nacen como una exigencia de la paz, de la seguridad pública, más que como una exigencia de justicia. La justicia debe prevalecer en último término, pero a veces, debe suspenderse momentáneamente, en aras de la paz y la seguridad, hasta hallar un camino más firme para la aplicación de la pura justicia.

Pero con el andar del tiempo, al perfeccionarse los medios de defender los derechos propiamente dichos, esto es, los medios de hacer justicia, la justificación de las acciones posesorias -acciones de emergencia en pro de la paz-, resulta más difícil. Por esto, en el plano doctrinal surgen distintas interpretaciones.

Para algunos, la acción posesoria tiene su razón de ser principalmente en cuanto aleja la posibilidad de **hacerse justicia por sí mismo**, con detrimento de la paz y del verdadero orden civil.

Otros ven en la acción posesoria, de acuerdo con sus orígenes romanos, una especie de **preparación del juicio formal**, un planteamiento previo de posiciones que esclarece inicialmente las cosas, antes de juzgar en el fondo sobre ellas.

La opinión más difundida, probablemente, es la que justifica las acciones posesorias, porque así **se protege indirectamente la propiedad**. En esta concepción, la posesión es ante todo una manifestación de la propiedad; el fundamento de la presunción más fuerte de propiedad que se pueda considerar.

Pero, como observa Puig Brutau, no siempre el propietario ostenta el mejor derecho a poseer. Precisamente la distinción entre posesión inmediata y mediata, a la que recurren algunos derechos modernos como el Alemán, está fundada en el hecho de que el derecho más natural, puede hallarse privado del derecho a poseer, tanto por la existencia de un derecho real de contenido limitado como por la eficacia de una relación obligacional entre el propietario y el tenedor de la cosa. Y según nuestro Código, en el caso de desmembración de la propiedad, por ejemplo en el usufructo, la posesión de la cosa misma está tan protegida como la posesión del derecho desmembrado (en el ejemplo, el derecho del usufructuario): ambos pueden ser objeto de acción posesoria. Luego, la solución de que la acción posesoria existe sólo para proteger indirectamente el dominio, no satisface plenamente.

Peñaherrera con fórmula muy clara asevera que “existe la acción posesoria porque existe el derecho de poseer, ya que si la Ley reconoce un derecho, por el mismo hecho existe la acción destinada a defenderlo judicialmente”. Este planteamiento traslada el problema a la justificación misma del derecho de poseer: quién tiene derecho a poseer y por qué debe o puede poseer. Y nuevamente hallaremos la respuesta tradicional, de que puede por que es propietario o titular de algún otro derecho, con lo cual paramos en que la acción posesoria, dimana en último término de la propiedad y los demás derechos reales.

Algunos autores contemporáneos justifican las secciones posesorias por su sentido social: ellas **protegen el trabajo**, el esfuerzo humano de hacer rendir las cosas. Aunque sin una formulación muy directa, es el pensamiento contenido en las enseñanzas de varios Pontífices de la Iglesia Católica, al tratar de asuntos morales o religiosos sobre la propiedad, el orden social y el trabajo, desde León XIII, pasando por Pío XI, Pío XII, Juan XXIII, Paulo VI y Juan Pablo II. En último término, hay que hallar en la dignidad misma del hombre y en su esfuerzo creador, el fundamento de la

protección, no sólo de la propiedad sino también de su posesión, porque así se defiende su trabajo, su seguridad, su misma vida.

Desde luego, caben también soluciones eclécticas, porque las diversas motivaciones de las acciones posesorias, como se habrá podido apreciar, no son excluyentes entre sí. Castán afirma a este respecto que “en realidad, las variadas teorías formuladas por los autores (la mayoría de las cuales han surgido como explicaciones históricas de la posesión en el Derecho Romano), lejos de ser incompatibles, se complementan entre sí, y unidas a otras razones de utilidad (como la de preparar la posición procesal de las partes en el juicio acerca del dominio), justifican cumplidamente la tutela de la posesión”.

Respecto de nuestro Código Civil cabe decir que el pensamiento de Bello ya estuvo inspirado en un sistema ecléctico, no exclusivista. A lo cual debemos añadir, que la evolución histórica de la institución ha contribuido a darle un carácter aún más mixto. Las mismas declaraciones constitucionales, contenidas principalmente en las Cartas Políticas de 1929, 1945, 1946, 1967, 1978 y 1998 ponen de realce la función social de la propiedad, de donde deriva el concepto social de la posesión. La progresiva protección del trabajo, también en el ámbito constitucional, y de la dignidad de la persona humana, siguen nítidamente la línea trazada desde más de cincuenta años atrás por la Iglesia, y por esto parece preferible adoptar en la interpretación de esta delicada materia el criterio ecléctico que responde al origen y desenvolvimiento del sistema jurídico ecuatoriano.

44. Características generales de las acciones posesorias

Como asegura Valencia Zea, la institución más a fondo estudiada por Don Andrés Bello fue la relativa a las acciones posesorias. Sus primeras ideas pueden considerarse perfectas; pero Bello, después de muchas cavilaciones, las fue dañando hasta dar origen al sistema actual, que es bastante imperfecto. En el primer manuscrito definía las acciones posesorias: “Acciones posesorias son aquellas en que se trata de la posesión momentánea, esto es, de averiguar quién es el que tiene o debe tener actualmente la posesión sin perjuicio de la verdadera propiedad o dominio. La acción posesoria se da al poseedor natural (mero tenedor) como al civil o al propietario”. Con esta idea redactó el artículo 1069 del primer Proyecto: “Las

acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión. Pertenecen a todo poseedor de la misma manera que al dueño que legítimamente posee". A simple vista se comprende -dice el autor colombiano-, que este sistema es igual al moderno sistema alemán, suizo, español, etc.- Pero el último proyecto cambia la orientación del sistema para seguir de cerca el sistema francés, que es el que consagra en los artículos 960 y siguientes. Así resulta que en nuestro Código tenemos un sistema ecléctico que da origen a dificultades de interpretación. Por una parte las acciones derivadas del Derecho Romano, que son las comunes de conservación o reintegración de la posesión, y por otra parte, la acción de despojo violento, derivada del Derecho Canónico, se entrelazan estrechamente en los textos legales.

Hay una diferencia radical entre las acciones comunes de **conservación y reintegración** de la posesión, frente a la de **despojo violento**: las primeras competen exclusivamente al poseedor, mientras que la segunda se atribuye también al mero tenedor. Sobre esto insistiremos al hablar del sujeto de las acciones posesorias.

En principio, las acciones posesorias protegen la posesión. Quien la tiene puede intentar la correspondiente acción aunque no sea dueño, y aún contra el verdadero dueño. Como observa Peñaherrera, esto no es por "menosprecio al dominio, sino porque la **cuestión del dominio no se trata**". Por el contrario, en las acciones petitorias, se discute sobre el título que sirve de origen o fundamento al derecho, y del cual deriva el de la posesión. Esta neta diferencia entre acción posesoria y acción petitoria es una característica de primera importancia, que redundará en consecuencias relativas a las pruebas, al valor de la sentencia, etc.

En el Derecho Germano, como asegura Planitz, a diferencia del Derecho Romano, no existía una clara diferenciación entre la acción petitoria y la posesoria; ambas eran una misma cosa, que sólo en ciertos casos especiales adquiría una configuración neta. Esto ha influido quizá en el Derecho Francés más de lo que corrientemente se piensa, y a través de él, afecta a nuestro Código con algunas sombras que lo oscurecen; pero la interpretación debe inspirarse, de todos modos en la diferenciación de ambas clases de acciones, que ha sido el propósito del Legislador, es un principio común en la doctrina, y un imperativo de la naturaleza misma de las cosas.

Hay acciones posesorias **comunes**, que son la de conservación o para recuperar la posesión, y otras, que aunque también se llaman posesorias, las “posesorias **especiales**”, no reparan una turbación o un despojo de la posesión, sino quizá en algún sentido muy amplio. Una sentencia de la Corte califica de “esencial” a esta diferencia que “consiste en que las primeras se entablan por obras que turban o embarazan la posesión o le privan de ella al quejoso, que puede dirigirse, no sólo al usurpador, sino contra toda persona, cuya posesión se derive de la del usurpador; y las segundas que se refieren a las obras que pueden ser ejecutadas en el suelo de que están en posesión el querellante o el querellado, sin que sea necesario para la procedencia de la demanda que esa posesión se origine en título inscrito”.

Concretándose, por ahora a las acciones posesorias generales, éstas son de dos clases: destinadas a proteger la **conservación** de la actual posesión (conservativas), o bien, a obtener la reintegración en la posesión que se perdió (de **recuperación** o reintegración de la posesión). Dentro de las segundas, forma categoría aparte, muy especial, la acción de **despojo violento**.

En algunos derechos existe también el interdicto de adquirir la posesión. Así en el Derecho Español. Pero tales interdictos tienen un carácter totalmente diferente, puesto que tratan de conferir la posesión a quien tiene derecho a ella, normalmente en virtud de una sentencia, de modo que son verdaderos procedimientos de ejecución. En nuestro sistema, no pueden encuadrarse dentro de las acciones posesorias, y de hecho el Código Civil no se refiere a ellas.

Para adquirir la posesión de una cosa, se requiere hacer valer algún derecho, como el dominio, la herencia, la prenda, o por lo menos un derecho precario al goce de la cosa, derivado de algún título; y las acciones correspondientes a la demostración o defensa de esos derechos serán **petitorias**, mientras que las acciones posesorias se reducen simplemente a mantener el hecho sin entrar al análisis profundo de su valor jurídico.

El Código de Procedimiento Civil se refiere a la acción de “**amparo de la posesión**”, en los artículos 698 y siguientes. “Si dos o más personas -dice el artículo 698-, solicitaren el amparo de la posesión en un mismo inmue-

ble, se mantendrá en ella, al que tenía al momento de empezar la disputa judicial, mientras no se decida a quien corresponde” y agrega el 699: “El depositario, el administrador o cualquiera que tuviere o poseyere en nombre de otro, puede también promover este juicio”. Por las últimas palabras, se deduce que esta acción se encuadra dentro del concepto de despojo violento, de que trata el artículo 972 del Código Civil, puesto que de otro modo, no cabría concederla a quienes no son poseedores sino meros tenedores. Pero el cambio de terminología entre ambos Códigos origina de todos modos cierta confusión, puesto que el tenor literal del artículo 698 parece describir la acción de **conservación** de la posesión, o para evitar la turbación de ella, y no la de despojo.

Hechas estas primeras observaciones generales, nos toca examinar a continuación otras características salientes de las acciones posesorias generales: a) que versan sobre inmuebles; b) su carácter real o personal; c) los efectos de la cosa juzgada; d) los presupuestos de estas acciones, y primeramente que se fundan en la posesión; e) que dicha posesión debe ser anual por lo menos; f) que debe ser pacífica; g) que debe ser ininterrumpida; h) las excepciones que pueden presentarse; i) el carácter informal de estas acciones.

a) Versan sobre inmuebles. La regla de que las acciones posesorias versan solamente sobre inmuebles es prácticamente universal, si bien en algunos derechos modernos se tiende a extenderlas a algunos muebles especiales. A veces se recurre más bien a la ficción de considerar ciertos muebles como inmuebles como sucede con los barcos y aviones, en algunos sistemas jurídicos.

El Derecho Romano daba enorme importancia a los inmuebles; ahora bien, en el Derecho moderno no podría sostenerse que las cosas muebles no tengan valor, o que lo tengan menor que las inmuebles. La economía contemporánea, por el contrario, se funda más en los valores mobiliarios que en los inmuebles, que predominaron en épocas de dominio de la producción agraria, cuando casi no existía industria y el comercio era reducido.

Sin embargo, se mantiene el concepto de que las acciones posesorias tutelan solamente a los inmuebles. En el Derecho Francés, esto se funda en el

predominio de la regla de que “en materia de muebles, la posesión vale por título”, que origina una práctica identificación entre propiedad y posesión respecto de estas cosas; entonces, basta con las acciones petitorias, y la defensa directa de la propiedad.

Pero en muchos países, y entre ellos en el nuestro, tampoco es aceptable el principio de que en materia de muebles la posesión vale por título, de donde es preciso hallar otra justificación a la restricción de las acciones posesorias solamente a los inmuebles. Algunos comentaristas antiguos del Código de Bello, como Chacón, se remitían, sin embargo, al principio ya mencionado del Derecho Napoleónico, como si fuera también aplicable en nuestro sistema, pero esto no es exacto.

Puig Brutau opina que el Derecho moderno ofrece mayor seguridad al tráfico jurídico que a la posesión estática de las cosas; por esto se mantiene la adquisición de quien ha confiado en la titularidad de quien le entregó un mueble. Probablemente, ésta es la razón más honda del fenómeno.

Si se confirieran acciones posesorias para conservar o recuperar la posesión de cosas muebles, se dificultarían las transacciones comerciales que exigen rapidez, agilidad, ya que el adquirente de bienes muebles -títulos, acciones, cédulas, ganados, joyas, productos industriales, etc.-, tendrá que cerciorarse muy diligentemente sobre el titular de la posesión, lo cual podría presentar graves dificultades.

A lo dicho se pueden sumar otras consideraciones de orden práctico; como el hecho de que las cosas muebles se pueden conservar más fácilmente con un mediano cuidado por parte de su dueño; existe también la protección policial; y si el despojo se produce, resulta más práctico recuperar directamente la cosa mediante una acción petitoria, y no retrasando el procedimiento por la previa interposición de una acción posesoria; la propiedad de estas cosas se puede probar breve y sumariamente y al reclamar su dominio se pide simultáneamente la posesión.

b) Las acciones posesorias son reales. Una sentencia de la Corte Suprema centra muy bien el tema indicándonos cuáles son acciones reales: “Son acciones reales -dice-, los medios que la Ley concede para hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales,

esto es, de los derechos en la cosa, sin consideración a determinada persona”.

Todo depende, pues, de cómo se considere a la posesión misma. Si nos atenemos a una interpretación literal de la Ley y consideramos la posesión como un mero hecho, evidentemente, no podría hablarse de acción real. Esta dirección doctrinal podría hallar fundamento también en el Derecho Romano, que derivó las acciones posesorias “ex maleficiis”, de los actos ilícitos, y les dio originariamente un carácter penal, y por tanto personal.

Pero, sin desvirtuar el carácter esencialmente de hecho propio de la posesión en nuestro sistema jurídico, bien puede sostenerse que las acciones posesorias son reales, porque tutelan la posesión, **frente a toda clase de personas**, o frente a la comunidad en general.

Según Peñaherrera las acciones posesorias son reales, como real es el derecho posesorio, y esto, porque existe frente a todos; no hay sujeto pasivo determinado, y “la posesión es la manifestación externa y visible de la propiedad; y por lo mismo, participa de los caracteres y naturaleza de ésta”.

Los que ponderan más el carácter de la posesión en sí misma, que es simple hecho, seguirán la dirección de Pothier, que consideraba las acciones posesorias como personales. En cambio, quienes se fijan más atentamente en las relaciones jurídicas que ese hecho fundamenta, y del cual derivan, deberán admitir el carácter real de las acciones posesorias. Como dice Hébraud, estas acciones protegen una situación directa sobre las cosas y se pueden hacer valer contra cualquiera persona que perturbó o violó la situación existente, por lo cual son reales, como reales son las relaciones jurídicas entretejidas en torno a la posesión.

La mencionada sentencia de la Corte Suprema concluye, conforme a estos criterios expuestos, que “es real la acción que se dirige contra quien impide el derecho de poseer de otro (derecho en la cosa) arrogándose sobre el inmueble ajeno indebida servidumbre”.

c) Efectos de la cosa juzgada. Sería un error decir que las acciones posesorias no causan cosa juzgada; no hay fundamento para tal afirma-

ción; las acciones posesorias, como por regla general todas las de juicios contenciosos, sí producen cosa juzgada; y no podría ser de otra manera, puesto que sin ese efecto, no tendría ninguna eficacia práctica.

Muy diferente cuestión es la de que una acción posesoria no tenga fuerza de cosa juzgada **para los efectos relativos a la disputa sobre la propiedad** de la cosa. Y esto también es evidente: se trata de dos asuntos diversos, de dos objetos judiciales distintos: la disputa sobre la posesión es una y la de propiedad o titularidad de otro derecho real, es cuestión muy diversa.

La posesión y el dominio u otros derechos reales son cosas diversas pero relacionadas entre sí. Por esto existen diversos medios de protección legal para una y otros. Pero la estrecha relación de dependencia origina un grado mayor de seguridad en la posesión claramente fundada en derechos. Así, la posesión de un inmueble inscrito es más firme que la posesión de un derecho no inscrito; si otro ocupa el inmueble cuyos títulos no están inscritos, se apodera de inmediato de la posesión de él y la pierde el que antes la tenía (Art. 744), mientras que la usurpación del inmueble inscrito despoja sólo de la posesión de la cosa pero **no afecta a la posesión del derecho inscrito**, el cual sólo se perderá por la prescripción o al cancelarse por otra causa legal la inscripción misma (Arts. 743, 745, etc.). De allí también que el artículo 967 autoriza aducir en los juicios posesorios títulos de dominio con tal de que “puedan probarse sumariamente”, es decir, sin entrar a una discusión exhaustiva como requiere la prueba del dominio. También así se explica la existencia simultánea de los artículos 968 y 969 que se refieren a la posesión del suelo y a la de los derechos inscritos, cosas distintas, pero íntimamente ligadas entre sí.

Las acciones posesorias **no se fundan en títulos sino en la posesión**, la cual puede, a veces, demostrarse también mediante títulos, o puede probarse que es de mejor derecho que otra. Por el contrario, la acción petitoria versa fundamentalmente sobre los títulos; en ella puede también probarse la posesión, pero solamente como medio para acreditar el dominio verdadero o presunto, u otro derecho real. Esta diferencia, como señala Peñaherrera, es fundamental y se siguen de ella importantes consecuencias. Mediante el juicio posesorio, el poseedor recobra o afianza su posesión; pero no de modo definitivo, sino precario: es el **dueño presunto**, y

nada más. El triunfo en ese juicio no impide en manera alguna el que en seguida pueda disputarse el derecho en juicio petitorio, y declararse que esa posesión amparada y protegida mediante la acción posesoria ha sido injusta e ilegal. “El fallo en el juicio posesorio no produce excepción de cosa juzgada en el petitorio, y aún respecto de la materia propia de aquel juicio. Así, si la acción posesoria ha sido rechazada por no haber comprobado el actor su posesión o porque el reo demostró haber sido el poseedor; en el juicio petitorio puede sostener y probar que hubo realmente la posesión negada por la sentencia del posesorio”.

La causa de pedir es diferente en el juicio posesorio y en el petitorio. Si un poseedor despojado pide el amparo judicial y la devolución de lo que tenía en su poder, no necesita probar que es propietario, no funda su acción en un derecho, sino en el hecho de que poseía. Si posteriormente vuelve a discutirse quien debe poseer la cosa, en una acción reivindicatoria, ya no interesa el mero hecho por sí solo, sino quien debe tener la posesión porque le compete por derecho; se discute entonces el derecho, no el hecho. Esta es, pues, la razón de que las acciones posesorias no prolonguen sus efectos a las cuestiones de dominio. Pero la acción posesoria sí produce efectos de cosa juzgada, en cuanto a lo propio, a lo discutido, esto es a la posesión.

Únicamente, por excepción, como anota Alessandri, “sólo producen cosa juzgada formal y no material, pudiendo ser revocada en juicio ordinario posterior, la sentencia que falla la denuncia de obra nueva ordenando la suspensión de la obra y la sentencia dictada en la denuncia de obra ruinosa que desecha la demanda”. Y aún esto, que se refiere a acciones posesorias especiales y no a las generales, debe aceptarse por la singular razón de que dichas sentencias versan sobre situaciones eminentemente transitorias, evolutivas que cambian naturalmente de un tiempo a otra: la obra que ya presentaba amenaza de ruina y no fue apreciada como gravemente peligrosa, después de un lapso puede ser mucho más ruinosa y de peligro; viceversa, la obra nueva una vez terminada puede tener un aspecto muy distinto y encuadrarse plenamente en el derecho que inicialmente parecía violado.

d) Estas acciones se fundan en la posesión con ciertas cualidades. El presupuesto de las acciones que estamos estudiando es la posesión, anual, no violenta e ininterrumpida.

Existe numerosa jurisprudencia de nuestra Corte Suprema que deja muy en claro que el principal fundamento de las acciones posesorias es, desde luego, que el actor tenga o haya tenido la posesión que reclama. El actor debe probar esta posesión si el demandado la niega.

Ya hemos visto que el asunto de la propiedad es ajeno a la disputa posesoria; si se produce será únicamente de modo incidental, como medio de probar la posesión o un especial o mejor derecho de poseer. Pero lo esencial en estas acciones es solamente la posesión misma.

e) La posesión anual. El sistema romano únicamente exigía que se probara la posesión actual, al momento de pedir su protección, o existentes antes del despojo del cual se reclamaba; no se requería demostrar que esa posesión hubiera durado más o menos tiempo; esto resultaba indiferente.

En cambio, el sistema francés consagró el principio de la posesión anual: tiene derecho a la protección judicial mediante las acciones posesorias solamente el que haya poseído durante un año completo. Don Andrés Bello prefería el sistema romano al francés, pero tuvo que ceder en este punto ante el criterio de los otros miembros de la Comisión, y así nuestro Código plegó al sistema francés en este asunto.

Actualmente se puede decir que existen tres orientaciones al respecto. Algunas legislaciones como la española, peruana, uruguaya, etc., siguen el sistema romano de la posesión actual, aunque haya durado muy poco; la francesa, que sigue nuestro Código, de la posesión anual, y, una tercera postura intermedia, conciliadora, concede la acción al poseedor de menos de un año cuando se litiga contra otro que no puede alegar una posesión más larga o mejor fundada.

Se puede objetar que si la acción posesoria tiende a amparar un mero hecho, como lo es la posesión, no tiene razón de ser esta calificación de posesión anual, protegida por las acciones posesorias, y no concedida a posesión más breve.

Pienso que para entender mejor el sistema de la posesión anual, aceptado por nuestra Ley, aunque tenga indudables inconvenientes, es preciso tener presentes dos puntos. Primeramente, que el poseedor puede sumar a su posesión la de su antecesor, por lo cual quien acaba de adquirir una cosa no se halla desprovisto de la protección judicial por falta de anualidad en su posesión, siempre y cuando la posesión de su antecesor o de sus antecesores duró ese tiempo; esto evita buena parte de los obstáculos de la posesión anual. En segundo término, hay que tener en cuenta la correspondencia existente entre el concepto de posesión anual, y la prescripción anual también de las acciones posesorias.

De todas formas opino que es más perfecto el sistema, seguido por varias legislaciones extranjeras, y sostenido por muchos comentaristas, que adopta la solución ecléctica consistente en exigir la posesión anual para defender la posesión frente a quien puede alegar mejor derecho, por ejemplo el propietario u otro poseedor por largo tiempo; mientras tanto que se exige la simple posesión actual en los demás casos, por ejemplo contra el usurpador que nunca poseyó o apenas ha comenzado a poseer.

Conviene recordar que el artículo 962 que exige la posesión anual para el ejercicio de las acciones posesorias fue modificado por la reforma de 11 de octubre de 1956 (RO 53 -nov-1956), pero no se cambió lo relativo a la duración necesaria de un año. En cambio se añadió en este mismo artículo, con punto seguido simplemente, estas palabras que nada tienen que ver con lo anterior: "Para las acciones posesorias es suficiente la posesión material". De todos modos, a pesar de que la reforma no estuvo acertada en muchos aspectos, tiene importancia la aclaración en este lugar, porque podemos deducir que la posesión de los derechos inscritos, no se halla sometida a la regla de la anualidad, y es lógico que sea así, ya que, siendo una posesión jurídica, no puede producir la totalidad de sus efectos de otro modo que no sea instantáneo: **toda posesión inscrita**, daría, pues, lugar a acción posesoria, aunque no tenga un año de verificada.

f) Posesión ininterrumpida y pacífica. La posesión de un año debe ser continua y no violenta, esto es, pacífica. Desde luego, no cumple los indicados requisitos y no puede dar base para la acción posesoria aquella que se adquirió por medio de la violencia (Art. 725) y se mantiene por la vio-

lencia. Tampoco sirve la posesión del que se apoderó de la cosa en ausencia del dueño, y luego le repele cuando éste vuelve (Art. 726).

La dificultad se plantea cuando alguien adquirió violentamente la posesión, pero luego ha transcurrido mucho tiempo, más de un año, sin que nada perturbe dicha posesión y sin que se repita ningún hecho violento contra el anterior poseedor. ¿Podrá decirse en este caso, que hay posesión pacífica?

Peñaherrera contesta afirmativamente a este problema: “Parece indudable que el poseedor que adquirió la posesión por la fuerza, es decir, el poseedor violento según la definición legal, puede ejercer acción posesoria, si desde que cesó la violencia ha pasado más de un año”.

Pienso que efectivamente sí puede haber una “posesión tranquila”, como pide el artículo 962 para ejercitar la acción posesoria, aun cuando ella misma sea también “violenta” por su origen, tal como la califica el artículo 725 o el 726. Y esto, por varias razones: primeramente porque si se exigiera en todo caso la demostración de que se adquirió la posesión por medios pacíficos, la acción perdería mucho de su eficacia; más aún la acción sería tanto más difícil cuanto mayor tiempo hubiera poseído el actor, puesto que los hechos muy antiguos son más difíciles de probar; y hemos de tener en cuenta que el legislador ha querido dar un instrumento expedito de defensa. Por otra parte, la posesión que en su origen fue violenta, pudo ser destruida jurídicamente mediante la correspondiente reclamación dentro del año, pero pasado éste, prescrita la acción contra ella, su carácter ya no es el proveniente del origen sino el que corresponde a la situación actual. Ciertamente que para los efectos de la prescripción adquisitiva extraordinaria, deben haber pasado quince años sin que haya existido ninguna violencia por parte del poseedor, pero esa regla vale precisamente para la prescripción (Art. 2410), en tanto que en materia de acciones posesorias el plazo que tiene trascendencia es el de un año.

También se presenta el caso contrario al que se acaba de exponer; puede ser que alguien haya adquirido pacíficamente la posesión, pero que él se vea perturbado por el ataque de un extraño que pretende privarle de su cosa. ¿Hay aquí posesión pacífica?, mientras duran dichas amenazas o vías de hecho que el poseedor se ve obligado a rechazar.

Según Peñaherrera, el poseedor perturbado así en su posesión durante un año entero, no puede ejercer acción posesoria; esto, porque no tiene un año de posesión pacífica. Si no ocurrió a la defensa judicial sino que rechazó la fuerza por la fuerza, ya no es poseedor pacífico. Para sostener esta tesis se funda en el texto legal que no distingue las causas por las que se puede dejar de ser poseedor pacífico, y en la historia de la Ley: Bello quería el sistema francés de la posesión pacífica de un año. Finalmente se funda en la moral o filosofía de la Ley: el que no ha hecho uso del sistema jurídico para defenderse durante todo un año, ya no merece dicha protección.

El argumento fundado en la historia de la Ley no tiene mucha fuerza, ya que el sistema francés no es incontrovertible; por el contrario, se dividen los autores entre las dos tendencias, al momento de interpretar el Código de Napoleón. Y buena parte de la doctrina francesa sostiene precisamente lo contrario. Así, Aubry y Rau enseñan que la defensa de la posesión es lícita cuantas veces sea atacada, de modo que si un poseedor no ejerció su acción muchas veces, puede sin embargo hacerlo cuando sufre nuevos ataques o perturbaciones, aunque hubiera pasado mucho tiempo durante el cual se le ha estado atacando. Los actos ilícitos de terceros, no pueden adquirir valor por su mera repetición, ni menoscaban el derecho del poseedor tolerante. La agresión ilícita no puede mejorar al agresor y desmejorar al poseedor. Un acto de terceros no puede cambiar la posesión pacífica en violenta.

Ante tan valiosos argumentos expuestos por una y otra tesis, resulta difícil pronunciarse por una de ellas. Pienso que aunque las razones de Aubry y Rau, y otros comentaristas tienen mucho peso, sin embargo, dentro de nuestro sistema legal, parece preferible admitir que no hay posesión "tranquila" cuando constantemente resulta turbada por actos de fuerza contra los cuales no se ha defendido jurídica-judicialmente- el ofendido, aunque él haya tomado la posesión pacíficamente en su origen. Para preferir esta tesis me fundo en el espíritu de la legislación: lo que pretende evitar el legislador es la justicia por propia mano, por ser esto lo más contrario a la civilización, a la paz, a la vida buena; luego, el poseedor renuente a hacer uso de los medios legales de defensa de su posesión, pierde el derecho de recurrir a la acción posesoria si durante un año o más deja prosperar la violencia, contribuye a ella rechazándola por sí mismo; su acción caduca;

ese año de altercados, de violencias, no puede calificarse como “posesión tranquila”, aunque quien la tomó tuvo derecho a ser poseedor pacífico, porque él no ejerció violencia en el origen.

El problema se presenta desde otro punto de vista tal como lo plantea Claro Solar: desde ¿cuándo se debe contar el año de posesión pacífica que legítima para la acción posesoria: desde que se sufrió el primer acto de violencia, o desde el último, cuando éstos son repetidos? El eminente comentarista chileno opina que desde el último de dichos años, y funda su aserto en la historia de la Ley: todos los proyectos del Código Civil, incluso el presentado a la aprobación del Congreso chileno decían: “contado desde el primer acto de molestia o embarazo, pero la comisión encargada de hacer la primera edición correcta y esmerada del Código suprimió la palabra “primer”, lo cual interpreta el notable jurista chileno como voluntad de que se tomara en cuenta no el primer acto sino el último. Habría una razón para sostener esta tesis: que cada nuevo acto da origen a una nueva acción, a un nuevo reclamo, de modo que aunque prescribiera la acción concedida para reclamar por el primero, nuevas acciones seguirían originándose a medida que las sucesivas turbaciones se produjeran.

Pero este planteamiento del problema parece considerar unilateralmente la cuestión. Es verdad que el poseedor no pierde el derecho de reclamar por el simple transcurso de más de un año contado desde el primer acto contra su posesión, si posteriormente se producen otros actos contrarios a ella; pero si no pierde la acción posesoria por simple caducidad de ella, también es verdad que frente a él existe otro individuo que durante un año ha estado haciendo actos de posesión, aunque esporádicos, que han dado al fenómeno de la posesión globalmente considerado el carácter de algo intermitente, alternativo y no pacífico.

Por otra parte, como observa Alessandri, si la comisión revisora hubiera querido cambiar totalmente de sistema, habría debido sustituir aquella palabra “primer”, por último, cosa que no hizo; y no lo hizo probablemente porque ni tenía atribuciones para un cambio tan radical, ni fue ésa su intención, sino que consideró superfluo el término que suprimió.

Ahora bien, si en el caso de sucesivas turbaciones, el poseedor puede ejercitar su acción solamente dentro del año, a partir del primer atentado con-

tra su posesión, esto significa que transcurrido más de un año de perdurar esa situación, no considera el Legislador que haya posesión pacífica, sino que ésta ha sido realmente “turbada” y no puede dar fundamento para una acción posesoria.

Además, se puede añadir otro argumento tomado del sentido común y práctico. Si las acciones posesorias son expedientes judiciales para remediar rápida y tajantemente situaciones de abuso evidente, sin entrar a la discusión sobre el derecho, en el caso de sucesivos y numerosos atentados de hecho rechazados también de hecho y que hayan durado un año completo, no existe entonces esa situación clara, una posesión evidente, que habría que proteger, sino una situación confusa, oscura, dudosa, y lo más aconsejable será analizar a fondo quien tiene derecho.

Enlaza con el problema que acabamos de examinar el de saber **quién debe probar** el carácter tranquilo de la posesión, o el hecho contrario de que ha sido turbada, no pacífica.

El actor debe probar la posesión de un año o más, y producida esta prueba **se presume** que ella ha sido también **tranquila**, ya que esto es lo normal. Por lo tanto, correspondería al demandado desvirtuar dicha presunción demostrando que el poseedor no tuvo pacíficamente la posesión. Esta prueba normalmente se resolverá en otras: o bien que el actor no tuvo de ningún modo la posesión, o que la tuvo otra persona, probablemente el demandado.

No parece que se pueda exigir que sea el actor quien pruebe que su posesión ha sido tranquila, ya que la tranquilidad es un concepto **negativo**: posesión sin turbación; y los conceptos negativos no pueden probarse directamente. Es quien afirma la existencia de hechos que destruyeron el carácter tranquilo de la posesión, quien debe probarlos.

La posesión anual debe ser, además, **ininterrumpida**. Se interrumpe la posesión natural o civilmente. La interrupción natural, según el artículo 2402 comprende a su vez dos casos sustancialmente distintos, por su efecto: 1. Cuando la posesión sin haber pasado a otras manos se ha hecho imposible de ejercerse, como cuando se inunda permanentemente una heredad, y, 2. Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella

otra persona. En el primer caso, se produce más bien una “suspensión” (cfr. Art. 2409), porque desaparecida la causa desaparece también el efecto; en el ejemplo, si la propiedad queda libre de las aguas, se reasume automáticamente la posesión y para las consecuencias judiciales “no surte otro efecto que el de descontarse su duración” (Art. 2402). En cambio la interrupción “natural” de la segunda clase, hace perder toda la posesión anterior, aunque se recupere, salvo que se recupere “legalmente”.

La interrupción civil hace también perder toda la posesión anterior, es decir, todo el tiempo de posesión anterior. Si el anterior poseedor vuelve a tomar la posesión comenzará a contar nuevamente su tiempo, pero no puede sumar el que antes de ser privado de ella tuvo. Esta interrupción se produce por todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor, salvo que: 1. La citación no se haya hecho en forma legal o 2. Que el actor haya desistido o abandonado el juicio; o 3. Que el demandado haya obtenido sentencia de absolución (Art. 2403). Por consiguiente, respecto de la acción posesoria, tenemos los siguientes casos y reglas:

1. Si la posesión fue interrumpida “naturalmente”, por un caso de **fuerza mayor** o fortuito, sin que pase a otras manos, el tiempo que dura esta interrupción se ha de descontar, porque es más bien una mera suspensión, y restablecida la posesión se sumará el nuevo tiempo al anterior.
2. Si la posesión fue interrumpida por el **despojo** realizado por otro que tomó dicha posesión, el primer poseedor pierde todo el tiempo anterior de posesión. Por ejemplo, si tenía solamente diez meses, no podrá ejercer la acción posesoria; si tenía más de un año antes de la interrupción, desde luego puede ejercer la acción posesoria dentro de un año; pasado el año, ya nada podrá reclamar con acción posesoria, porque el despojante o sus sucesores serán quienes tengan ese derecho, y no el despojado.
3. Si la posesión fue interrumpida por despojo de otro que tomó la posesión, pero el despojado logró ser **restituido en ella “legalmente”** sea mediante el ejercicio de la acción judicial correspondiente, sea por la restitución voluntaria del despojante que reconozca el derecho del despojado, o por transacción (pero en ningún caso, por medios violentos), esta interrupción no surte

ninguna efecto: “Se entenderá no haber habido interrupción” (Art. 2402).

4. Si la posesión fue interrumpida por despojo y el despojado deja pasar más de un año sin intentar acción posesoria, ya no podrá proponerla porque ha **caducado**, y el nuevo poseedor en cambio queda amparado por las acciones posesorias, si cumple los demás requisitos.

5. La interrupción civil, consistente en **recursos judiciales**, hace también perder el tiempo de la posesión para los efectos de recurrir a los llamados interdictos o acciones posesorias, pero siempre que el demandante salga **victorioso**; si pierde, abandona o renuncia a la acción, o ésta resulta nula por defecto en la citación, entonces no hay interrupción.

Sin embargo, durante el juicio, como aún no se sabe si la acción es o no fundada, el poseedor debe ser mantenido en su posesión, y si un tercero atentara contra ella, podría defenderse judicialmente sin que se le pueda objetar que se interrumpió su posesión por la demanda anterior de otro.

Peñaherrera adopta a este respecto una doctrina más extremada: que la interrupción civil no afecta a la posesión, porque ella se refiere a la prescripción y no a la posesión propiamente dicha, tanto porque se habla de “prescripción” en el artículo 2403, como porque todo el Título a que pertenece se refiere a la prescripción. Además, afirma Peñaherrera, la posesión es un hecho que no varía por la acción judicial. Pero este último argumento prueba demasiado, porque podríamos contestar que, entonces, tampoco la prescripción, que se basa en el hecho de la posesión, podría interrumpirse por la acción judicial, lo cual resulta inadmisibile. En definitiva, pienso que si el que se pretende dueño de la cosa poseída por otro intenta contra él una acción judicial para recuperar su cosa, sí interrumpe civilmente dicha posesión, para todos los efectos (tanto para la prescripción como para contar el tiempo de un año necesario para las acciones posesorias); y esto parece así, por el tenor literal: el legislador no distingue, y el intérprete no debe distinguir.

6. La interrupción solamente puede ser **alegada por la persona que la ha causado**, sea apoderándose de la cosa o interponiendo

el recurso judicial competente, y siempre que reúna las condiciones antes expresadas.

g) Excepciones que pueden presentarse. El artículo 720 del Código de Procedimiento Civil enumera las únicas excepciones que pueden oponerse a la demanda en las acciones posesorias de conservación o recuperación, y éstas son: haber tenido la posesión de la cosa en el año inmediato anterior; haberla obtenido de un modo judicial; haber precedido otro despojo causado por el mismo actor antes de un año contado hacia atrás desde que se propuso la demanda; haber prescrito la acción posesoria, y ser falso el atentado contra la posesión.

Como puede apreciarse fácilmente, salvo la última de las excepciones que niega el ataque o turbación de la posesión, las demás se reducen a afirmar que el actor no cumple los requisitos de la posesión anual tranquila e ininterrumpida. Si el demandado tuvo la cosa durante el año inmediato anterior a la demanda, es evidente que el actor no la tuvo durante un año, puesto que no pueden dos personas a la vez tener posesión sobre la misma cosa de modo excluyente o exclusivo. Si el demandado obtuvo la posesión de modo judicial, se interrumpió la posesión anterior (del actor), conforme al artículo 2403 del Código Civil. Igualmente, si hubo otro despojo ocasionado por el mismo actor “antes de un año contado hacia atrás desde que propuso la demanda”, entonces el actor no ha poseído tranquilamente un año completo, o quizá no ha poseído tranquilamente ningún tiempo. Y si la acción posesoria ha prescrito, significa que durante más de un año otra persona distinta del actor ha poseído la cosa. En suma, en cualquier caso, las excepciones tratan de probar que el actor no cumple el requisito fundamental para presentar con éxito la acción posesoria.

h) Carácter no formal de estas acciones. A pesar del origen romano de estas acciones, y de algún vestigio de riguroso formalismo que aún se conserva en nuestras leyes, como la misma enumeración de las excepciones que pueden oponerse, las acciones posesorias gozan de una gran flexibilidad.

El artículo 730 del Código de Procedimiento Civil denota que ante todo se debe estar a la equidad y no al formalismo: “No podrá rechazarse la de-

manda por el hecho de haberse equivocado el querellante en la denominación de la acción propuesta siempre que de los hechos alegados y probados aparezca que se ha violado el derecho de posesión. En tal caso, el juez amparará al actor dictando en la sentencia las órdenes que estime necesarias para restituir las cosas al estado anterior al hecho que motivó la querrela”.

La Corte Suprema ha corregido con alguna frecuencia los errores de mera denominación, o la cita equivocada de artículos del Código Civil, en que han incurrido algunas demandas.

45. Objeto de la acción posesoria

El artículo 960 indica el objeto de las acciones posesorias: “Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de los bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos”. De aquí deriva la partición de las acciones posesorias para conservar y las acciones destinadas a recuperar la posesión; en ambos casos, el objeto es pues la posesión. La posesión recae sobre cosas materiales o sobre derechos reales. Sólo se concede la acción para recuperar o conservar la posesión de inmuebles, sean éstos materiales o inmateriales: **derechos reales sobre inmuebles.**

Pero estas diferencias no importan efectos sustancialmente distintos, más bien sirven para indicar todo lo que puede reclamarse mediante acción posesoria, y lo que se excluye de estos procedimientos. **No cabe reclamar propiedad;** tampoco puede ser objeto de estas acciones la posesión sobre muebles materiales o inmateriales.

Pero, siendo el objeto la posesión atacada, debe comprobarse que existe tal ataque, pasado o actual, que perdura o que se amenaza. Concretamente, la acción para recuperar la posesión supone actos que “excluyan absolutamente de la cosa al demandado”, así lo dicen varias sentencias. Por esta misma razón, en algún caso no se ha concedido la acción cuando solamente ha existido un impedimento para la limpieza y reparación de un acueducto, sin que se obste absolutamente la posesión de ese derecho. Tampoco cabe acción posesoria cuando uno de los dos condueños de la pared medianera usa de ella en la forma prevista por la Ley.

Cuando se trata de acción posesoria relativa a inmuebles materiales, se deben señalar sus linderos. En general, el objeto debe ser suficientemente **determinado**, y respecto de los terrenos, la manera de especificarlos se logra a través de los límites debidamente manifestados. La Corte lo dice en una sentencia con estas palabras: "En los juicios de despojo, en la demanda se ha de determinar el inmueble materia de la demanda -cuando versa sobre un bien raíz- fijándose sus linderos, porque sólo así puede saber el demandado el objeto concreto a que se refiere el juicio para deducir sus excepciones y el juez lo que constituye materia del litigio". En varias otras sentencias se insiste en este punto.

Pero no puede extremarse esta exigencia hasta exigir la precisa determinación de la **parte** despojada, cuando el actor no ha sido privado de todo el inmueble, porque entonces sería difícilísimo establecer linderos. También sobre este punto hay jurisprudencia. Asimismo, tratándose de posesión sobre aguas, no se puede exigir que se determine su cantidad, si nunca fue medida, o si con seguridad no se sabe la cantidad de ellas que es objeto del despojo.

El artículo 961 **excluye** ciertos objetos de la acción posesoria: "Sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres no aparentes o discontinuas, no puede haber acción posesoria".

Naturalmente, la referencia a las servidumbres no aparentes o discontinuas es solamente un ejemplo. Hay otras cosas que no pueden ganarse por prescripción. Por ejemplo, la Ley de Tierras Baldías, declara imprescriptibles las tierras baldías del Estado, como lo hace también el artículo 55 de la Constitución de la República; las leyes de Petróleo y de Minería, en su primer artículo, declaran imprescriptibles esos recursos naturales. Son imprescriptibles el mar territorial, la plataforma submarina, y en general los bienes nacionales de uso público, etc.

En cuanto a las servidumbres, el artículo 926 del Código Civil dice que "Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas no aparentes sólo pueden adquirirse por medio de un **título**; ni aún el goce inmemorial bastará para constituir las"; en cambio las demás servidumbres sí se pueden adquirir por prescripción, y por lo mismo resultan protegidas por las acciones posesorias. La razón de esta diferencia radica

en la necesidad de proteger la propiedad; es razonable suponer una cierta tolerancia del dueño respecto de aquellos actos que no dejan una huella permanente y aparente y no le perjudican; no podría el propietario vigilar constantemente sus fincas para evitar esos actos, y si su repetición diera origen a servidumbres, la propiedad carecería de la debida seguridad.

Desde luego que la imposibilidad de adquirir por prescripción elimina la acción posesoria sólo cuando proviene dicha imposibilidad de la naturaleza de la cosa, no cuando se deriva de situaciones relativas a las personas, como por ejemplo, que el dueño sea un incapaz. Una sentencia de la Corte Suprema afirma esta doctrina en el caso de coparticipes.

Según el artículo 966, la acción posesoria puede versar sobre la posesión de un derecho, como el del usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación. Estas acciones se dirigen a conservar o recuperar el goce de los respectivos derechos, es decir, que pueden intentarse cuando otro se apodera o amenaza apoderarse de la cosa sobre la cual se ejercen tales derechos.

El artículo 729 califica al usufructuario, al usuario, al que tiene derecho de habitación, como “meros tenedores” de la cosa cuyo usufructo, uso o habitación les pertenecen. Esto pone de relieve la existencia de dos realidades diferentes: el derecho de usufructo, uso, etc., sobre el cual tienen una especie de propiedad, como dice el artículo 600; y la cosa material sobre la que recaen los derechos de usufructo, uso o habitación; esta cosa material, solamente “tienen” y no poseen los titulares de tales derechos. El derecho, que es cosa inmaterial, además de “pertenecerles”, es poseído, y el artículo 966 reconoce las acciones posesorias para defender dicha posesión.

También tenemos el artículo 2414 según el cual los derechos reales se adquieren, entre otros medios, por prescripción y ésta supone la posesión, luego es lógico que se pueda defender mediante acciones posesorias tales derechos. Y al tratar del artículo 708 y siguientes, ya hemos hecho notar la diferencia entre la posesión de la cosa y la posesión del derecho, que es indispensable para entender correctamente una serie de disposiciones legales, como las relativas a la prueba de la posesión, contenidas en los debatidos artículos 968 y 969.



Respecto del derecho real de **herencia** se ha discutido si podría asimilarse al derecho real el usufructuario, etc., y defenderse por medio de acciones posesorias, pero como explica Alessandri, aunque comprenda bienes raíces, el derecho real de herencia no tiene el carácter de inmueble; en consecuencia, su posesión no puede defenderse con las acciones posesorias para nada impide que el que posea un inmueble a título de heredero, en cuanto poseedor se valga de las acciones posesorias para proteger su posesión.

Las concesiones administrativas obtenidas por particulares, por ejemplo para ocupar una parte de una calle o de una playa, etc., son derechos especiales, precisamente administrativos, muy semejantes al dominio, y que generalmente se encuadran dentro del concepto de derechos reales, por lo cual, podría defenderse la posesión de tales derechos con las acciones de que venimos hablando; y esto, aunque las cosas a las que la concesión se refiere sean públicas, imprescriptibles y no sujetas a acción posesoria.

46. Sujetos de la acción posesoria

En términos generales, las acciones posesorias interesan a las personas que se disputan dicha posesión, por tanto ellas pueden figurar sea como actoras o como demandadas.

Por esto, en aquellos derechos extranjeros en los que el concepto de posesión es amplísimo y abarca aún a los que tienen una cosa en nombre de otro, la acción posesoria puede ser intentada también por estas personas. No sucede lo mismo en el Ecuador, en donde las acciones posesorias propiamente dichas corresponden **exclusivamente al poseedor**, y solamente la acción de despojo violento, que es especial, puede ser ejercida también por ciertos tenedores.

En algunos países, como en España, la jurisprudencia ha ampliado el contenido de estas acciones. Castán dice que “el Tribunal Supremo, ha reconocido personalidad para entablar los interdictos al arrendatario y al mero detentador (sentencia del 3-abr-1984), declarando en términos generales, que tiene carácter de poseedor, y por consiguiente, el derecho de ser amparado en su posesión, el tenedor de la cosa para su disfrute, aunque el dominio pertenezca a otro. Pero no es poseedor y, por tanto, no está legitimado para la acción interdictal el mero servidor de la posesión, que,

como el administrador de una finca, ejerce la posesión de otro”. Muy distinto es nuestro sistema, que no acepta a ninguna de esas personas como actor en estas acciones posesorias.

En el Ecuador, el usufructuario, o el **titular de otro derecho real** (menos las servidumbres discontinuas o inaparentes) puede defender con acción posesoria su derecho, pero no la propiedad ni la posesión de la cosa misma, que no es suya. Por esto, el artículo 816 le responsabiliza “por el perjuicio que las usurpaciones cometidas en la cosa en que está constituido el usufructo hayan producido, por no haber oportunamente denunciado los hechos al propietario, siempre que hubiere podido hacerlo. No le compete al usufructuario defender la posesión que no es suya, sino **poner al tanto** a quien puede defenderla: el dueño o verdadero poseedor, para quien y de quien el usufructuario simplemente tiene la cosa, sin poseerla.

En el caso de **despojo violento**, entonces sí, por excepción, a diferencia de las otras acciones posesorias, también el que tiene la cosa para otro, y por lo mismo no es poseedor, puede defenderla ejercitando la acción correspondiente. Así aparece claramente del tenor literal de los artículos 966 y 972. Art. 966: “El usufructuario, el usuario, y el que tiene el derecho de habitación, son hábiles para ejercer por sí las acciones y excepciones posesorias dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos, aún contra el propietario mismo. El propietario está obligado a auxiliarlos contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requerido al efecto.- Las sentencias obtenidas contra el usufructuario, el usuario o el que tiene el derecho de habitación, obligan al propietario; menos si se tratare de la posesión del dominio de la finca o de derechos anexos a él, en cuyo caso no valdrá contra el propietario que no haya intervenido en el juicio”. Art. 972: “El que violentamente ha sido despojado sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que, por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiese proponer acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas al estado en que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses.- Restablecidas las cosas, y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse, por una u otra parte, las acciones posesorias que correspondan”.

Nótese que en el artículo 966 se distingue claramente la posesión de los derechos reales de usufructo, uso y habitación, de la posesión **de la cosa** que equivale a la “posesión del dominio”. Los titulares de aquellos derechos reales solamente pueden defender con la acción posesoria ordinaria los mismos derechos que poseen, pero no el dominio o la cosa material. En cambio, la acción contra el despojo violento se concede aún a los simples **tenedores** de la cosa, y por tanto el usufructuario, usuario, etc., porque en realidad esta acción excepcional tiende únicamente a mantener la paz, a restablecer las cosas a su estado normal sin más averiguaciones: no se puede objetar contra el actor, ni siquiera el hecho de que su posesión sea clandestina o adquirida también ella por la violencia, o que no haya durado un año, etc.

Según el artículo 732 el heredero -y en general el sucesor- puede sumar, agregar, a la suya la posesión del antecesor. Pero el artículo 968 da por hecha esa agregación y sujeta al heredero a las acciones que tendría activa y pasivamente su antecesor: Art. 963: “El heredero tiene las mismas acciones posesorias que tendría su antecesor si viviese; y está sujeto a las mismas acciones posesorias a que éste lo estaría”. Se explica esta aparente discordancia porque Bello pensó en una transmisión de la posesión, pero la Comisión revisora no introdujo esta novedad; además, el artículo 968 tiene en cuenta el sujeto activo y el sujeto pasivo de las acciones posesorias, mientras que el artículo 732 considera al heredero solamente desde el punto de vista de la acción, y es lógico que el sucesor pueda escoger entre sumar o no sumar la posesión de su antecesor a la propia, ya que se trata de ejercitar un derecho o renunciar a él, mientras tanto que, desde el punto de vista pasivo, no cabe renuncia: no se renuncian deberes o responsabilidades.

El Código de Procedimiento Civil, refiriéndose al problema de la transmisión de la acción posesoria enfoca también el problema desde el punto de vista activo y con particular referencia a la acción de recuperación de la posesión usurpada: Art. 686: “Si un tercero ocupare los bienes hereditarios, el heredero podrá hacer uso de las acciones de que habría usado su antecesor”. Se trata de una facultad, de una posibilidad de usar o no el propio derecho.

Si bien no cabe acción posesoria entre copropietarios, porque cada uno posee por los demás, sí se ha admitido por la Corte Suprema la demanda del poseedor de unas aguas que al correr por una quebrada eran comunes a varios, pero posteriormente las aprovechaba cada uno exclusivamente mediante sus propios canales. En este caso, lo común se dividía luego y daba lugar a otras tantas posesiones individuales separadas, que bien podían protegerse por la acción posesoria.

Respecto del sujeto activo de las acciones posesorias, el artículo 699 del Código de Procedimiento Civil plantea un problema. Dice así: “El depositario, el administrador o cualquiera que tuviere o poseyere en nombre de otro, puede también promover este juicio”. Se refiere sin duda al artículo inmediato anterior, cuando habla de “este juicio”; y el artículo 698 se expresa así: “Si dos o más personas solicitaren el amparo de la posesión en un mismo inmueble, se mantendrá en ella, al que la tenía en el momento de empezar la disputa judicial, mientras se decida a quien corresponde”. Cabe, pues, preguntarse si el depositario, el administrador, etc., son legitimados activos de las acciones posesorias por sí mismos, o a nombre del poseedor por quien tienen la cosa, y respecto de qué acción pueden obrar como actores.

El Código Civil no habla de acción “de amparo” como lo hace el de Procedimiento. Pero me parece que el artículo 698 del Código Adjetivo se refiere (lo mismo que el 699) a la acción contra el **despojo violento**, de que trata el artículo 972 del Código Civil. Esto por varios motivos: en primer lugar, corresponde al Código Civil determinar lo sustantivo de las acciones, es decir, qué recursos judiciales son aptos para defender los derechos o intereses de las personas, mientras que al de Procedimiento toca la organización del juicio, sus normas, el desarrollo adjetivo del mismo; por consiguiente, debe prevalecer el Código Civil en materia de establecer cuáles son las acciones que protegen la posesión. En segundo término, al expresarse el artículo 727 del Código de Procedimiento Civil en forma absoluta sobre el mantenimiento de la posesión del que esté teniéndola “en el momento”, y no durante un año antes, aparece claramente la intención de proteger contra el despojo violento, antes de entrar en ninguna averiguación esta misma protección de la posesión actual (haya durado lo que haya durado), se coordina perfectamente con lo que el Código Civil establece en el artículo 972 sobre la acción contra el despojo

violento. En tercer lugar, así como el Código Civil autoriza para la acción contra el despojo violento no sólo al poseedor sino también al usufructuario, etc., así el Código de Procedimiento en los dos mencionados artículos se refiere a tenedores que no son poseedores. En conclusión, pienso que la acción que el Código Adjetivo llama acción de “amparo”, se refiere al amparo contra el despojo violento, acción conferida por el artículo 997 del Código Civil; por lo tanto no son aplicables los dos mencionados artículos del Código de Procedimiento Civil a las ordinarias acciones posesorias de conservación o recuperación de la posesión.

El artículo 157 de la Ley de Reforma Agraria establecía que: “En los juicios posesorios, de dominio y otros que estén tramitándose o que llegaren a tramitarse ante los jueces ordinarios, sobre predios rústicos, el juez, de oficio, ordenará que se cite al IERAC, para que, de estimarlo conveniente, pueda intervenir como parte. La falta de citación anulará el juicio”. En el caso de las acciones posesorias, además de que directamente el Instituto de la Reforma Agraria puede ser actor o demandado, entendemos que su intervención “como parte” en los juicios iniciados por otros y contra otras personas, puede también ser en calidad activa o pasiva, y aún cabe pensar que el IERAC intervenga como tercero, sin adherirse a la posición ni del actor ni del demandado, sosteniendo que le corresponde la posesión que se discute o se trata de proteger.

El **sujeto pasivo** de estos juicios de despojo, debe poder restituir la posesión porque está o ha estado en posesión de la cosa.

La acción de restitución de la posesión o de despojo se puede dirigir contra el mismo que usurpó, o contra el que posea la cosa por cualquier título que derive del despojante. Pero se ha de probar la **actual posesión** del demandado. No cabe, por tanto, dirigir la acción contra el que ya no posee, ni tampoco contra el que es mero tenedor en nombre del despojante, por ejemplo, el arrendatario.

Cuando se trata de otros atentados contra la posesión, que no hayan culminado aún en el despojo, la acción se puede dirigir contra la persona o personas que han ocasionado tales **perturbaciones o perjuicios**, ya que el artículo 971 se refiere exclusivamente a la acción de recuperación de la posesión: “La acción para la restitución puede dirigirse, no sólo contra el

usurpador, sino contra toda persona cuya posesión se derive de la del usurpador, por cualquier título. Pero no estarán obligados a la indemnización de perjuicios, sino el usurpador mismo, o el tercero de mala fe; y habiendo varias personas obligadas, todas lo serán in solidum”.

Se duda si el usurpador de **buena fe** está o no obligado a indemnizar los perjuicios. El texto del artículo 971 excluye de la indemnización radicalmente al tercero de buena fe: sólo el tercero de mala fe responde de perjuicios ante el poseedor despojado; pero el mismo usurpador, no resulta claro si debe compensar dichos perjuicios cuando estuvo de buena fe, o si solamente los debe también el sólo supuesta la mala fe. Por equidad, parece que el usurpador de buena fe, debería pagar los perjuicios que le hayan beneficiado, mas no los que no le han reportado beneficio personal; pienso que, ante la ambigüedad del texto legal, esta solución es preferible, por más conforme con la justicia general.

En el plano doctrinal se discute también si las demandas posesorias ordinarias se pueden dirigir contra la **Administración Pública**, sea contra el Estado, los Municipios u otros entes públicos. Las soluciones positivas varían en los diversos países. En Italia, la Corte de Casación ha rechazado estas acciones contra la Administración Pública porque los actos realizados por ésta se suponen legítimos y porque al Juez ordinario no le está permitido revocar o modificar actos administrativos y condenar a la administración a un “facere”, sino sólo a un resarcimiento de daños. También en Chile se ha defendido la inadmisibilidad de las acciones posesorias contra el Estado, afirmando que dichas acciones suponen actos verificados por los particulares, ya que para juzgar de los actos oficiales existen Tribunales y trámites especiales como el Contencioso-administrativo; pero en general, la jurisprudencia de aquel país ha admitido las querellas posesorias contra los actos ejecutados por las autoridades públicas, menos contra los actos ejecutados por orden de juez.

En el Ecuador en algunas sentencias antiguas se distingue el caso de órdenes impartidas por autoridad competente y conforme a la Ley, que constituyen verdadero caso de fuerza mayor y del cual respondería la administración, y por otra parte, actos realizados por funcionarios pero **extralimitándose** de sus poderes o violando la Ley, y por los cuales ellos particularmente responden. Posteriormente, el desarrollo de la doctrina de lo

contencioso-administrativo y el perfeccionamiento de los organismos adecuados, principalmente la vigencia de la Ley 35 CL de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, plantean más acuciantemente el problema de si se podrá continuar presentando recursos posesorios ordinarios ante la judicatura común cuando el demandado sea el Estado u otra persona pública. También la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales hace efectiva la responsabilidad de la Administración en el caso de violación de derechos garantizados por la Constitución entre los que se halla el de propiedad y por extensión el de posesión. Pero a pesar de estos adecuados procedimientos y organismos de protección, no parece que se deba descartar la posibilidad de usar de las acciones posesorias ordinarias contra la Administración, puesto que ninguna disposición legal lo prohíbe y los términos del Código son suficientemente amplios como para considerar como legitimada pasiva y activamente la Administración para estas acciones.

47. La prueba

El Código Civil señala los aspectos sustantivos de la prueba en esta clase de acciones, tanto por parte del actor como del demandado. Luego corresponde al Código de Procedimiento Civil, precisar los aspectos adjetivos, de los que no nos ocuparemos aquí; además, la jurisprudencia, abundante en esta materia, ha esclarecido no pocos detalles.

Ya hemos indicado antes lo más esencial: que en las acciones posesorias lo que hay que probar es la posesión misma (no la propiedad), los hechos relativos a quien tiene o quien tuvo la posesión y cómo y quién la ha perturbado, la amenaza o la ha tomado despojando al anterior poseedor.

Tres son los artículos del Código Civil que se refieren principalmente al asunto de la prueba en estas acciones: el 987 que diferencia la cuestión posesoria de las de dominio; el artículo 968 que se refiere a la prueba de los derechos inscritos y el 969 que versa sobre la prueba de la posesión del suelo. Conviene tenerlos presentes antes de tratar sobre ellos:

Art. 967: "En los juicios posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una u otra parte se alegue- Podrán, con todo, exhibirse títulos de dominio, para comprobar la posesión, pero sólo aquellos cuya existencia

pueda probarse sumariamente. Ni valdrá objetar contra ellos otros vicios o defectos que los que puedan probarse de la misma manera”.

Art. 968: “La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción; y mientras ésta subsista, y con tal de que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla”.

Art. 969: “Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo el dominio da derecho, como la corta 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”.

Con relación al primer punto, es decir, a que una cosa es la prueba del dominio y otra la prueba de la posesión, y que sólo ésta interesa de modo directo para las acciones posesorias, existe abundante jurisprudencia nacional.

La presentación de títulos en el juicio posesorios no puede admitirse para probar la propiedad en sí misma, u otro derecho real; sino para probar la posesión a través de la propiedad u otro derecho. También puede servir para probar mejor derecho a poseer. Pero no puede intentar acción posesoria, por ejemplo, el propietario que no ha poseído, ni tampoco podrá oponer su condición de propietario como excepción a la acción posesoria que se siga contra él. Tiene relación con esto, lo que establece el artículo 1678 según el cual “no puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado”. En análoga forma, el propietario no puede oponer compensación al poseedor a quien despojó, salvo que pruebe el propietario que él mismo fue despojado de la posesión por el reclamante; en otras palabras, puede oponerse a la acción posesoria no por ser propietario, sino por haber él mismo poseído, y tener mejor derecho a poseer.

De lo dicho se deriva que la cuestión posesoria no perjudica a la relativa a la propiedad. Dice una sentencia de la Corte Suprema: “Por la naturaleza misma del juicio posesorio, así los fundamentos de la sentencia como su parte resolutive, nada deciden en cuanto al dominio sobre el todo o parte

de los predios acerca de cuya posesión se hubiere discutido”. Otra sentencia más reciente afirma lo que compete probar en el juicio posesorio: “En el juicio de conservación y amparo de la posesión, que no es un juicio petitorio, sino uno exclusivamente posesorio, su fundamento es el hecho de la posesión, por el tiempo requerido; cabe, pues, en él la excepción de haber tenido la posesión de la cosa en el año inmediato anterior a la fecha de la perturbación de la posesión, pero la prueba del simple dominio no acredita necesariamente el hecho de la posesión”.

Los actos violatorios de la posesión, contra los que se reclama en las acciones de que nos estamos ocupando, son generalmente actos materiales, que se ejercen con directa relación con la cosa, es decir, que consisten en la turbación material de la posesión, en su despojo o en amenazas que impiden al poseedor seguir teniendo la cosa con ánimo de señor o dueño. Pero, a veces los actos contra la posesión pueden ser rigurosamente de orden jurídico: pretender la inscripción de un título contrario al del poseedor, o que se cancele la inscripción del título del poseedor, o que se rectifique o altere en cualquier forma el título o su inscripción. Se discute si las acciones posesorias sirven para esta segunda clase de perturbaciones de la posesión.

En la práctica, casi nunca se producirá este segundo género de turbaciones de la posesión (por actos meramente jurídicos), sin que concomitantemente existan otras manifestaciones materiales de la turbación o el despojo, por lo cual la cuestión es más teórica que práctica. Hay una sentencia de la Corte Suprema que dice: “En los juicios sobre recuperación y conservación de la posesión, se trata únicamente de la posesión material del suelo, no de la posesión de los derechos inscritos; por tanto es inaplicable el artículo 988 (hoy 968) del Código Civil, que supone la discusión recíproca sobre derechos inscritos”; pero, sin embargo me atrevo a sostener lo contrario: sí es posible entablar una acción posesoria cuando la turbación proviene de actos meramente jurídicos. En efecto, la distinción que hace la mencionada sentencia de “posesión material” y “posesión de los derechos inscritos”, funda precisamente la posibilidad de estas acciones: se puede poseer una cosa material como el suelo, y se puede también poseer un derecho, el cual puede ser un derecho inscrito, y la posesión siendo la misma en ambos casos, debe defenderse de modo adecuado en cada uno, con pruebas adaptadas a la naturaleza de las cosas. Por otra parte, la sim-

ple equidad exige que no esté menos protegido quien tiene un derecho inscrito y lo posee, que quien posee una cosa material. Además, del despojo del título, se seguirá con seguridad el despojo de la cosa, y entonces se vería en grave situación el que no pudo defenderse en el primer caso.

Ciertamente que para oponerse a una inscripción o a la cancelación de una inscripción, existen disposiciones especiales, señaladas en la Ley de Registro de Inscripciones (RO 150: 28-oct-1966) principalmente en los artículos 12, 13, 50 y siguientes. Pero si el poseedor se viera despojado de su posesión porque violando las disposiciones legales se ha alterado o cancelado su inscripción y como consecuencia de ello sufriera el despojo material del bien material al que se refiere su derecho, evidentemente podría usar de la acción posesoria. En una sentencia de la Corte Suprema, sobre colusión, se hace referencia precisamente a este caso: los presuntos litigantes se habían puesto de acuerdo para despojar de la posesión a otra persona mediante una transacción colusoria. La mencionada sentencia lleva nuestra atención sobre otro aspecto de esta cuestión de la prueba de la posesión: los títulos, pueden probar indirectamente la posesión, no solamente al probar la propiedad, sino también los actos de disposición y uso de la cosa que derivan en actos materiales de explotación económica de una finca: “la familia Herrera -dice la sentencia-, ha justificado la posesión material de las tierras que se indican en la demanda con varios contratos de arrendamiento, con una transacción suscrita ante el Inspector del Trabajo... y también con declaraciones de testigos... aunque de la inspección judicial aparece que existen cultivos en pequeñas porciones de terreno, y que el resto de la propiedad formada por varios cuerpos, no está cultivada”. He aquí, que se ha considerado preferente la prueba fundada en títulos, contratos, actos judiciales, etc., sobre la observación de la realidad material de la finca, porque esos títulos, esos documentos que certifican contratos y otros actos jurídicos, atestiguan que el poseedor ha cultivado la finca valiéndose de otras personas, las cuales han tenido la materialidad de la cosa en nombre del verdadero poseedor que se la concedió para que la explotaran agrícolasmente.

Hay también algunos derechos que, **por recaer sobre cosas inmateriales** ellos mismos, su posesión solamente puede probarse a través de los títulos y, de su inscripción. Tal sucede con las patentes, marcas de fábrica y sobre todo los derechos de propiedad científica, artística o literaria. En estos

casos una prueba de hechos materiales, sólo puede ser indirecta: relativa al uso de estos derechos y a su concreción material en ciertos productos, ediciones, etc., pero la prueba más directa (al revés de lo que pasa con los inmuebles), se hace por los títulos y su inscripción). Naturalmente, que no dan lugar a acciones posesorias en nuestro sistema legal, ya que se reservan estas acciones solamente para la defensa de la posesión sobre inmuebles. Existen algunas sentencias en las que se hace referencia a esta prueba predominante, por medio de la inscripción.

Pero también algunos **derechos sobre inmuebles** se prueban esencialmente mediante su registro. Esto sucede con las denuncias y concesiones mineras, que constituyen derechos de índole administrativo, muy semejantes a los derechos reales, y que según las respectivas leyes se prueban.

Los títulos sirven de prueba de la propiedad, no de la posesión, de modo directo. Pero como propiedad y posesión tienen estrecha relación entre sí, los títulos sirven indirectamente de prueba de la posesión. Si esta prueba se presenta para alegar prescripción ordinaria, el valor de los títulos es mayor, puesto que a través de ellos se justificará la calidad de posesión regular; en tanto que, para las acciones posesorias, no tiene interés la calidad de la posesión sino excepcionalmente (para decidir quién tiene mejor derecho a poseer), y por tanto, interesan menos los títulos que la prueba directa de la situación de hecho. A esto agreguemos lo ya indicado, de que ciertos derechos que se pueden poseer (como los de propiedad literaria, etc.), solamente se pueden probar por medio de títulos. Estos son los puntos más seguros en esta materia, lo que se indica a continuación entra, en cambio en el plano de lo muy debatido y realmente discutible.

El principal problema es el de la coordinación de los artículos 968 y 969, más arriba transcritos. Podemos clasificar así las opiniones existentes: a) Que dichos artículos se contradicen entre sí, de modo que no se ha de admitir su plena vigencia; b) que no se contradicen porque el primero se aplica a un caso distinto del segundo; c) que no se contradicen porque el uno es supletorio del otro.

La opinión que consideraba **contradictorios** los dos artículos se difundió notablemente en el Ecuador a raíz de la reforma del Código Civil aprobada por la Legislatura de 1956, y sobre ella en el punto relativo a la evolu-

ción del derecho en nuestro país; no es del caso repetir aquí los argumentos en pro y en contra de tales ideas. Solamente debe recordarse que esta concepción, está inspirada en una manera peculiar de entender la institución misma de la posesión, o mejor, de las instituciones de la posesión “material”, como la llaman, y la “posesión inscrita”; planteamiento inadmisibles, que fue desechado por la Comisión Legislativa, la que no consideró derogado el artículo 988 (hoy 968), sino vigente, y no contradictorio, por tanto, con otras disposiciones legales.

En cuanto a las explicaciones que aplican cada uno de aquellos artículos a **situaciones diversas**, también admiten variedad de planteamientos. Algunos sostienen que el artículo 968 se refiere a la prueba para la posesión de inmuebles que se hallan de hecho inscritos en el Registro de la Propiedad, y el artículo 969 serviría para el mismo efecto respecto de los no inscritos. Otros, no se atienen a la situación de facto, sino a lo que debe ser: los inmuebles y los derechos que deben inscribirse, y aquellos que no necesariamente se adquieren por inscripción, como pasa con las servidumbres. Otra explicación dice que la posesión del derecho de propiedad, es decir, la posesión del inmueble mismo, se prueba conforme al artículo 969, por medio de hechos a los que sólo el dominio da derecho; mientras que la posesión de los demás derechos reales sobre inmuebles (como el usufructo, el uso, el derecho de habitación) se prueban por medio de la inscripción en el Registro, o sea, siguiendo el artículo 968. También se ha puesto de relieve que la prueba mediante la inscripción del título requiere que ésta haya durado por lo menos un año, y que por consiguiente, cuando no se ha completado dicho lapso, la prueba se podría realizar en la forma prescrita por el artículo 969. Finalmente, dicen algunos, que en los casos de títulos dudosos, la prueba puede completarse por medio de la demostración de los hechos posesorios, de modo que el artículo 969 sería supletorio o complementario del 988.

Evidentemente todas estas explicaciones no se contraponen necesariamente en forma de excluirse, y varios autores han intentado aceptarlas como integrantes de un todo, en forma ecléctica. Pero para llegar a una solución conciliadora, lo más adecuado parece buscar el criterio dominante o fundamental.

Pienso que, de acuerdo con la historia de la Ley y de sus reformas, así como ateniéndose al tenor literal de los mencionados artículos, el principio básico es éste: la posesión debe probarse en la forma más congruente con la **naturaleza** de la cosa poseída. Por consiguiente, cuando la posesión se refiere a un inmueble, la materialidad de la tenencia de la cosa (del “suelo” como dice el Art. 969) debe probarse demostrando los hechos igualmente materiales -como el cultivo, la cosecha, la edificación, el cerramiento, etc.- El ánimo de señor y dueño, debe deducirse de esos hechos materiales, y puede también probarse por los actos jurídicos, que haya realizado, los cuales constarán fácilmente en títulos, inscritos o no. He aquí que la prueba de la posesión que algunos llaman “material”, es algo bastante complejo, en lo cual ha de predominar la aplicación del artículo 969, pero sin excluir necesariamente el artículo 968.

En cambio, la prueba de la posesión sobre cosas inmateriales, como son los derechos inscritos a los que se refiere más directamente el artículo 968, debe hacerse también en forma adecuada a la naturaleza de estas cosas no materiales, y por consiguiente de modo fundamental mediante los títulos inscritos como ordena el artículo 968, pero sin que se excluya totalmente la posibilidad de aplicar el artículo 969 ya que los hechos materiales pueden servir para aclarar los títulos, para saber su verdadero alcance, etc.

Decir por lo tanto, que el artículo 968 es aplicable a la prueba de los derechos inscritos, y el artículo 969 a la posesión del suelo, es decir algo verdadero, pero que requiere matizarse. No se trata de pruebas absolutas, ni tampoco de pruebas excluyentes, sino **predominantes** de uno u otro caso, ya que la posesión de un derecho inscrito siempre tendrá un aspecto material, una referencia al suelo, y la posesión del suelo “con ánimo de señor y dueño”, tiene una clara referencia al dominio que es un derecho, y por ello, algo inmaterial.

En algunos casos sólo será posible una de las dos fórmulas de prueba, en otros serán posibles ambas, en un tercer caso, pueden ser necesarias ambas y complementarse. Lo más importante es dilucidar qué valor se ha de dar a cada prueba según los casos. Tampoco cabe una regla rígida y única que dé preeminencia a un género de prueba sobre el otro, por las razones antes expuestas.

Procediendo de los casos más evidentes a los más complejos, podemos formular unas cuantas reglas sobre esta materia, siguiendo el criterio ecléctico más arriba expuesto.

Si se trata de probar la posesión de un terreno, u otro inmueble material, como edificios, construcciones, bosques, etc., que por rara excepción no estén inscritos en el Registro de la Propiedad, no cabe más que la prueba de los hechos materiales verificados en tales inmuebles, es decir, la plena aplicación del artículo 969.

En el otro extremo tendríamos, el caso de tener que probar la posesión de un derecho inscrito, cuya inscripción dura ya más de un año; aquí, tampoco cabe duda de que sólo se debe aplicar el artículo 968, es decir la prueba de la posesión mediante la inscripción, sin necesidad de ningún aditamento.

Pero tenemos también muchos casos intermedios: puede tratarse de inmuebles que estuvieron inscritos y cuya inscripción se ha perdido o resulta de difícil interpretación por haberse oscurecido los linderos o cambiado la forma y condiciones del inmueble; puede ser el caso de inmuebles inscritos por una persona y materialmente poseídos por otra; se da la posibilidad de múltiples inscripciones, o bien, que se hayan inscrito pero que aún no transcurra un año desde la inscripción. Todas estas circunstancias exigen una cuidadosa aplicación conjunta de los dos mencionados artículos 968 y 969.

En cuanto a la posesión de los derechos, por ejemplo del usufructo, uso habitación, etc., se debe probar por la inscripción solamente cuando se trata de derechos que deben ser inscritos. Hasta la reforma de 1970 por la ley 256, las servidumbres se constituían por escritura sin necesidad de que se inscribiera, y por tanto, podían probarse en otra forma, principalmente por los mismos títulos; nada obstaba, desde luego, a que voluntariamente se inscribieran, y entonces la inscripción serviría también de prueba, pero no era necesaria.

Los otros derechos inmateriales, como los de propiedad literaria, artística, industrial, solamente se prueban de modo primario por la inscripción, y cualquier otra prueba será meramente supletoria.

La prueba de la posesión del derecho, no, es prueba de la posesión de la cosa material sobre la cual recaen tales derechos, de modo que esta última se regirá por sus propias reglas. Así por ejemplo, el que ha probado que posee el derecho de usufructo, no ha probado poseer la casa que podría usufructuar; o el autor que ha probado mediante la inscripción su derecho de propiedad intelectual que posee, no prueba con ello que está en posesión de una edición o unos ejemplares de su libro.

Las cosas materiales que no han estado inscritas y que por primera vez se van a incorporar al Registro de la Propiedad, no pueden ser inscritas sino por quien afirme ser poseedor y siempre que no haya oposición a la inscripción, para lo cual se ordena dar la respectiva publicidad al registro que se va a efectuar.

Si sobre un mismo inmueble existen varias inscripciones contradictorias, que atribuyen los derechos a distintas personas, deberá aclararse el asunto con el concurso de otras pruebas, como por ejemplo, la antigüedad de los títulos, la legitimidad del derecho del constituyente o tradente de los derechos que se alegan. También será aceptable la prueba de los hechos materiales que denotan posesión, principalmente de los acaecidos en el último año.

Cuando se contraponga la prueba de la posesión por medio de títulos inscritos a la prueba de hechos materiales “a los que sólo el dominio da derecho”, en la querella posesoria sobre la posesión del suelo, prevalecerá la prueba material de los referidos hechos, pero en la querella sobre la posesión del derecho debe predominar la prueba de la inscripción. El juez deberá pues, precisar exactamente si la controversia se refiere “al suelo” o al “derecho inscrito”. En principio las acciones posesorias se presumirá que se refieren a la posesión del suelo, por ser lo más corriente. Pero si el problema es complejo y no admite la mencionada distinción, el juez deberá apreciar quien tiene mejor derecho a poseer y entonces tendrá que apreciar equitativamente ambas clases de pruebas, y fácilmente deberá considerar de mayor importancia las consistentes en títulos inscritos, puesto que éstas se referirán a la, calidad de la posesión, para establecer el “mejor derecho” a poseer.

Perdida la posesión material -como suelen decir- de un inmueble, quien la haya tenido conjuntamente con la posesión del derecho inscrito, no pierde por ello la posesión inmaterial, es decir la del derecho. Durante el año siguiente al despojo puede intentar la acción posesoria; caducada ésta, puede recuperar la posesión de la cosa material a través de un juicio petitorio, en el que demuestre su mejor derecho a poseer. Si no lo hiciera, con el transcurso del tiempo, puede llegar a perder también la posesión del derecho por la prescripción extintiva de sus acciones y la prescripción adquisitiva que operará en favor del poseedor de la materialidad de la cosa.

El contraste de los artículos 968 y 969 queda así explicado en cuanto a sus principios teóricos y a sus principales aplicaciones prácticas; y podrá apreciarse que, lejos de haber contradicción entre ambos artículos, hay perfecta coordinación entre ellos.

Tiene también interés, desde otro punto de vista la comparación de ambas normas. Para las acciones posesorias no interesa saber si la posesión es regular o no lo es; pero sí **para la prescripción**, puesto que sólo hay prescripción ordinaria con posesión regular y tratándose de inmuebles esto exige -entre otras cosas- título justo y el título inscrito se presume justo mientras no se demuestre lo contrario. Luego, la prueba del derecho inscrito puede tener alcances muy diversos de la simple prueba de la posesión de la cosa material.

Varias veces he mencionado en este libro el principio de que no hay dos posesiones, una “inscrita” y otra “material”. Pero es preciso insistir en este punto al hablar de las pruebas propias de las acciones posesorias. De la simple lectura de los artículos 968 y 969 se desprende que la prueba de la posesión varía según los casos, acomodándose a la naturaleza de los bienes poseídos. Lo que se tratará de probar en una acción posesoria será siempre la posesión y nada más. Ahora bien, cuando hay que probar la posesión de un derecho, no pueden presentarse simples hechos físicos, materiales. Los derechos se prueban fundamentalmente mediante títulos, y la posesión de los derechos que deban inscribirse, se prueba mediante tal inscripción, como ordena el artículo 968. Las oscuridades, incertidumbres o deficiencias (incluso de antigüedad) de los títulos, podrán esclarecerse con la prueba de los hechos materiales que los corroboren.

En cambio, la posesión de una cosa material puede demostrarse mediante hechos materiales también, y a ellos se remite el artículo 969. Este artículo dice: "la posesión del suelo", porque las acciones posesorias a que se refiere este título, -y por tanto los artículos 968 y 969-, se ejercen sólo sobre inmuebles, y el suelo, la tierra, es el inmueble por excelencia. Pienso, sin embargo, que en forma análoga se podría probar la posesión de un edificio o de una parte de él, por ejemplo, mediante la demostración de quién ha hecho u ordenado las reparaciones, transformaciones, mejoras, etc., materiales hechas en él.

Ciertamente que en las acciones posesorias no se discute sobre los derechos inscritos, como materia de la controversia, si la posesión disputada es la del suelo, la de cosa material, pero igualmente puede también discutirse sobre la posesión por ejemplo del derecho de usufructo, de habitación, etc., o sobre la posesión del mismo derecho de propiedad violado por una alteración de la inscripción o por una cancelación ilegal o una nueva y contradictoria inscripción, etc.; normalmente el que posea un derecho inscrito poseerá también la cosa, y si alguien le arrebatara la posesión llamada inexactamente "material", deberá probar hechos físicos que poseyó, y si además prueba la posesión del derecho podrá demostrar que su posesión es de mejor derecho. Esto último probará con la inscripción de su título. Así mismo, el título inscrito puede demostrar el derecho a poseer y fundar una acción petitoria.

Para terminar este asunto, me referiré a algunas disposiciones de leyes especiales. El artículo 18 de la Ley de Asistencia Social decía: "Para la hipoteca de los bienes raíces de la Asistencia Social, si las juntas no estuvieron en condiciones de presentar los títulos respectivos, o si éstos fueren oscuros o deficientes, bastará el hecho constitutivo del dominio del Estado en los bienes raíces, el cual emana del Decreto Legislativo del 17 de octubre de 1908. En los demás bienes raíces que no estén comprendidos en este Decreto, será suficiente la posesión de los bienes por parte de las juntas. La determinación de los linderos se hará mediante los inventarios correspondientes, o el señalamiento de los términos territoriales de posesión, o las actas o fallos de apeo y deslinde en que hubieren intervenido las Juntas". Nótese que en este artículo que confiere singulares privilegios a la Asistencia Social, se mencionan indistintamente métodos de prueba fundados en los títulos de derecho y en situaciones o actuaciones de hecho.

Me parece que en todo esto se encuentra una confirmación de las teorías anteriormente expuestas sobre la prueba de la posesión.

De manera más directa aún, el artículo 51 de la misma Ley de Asistencia Social, refiriéndose a los juicios de demarcación (Art. 48) linderación, reivindicación o recuperación de la posesión (Art. 49), decía así: “Entre las pruebas que las partes deberán presentar para la justificación de sus derechos, será indispensable la de los planos de los fundos a que se refiere a acción”. Aquí se admite, pues, plenamente y de modo necesario, una prueba de índole jurídica, para cuestiones que pueden ser de “recuperación de la posesión”. Los planos, en efecto, no marcan los actos de los hombres, como la corta de maderas, utilización de pastos, etc., sino la situación de las cosas, que refleja el derecho sobre las mismas.

Y el artículo 54 de la Ley de Asistencia Social va aún más allá: “En las discusiones judiciales o extrajudiciales sobre linderos relativos a los bienes que, perteneciendo al Estado fueren administrados por las Juntas, serán suficiente prueba a favor de las juntas y servirán, además de **suficiente título**, los sucesivos inventarios practicados con motivo de los contratos de arrendamiento o administración celebrados sobre tales bienes, sin perjuicio de fundar sus derechos en los títulos protocolarios primitivos si es que los hubiere. Será también prueba suficiente del dominio, por parte de las Juntas o del Estado, la posesión, en que las juntas hayan estado o las resoluciones de apeo y deslinde que hubieren obtenido.- En el caso de apeo y deslinde, los linderos se determinarán con exhibición del inventario correspondiente, o en atención a la demarcación del terreno poseído- Las juntas podrán también pasar por los títulos de los propietarios vecinos. En este caso no se podrá oponer ningún otro título”. El espíritu de esta Ley consiste en facilitar por todos los medios la prueba favorable a los intereses de la Asistencia Social, aún haciendo excepción a los principios jurídicos más sólidos, como el de que los actos de terceras personas en nada pueden afectar el derecho ajeno; siguiendo esta dirección se acepta como prueba los títulos de los vecinos, y con un carácter tan absoluto, que no se permite oponer ningún otro título; también se admiten demostraciones de hecho, como las relativas a inventarios (descripciones de cosas), al mismo tiempo que los títulos más o menos antiguos: “títulos protocolarios primitivos”. En una palabra, la Ley, combina los dos géneros de pruebas a que se refieren los comentados artículos 968 y 969 del Código Civil.

Una última observación sobre la prueba de la posesión de las cosas. Merecen destacarse las palabras finales del artículo 969: los actos que prueban la posesión deben haber sido **“ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión”**. Si tales actos se hubieran ejecutado con su consentimiento entrarían o bien en la categoría de los de “mera tolerancia”, que no pueden dar pie a la prescripción, o bien, en los que lícitamente se pueden realizar en virtud de alguna relación contractual, como el arrendamiento, el comodato, etc., y en este caso no habría sino tenencia y no posesión por parte de quien verifique esos actos materiales como plantar, cosechar, etc.

48. Efectos de la acción posesoria

Si la acción **tiene éxito**, es decir, si el actor ve reconocida su pretensión en la sentencia, la acción produce la plenitud de sus efectos; mientras no se produzca esa sentencia definitiva y favorable, la acción produce solamente unos efectos transitorios o provisionales. Así, en materia de prescripción, se suspende la posesión si el recurso judicial tiene éxito favorable, pero la demanda que es desechada no produce en definitiva tal efecto, ya que se restituyen las cosas al estado anterior a la demanda.

El efecto de cada acción es naturalmente el que corresponde a su objeto: bien puede ser la restitución de la posesión despojada, o la cesación de la turbación que se sufría, o la seguridad frente a la amenaza de turbación.

Además de aquellas tres finalidades a las que corresponden los respectivos efectos, puede haber un efecto de índole general consistente en la **indemnización** de perjuicios.

Este último efecto solamente se puede reclamar cuando se pide la restitución de la posesión “al usurpador mismo o al tercero **de mala fe**; y habiendo varias personas obligadas, todas lo serán *in solidum*” (Art. 971).

Téngase en cuenta que aunque el sucesor en la posesión que suma a la suya la de su antecesor en ella, toma la del antecesor “con todas sus cualidades y vicios” (Art. 732), no por eso puede considerarse siempre de mala fe al sucesor que añadió a su posesión la de un poseedor anterior que poseía de mala fe. Bien puede el sucesor actuar de buena. Su buena fe no

logrará que se convierta la anterior posesión en posesión de buena fe, ni puede alegar tal carácter respecto de aquella, pero pienso que tampoco se le puede exigir la indemnización de perjuicios porque él mismo no es poseedor de mala fe; por lo menos, no cabría exigirse tal indemnización en lo relativo al tiempo de su buena fe, y podría responder del tiempo correspondiente al antecesor de mala fe en la medida en que el actual se hubiere beneficiado efectivamente de aquella posesión.

Las sentencias en los juicios posesorios, como en general en todo litigio, solamente afectan de modo directo a las partes litigantes, a ellas exclusivamente les obligan. Sin embargo, en los casos, de estas acciones se producen efectos también respecto del propietario de la cosa, aún cuando no haya litigado directamente, si en la acción han intervenido el usufructuario, el usuario o el que tiene el derecho de habitación para conservar o recuperar sus respectivos derechos por ellos poseídos. Como ellos son meros tenedores de la cosa sobre la que recaen sus derechos (cfr. Art. 729), no defienden ellos la posesión que no tienen, la posesión sobre la cosa material, sino la posesión que les corresponde, o sea la de sus derechos; pero como tenedores que son de la cosa, al afirmar su derecho, defienden indirectamente al poseedor de la cosa, que normalmente será el propietario, por esto, el artículo 966 obliga al propietario a respetar los fallos en esta clase de juicio, y también puede apoyar su derecho en las sentencias favorables a los que tienen la cosa en su nombre, ejerciendo esos derechos reales de usufructo, etc. En cambio si la disputa es sobre la “posesión del dominio de la finca o de derechos anexos a él, no valdrá la sentencia contra el propietario que no haya intervenido en el juicio” (Art. 966), porque evidentemente él era quien debía litigar y los usufructuarios, etc., no tenían personería para intervenir en tal juicio.

49. Prescripción de las acciones posesorias

Las acciones posesorias, sean dirigidas a la conservación o a la recuperación, prescriben en un año. Este año está en estricta correlación con el año completo de posesión pacífica que se requiere para proponer estas acciones. Pasado un año ni subsiste la acción, ni habrá la posesión anual necesaria para fundamentar en ella la demanda.

Cuando se trata de acción para **recuperar** la posesión que se perdió el año se cuenta a partir del momento en que se produjo el despojo, es decir precisamente desde que se perdió la posesión, lo cual no presenta ninguna dificultad.

En cambio, cuando se trata de la acción de **conservación** de la posesión, que tiende a eliminar la amenaza contra ella, o la perturbación de su tranquilo goce, la cuestión es más oscura y ha dado origen a grave polémica. Téngase en cuenta en primer lugar el texto legal: "Art. 964: Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión prescriben al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella.- Las que tienen por objeto recuperarla, expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido.- Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad.

Las reglas que sobre la continuación de la posesión se dan en los artículos 732, 733 y 734 aplican a las acciones posesorias".

El punto debatido consiste en saber si el año de prescripción de la acción posesoria conservativa, se cuenta desde el primer acto de perturbación o desde el último de ellos, cuando se producen sin violencia ni clandestinidad.

Si hay violencia o clandestinidad, no cabe duda, porque el artículo 964 lo dice claramente: la prescripción comienza a correr desde que se produce el **último** de dichos actos o desde que **cesa la clandestinidad**. Y esto es perfectamente lógico, justo y conforme con las reglas generales de nuestro sistema; efectivamente, mientras dura la violencia muchas veces no podrá siquiera intentar la acción el amenazado, por temor a nuevas violencias, ni sería justo que la duración de ese estado origine un derecho en el agresor violento, y en general en el Código toda prescripción comienza a correr cuando cesa la causa o amenaza que constituye un estado de cosas (por ejemplo, piénsese en las reglas de la prescripción de la acción de divorcio: Arts. 124 y siguientes).

Pero la dificultad radica en el caso de que los atentados contra la posesión, de los cuales se quiere defender el poseedor, **no han sido violentos ni**

clandestinos. Si otra persona, incluso de buena fe, fundándose en un título, ataca la posesión repetidas veces, y el poseedor deja pasar el tiempo sin defenderse judicialmente, probablemente se debe contar el año de prescripción de su acción a partir de la primera perturbación y no la última. Esto, por varias razones: Primero.- Porque si el artículo 964 ordena que en el caso de violencia o clandestinidad se cuente el año a partir de cuando hayan terminado dicha violencia o clandestinidad, es lógico que en el caso contrario, -si no hay esas circunstancias-, la prescripción comience a correr desde el primer acto de perturbación y no desde el último. En segundo lugar, porque, si transcurre más de un año desde el primer acto de perturbación el poseedor carecerá ya de aquella tranquila posesión que exige la Ley para proponer estas acciones. En tercer término, porque no cabe, conforme con el espíritu de la Ley, resolver el problema de otra manera, ya que, si la perturbación no ha sido rechazada judicialmente, quiere decir que o no era seria, no significaba verdadera amenaza de despojo, o bien, debemos suponer que fue repelida por la fuerza, y la Ley no puede favorecer una acción que se funde en meras sospechas, en amenazas fantásticas, imaginarias, ni tampoco, en el caso de que el poseedor se haya hecho justicia por sí mismo de modo sistemático durante un largo período como es el de más de un año.

En el caso de las acciones posesorias especiales, el artículo 992 dispone algo parecido pero no idéntico: "Las acciones concedidas en este Título, para la indemnización del daño padecido, prescriben al cabo de un año completo.- Las dirigidas a precaver el daño no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo.- Si las dirigidas contra una obra nueva no se propusieren dentro del año, los denunciados o querellados serán amparados en el juicio posesorio, y el denunciante o querellante podrá solamente perseguir su derecho por la vía ordinaria.- Pero ni aún esta acción tendrá lugar cuando, según las reglas dadas para la servidumbre, haya prescrito el derecho".

La naturaleza misma de estas acciones hace que en algunos casos sean imprescriptibles, como lo declara una sentencia de la Corte Suprema. En efecto, el daño que se teme que pueda producir una obra ruinosa puede irse acentuando precisamente con el tiempo, lejos de desaparecer, y la protección legal será tanto más necesaria y razonable cuanto más inminente sea el peligro que se agudiza con el tiempo.

En lo demás, las reglas de la prescripción de las acciones posesorias especiales coinciden con lo ya expuesto respecto de las ordinarias: duración de un año y comienzo de este plazo desde que se produce el hecho que afecta a la posesión.

50. Conservación de la posesión

La posesión lleva consigo el derecho de permanencia. Mientras el propio poseedor o una disposición expresa de la Ley no dispongan otra cosa, debe conservarse en manos de quien la tiene.

Pero el deber ser puede perturbarse por los atentados contra dicha estabilidad. De hecho, la posesión puede ser atacada y despojada contra derecho. Por ello, la Ley **presume la permanencia**, pero no cierra los ojos ante la realidad de la perturbación o del despojo, y da las consiguientes acciones al poseedor para que se defienda.

La acción para conservar la posesión, propiamente se dirige a **eliminar las amenazas o principios de despojo**, tiende a evitar que se disminuya o se haga gravoso el derecho del poseedor.

La primera y más elemental manera de rechazar el ataque contra la posesión es la consistente en la **fuerza privada**; pero ésta solamente es admisible, en un medio civilizado, dentro de muy estrechos límites.

Existen ciertos medios físicos para precaver los ataques contra la posesión y contra la propiedad y demás derechos. Estos **medios preventivos** son la vigilancia personal o por medio de otros, el cultivo, uso y goce frecuente de las cosas, su cerramiento y demás defensas materiales que se suelen usar para evitar la invasión de la propiedad o las depredaciones de la misma. También la policía y demás elementos de seguridad pública, contribuyen indirectamente a evitar los atentados contra los derechos y la posesión de las personas.

Pero si, a pesar de todo, se produce un atentado contra la posesión, parece lógico que quien está en ella pueda evitar que se consuma la usurpación, rechazando al agresor. Este rechazo debe hacerse **con la debida moderación**, y siempre que sea posible, con el auxilio de la **fuerza pública**.

En algunos derechos civiles de otros países se aborda detalladamente este tema, que nuestro Código Civil pasa por alto. El artículo 2470 del Código Civil Argentino dice así: “El hecho de la posesión da derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa”. Es evidente que en todas partes y más en nuestros países con malas comunicaciones y escasa policía, el recurso a la fuerza pública muchas veces será ineficaz, y el individuo que ve invadida su propiedad o a quien le arrebatan sus muebles, tiene que defenderlos con su propia fuerza. Pero también es verdad que este procedimiento de hacerse justicia por sí mismo resulta peligrosísimo, porque a veces puede ser constituirse en juez y parte a la vez, contra todo principio, ya que las cosas pueden ser litigiosas o la misma posesión discutida.

El Código Civil Alemán, más moderno que el Argentino, también trae una disposición al respecto: “El poseedor puede rechazar por la fuerza las vías ilícitas de hecho.- Si una cosa mueble es arrebatada a su poseedor por vías de hecho, éste puede volverla a tomar por la fuerza a aquel que es sorprendido y perseguido en flagrante delito.- Si el poseedor de un inmueble es privado de su posesión por vía de hecho ilícita, tiene el derecho de reentrar en la posesión inmediatamente después de haber sido privado de ella, expulsando al autor de esa vía de hecho” (Art. 859). Nótese que en este caso se habla expresamente tanto del caso de los muebles como del de los inmuebles, pero en ambos el requisito fundamental para obrar por la fuerza radica en la inmediatez entre el atentado y el rechazo. El Código Alemán permite no sólo rechazar el invasor sino recuperar la posesión perdida, con tal de que sea acto seguido a la usurpación si transcurriera un tiempo más o menos apreciable, el poseedor despojado debería recurrir a la acción judicial.

Más cautamente el Código Civil de Portugal, se refiere alternativamente al rechazo por la fuerza y a la acción de la autoridad: Art. 1277: “El poseedor que fuere perturbado o despojado puede mantenerse o restituirse por su propia fuerza y autoridad, en los términos del artículo 336, o recurrir al tribunal para que éste le mantenga o restituya en la posesión”.

Muchos otros códigos siguen la misma línea, así los de Perú y Brasil autorizan para resistir con la fuerza a la turbación o despojo de la posesión siempre que se lo haga con moderación (cfr. Brasil, Art. 502). En resumen podemos decir que la tendencia dominante es la de admitir la defensa propia, directa, de la posesión, pero siempre que se cumplan estos requisitos: que haya moderación, proporción entre los medios que se empleen para rechazar el agravio y éste mismo, y que la acción directa sea inmediata. Si transcurre un tiempo, las cosas se oscurecen, el usurpador se convierte en poseedor, y el que primero tuvo la posesión a su vez podría ser rechazado.

El empleo de la fuerza, además, como señala Valencia Zea, solamente es admisible contra el mismo que usurpó la cosa o está actualmente atentando contra la posesión. No se puede proceder así contra un tercero, porque se correría el riesgo de perjudicar a alguien que haya adquirido de buena fe la cosa recibéndola del usurpador, tal vez, a título oneroso. Además, si está en manos de un tercero -salvo el caso de coautores o cómplices-, hay que suponer que ha transcurrido más o menos tiempo desde el despojo.

El Código francés, el italiano, el español y varios de los latinoamericanos que han seguido a aquellos, no contienen ninguna disposición sobre esta materia, y tal cosa sucede también con el nuestro. Sin embargo, muchos comentadores opinan que, como no dicen lo contrario, ni lo prohíben, sí está permitido rechazar en esa forma los atentados contra la posesión. Así opina, por ejemplo, Peñaherrera. Otros, señalan que es un principio anterior al derecho positivo, un postulado de Derecho Natural, el que justifica la legítima defensa.

Además de esas valiosas razones, pienso que tenemos un punto de apoyo en el derecho positivo para afirmar lo mismo. Me refiero al Código Penal que en los artículos 19, 20, 23, 24 y 25 principalmente, exime de infracción al que emplea medios de fuerza, como heridas, golpes y aún la muerte del agresor, contra la persona y bienes, según la gravedad de las circunstancias.

En algunos casos la usurpación puede producirse por parte de quien ha obtenido legítimamente la tenencia de la cosa, por ejemplo, por parte del arrendatario que comienza a desconocer el derecho del propietario y su

posesión, no pagando las pensiones, o que no devuelve la cosa una vez terminado el plazo del arrendamiento, entonces es más difícil admitir el uso de la fuerza, porque vendría a alterar una situación de hecho con grave peligro de perturbar la paz. Peñaherrera opina que “en algunos contratos, especialmente en los de arrendamiento, suele estipularse que el dueño de la cosa podrá recobrarla de hecho si la otra parte omite el pago de pensiones o retarda la devolución después de expirado el plazo, o si se realiza alguna otra condición.- Tal estipulación es evidentemente ilícita, y por tanto nula, por contraria al orden público, y por entrañar la absurda renuncia a la intervención del Poder Judicial, llamado a declarar y hacer efectivos los derechos de los particulares”. Parece un tanto discutible este asunto. Si se entiende por recuperación material de la cosa, conforme: no cabe hacerse justicia por mano propia, alterando el estado actual de cosas, aunque se crea tener derecho, pues ello puede ser discutible. Pero si en el contrato se establece que el dueño readquiera automáticamente el derecho de usar y disponer libremente de la cosa, no veo inconveniente; en ese caso, podrá por ejemplo, hacer un nuevo contrato de arrendamiento con otra persona; y si hubiera resistencia del primer arrendatario, entonces se hará necesaria la intervención judicial, pero sólo entonces, no antes, ya que bien puede lograrse el cumplimiento voluntario de dicha cláusula.

Siguiendo en la consideración del caso del arrendatario, conviene recordar que éste no puede proponer acción posesoria para defender en su propio nombre la cosa, puesto que no es poseedor, sino mero tenedor, y a título personal, y según el artículo 962 es condición para llevar adelante la acción posesoria, el ser poseedor y haber poseído un año completo. El usufructuario, el usuario y el que tiene el derecho de habitación son también tenedores y poseedores de sus respectivos derechos, pueden usar de la acción posesoria para defender sus derechos, y en el caso de la usurpación violenta de la cosa, pueden también iniciar excepcionalmente la acción posesoria. Pero el arrendatario puede, según el artículo 1871, si es turbado por vías de hecho por parte de terceros, perseguir el daño, más si el demandado se cree asistido de derecho, el arrendatario no puede hacer otra cosa que notificar la turbación o molestia que recibe de tales terceros, al propietario para que defienda él su cosa; así lo afirma claramente una sentencia de la Corte Suprema.

En otros casos, la dificultad para presentar la acción de conservación de la posesión puede consistir en que los actos que se consideran atentatorios contra ella, pueden ser de dudoso valor.

En un juicio se discutió, por ejemplo, si el impedir el derecho de servidumbre de tránsito para entrar en un terreno era o no atentatorio contra la posesión del terreno. Sostuvo el Dr. Alfredo Pérez Guerrero que, desde luego, ese impedimento a la entrada no sólo atentaba contra la posesión sino que privaba de ella, y así lo reconoció la Corte.

En otro juicio, se ha discutido sobre si es atentado contra la posesión de unas aguas, el hecho de que otra persona haya hecho perforaciones en el acueducto para aprovecharse de una parte de esas aguas, y la Corte reconoció así mismo que ése era un claro atentado contra la posesión, ordenando volver las cosas a su estado anterior e indemnizar el daño producido al poseedor de las aguas usurpadas parcialmente.

Varias sentencias reconocen el valor o calidad real de las acciones posesorias para defender la posesión, y que por tanto pueden dirigirse contra quien tenga actualmente la cosa, y no solamente contra el usurpador o agresor contra la posesión.

51. Restitución y recuperación de la posesión

Acabamos de considerar cómo se defiende la posesión ante la simple amenaza o el hecho incoado pero aún no cumplido de despojo. Naturalmente todo ello está íntimamente relacionado con el despojo y recuperación de la posesión. A este propósito valen las mismas consideraciones que ya se hicieron sobre el empleo de la fuerza, a propósito de la defensa preventiva o inicial de la posesión: también cabe ese procedimiento directo para la recuperación **inmediata**, y guardando los debidos límites de proporcionalidad y prudencia.

Las acciones posesorias de recuperación, frente al despojo sufrido, son las más frecuentes en materia posesoria, aparte de las acciones especiales que se presentan también con suma frecuencia: denuncia de obra nueva u obra ruínosa.

El objeto propio de esta acción, como es obvio, consiste en reponer en la posesión a quien la tuvo anteriormente, pero el artículo 970 indica que esta restitución se ha de hacer **“con indemnización de perjuicios”**, de suerte que indisolublemente va unida a la acción de restitución la de indemnización. Solamente si la restitución se hubiera hecho imposible, por la destrucción de la cosa o su destino a un uso público irreversible por ejemplo, entonces cabría demandar con esta acción únicamente la indemnización. Una sentencia de la Corte Suprema resolvió en este sentido, en el caso de una ocupación municipal arbitraria de una propiedad que fue convertida en calle pública.

No cabe demandar la restitución de la posesión cuando la ha tomado el que tiene **derecho de tomarla**, por ejemplo por haber comprado la finca. Se supone siempre, que ha habido un despojo injusto, para que quepa esta demanda.

Todo lo dicho en general respecto de las acciones posesorias es principalmente aplicable a esta acción que es la más típica de ellas. Por consiguiente, no es preciso repetir aquí que la acción se puede dirigir contra el usurpador o contra quien tenga actualmente la cosa, pero que la indemnización se ha de reclamar sólo al poseedor de mala fe, etc.

Hay despojo, cuando se ha privado realmente de la posesión de toda la cosa o de una **parte** de ella.

Se puede intentar la acción cuando se ha sufrido el despojo de la posesión tanto de una cosa **material como de una cosa inmaterial** que puede ser objeto de posesión.

El poseedor de un inmueble inscrito, o con título inscrito más precisamente, desde luego que sí puede ser despojado por el hecho material de otro que se apodera de su finca. Sostener otra cosa sería totalmente irreal. El Dr. Pérez Guerrero alegaba que en virtud del artículo 743 y siguientes, resultaba imposible que el poseedor inscrito perdiera la posesión, y que por eso debían derogarse tales artículos. Pero ya quedó explicado que lo que no se pierde es la posesión del derecho inscrito cuando lo usurpado es el terreno; como no se pierde la posesión de una heredad porque alguien usurpa otra heredad del mismo dueño. Inmueble material y derecho inscri-

to sobre un inmueble son dos cosas y no una misma. Por esto, si se usurpa la una, no se usurpa necesariamente la otra; pero quien tiene ambas, y se ve despojado de una de ellas, naturalmente que puede reclamarla judicialmente: así, el que conserva la inscripción y ha sido privado de la finca, tiene acción para recuperar aquello que perdió.

De acuerdo con el artículo 746, el que recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante el tiempo intermedio. De modo que mediante la acción posesoria de recuperación se logra este efecto **retroactivo**.

Se ha discutido si, además de las acciones posesorias propiamente dichas, que prescriben en un año, cabe alguna otra defensa judicial para el poseedor, que ya no puede hacer uso de la acción posesoria; si, por ejemplo, mediante un juicio ordinario puede pedir la entrega de la cosa probando que le corresponde poseerla, sin recurrir al juicio petitorio. La antigua jurisprudencia chilena aceptaba esto, pero la más moderna lo rechaza. Para el caso concreto del despojo y de la recuperación de la posesión, se acepta la llamada "acción Publiciana", aunque Don Andrés Bello, incluyó este procedimiento dentro de las acciones de dominio o petitorias. Esta acción persigue la calificación respecto de quién tiene mejor derecho a poseer y se tramita mediante procedimiento ordinario; ya no es una cuestión de mero hecho sino un litigio de derecho. Como explica Clemente de Diego, la acción Publiciana compete al poseedor civil de una cosa (con buena fe y justo título) contra el que posee sin título o con título inferior al suyo, para que se la restituya con sus frutos, accesiones y abono de menoscabos. Como no exige la prueba del dominio, esta simplificación de la prueba hace que los propietarios la prefieran a la acción reivindicatoria. Es una especie de acción reivindicatoria útil, introducida por el Pretor Publicio, fingiendo que el adquirente de una res mancipi por traditio, o, en el nuevo derecho romano, el adquirente de una cosa del que no era propietario, había consumado ya la usucapión o prescripción, deviniendo propietario quirritario o dueño. Nuestro derecho consagra esta acción en el artículo 938: "Se concede la misma acción (reivindicatoria) aunque no se pruebe el dominio, al que **ha perdido la posesión regular** de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción.- Pero no valdrá, ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho". Esta "reivindicación" del poseedor, no es, pues, propiamente reivindicación,

sino una acción posesoria peculiar de recuperación de la posesión, que solamente compete a ciertos poseedores (los regulares), y que no puede dirigirse contra cualquier persona, sino contra quien tiene menor derecho a poseer, y que no lleva consigo necesariamente el efecto de la indemnización de perjuicios, y que, finalmente, no se rige por los mismos plazos de prescripción de las acciones posesorias; es propiamente la antigua acción Publiciana.

52. Acción derivada del despojo violento

Dentro de las acciones posesorias generales, la llamada de despojo, ocupa un lugar especial, por ciertas características propias. A ella se refiere principalmente el artículo 972: "El que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión sea de la mera tenencia, y que, por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiese proponer acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas al estado en que se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses. Restablecidas las cosas, y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse, por una u otra parte, las acciones posesorias que correspondan".

La última parte del artículo transcrito casi insinúa que ésta no es una acción posesoria; sin embargo, está incluida, entre las acciones posesorias generales, aunque hay que reconocer que tiene un carácter especial, peculiar. Se podría decir que es un **procedimiento de emergencia**: tiende fundamentalmente a restablecer las cosas a su estado normal y por tanto, a poner inmediato óbice a los atentados de la violencia.

Este recurso cabe únicamente frente al **despojo violento**, y no se podría usar en otros casos de usurpación. Puede, sin embargo haber además de la violencia otras circunstancias que califiquen especialmente al despojo, y que no quitan la posibilidad de esta acción; así, el que ha tomado clandestinamente la posesión en ausencia del dueño, y al regresar éste, le **repele**, comete una violencia, además de la primera clandestinidad, y el usurpado está en aptitud de iniciar esta acción posesoria para recuperar lo suyo.

El mismo carácter de emergencia hace que este recurso prescriba en breve tiempo: la mitad que el de las acciones posesorias ordinarias, es decir, sólo en **seis meses**. Estos seis meses se deben contar desde que el despojo se consuma con violencia. Así, por ejemplo, en el caso mencionado en el párrafo anterior se contarían los seis meses dentro de los cuales se puede proponer la acción, desde que el anterior poseedor regresa y es rechazado, y no desde que el usurpador entró clandestinamente en posesión.

Esta acción no es originaria del Derecho Romano antiguo, sino que se incorporó en el Corpus Iuris en época muy tardía, por influjo del Derecho Canónico que plasmó la llamada “*conditio ex canone redintegranda*”, en virtud de la cual, en el caso de despojo violento, era preciso devolver al despojado sus derechos antes de entrar a discutir sobre el derecho. Esta acción ha abierto la puerta para la amplia protección que el derecho moderno de los países germánicos ha dado a toda forma de tenencia, aunque no constituya posesión.

La diferencia con las demás acciones posesorias es evidente. Mientras en éstas, solamente puede presentar la **demanda** quien haya poseído durante el último año, para la acción contra el despojo violento **no se exige posesión anual**, y ni siquiera es preciso ser poseedor, puesto que **aún el mero tenedor** tiene esta acción. Tampoco interesa para nada, en este caso de emergencia, el **origen** de la posesión o de la tenencia y sus cualidades o vicios: no puede oponerse como excepción contra el despojado violentamente, que éste a su vez adquirió la posesión con violencia o con clandestinidad.

Como estos juicios solamente detienen la violencia, reparan sus daños y vuelven las cosas a su estado anterior, sin entrar a considerar el derecho del despojado, la sentencia favorable en nada aumenta su derecho o consolida su situación; no significa ningún cambio sustancial, y no tiene valor probatorio alguno respecto al derecho a poseer, y ni siquiera respecto de la posesión misma. Como afirma con razón el Dr. Pérez Guerrero tampoco da la posesión la sentencia de restablecimiento, “y no la da, porque el juicio de despojo violento no tiene como materia propia de él una discusión sobre posesión. Su objeto es impedir que mediante violencias se le prive a una persona de una cosa que él tiene. Puede tenerla como poseedor, como arrendatario, como mero tenedor en definitiva. Y precisamente, por-

que el restablecimiento no da la posesión, el vencido en juicio de despojo puede proponer acción posesoria”.

No basta, para que se pueda intentar esta acción, una mera turbación de la posesión, o un acto que claramente no tiene sentido de usurpación. Se puede intentar la acción para recuperar la posesión, y esto sólo cabe **cuando se la ha perdido**, cuando realmente hay despojo, o sea cuando “otro se apodera con ánimo de hacerla suya”, como dice el Código Civil. Por esta razón, en un célebre juicio, el Dr. Víctor Manuel Peñaherrera sostuvo en el alegato ante la Corte Suprema que: “el que se limita a ejecutar una obra, obedeciendo las órdenes, de su patrón, sin la menor intención de adquirir nada para sí, no despoja; y si despojo resulta de tal obra, el despojante será el patrón, para quien se ejecuta la obra, y en quien podrá haber el *animus domini*, constitutivo del verdadero despojo, como lo es también de la verdadera posesión”. ★ ★

Además de la acción posesoria de que acabamos de hablar, se puede seguir la acción penal por los actos de violencia, como lo autoriza expresamente el artículo 973: “Los actos de violencia cometidos con armas o sin ellas, serán, además reprimidos con las penas que correspondan según el Código Penal”. Esta Ley, configura el delito de usurpación como el que consiste en “por violencia, engaño o abuso de confianza despojar a otro de la posesión o de la tenencia de un bien inmueble o de un derecho real constituido sobre inmueble” (Art. 580 del Código Penal). Otros actos de violencia también son reprimidos por el mismo Código, en cuanto constituyen atentados contra la posesión o la propiedad, tales como destruir o alterar los términos o límites de un inmueble, las amenazas que estorben la posesión, desviar aguas, romper diques o esclusas, etc. (Art. 581), o el sustraer o desviar fraudulentamente aguas de otro, o públicas para apoderarse de ellas (Art. 582).

53. Características de las acciones posesorias especiales

Después de tratar el Código Civil de las Acciones Posesorias en el Título XIV, dedica el siguiente Título a “Algunas Acciones Posesorias Especiales”. La denominación de acciones posesorias denota que pertenecen al mismo género de las tratadas precedentemente, pero la especificación de

que son especiales indica una diferencia que se acentúa por el hecho de incluirse en un título distinto.

Algunos autores, como Don Luis Claro Solar, afirman que estos juicios especiales no son en realidad acciones posesorias, porque “miran más que a la posesión, al ejercicio del derecho de propiedad y establecen restricciones o limitaciones a este ejercicio, a fin de evitar daños y conflictos que la libertad de goce de los propietarios pudiera ocasionar”. Este juicio tiene algo de exagerado, puesto que, si bien en algunos casos las acciones posesorias especiales se encuadran dentro de la finalidad que indica el insigne comentarista chileno, en otros casos, los más notables y frecuentes, como los de denuncia de obra nueva y de obra ruinosa, sí hay contenido verdaderamente posesorio.

Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión. Las de obra nueva o de obra ruinosa protegen indirectamente la posesión: aseguran su ejercicio sin embarazos, y en definitiva sirven también para conservar la posesión, puesto que por prescripción podría perderse el derecho a poseer un terreno, o una servidumbre, etc., si no se impidieran oportunamente los actos arbitrarios de otras personas que atenten contra tal posesión. El mismo requisito, -señalado múltiples veces por la jurisprudencia-, de que el actor esté en posesión del inmueble afectado por la obra nueva o ruinosa, delata el carácter posesorio de estas acciones.

Otro requisito para estas acciones consiste en que el demandante, haya sufrido o tema sufrir un inminente daño. Las obras, acciones o situaciones inocuas, no prestan mérito suficiente para entablar estas acciones.

Como características más salientes de estas acciones se pueden señalar: 1. Que el actor **no necesita probar un tiempo** determinado de posesión, como se exige por el contrario en las posesorias generales (un año), basando la actual posesión. 2. Que tampoco se exige una **calidad especial** de la posesión, pudiendo ser tanto regular como irregular, de buena o mala fe, etc. 3. Estas acciones no tienen lugar contra el ejercicio de las **servidumbres** legítimamente constituidas (Art. 989); y, 4. Tanto el sujeto activo como el pasivo de ellas, puede ser **una o muchas personas** (Art. 988).

Lo señalado en los dos primeros numerales, se desprende que el Legislador no hace distinción alguna, y por tanto no debe hacerla el intérprete; además de que, como esas diferencias sí tienen trascendencia en las acciones generales, el carácter de las especiales excluye tal distinción. La jurisprudencia confirma este razonamiento, ya que en muy numerosas sentencias que existen sobre esta materia, no se entra a calificar la posesión en que se funda el actor, sino que piden simplemente prueba de la existencia de tal posesión, sin importar su clase ni duración.

Como las servidumbres debidamente constituidas son derechos reales que merecen la protección legal, es evidente, que no puede impedirse su ejercicio mediante acciones posesorias especiales, mientras tal ejercicio no es abusivo y se mantiene dentro de sus justos límites. Por esto, con sobrada razón afirma el artículo 989: “Las acciones concedidas en este título no tendrán lugar contra el ejercicio de **servidumbre legítimamente constituida**”; y en estrecha coordinación con esto, dispone el artículo 867 que “el que tiene un derecho de servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla”, y el 868 establece que “el que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables para ejercerla”; en otros casos se ponen a salvo expresamente ciertos derechos a realizar obras que defienden, conservan o hacen útil la servidumbre, por ejemplo en los artículos 893 y 905, sobre la medianería y el acueducto. El mismo artículo 974 señala que no puede intentarse la acción de obra nueva contra quienes han realizado construcciones necesarias para precaver la ruina de edificios puentes, acequias, etc. En esta forma el Derecho delimita el carácter útil de estas acciones, su sentido de equidad, que excluye el abuso del derecho.

En cuanto a la posible **multiplicidad** del sujeto activo o del pasivo de estas acciones, hay que observar que, la destinada a impedir el daño de la obra nueva, ruinoso, etc., es indivisible, por esto se puede intentar por parte de uno solo de varios copropietarios, y también contra uno sólo o muchos de los dueños, poseedores o vecinos. En cambio la indemnización del perjuicio es divisible y deben pagarlo por partes los responsables al perjudicado o perjudicados.

Si se hubiere demandado a varios la indemnización de perjuicios por partes iguales, éstos deben pagar así, aunque tengan después el derecho de

dividirse la deuda a prorrata de sus cuotas y exigirse las correspondientes compensaciones.

54. Querella de obra nueva

Los artículos 974 y 975 del Código Civil se refieren a esta acción de modo directo y en el más propio sentido; además de ellos, se aplican a la materia las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, las ordenanzas municipales, etc. También se puede decir que otras acciones posesorias especiales son como derivaciones o concreciones mayores de la querella de obra nueva: me refiero a ciertas acciones relacionadas con las aguas, las plantaciones y sembríos, etc., que pueden afectar los derechos de un poseedor. He aquí los mencionados artículos:

Art. 974: “El poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir en el suelo de que está en posesión.- Pero no tendrá derecho de denunciar con este fin las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc., siempre que se reduzcan a lo estrictamente necesario para ello, y que, terminadas, se restituyan las cosas al estado anterior, a costa del dueño de las obras.- Tampoco tendrá derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza de los caminos, acequias, cañerías, etc.”.

Art. 975: “Son obras nuevas denunciabiles las que, construidas en el predio sirviente, embarazan el goce de una servidumbre constituida en él.- Son igualmente denunciabiles las construcciones que se trata de sustentar en edificio ajeno, que no está sujeto a tal servidumbre.- Se declara especialmente denunciable toda obra voladiza que atraviesa el plan vertical de la línea divisoria de dos predios; aunque no se apoye sobre el predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvias sobre él”.

Son, pues, obras nuevas denunciabiles: a) la **construcción** en terreno del poseedor reclamante; b) la que **impide el actual ejercicio de una servidumbre** constituida a favor del inmueble que se posee; c) Las **obras que se sustenten en edificio ajeno** no sujeto a esa servidumbre; d) La **obra voladiza** que atraviesa el plan vertical de la línea divisoria de dos predios; e) Las, obras que **viertan las aguas lluvias** sobre terreno ajeno que no

deba recibirlas, y en general aquellas obras que **produzcan una carga o servidumbre** sobre el predio del poseedor reclamante.

En todo caso, según la jurisprudencia, que en esta materia es abundante, debe tratarse siempre de obras **materiales y aparentes**. Se requiere también que la obra cause algún **perjuicio** al denunciante

En el estado actual de la legislación nacional, si la obra nueva se realiza **fuera del suelo poseído** por el querellante, es también posible la denuncia, pero siempre que dicha obra **impida el ejercicio de una servidumbre** a favor del predio poseído, o que imponga sobre él un perjuicio no solamente material, sino también jurídico.

No se puede reclamar contra la obra nueva cuando ella es **necesaria**, sea para evitar un grave daño o para cumplir otras disposiciones legales. Entre los daños que justifican la ocupación material temporal de un predio, se destaca la amenaza de ruina de edificios, puentes, canales, etc. También las Leyes de Aguas, de Caminos, de Electrificación, de Régimen Municipal, y otras, imponen particulares obligaciones de sufrir temporalmente, y a veces definitivamente, la ocupación de las posesiones -normalmente ocupación parcial-, para la realización de obras de interés público; de todas formas los que se ven sometidos a ellas tienen derecho a la indemnización de perjuicios, lo cual está garantizado por la Constitución de la República.

En cuanto a la materialidad misma de la obra, puede ésta consistir en construcciones propiamente dichas, o bien en otras alteraciones del terreno o de los edificios existentes, como el cavar zanjas, sobreelevar paredes o tender alambres, tuberías, etc., sembrar, plantar, cultivar, etc.

Si el poseedor tolera que se siembre o edifique en su terreno, puede hacer suya la edificación o plantación, pagando su valor (Art. 685). Puede por tanto elegir el poseedor entre impedir judicialmente que se lleve a cabo la obra, o dejar que se construya a ciencia y paciencia, un edificio, y, una vez terminado, pretender que sea demolido.

La jurisprudencia chilena ha aceptado la querella de obra nueva aún en el caso de que aún no se haya comenzado propiamente la edificación, hallándose únicamente reunidos los materiales para ello, dada la circuns-

tancia de haberse probado de modo inequívoco el destino de esos materiales. Esta solución parece muy razonable, sobre todo si se piensa que hoy día cualquier edificación en las ciudades, requiere planos aprobados por la Municipalidad, mediante los cuales se puede saber exactamente cómo será la obra aún antes de comenzarse; y es evidentemente más económico, que se suspenda la obra que se va a hacer, que no la ya comenzada.

Tampoco obsta a la querrela el que los trabajos **estén muy avanzados**. Pero, no se acepta la acción si la obra está **ya concluida**, y esto, por la evidente razón de que la finalidad de este juicio es pedir la **suspensión** de la obra, cosa que no cabe cuando ya **se ha terminado** completamente. Una vez acabada la obra, caben otras acciones, como la de restitución de la posesión, o la de indemnización de perjuicios, según los casos. Esto último se afirma, en muchas sentencias de la Corte Suprema.

También ha aclarado la jurisprudencia que no es aceptable la demanda fundada en el **mero temor** de que una **servidumbre** pueda resultar emba-razada, puesto que la Ley se refiere **expresamente** a las obras que actual-mente atentan contra el uso normal de **las servidumbres**.

No cabe insistir en que estas acciones se fundan en la posesión y no en el dominio, y numerosas sentencias de nuestra Corte Suprema han tenido que repetir esta doctrina clara.

En cambio, es muy discutido lo relacionado con la **clase de posesión**, y su correspondiente prueba: si se refiere a la posesión del suelo, o a la posesión del derecho inscrito. En Chile la jurisprudencia se ha dividido al respecto; Alessandri cita sentencias de Cortes como la de Tacna que han aceptado la prueba material de la posesión del suelo, y otras que se han remitido a la prueba de la posesión del derecho, mediante su correspon-diente inscripción, cuando se trataba de inmuebles inscritos. Nuestra Corte Suprema, en los últimos años ha dictado varias sentencias favorables a la prueba material de la posesión del suelo pero no se excluye absoluta-mente la posibilidad de aducir títulos inscritos como medio probatorio indirecto o complementario de la posesión. Por ejemplo, puede ser preci-so establecer si una pared es o no **medianera** para de allí derivar si hay o no posesión y violación de ella por la obra nueva, para lo cual pueden ser muy útiles las pruebas documentales.

No se puede presentar la querella de obra nueva contra las personas que debidamente autorizadas por el mismo poseedor realizan tales obras, sería un contrasentido, autorizar y luego demandar. Tampoco cabe la acción, cuando el autor de las obras ha sido debidamente autorizado por **autoridad competente**, por ejemplo para cateo de aguas o de minas, habiéndose cumplido las disposiciones legales. Si el poseedor es perjudicado por esas obras puede reclamar a la Administración, o al mismo autor de las obras, si no procede legalmente, sujetándose a los reglamentos o causando daños innecesarios. No hay tampoco obra nueva denunciabile en la sustitución de una pared por otra, si la autoridad competente ha ordenado la demolición o restauración.

Si bien hemos visto que algunas acciones posesorias pueden ser intentadas por los meros tenedores, como el usufructuario, etc., la de obra nueva, que es acción posesoria especial, solamente podría presentarse **por parte del poseedor**, ya que la Ley no extiende esta facultad al tenedor, y la jurisprudencia confirma esta conclusión.

Para las obras construidas o verificadas en lugares de dominio y uso públicos, existen especiales recursos de **acción popular**, de los que se hablará más adelante, pero **no se podría emplear la acción de obra nueva**. Una sentencia de la Corte Suprema rechazó la acción propuesta contra ciertas obras realizadas en el cauce de un río, por ser éste de dominio y uso público; otra, así mismo, no acogió la querella presentada contra el que había ocupado un callejón municipal que daba acceso a una propiedad privada y a servicios públicos, porque, dijo la Corte, **nadie tiene servidumbre activa de tránsito sobre una calle pública**.

Si las obras se realizan en una pared medianera, **dentro de la mitad** de que puede usar el respectivo propietario, no cabría que el otro propusiera querella de obra nueva, porque en rigor no se estaría haciendo nada en la posesión del demandante. Varias sentencias han resuelto en este sentido.

El poseedor en cuyo terreno o edificio se verifican innovaciones no autorizadas puede optar por la querella de obra nueva, que solamente conduce a la suspensión de las obras, o bien intentar la acción de conservación o de recuperación de la posesión, en cuyo caso podrá también pedir la demolición, etc., de lo ya hecho, pero en todo caso, el artículo 693 del Código de

Procedimiento Civil da pie para demandar también la indemnización de los perjuicios causados, cosa que perfectamente se puede probar dentro del trámite verbal sumario propio de estas acciones.

Si las obras realizadas en el propio terreno o inmueble, causan un perjuicio meramente indirecto en **el poseído por un vecino**, tampoco hay lugar para la acción de obra nueva, sino que deberá demandar la indemnización de perjuicios por el trámite ordinario. Así lo resolvió la Corte en el caso del daño producido en una casa por el hundimiento del terreno, ocasionado por otra construcción de gran volumen y peso efectuada en el contiguo solar.

55. Querella de obra ruinosa

Así como la querella de obra nueva tiende a suspender los trabajos que perjudican al poseedor de un inmueble, la querella de obra ruinosa tiene por objeto precaver y evitar los posibles daños que amenaza causar alguna obra deteriorada.

La querella de obra ruinosa se dirige a pedir la **demolición** de edificios, paredes, etc., o su **reparación** de modo que ya no representen un peligro para el vecino poseedor. Pero esta finalidad principal puede transformarse o sustituirse, por orden judicial, en la prestación de **garantía suficiente**, si se comprueba que el peligro no es grave. Hemos de entender que no hay gravedad, y por tanto se puede terminar la querella prestando caución, cuando los desperfectos, perjuicios, etc., no son de gran cuantía, y también cuando el peligro es remoto, es decir, que razonablemente no se pueda pensar que la ruina se ha de producir pronto sino en tiempo lejano. Todos estos conceptos son muy relativos y deben ser apreciados por el juez con sentido de equidad.

Los perjuicios contra los que se puede reclamar no son solamente los que puedan causar edificaciones propiamente dichas, sino cualquier otro género de obras, como diques, acequias, puentes, túneles, postes, líneas de conducción eléctrica, alambres de otro género, tuberías, depósitos o torres de maderas u otros materiales, etc. Pero también se puede reclamar cuando la ruina puede ser causada por árboles mal arraigados (Art. 979).

La responsabilidad del vecino después de que se le haya citado la querrela de obra ruinosa es una **responsabilidad objetiva**, proveniente de la misma disposición legal, de tal manera que el perjudicado no tendrá que probar otra cosa que la citación de la demanda y el perjuicio sufrido. El demandado, a su vez, solamente puede librarse de la responsabilidad si prueba que el daño se ha producido por caso fortuito; podríamos decir, “fortuito absoluto”, en el sentido de que ha de probar que el perjuicio se habría producido aún en el caso de haberse reparado su edificio o de haberse derrocado.

En cambio, si **no hay citación** de la querrela, no existe esta responsabilidad objetiva y solamente habrá lugar a indemnización si el poseedor perjudicado prueba la culpa del propietario de la casa, árbol, etc., o si demuestra que se trata de un delito o cuasi delito. Naturalmente, esto ya no es propio de la acción posesoria de obra ruinosa, sino de un juicio ordinario para reclamar los perjuicios fundándose en alguna de aquellas causas. Existirá responsabilidad por cuasi delito, si el propietario del edificio no ha hecho las reparaciones necesarias o ha faltado de otro modo al cuidado de un buen padre de familia, esto es, si ha incurrido en culpa leve o grave (Art. 2223), y desde luego, si ha obrado dolosamente, en cuyo caso se tratará ya de una responsabilidad delictual. También hay cuasi delito, y la correspondiente obligación de indemnizar, cuando una cosa cae o se arroja de la parte superior de un edificio y causa destrozos u otros perjuicios, sin que pueda atribuirse a caso fortuito imposible de evitar.

Resulta dudoso si se podrá reclamar el perjuicio por la ruina producida en el predio vecino, **contra el constructor** del edificio que se destruye. El artículo 1937 establece la responsabilidad decenal de los constructores, pero parece que esa responsabilidad debe hacerla efectiva el propietario del inmueble, el cual a su vez responderá ante los vecinos en los casos antes indicados, de modo que los vecinos no podrán demandar directamente al constructor.

Las acciones dirigidas a precaver el daño no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo (Art. 992). Esto es muy razonable. Puede decirse que normalmente, el transcurso del tiempo hará más inminente el peligro de una obra vieja, y por tanto el derecho de reclamar contra ella, en lugar de descartarse, se hará más fundado.

Además de la acción concedida a los particulares para precaverse del daño que puedan ocasionarles las obras ruinosas de los vecinos, la **Municipalidad** puede ordenar, por vía administrativa, la demolición de una construcción que presente peligro por su inestabilidad, sus condiciones higiénicas, etc.

Si el querellado no procede a realizar las obras de demolición o de restauración que son necesarias para precaver los peligros, el juez ordenará que se hagan dichas obras **por cuenta del querellado**. En este caso, la nueva construcción debe conservar, dentro de lo posible, las características de la antigua, sin que se justifique ningún cambio sustancial, salvo que el mismo dueño consienta en él, o que sea realmente necesario.

56. Acciones posesorias especiales sobre aguas

Las acciones posesorias relativas a las aguas son en todo semejantes a las que se acaban de exponer, y se pueden asimilar más o menos a la de obra nueva, la de obra ruinosa o la de indemnización de perjuicios; a veces pueden combinarse las tres modalidades; y también podemos añadir otro objetivo característico de estos procedimientos especiales: el de lograr **nuevos aprovechamientos de aguas**.

Toda la materia está, lógicamente, muy concatenada con el estudio del régimen de las aguas y de las servidumbres, por lo cual aquí no se señalará sino lo más esencial y directamente relacionado con las acciones posesorias especiales.

Estas acciones especiales se pueden proponer cuando la **desviación o detención artificial de las aguas** en un predio afecte a la posesión ajena, sea causando destrozos, humedad, etc., o cuando se priva por tal medio del uso normal de una servidumbre natural, legal o convencional de otro.

No cabe la acción si el propietario o poseedor de las aguas hace de ellas el uso debido, sin disminuir el derecho ajeno ni amenazar daño alguno. Así, el Código Civil autoriza la realización de obras que desvíen las aguas corrientes, y al realizarlas conforme a la Ley no se atenta contra la posesión ajena, ni podría el poseedor reclamar nada.

Pero, se ha de tener en cuenta que ni la Ley ni la equidad autorizan el **abuso del derecho**, por lo que, sí se podría plantear una acción posesoria contra el que desvíe las aguas propias y produzca así un daño previsible al vecino. El artículo 982 habla de la “intención de ocasionar daños”, que debemos entender que se presume si el daño es evidente o fácilmente previsible; entonces no se justifica el uso del propio derecho, aunque se ciña aparentemente a la Ley. Y digo “aparentemente” porque es preciso insistir en que el espíritu del Código Civil, y más aún de la Ley de Aguas consiste en que cada uno debe utilizar su derecho sin causar menoscabo a los demás.

Muy revelador a este respecto es la historia del actual artículo 1009. Originalmente, el Código establecía que “Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo” (Art. 975 del primer proyecto de la Corte Suprema del año 1857, y artículo 934 del Código aprobado por el Congreso Nacional) y así se conservó el texto hasta la edificación de 1930 (Art. 936). También la edición del año 1950 conserva el mismo artículo (Art. 1007), pero en vista de las nuevas leyes sobre aguas, particularmente la Ley de 1936 y el Decreto Supremo 142 del año 1938, el valor de dicho artículo quedó muy modificado, y notables juristas sostuvieron que estaba derogado, porque el propietario no podría realizar esas obras sin la respectiva **concesión**, la misma que también podría alcanzar cualquier otra persona aunque no tenga ni la propiedad ni la posesión del terreno. Ya la edición de 1960, cambia sustancialmente la redacción de este artículo (hoy 1014), remitiéndose simplemente a la Ley de Aguas, la misma que no consiente que un propietario alumbre sin permiso las aguas subterráneas de su propio fundo, y mucho menos, si al hacerlo disminuyera o agotara el caudal de quien tiene derecho y está en posesión de esas aguas aprovechándolas debidamente.

El artículo 980 se refiere a una acción que tiene algo de la de obra nueva y también de la de obra ruinoso. El supuesto principal es el de que se haya construido o realizado una labor que no existía antes, con la cual se afecta la posesión de otro o se impide el uso de una servidumbre. Pero lo que se pide al juez y lo que éste debe ordenar no es simplemente la suspensión de la obra (como en la obra nueva) sino que “se deshagan o modifiquen”

tales obras, y que se “resarzan los perjuicios” (lo que es más propio de la querrela de obra ruinosa).

La acción está prevista tanto, para el caso de que lo construido **ocasiona un daño** directo por la acumulación o el derrame de las aguas, como también para el caso de que las obras impidan el legítimo uso de las aguas. En ambos casos el querellante no tendrá que probar directamente su propiedad sobre el inmueble o sobre las aguas de que se le priva, sino simplemente que ha estado en posesión de uno o de otras, puesto que se trata de acción posesoria.

No exige la Ley que la posesión haya durado **un tiempo** determinado, ni impone en este caso la prescripción de la acción en un año. La acción especial relativa a las aguas, prescribirá solamente cuando se haya constituido por el transcurso del tiempo el correspondiente derecho de servidumbre, mientras tanto, subsistiendo el daño, el perjuicio o la limitación del propio derecho, se puede reclamar. Además, el artículo 981 establece que “ninguna prescripción se admitirá en favor de las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente **dañoso**”; esto tendría aplicación, por ejemplo, si se represaran aguas servidas o contaminadas con sustancias tóxicas de desperdicios de una industria en forma que al acumularse tales aguas hicieran inhabitables los contornos.

El artículo 980 parece conceder la acción especial en términos absolutos contra el que desvíe o detenga las aguas, pero el artículo 982 limita el alcance de la acción pues el que no está obligado a recibir aguas ajenas bien puede impedir que penetren en su finca, aunque al detenerlas causen un daño, siempre que éste no sea provocado. Este artículo prohíbe las obras hechas “con **intención** de ocasionar” el perjuicio; por consiguiente se pueden hacer aquellas obras que se dirigen a evitar el propio daño, aunque se produzca concomitantemente el perjuicio ajeno, y siempre que no se haya podido evitar sin igual o mayor perjuicio propio.

Se concede también acción posesoria especial para el caso de que se produzcan perjuicios o resultare una amenaza de ellos sin que haya de por medio ninguna construcción u **obra artificial**, sino que, por el mismo acarreo de las aguas se acumulen palos, tierra, etc., que desvíen o tiendan a desviar o acumular las aguas. Entonces el perjudicado tiene derecho a que

el dueño de la heredad en que esto suceda le permita remover esos obstáculos. Naturalmente que este derecho alternativo que concede el artículo 983, supone que en caso de oposición del dueño a ambas cosas, el perjudicado puede recurrir al juez para que ordene lo que compete; sería una acción especial, también en este caso semejante a la de obra ruinosa.

La acción prevista en el artículo 984 se aparta un tanto de las anteriores porque ya no se funda en ninguna obra nueva, sino en el **descuido** del poseedor de las aguas que produce un perjuicio en otra finca. La omisión de la debida diligencia, en este caso, da derecho al perjudicado a demandar la indemnización de los perjuicios; se trata, pues, de perjuicio por culpa; puede muy bien tratarse de un cuasi delito. Y el Código impone, además, una pena para el caso de reincidencia, consistente en la duplicación del monto de la indemnización con relación al daño causado.

Aquí se trata de dos acciones: una que tutela el derecho de **aprovechar las aguas** que corren por cauces naturales para fines industriales; y la acción contraria para **oponerse a dicho aprovechamiento** de aguas de dominio público, cuando vendría a disminuir el legítimo uso que corresponde a otros.

Pero aún esos usos industriales, como el de mover un molino, una turbina, etc., o refrigerar una maquinaria, lavar envases o productos industriales, o recibir desagües, etc., pueden **atentar** contra el derecho de otro, porque las aguas se hagan inservibles, peligrosas, o cambien de nivel resultando entonces inaprovechables, etc. En cualquiera de tales casos, si se atenta contra un derecho ajeno, éste puede oponerse, y sin necesidad de probar el derecho mismo, sino demostrando simplemente que poseía tales usos legítimos.

57. Acciones relativas al uso de zonas contiguas a otra propiedad

Dentro del Título XV que estamos comentando, el Código habla de varios derechos y de la limitación de ciertos derechos derivados de la propiedad; estos derechos o la posibilidad de limitarlos, debemos entender que corresponden también al poseedor de un inmueble, pues de otro modo no se justificaría la inclusión de tales normas en este punto del Código; sin embargo, la Ley hace referencia al “propietario”, al “dueño”, al derecho de

propiedad, cuando habría sido preferible referirse simplemente a la posesión.

El Código regula cuales son estos derechos y sus limitaciones, y así, de modo indirecto indica que se puede entablar las correspondientes acciones posesorias especiales para tutelar o defender esas facultades. Sólo en algún caso concreto se refiere a la actuación del juez. De todas formas, podemos decir, que serán aplicables a estas materias las disposiciones de las demás acciones posesorias especiales, en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de lo que se reclama.

El principio básico que inspira esta legislación es el de que el **uso legítimo** de la propiedad, o de la posesión del suelo, no debe realizarse en una forma que perjudique al vecino, al menos innecesariamente.

En virtud de este principio de hondo sentido social, se prohíben los depósitos de agua o materias húmedas, en la zona próxima al edificio ajeno, o al terreno de otro. Estos materiales húmedos, bien pueden acumularse en otro sitio de la posesión, que no implique una amenaza a la posesión del vecino. Lo propio puede decirse de los sombríos de plantas o árboles.

Se da la regla general: no pueden plantarse árboles **a menos de un metro y medio** del lindero, ni tampoco plantas menores a distancia inferior de medio metro de las paredes. Por consiguiente, si no hay paredes, se puede plantar árboles u otros vegetales, aún en la línea misma divisoria, ya que no se producirá tampoco ningún daño. Pero si más tarde el vecino edifica, puede reclamar igualmente.

Además, de la regla general, existe la norma más flexible, para los casos especiales: si se trata de árboles que extienden a gran distancia sus raíces, el juez puede ordenar que se planten a una distancia mayor de la indicada, pero nunca mayor de cinco metros. Nótese que se habla sólo de árboles de **grandes raíces**, y no de grandes ramas o de copa muy espesa y corpulenta; esto, probablemente porque es más fácil cortar las ramas y controlar su extensión que no las raíces que silenciosamente pueden producir graves daños al vecino. El hecho de que el juez pueda y deba señalar la distancia, no significa que el propietario tenga que pedir permiso judicial para plantar árboles en su terreno, sino que el vecino puede pedir el interdicto sea

cuando prevé que se van a plantar los árboles, o bien cuando se han plantado y aún es posible desplazarlos, o bien, cuando por su gran volumen no es posible, podría pedir que se derriben si causan daño y no están a la debida y prudente distancia. Todo esto se desprende del artículo 985.

Las ramas y las raíces de los árboles pueden extenderse más allá de los linderos de la propiedad en que están plantados, y no los pierde su dueño por ese hecho, más aún, también le pertenecerán los frutos que produzcan y tiene derecho a que no se le permita recogerlos. Pero el vecino puede exigir que se corten las ramas, y puede cortar directamente las raíces.

Si se trata de **árboles medianeros**, que pertenecen por igual a los dos propietarios, cualquiera de los dos condueños puede exigir que se derriben dichos árboles, probando que de algún modo le dañan (Art. 896).

58. Acción posesoria pública y acción popular

Sobre estas materias tenemos los siguientes artículos del Código Civil:

“Art. 990: Las Municipalidades y cualquiera persona del pueblo tendrán, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transiten por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.- Y siempre que, a consecuencia de una acción popular, haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse el daño padecido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad”.

“Las acciones municipales o populares se entenderán sin perjuicio de las que competan a los inmediatos interesados”.

Estas acciones especiales tienen, pues, por objeto **proteger principalmente la seguridad** de las personas en general: “los que transitan” por lugares públicos. Esta seguridad puede estar amenazada por edificios ruinosos, árboles que puedan caerse fácilmente, aguas que puedan desbordarse, líneas eléctricas inseguras, etc. Pero también puede pensarse en la

inseguridad producida por depósito de materias corrientes o infecciosas, de explosivos, etc.

Cualquier persona puede pedir que se retiren esas materias, que se restauren o aseguren las obras que amenazan ruina o que se derroquen, etc., en la misma forma en que lo harían los particulares para proteger sus posiciones. Esta facultad concedida a cualquier persona es la **acción popular**.

Pero, además de la acción popular, hay la **acción pública**, que corresponde a las autoridades que representan a los organismos públicos competentes. Estos son principalmente los Municipios, a los que se refiere el Código Civil, pero también pueden ser otros, como los Consejos Provinciales, el mismo Estado, en lo que se refiere a muelles de puertos marítimos, carreteras nacionales, etc. La acción pública no sigue el mismo trámite de las acciones privadas, sino que el Estado y demás entidades públicas competentes pueden proceder administrativamente, ordenando así las reparaciones, restauraciones o derrocamientos necesarios para la seguridad, la salud, etc., del público.

Unas y otras acciones no se oponen entre sí, pueden seguirse paralelamente, puesto que persiguen el mismo fin. Tampoco hay incompatibilidad entre estas acciones y las propias de los particulares para defender sus derechos o intereses directos.

En el caso de la acción pública, la Ley trata de estimular la denuncia de aquellas obras peligrosas mediante las recompensas económicas a que hacen referencia los artículos transcritos, aunque de poco sirven en la práctica, puesto que en las costumbres de nuestro país no se considera correcto hacer esta clase de denuncias y mucho menos cobrar algo por ellas. Nótese que si el hecho constituye delito, la recompensa es mayor, porque el interés público resulta también más apremiante.

La acción popular se concede en general, conforme al artículo 2236, “en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.

La **Ley de Caminos** concede a cualquier persona el derecho de remover todo obstáculo construido o colocado en un camino público (Art. 26); y pueden también denunciar a las autoridades administrativas provinciales, cantonales o parroquiales los daños que se hayan producido en las vías públicas (Art. 24). Cosa parecida se dispone respecto de los canales (Art. 30).

Hace poco se presentó una demanda “de obra nueva” contra una persona que había construido un edificio en un callejón municipal de uso público, cerrando con la construcción la entrada a un predio; la demanda, acogida en las dos instancias inferiores, fue rechazada por la Corte Suprema, por no ser, evidentemente, un caso de “obra nueva”; si bien, a mi modo de ver, podía haberse demandado la acción popular autorizada por estos artículos, si se lograba probar que con la nueva construcción se estaba perjudicando al bien común y violando la Ley de Caminos.

59. Acción de posesión efectiva

A la llamada “posesión efectiva”, concedida por sentencia judicial, no se hace referencia alguna ni en el Título XIV “De las Acciones Posesorias”, ni en el Título XV “De Algunas Acciones Posesorias Especiales”; en cambio esta acción judicial para obtener la posesión efectiva está tratada en el Código de Procedimiento Civil en el párrafo 1º de la Sección 11 del Título II del Libro II, que comprende los artículos 685 a 690; y se hace referencia a la posesión efectiva también en otros lugares del Código Civil y principalmente en los artículos 704 a 714, que guardan estrecha relación con las disposiciones de la Ley de Registro de Inscripciones.

El artículo 712 del Código Civil emplea expresamente las palabras “posesión efectiva”, y constituye la clave de este asunto en materia civil, pues él dice que tal “posesión efectiva” no se adquiere por el **sólo título, sino que éste debe inscribirse**. Los artículos anteriores se refieren a la posesión a título de herencia, intestada y testamentaria, haya o no habido partición, a la que se obtenga por sentencia y a la que provenga de la transferencia de un derecho. En todos estos casos, hay en común una base: el título jurídico, y en todos se exige una o más inscripciones (por ejemplo del testamento y de la partición), para poder disponer “efectivamente” de los bienes, enajenándoles o gravándoles legalmente. En cambio, no en

todos los casos hay un “documento” que inscribir, y de aquí nace la confusión y las dificultades que esta materia presenta.

Efectivamente: la palabra “título” tiene en nuestro derecho dos significados muy distintos: la **causa misma del derecho**, o bien **el documento** que generalmente contiene o expresa el “título” entendido en el primer sentido. Así es título para adquirir una cosa, la compra, o la donación o la herencia; esto en el primer sentido. Pero esos títulos jurídicos u otros, pueden o no constar en un documento: la compraventa debe hacerse por escritura pública si se refiere a inmuebles; la donación, según los casos deberá o no constar de documento, público o privado, según la naturaleza de las cosas y la cuantía; la herencia si es testamentaria, se halla documentada por el testamento, pero también puede ser intestada y entonces no figura en ningún “título”, entendido en el segundo sentido de la palabra.

Como nuestro sistema jurídico, cuando se trata de derechos reales sobre inmuebles, exige la inscripción en el Registro de la Propiedad, y lo que se **inscribe es el título**, sobre la base de los documentos (títulos también), que se presentan, en el caso de la sucesión por causa de muerte, se ha establecido la llamada “posesión efectiva”, con el objeto de que se confeccione judicialmente un documento auténtico que pueda inscribirse, lo cual es particularmente necesario o conveniente cuando no hay testamento. Habiendo testamento, éste se inscribe y los herederos tienen ya una efectiva posesión en común; si además, proceden a la partición, sea judicial o no, y la sentencia, el acta o escritura de partición, se inscribe, cada uno tendrá su efectiva posesión, bien clara y determinada. Pero si no hay testamento, aunque cada heredero adquiere la posesión el momento mismo de la muerte del causante (Art. 704), esta posesión “legal” **no es efectiva**, porque, como dice el Art. 704, “esta posesión no habilita al heredero para **disponer** en manera alguna de un inmueble”; debe, pues, obtener la posesión “efectiva” y ésta se logra por la inscripción del título de heredero: si consta por testamento o por acto de partición, éstos deben inscribirse; y si no hay ninguna de las dos cosas, lo que se ha de inscribir es la “sentencia de posesión efectiva”.

La sentencia de posesión efectiva consiste en el **reconocimiento o declaración que hace el juez** de que una, persona puede ser heredero, más aún, que se reputa heredero mientras no se demuestre lo contrario.

Para que el juez pueda hacer esta declaración debe demandarlo el interesado y probar dos cosas: la muerte del causante y que él es heredero. Lo primero probará normalmente por medio de la partida de defunción, y excepcionalmente por medio de una declaración de testigos o por medio de la sentencia que declara la muerte presunta. En cuanto a la calidad de heredero, se puede probar por el testamento, más las partidas de nacimiento, matrimonio, etc., relativas al estado civil y la identidad, para lo cual sirve también la cédula de identidad, y complementariamente o a falta de lo anterior, también por medio de testigos.

Pero, como el juicio de posesión efectiva es de los llamados de **jurisdicción no contenciosa** o voluntaria, no tiene un valor definitivo. En este procedimiento judicial puede no intervenir otra parte, y hacerse todo solamente a petición del demandante; la falta de contradictor hace que la sentencia de posesión efectiva no pueda oponerse contra otro u otros herederos que también pretendan tener parte en la herencia, o aún, excluir totalmente al que primeramente obtuvo la sentencia de posesión efectiva.

La posesión efectiva puede conceder **pro indiviso**, sea que la solicite uno solo o que la soliciten varios, siempre que conste que hay varios herederos. Hecha la partición, o si hay un solo heredero, la posesión efectiva se **individualiza** y pertenece solamente a cada uno.

Pero este artículo proviene únicamente de la reforma legal de 1921, y antes la cuestión fue muy debatida como lo comprueba la abundantísima jurisprudencia sobre la materia. En las mismas decisiones de la Corte Suprema se puede señalar una triple etapa: las sentencias más antiguas, como las de 1880 y 1882, se resuelve que hay nulidad absoluta en los contratos celebrados sin haber obtenido la posesión efectiva; después predomina la tesis sostenida por el Dr. Luis Felipe Borja, de que solamente hay nulidad relativa, y esto se refleja en sentencias desde el año 1896 hasta 1912; posteriormente prevaleció la opinión del Dr. Víctor Manuel Peñaherrera, quien propugnó el principio de que la posesión efectiva no es necesaria para la validez de tales contratos.

La posesión efectiva **tampoco es indispensable para muchas acciones judiciales**, como la reivindicatoria. Entonces, cabe preguntarse, cuál es su verdadera naturaleza y valor.

En primer lugar debemos afirmar que **no es propiamente una acción posesoria**, puesto que no confiere la posesión (que el heredero la obtiene el momento mismo de la muerte del causante, de modo automático), ni sirve para defenderla, ni para recuperarla, si se hubiere perdido. Es decir, que no cumple ninguno de los típicos oficios de una acción posesoria. Hay jurisprudencia en este sentido.

Pero esto no significa que la posesión efectiva no tenga importancia. Realmente, si bien ella no confiere la posesión, **significa un reconocimiento oficial, judicial** de la posesión. Además, ella **confiere la posesión del derecho**, que si se suma a la posesión de las cosas sobre las que recae, origina una situación jurídica mucho más fuerte y normal, que permite al heredero disponer legalmente de las cosas.

Por otra parte, el heredero que obtiene la posesión efectiva, puede inscribir el título, y si éste tuviere algún vicio oculto, **se sanaría por la prescripción ordinaria**, mucho más breve que la extraordinaria. Goza de esta posibilidad de acogerse a la prescripción ordinaria en virtud de tener título "inscrito". Esto es sin duda importantísimo.

Luego, otra ventaja de la posesión efectiva es que **facilita un medio de prueba** del derecho, por ejemplo para el cobro de créditos hereditarios u otros fines legales.

Indudablemente el sistema legal ecuatoriano es defectuoso en esta materia; particularmente es censurable el hecho de que el Código de Procedimiento Civil incluya esta acción entre las posesorias, no siéndolo propiamente, y que mezcle las disposiciones genuinamente relativas a la posesión efectiva con las que regulan el nombramiento de administrador común de los bienes hereditarios, lo cual debería ser objeto de otro juicio; pero como se acaba de señalar, la trascendencia de este procedimiento judicial, propio del derecho chileno, colombiano y ecuatoriano, es grande, y por ello convenía tratar de esto siquiera brevemente.

El Dr. Víctor Manuel Peñaherrera señala principalmente estos defectos del sistema: a) No parece necesaria la posesión efectiva para el caso de las sucesiones testamentarias, y sin embargo la Ley no hace esta distinción; b) Tampoco debería exigirse la posesión efectiva si ya se ha inscrito el acto de

partición de los bienes heredados; c) Debería referirse la posesión efectiva a cada inmueble en concreto y no a la herencia en general; d) Debería inscribirse en el cantón en que esté situado cada inmueble. A esto habría que añadir, que la posesión efectiva tendría mucho mayor valor jurídico y utilidad práctica si se exigiera publicar por la prensa la demanda, para provocar así la eventual oposición de terceros, con lo que el juicio, al convertirse en contencioso, tendría la firmeza propia de tales juicios.

Nótese que en muchas sentencias judiciales se oponen los términos “posesión efectiva” y “posesión material”; esta posesión material nada tiene que ver con la prueba de los hechos materiales de la posesión del terreno, de que habla el artículo 969 del Código Civil; se trata únicamente de una manera de llamar a la posesión real de las cosas, en oposición a la “posesión efectiva” que en rigor no es posesión de las cosas materiales sino de los derechos constituidos sobre ellas. Tenemos, pues, una deficiencia terminológica que se trata de salvar llamando “material” a la posesión de las cosas corporales, en oposición a la “efectiva”, que es la de los derechos.

Si el heredero sufriera el despojo de la posesión, podría emplear las acciones posesorias **acumulando a su propia posesión (si llegó a tenerla) el tiempo de posesión de su antecesor**, o bien simplemente en virtud de que su causante poseyó. También puede el heredero intentar las acciones petitorias para reclamar su derecho y como consecuencia del derecho obtendrá la posesión. La acción petitoria propia del heredero es la de **petición de herencia**, de que trata principalmente el artículo 1287 del Código Civil según el cual quien probare su calidad de heredero puede exigir no sólo que se le declare tal, sino que se le entreguen las cosas hereditarias que hubieren sido ocupadas por otro, sean cosas corporales o incorporales. Mediante esta acción, pues, el heredero obtendrá la verdadera efectiva posesión de la herencia y de las cosas que comprende, lo cual no lograría con la simple llamada “posesión efectiva”.



BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC H. Antonio. Curso de Derecho Civil. Curso de Derecho Civil. Los Bienes y los Derechos Reales. 3a. edición. Santiago de Chile, 1974.
- ARROYO DEL RÍO, Carlos Alberto. Estudios Jurídicos. Guayaquil, 1964.
- AMADOR BAQUERIZO, Esteban. Alegato como procurador de Carlos Alberto Holmes en juicio (sobre fideicomiso). Guayaquil, 1957.
- AMADOR BAQUERIZO, Esteban. Juicio de partición iniciado por la Conferencia de San Vicente de Paul contra los herederos del Sr. Carlos Alberto Holmes. Guayaquil, 1965.
- ANDRADE B. Miguel Ángel. La reivindicación de un bien inmueble. Guayaquil, 1965.
- ANDRADE B. Miguel Ángel. La Reivindicación. En Revista de Derecho No. 44. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1984.
- BAUDRY LACANTINERIE. Précis de Droit Civil. 13a. Edición. 1925.
- BAYAS VALLE, VÍCTOR HUGO. Actio Finium regundorum. En revista. Asociación Escuela de Derecho, N. 15. Quito, 1963.
- BAYAS VALLE, VÍCTOR HUGO. Demarcación y prescripción (Alegato) Revista de Derecho VII-VIII. Quito, 1966.
- BELLO, Andrés. Obras Completas. Vols. XII y XIII: Código Civil anotado. Caracas, 1954.
- BORRELL SOLER, Antonio M. El Dominio según el Código Civil Español. Barcelona, 1948.

- BORJA, Luis Felipe. Estudios sobre el Código Civil Chileno. 7 Vols. 2a. edición. París, 1901.
- CÁRDENAS, Alejandro. Alegato (sobre reivindicación). Gaceta Judicial, Serie VII, N. 8.
- CARRIÓN EGUIGUREN, Eduardo. Servidumbres de Luz y Vista. Revista de Derecho N. 19-20. Quito, 1969.
- CARRIÓN EGUIGUREN, Eduardo. Curso de Derecho Civil. De los Bienes y su Dominio, Posesión, Uso, Goce y Limitaciones. Quito, De. Ecuatoriana, 1971. 4a. Edición, Quito, 1982, Universidad Católica.
- CASARES, Carlos. Instituciones de Derecho Civil Ecuatoriano. Quito, 1873-1886.
- CASTÁN Y TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. 6a. Edición, Madrid, 1944.
- CASTILLO, Salvador. Historia Crítica del Derecho de Reivindicación. Bogotá, 1887.
- CEVALLOS ARÍZAGA, Benjamín: Historia del Derecho Civil Ecuatoriano. 2 Vols. Quito, 1963.
- CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. 2a Edición. 22 vols. Santiago de Chile, 1942. Reimpresión en 1979.
- COLIN Y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil Francés. Traducción castellana. Madrid, 1952.
- CORNEJO R., Ricardo. Las Servidumbres. En Revista Información, No.9. Quito, 1962.

- CUEVA GARCÍA, Manuel. Servidumbre de paso de corriente eléctrica. Anales de la Universidad Central. Tomo XXXI, N. 241. Quito, 1922.
- CHACÓN, Jacinto. Exposición Razonada y Estudio Comparativo del Código Civil Chileno. Valparaíso, 1881.
- FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil. 7 Vols. 2a. ed., Santiago de Chile, 1964.
- GARCÍA FERAUD, Galo. Alegato en juicio de reivindicación. Revista Jurídica de la Universidad de Guayaquil, n. 9. Guayaquil, 1994.
- JARAMILLO, Juan Genaro. Reivindicación de la mitad de un inmueble (alegato). Revista Forense, Tomo 25, No. 125. Quito, 1937.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. La Copropiedad. Revista de la Casa de la Cultura de Ibarra. No. 27. Ibarra, 1982.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. Código Civil con jurisprudencia. Varias ediciones de la Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2001.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. Repertorio de Jurisprudencia. 51 volúmenes. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1972-2002.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. Índice Analítico del Código Civil. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1989.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. Las últimas reformas al Código Civil. Comentario de la Ley 88. Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Guayaquil, No. 3. Guayaquil, 1991.
- MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN. Derecho Civil. 12 vols. Buenos Aires, 1960.

MONTENEGRO YÉPEZ. Régimen legal de las aguas en el Ecuador. Quito, 1961.

PAEZ TERÁN, Juan. El Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal. 2 volúmenes. Quito, 1983.

PALACIOS SAENZ, Carlos. Un caso de propiedad fiduciaria (Alegato). Guayaquil, 1957.

PAZ, Vicente. Instituta del Derecho Civil Ecuatoriano. Guayaquil, Imprenta Paz, 1886.

PEÑAHERRERA, Víctor Manuel. Disertación sobre las Servidumbres. El Ecuador Literario, abril-junio 1896. Quito, 1896.

PEÑAHERRERA, Víctor Manuel. Reivindicación de documentos al portador. Revista de la Sociedad Jurídico-Literaria, No. 1. Quito, 1902.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Traducción española de Marcelo Díaz. 14 volúmenes. La Habana, 1927.

PONCE, Clemente. Manifiesto ante la Corte Suprema (sobre actos de mera tolerancia). Revista Forense, N. 31-32. Quito, 1915.

PONCE, Clemente. Alegato en juicio de deslinde. En Juristas y Sociólogos, tomo de la Biblioteca Ecuatoriana Mínima.

PONCE, Clemente. Cuestiones Jurídicas (Sobre la reivindicación). Revista Forense, No. 9, 65. Quito, 1920.

PÉREZ CAMACHO, EFRAÍN: Manual de Derecho Ambiental y de los recursos naturales. Guayaquil, 1985.

PUIG BRUTAU, José. Fundamentos del Derecho Civil. Derecho de cosas. Barcelona, 1953.

- PUIG PEÑA, Federico: Derecho Civil Español. 6 vols. Pamplona, 1972.
- RIVAS CADENA, Leonardo: Derecho Civil. 4 Vols., 2a. de 1989. Quito, 1974-1982.
- ROMERO PARDUCCI, Emilio: La Institución del Patrimonio Familiar en el Derecho Ecuatoriano. Guayaquil, 1971.
- SERRANO, WLADIMIR Y ALBÁN, ERNESTO: Recopilación de la legislación ecológica en el Ecuador. Quito, 1986.
- TOBAR DONOSO, Julio. El Patrimonio Familiar Inembargable. Revista Jurídico Literaria, No. 49. Quito, 1917.
- TOBAR DONOSO, Julio. Voto salvado en un juicio de demarcación, posesión y prescripción. Revista de Derecho, Nos. 7-8. Quito, 1966.
- TROYA CEVALLOS, José Alfonso. Un caso de fideicomiso con derecho de acrecimiento. Quito, 1958.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. 5 Vols. Bogotá, 1957-62.







Esta obra se complementa con:

Código Civil

2 tomos



SIB - UCE



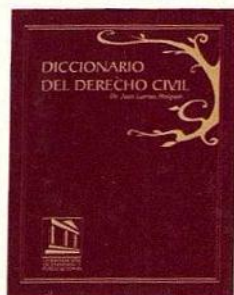
**Legislación Civil
Doctus**



**Jurisprudencia Especializada
Civil-Mercantil**



Diccionario del Derecho Civil



**ESTE LIBRO ES PROPIEDAD
SU VENTA ES PENAL**

En el lenguaje jurídico se emplean normalmente como sinónimos los términos “bien” y “cosa”, para designar el objeto mediató o remoto del Derecho. Efectivamente, las relaciones jurídicas entre los sujetos ordenados por las leyes, recaen en una u otra forma sobre ciertos objetos del mundo que se convierten por ello en **objetos** del Derecho. El objetivo inmediato del orden jurídico son las relaciones entre sus **sujetos**, pero dicha ordenación, en último término, recae sobre las cosas que construyen a su vez la materia de las relaciones jurídicas entre los hombres. En el sentido más amplio, “cosa”, es toda entidad real o posible y trasciende de los márgenes de lo jurídico. “Bien”, en cambio, es la cosa, en cuanto puede ser objeto de relaciones jurídicas, o realmente lo es.

La Posesión constituye uno de los términos jurídicos más controvertidos: se discute su alcance, su naturaleza, sus efectos, etc. Indudablemente, según el sistema jurídico en que se encuadre, o según la doctrina jurídica que siga, se pueden dar definiciones muy diferentes entre sí, de lo que es la posesión. La etimología misma de la palabra, como explica Peñaherrera, coincide con estos conceptos históricos. “Possidere -poseer-, es compuesto de posse -poder-, y sedere -sentarse-. Poseer, significa, pues, etimológicamente, poder sentarse, poder tomar asiento en una cosa, ocuparla de hecho, señorearla, disponer de ella”.

Derecho de autor: 029590: 16-sep-2008
Obra Completa: 9978-86-800-3: 19-sep-2008
ISBN No. 9978-86-802-7: 19-sep-2008

Tiraje: 1.000 ejemplares

Precio: US \$ 25.00

ISBN 978-9978-86-802-7



9 789978 868027



Quito:

Guayaquil:

Cuenca:

Acuña E2-02 y Agama, Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-694
2232-696 / Fax: (593-2) 2226-256 / Apartado 172100186
E-mail: cep1@accessinter.net / ventas@cep.org.ec
Av. Agustín Freire s/n y Av. Guillermo Pareja Rolando. Centro
Comercial Garzocentro 2000. Ofic. 901, Telf. (593-4) 2279-035
Honorato Vázquez 794 y Luis Cordero, Telf. (593-7) 2837-281