

# Posesión y propiedad inmueble: historia de dos conceptos colindantes



**César Carranza-Álvarez\***

Universidad Privada Antenor Orrego, Lima, Perú

**Francisco Ternera-Barrios\*\***

Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia

Fecha de recepción: 22 de julio de 2010

Fecha de aceptación: 4 de septiembre de 2010

## RESUMEN

Posesión y propiedad son dos caras diferentes de una misma moneda. Las dos tienen un mismo eje: el disfrute, principalmente económico, de un bien. En países como Colombia y Perú se han introducido importantes reformas cuyo principal efecto ha sido su acercamiento. Este artículo se ocupa de estas dos instituciones, hoy, más que nunca, colindantes.

**Palabras clave:** posesión, propiedad, hipoteca, usucapión.

Para citar este artículo: Carranza-Álvarez, César, Ternera-Barrios, Francisco, "Posesión y propiedad inmueble: historia de dos conceptos colindantes", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2010, 12,(2), pp. 87-108.



\* Abogado de la Universidad Católica del Perú, con Maestría en Derecho de la empresa de la Pontificia de la Universidad Católica del Perú. Profesor de la Universidad Privada Antenor Orrego (Perú). Correo electrónico: cesar.carranza@gmail.com

\*\* Abogado de la Universidad del Rosario, con Maestría en Derecho Privado de la Universidad de París II y en Derecho Administrativo de la Universidad Alfonso X de Madrid. Profesor Principal de la Universidad del Rosario. Dirección postal: Calle 14 No. 6-41. Correo electrónico: francisco.ternera@urosario.edu.co

# Possession and Immoveable Property: The History of Two Connected Concepts

## ABSTRACT

Possession and property are two different sides of the same coin. The two institutions have the same axis: the benefit, mainly economic, of a good. In countries like Colombia and Peru, important reforms have been introduced whose main effect has been the following one: the approach to these two institutions. In this article we will speak of these two institutions, today more than ever, connected.

**Key words:** possession, property, mortgage, adverse possession.

## Posse e propriedade imóvel: historia de dois conceitos colimitados

## RESUMO

Posse e propriedade são duas caras diferentes de uma mesma moeda. As duas têm um mesmo eixo: o desfrute, principalmente econômico, de um bem. Em países como a Colômbia e o Peru se têm introduzido importantes reformas cujo principal efeito tem sido sua aproximação. Este artigo se ocupa destas sois instituições, hoje, mais que nunca, colimitados.

**Palavras chave:** posse, propriedade, hipoteca, usucapião.

## 1. INTRODUCCIÓN

Posesión y propiedad son dos diferentes caras de una misma moneda. Las dos instituciones tienen un mismo eje: el disfrute, principalmente económico, de un bien. Sin embargo, mientras que la primera, tradicionalmente, se ha sostenido como un poder de facto o de hecho, el dominio o propiedad ha merecido la calificación de *derecho real*. En este orden de ideas, en tanto que la posesión se reconoce como un mero *hecho jurídico*, que modifica un derecho subjetivo,<sup>1</sup> la propiedad, como todo derecho real, se la reconoce dotada



<sup>1</sup> Es decir, por sí sola, la posesión no ofrecería libertad o ventaja alguna a un sujeto, ni impondría ninguna restricción a otro. Véase: Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 2005, p. 218. La posesión se identificaría como un *hecho operativo, causales o dispositivos*. Hablaríamos de un hecho que, de manera directa y autónoma, modifica derechos subjetivos. Por ejemplo, podría pensarse que con la posesión se impone una condición resolutoria sobre el dominio del propietario desposeído: su propiedad se perdería si se enfrenta a la feliz usucapión del poseedor. Véase: Hohfeld, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 2001, p. 39.

de dos elementos reales: un haz de poderes directos sobre un bien y una serie de vínculos obligacionales (obligaciones reales). En estas líneas hablaremos de estas dos instituciones, hoy más que nunca, colindantes.

A través del tiempo, el abismo que entre propiedad y posesión se ha concentrado en dos aspectos, relacionados con sendos elementos de todo derecho real: el haz de poderes directos y las obligaciones reales. Por lo demás, estos dos aspectos interesan al particular y al Estado. Por un lado, mientras que el poseedor parece no estar dotado de mayores instrumentos jurídicos para el ejercicio y la defensa de su posesión, al propietario se le ofrece una serie de herramientas para el ejercicio, la defensa del derecho, el acceso al aparato crediticio, etc. Por otro lado, si el derecho de propiedad inmueble parece estar acompañado de obligaciones *propter rem* como el impuesto predial, las posesiones prediales, por su parte, se reconocen como desprovistas de estas obligaciones reales.<sup>2</sup>

Sin embargo, en países como Colombia y Perú se han introducido importantes reformas –tanto normativas como jurisprudenciales–, cuyo principal efecto ha sido el siguiente: el acercamiento de estas dos instituciones; es decir, se han extendido, principalmente a nivel inmobiliario, las bondades del dominio a la posesión. En las siguientes líneas daremos cuenta pues de estas dos instituciones, hoy más que nunca, colindantes.

Cuando hablamos de posesión inmobiliaria nos referimos a un vasto grupo de hipótesis: campesinos sin títulos de propiedad, campesinos con títulos no registrados, terratenientes con deseos expansionistas, invasores de tierras, personas al margen de la ley que explotan económicamente predios ajenos, inmuebles con yerros registrales, sucesiones informales, etc. En efecto, alrededor de la posesión confluyen intereses disímiles y necesidades diversas.

En este orden de ideas, las políticas tendientes a robustecer los derechos patrimoniales sobre la tierra apuntan a un importante universo de beneficiarios. Políticas legislativas demasiado laxas podrían tener como grave consecuencia, el ensanchamiento de la brecha pobreza-riqueza de un país. Un ejemplo revelador nos alerta sobre el particular. En Paraguay, una vez devastado el país por la infame guerra de la “Triple Alianza” de 1870, se impusieron una serie de políticas ambiciosas de adjudicación, usucapión y enajenación de tierras estatales, cuyos resultados, incluso hoy, son evidentes: la sustitución de los terrenos de explotación campesina –las denominadas



<sup>2</sup> Si bien en la normativa colombiana se establecen obligaciones reales sobre la posesión, como el impuesto predial unificado, que grava su posesión sobre un inmueble del Distrito Capital (Art. 18 del Decreto 352 de 2002 de Bogotá), la contribución de valorización respecto de inmuebles (Decreto 1333 de 1986), la obligación de pagar los servicios públicos domiciliarios de los inmuebles (Art. 18 de la Ley 689 de 2001), entre otras, en la práctica, dada la informalidad de la institución, muchas de estas obligaciones reales parecen no causarse. En efecto, sobre los predios poseídos no suelen aplicarse los prediales ni suelen estar actualizados los catastros inmobiliarios.

“estancias de la patria” – por el estéril latifundio.<sup>3</sup> En Colombia misma, ciertos fallos jurisprudenciales han permitido que situaciones, incluso violentas, merezcan el reconocimiento como verdaderas posesiones.<sup>4</sup>

Como se sabe, los códigos civiles latinoamericanos, inspirados ampliamente en el Código de Napoleón de 1804, acogen la concepción clásica, subjetiva de la posesión, muy próxima a la presentada por Savigny.<sup>5</sup> De este modo, la posesión se nos revela como un elemento *sine qua non* para la operatividad del *modo de adquirir* el dominio conocido como *usucapión*. Hablamos de la posesión separada y enfrentada a la titularidad del derecho real.

Sin embargo, en nuestros días, pese a su importancia, en materia de inmuebles esta institución parece no ofrecer mayores ventajas. Tres grandes falencias serán ventiladas a continuación.

Primero, de manera reiterada se sostiene lo siguiente: el poseedor no es reconocido como titular de derecho patrimonial alguno. En estos términos, la defensa de su posesión es muy limitada. Segundo, las ventajas patrimoniales que ofrece la titularidad de un derecho real, como el fácil acceso a un crédito, se desconocen por completo: los poseedores no pueden servirse de su posesión para acceder al sistema bancario, especialmente porque la posesión no se reconoce como un derecho patrimonial. Por el contrario, si llegara a reconocerse de esta manera, podría cobijar tanto al poseedor como a sus acreedores (incluso contra la voluntad del primero, en aplicación de la reconocida acción oblicua).<sup>6</sup> Tercero, la posesión se presenta como un vehículo “lerdo”, que conduce a la usucapión una vez cumplido un extenso término. En Colombia, por ejemplo, diez años de posesión irregular sobre un inmueble llevan a la usucapión extraordinaria (Art. 2532 C.C. mod. Ley 791 de 2002,



<sup>3</sup> El presidente del Paraguay, Gaspar Rodríguez de Francia, durante veintiséis años (1824-1840), implementó estas *estancias de la patria*: amplias extensiones de tierras ofrecidas a los campesinos e indígenas para el trabajo agropecuario. Sin embargo, después de la guerra contra Uruguay, Brasil y Argentina de 1870, el país se vio sometido a una drástica política de pérdida de la tierra a favor de capitales privados. Por ejemplo, con la ley del 4 de noviembre de 1875 el gobierno paraguayo quedó investido para realizar importantes enajenaciones, autorizar usucapiones y realizar adjudicaciones de tierras a terratenientes domésticos y extranjeros. Véase: Pastore, Carlos, *La lucha por la tierra en el Paraguay*, Antequera, Montevideo, 1972, p. 180.

<sup>4</sup> En un fallo colombiano se aseguró que “fundamentos análogos a los señalados para la prescripción extintiva (de la que aquí se trata), justifican la prescripción adquisitiva. Lo que en principio es una situación fáctica (*aun violenta*) no amparada por el derecho, deviene, transcurrido un lapso que el legislador juzga razonable, en interés jurídico digno de protección. La negligencia o aun la indolencia de quienes están habilitados para enmendar, con su acción, la situación o la conducta reprochables, la toma en cuenta el derecho objetivo para construir un derecho subjetivo, con todas las consecuencias que ello implica” (cursivas añadidas), Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-597 de 21 octubre de 1998, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, *Jurisprudencia y Doctrina*, n° 325, enero de 1999, pp. 136 y ss.

<sup>5</sup> Véase: Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, Paris, 1803.

<sup>6</sup> Sobre este particular, téngase en cuenta lo siguiente: en el artículo 2513 del Código Civil se aclara que la usucapión también puede ser alegada por el acreedor del poseedor. En este orden de ideas, su medio, la posesión, también debería extenderse al acreedor del poseedor.

Art. 6° col.) y cinco años de posesión regular sobre un inmueble conducen a la usucapión ordinaria (Art. 2529 C.C. mod. Ley 791 de 2002, Art. 4° col.).<sup>7</sup>

Respecto de la posesión de tierras o inmuebles por naturaleza, precisamente, estas tres grandes sombras de la posesión han sido esclarecidas, por los menos en parte, por tesis legislativas y jurisprudenciales interesantes. Sobre el particular, hablaremos de las nuevas calificaciones que ha merecido la posesión (I) y su acercamiento con el derecho de propiedad (II).

## 2. LA POSESIÓN: DERECHO REAL Y DERECHO DE GARANTÍA

En Colombia la posesión ha sido calificada como un derecho real provisional (1). En Perú, por su parte, a nivel legislativo, se la ha dotado de importantes funciones de garantía (2).

### 2.1. La posesión como derecho real

La posesión puede oponerse a la titularidad del derecho real. Identificamos, pues, dos titulares de dos derechos reales diferentes: el poseedor del bien corporal y su propietario. El primero, aunque no es el titular del derecho de dominio, ejerce de manera autónoma y soberana los poderes de la propiedad: uso, goce y disposición (*possessio ad imaginem dominii redacta est*). Así entendida, la posesión es definida por el Código Civil colombiano como “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño” (Art. 762 C.C. col.).

La jurisprudencia colombiana, particularmente de la Corte Constitucional,<sup>8</sup> ha considerado que la posesión es un derecho real particular: un derecho real provisional, por oposición a los derechos reales. Para este alto tribunal, la posesión se diferencia de la propiedad en que ésta tiene un carácter definitivo, mientras que aquella “puede caer frente a la acción que



<sup>7</sup> Incluso se afirma –en jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano– que “Si bien el derecho de posesión es una derivación extensiva del derecho de propiedad, solo este último y no el primero, es materia de protección de la acción de amparo” (Perú, Expediente n° 198-96-AA/TC, Jurisprudencia, *Preguntas & Respuestas Jurisprudenciales*, *Gaceta Jurídica*, 2, (17), 2004, p. 4).

<sup>8</sup> También la Corte Suprema de Justicia colombiana, en un fallo poco reiterado, determinó que la posesión “es un derecho provisional para el no propietario [...] por cuanto cede siempre ante el derecho de dominio” (Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10 de mayo de 1939, magistrado ponente Juan Francisco Mújica. *G.J.* t. XLVIII, p. 18). En otro fallo se afirma que “la posesión es solo una expectativa que, en cuanto tal, se encuentra sometida al gobierno de la incertidumbre” (Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 22 de mayo de 1995, proceso 4571, magistrado ponente Héctor Marín Naranjo, *Gaceta Jurídica*, t. CCXXXIV, n° 2473, p. 734). Un autor peruano nos regala una interesante denominación de la posesión: “derecho expectatio de propiedad,” calificación que nos evidencia que el poseedor ostenta una evidente expectativa de adquirir, con la usucapión, el dominio del bien poseído. Véase: De Soto, Hernando, *El otro sendero. La revolución informal*, Oveja Negra, Bogotá, 1987, p. 24.

se deriva de la propiedad”.<sup>9</sup> En efecto, la Corte Constitucional consideró que la posesión es un derecho real provisional, que si bien se encuentra protegida por ciertas acciones reales, está sometida al azar de verse truncada por el ejercicio de la acción reivindicatoria del propietario del bien.

Un ilustre autor nos advierte de las diferencias que existen, en cuanto a temporalidad, entre posesión y dominio: la propiedad se puede concebir, en principio, como un derecho perpetuo que se transfiere a los causahabientes del dueño, mientras que la posesión es provisional porque “se pierde en presencia de un mejor derecho”, o porque “está llamada a convertirse en propiedad por el paso del tiempo”.<sup>10</sup>

A continuación hablaremos del contenido de este derecho real provisional (1.1) y de sus medios de defensa (1.2).

### 2.1.1. Contenido del derecho real de posesión

La posesión se reconoce sobre bienes corporales: muebles o inmuebles. El poseedor tiene ciertos poderes jurídicos directos sobre un bien corporal: puede servirse de la cosa –uso–, realizar sobre ella las transformaciones físicas que a bien tenga –disposición de la *sustancia*–, y el derecho de posesión incluso puede transferirse y transmitirse *inter vivos* y *mortis causa* –disposición jurídica–.<sup>11</sup>

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

#### a) Poder de goce del poseedor que adquiere el dominio del bien por usucapión

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



<sup>9</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-494 de 12 de agosto de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón, y sentencia T-078, 26 de febrero de 1993, magistrado ponente Jaime Sanín G.

<sup>10</sup> Rengifo Gardeazábal, Mauricio, “Teoría de la posesión”, *Revista de Derecho Privado. Propiedad, Posesión y Derechos Reales*, Universidad de los Andes, 36, Bogotá, junio de 2006, p. 6.

<sup>11</sup> En el artículo 778 del Código Civil se le ofrecen al poseedor actual dos opciones: puede presentarse como un causahabiente del poseedor primigenio –en cuyo caso se transmiten el tiempo de posesión y las calidades y vicios de la posesión primigenia– o puede empezar una nueva posesión, renunciando a la posesión primigenia.

*b) Poder de goce del poseedor vencido por la reivindicación del propietario del bien*

Sin embargo, el contenido de este poder de goce del poseedor puede ser dramáticamente inferior. En caso de reivindicación, el poseedor de buena fe vencido puede hacer suyos los frutos percibidos hasta la notificación del auto admisorio de la demanda.<sup>12</sup> En efecto, a partir de ese momento, aquel poseedor que se consideraba de buena fe, ha de reputarse poseedor de mala fe. Es decir,

el tratamiento al poseedor de buena fe vencido en juicio, cambia fundamentalmente a partir de la notificación de la demanda. Esto se explica porque si el poseedor ha resistido a la demanda después de conocer los títulos y razones invocados por el reivindicador ya no podrá alegar que subsiste su honrada creencia de hallarse poseyendo como dueño, y aun cuando en realidad pudiera afirmar que tenía motivos serios para seguir considerándose como legítimo propietario durante el curso del juicio, los efectos declarativos de la sentencia que reconoce el derecho del actor y niega la oposición del reo, dejan sin base tal alegación, pues el fallo retrotrae la situación jurídica de las partes al momento de la demanda.<sup>13</sup>

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

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

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



<sup>12</sup> Ahora, en el artículo 964 del Código Civil colombiano se habla de la contestación de la demanda; nosotros estimamos que el momento preciso en que se surte la relación jurídico-procesal es la notificación (Art. 313 C. de P.C. col.).

<sup>13</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 3 de junio de 1954, *Gaceta Jurídica*, t. LXXVII, p.758 [citada en sentencia de 19 de octubre de 1955. *Gaceta Jurídica*, t. LXXXI, p. 45].

gación de pagar el impuesto sobre vehículos automotores (Art. 142 de Ley 488 de 1998 col. y Art. 64 del Decreto 352 de 2002 de Bogotá).

### 2.1.2. Defensa del derecho real de posesión

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

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

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

En segundo término, el poseedor regular desposeído puede servirse de la acción reivindicatoria para recuperar su derecho de posesión sobre la cosa mueble o inmueble (Art. 951 C.C. col.).

Como se sabe, los derechos reales ofrecen a su titular el poder de persecución, en virtud del cual puede servirse de la acción reivindicatoria a fin de recuperar el bien, para ejercer su derecho real sobre él, demandando a quien lo tenga en posesión (*jus perseguendi in judicio*). Con esta acción se persigue la cosa (*rei vindicatio*) sobre la cual se ejerce el derecho real. Se trata de la principal acción consagrada para la defensa de los derechos reales (Arts. 946-971 C.C. col.).

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

La reivindicación exige para su feliz término la prueba de titularidad del derecho real por parte del demandante. Incluso, la reivindicación también se ofrece al poseedor regular, titular del derecho real provisional de posesión (acción *publiciana*, Art. 951 C.C. col.). La acción reivindicatoria es

una acción extracontractual, protectora de un derecho real sobre un bien, mueble o inmueble, no prescriptible en forma extintiva.

## 2.2. Las funciones de garantía de la posesión

En páginas anteriores se mencionaron las dificultades que encuentra el poseedor para la defensa de su posesión, y más precisamente, a la imposibilidad del acceso al sistema financiero con miras a la obtención de un crédito, y esto no sólo porque se considere a la posesión inidónea para asegurar el cumplimiento de obligaciones, sino porque el sistema tiende a edificarse a partir de garantías basadas exclusivamente en la propiedad;<sup>14</sup> de suerte que este derecho real viene a conciliar el interés de la entidad financiera en cuanto al aseguramiento del crédito concedido, y del deudor, quien a partir del ejercicio de tal derecho tendrá vía libre para el ingreso al aparato crediticio.

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

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

Marginalidad e *hipoteca popular*, aunque cuestiones –una social y otra jurídica– a simple vista disímiles, pueden considerarse caras de una misma moneda y parte importante de la historia de este país andino, que en las siguientes líneas intentaremos mostrar.<sup>15</sup>



<sup>14</sup> Al respecto, Franco Regjo, Eric, “La regulación unitaria de las garantías funcionales como requisito para alcanzar un verdadero sistema de garantías en el Perú”, *Ius et Veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 15, 30, p. 123.

<sup>15</sup> Un desarrollo más amplio de este punto puede encontrarse en: Arias-Schreiber Pezet, Max y otros, “Exégesis del Código Civil de 1984. Los derechos reales de garantía”, *Gaceta Jurídica*, t. VI, Lima, 1995,

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

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

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

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

El Decreto Ley peruano 22612, expedido durante el gobierno del general Juan Velasco Alvarado, convertiría los asentamientos humanos en auténticos barrios, como paso previo a su transformación en distritos y a la mejora paulatina de su categoría urbanística. Así pues, cuando ya no quedaba duda que la nueva situación generada a partir de la migración y las invasiones era definitiva, los pobladores iniciaron el mejoramiento de sus viviendas, ahora con material noble; empezaron a conectarse con la gran ciudad por medio de la ampliación de las rutas del transporte; y lo más relevante, asumieron que el “derecho expectatio de propiedad” –en palabras de Hernando De Soto– que es su posesión, los acercaría a uno completo y definitivo.<sup>16</sup>

Pero el trayecto que habría de recorrerse hasta la adquisición plena del *dominio* era todavía largo; mientras tanto, los pobladores de estos asentamientos humanos, cada vez con más necesidades y urgencias, necesitaban otras fuentes de ingresos para satisfacer los requerimientos que su reciente y expectante situación exigían. Sin embargo, la única riqueza que poseían era el suelo y la modesta vivienda que los albergaba, lo cual atajaba cualquier posibilidad de entrada al ámbito financiero, habida cuenta de las prescripciones del

---

pp. 217 y ss.; y sobre el movimiento migratorio y sus consecuencias, el libro de Hernando de Soto atrás referenciado.

<sup>16</sup> Véase: De Soto, Hernando, *El otro sendero. La revolución informal*, Oveja Negra, Bogotá, 1987, p. 24.

Código Civil que ya entonces tomaban al propietario como sujeto capaz de aspirar al crédito a partir de la entrega de una sólida garantía.

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

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

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

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

### 2.2.2. Estructura legal de la hipoteca popular

Ubicada entre los artículos 26 a 29 del título II del Decreto Legislativo peruano 495, la *hipoteca popular* pasaba a convertirse, por expresa disposi-

ción legislativa, en garantía suficiente para la solicitud de créditos dirigidos a la construcción, ampliación o mejora de inmuebles en pueblos jóvenes, e inversión en actividades productivas (Art. 26 per.).

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

El vehículo para constituirla es un contrato privado, contenido en el formulario registral respectivo. En cuanto a los requisitos para su constitución, bien pueden separarse las exigencias ya se trate (a) del objeto de la hipoteca, o (b) de la obligación que se pretende garantizar.

#### *a) Según el objeto de la hipoteca*

Que afecte el bien quien aparece en el Registro, ya sea el poseedor del lote y propietario de la construcción, o simplemente el poseedor del lote; y además que recaiga sobre la posesión del lote y la propiedad de la edificación, o sólo sobre la posesión del lote, según la inscripción correspondiente (Art. 28, incs. i y ii per.).

#### *b) Según la obligación que pretenda garantizarse*

En este punto, el legislador repite los requerimientos contenidos en el Código Civil peruano (Art. 1099, incs. 2° y 3° per.) para la hipoteca allí regulada, con la única variante de no hacer mención al Registro de la Propiedad Inmueble. Así, conjuntamente con lo anotado en el ítem a) precedente, la *hipoteca popular* debe asegurar el cumplimiento de la obligación determinada o determinable (Art. 28, inc. iii per.), exigiéndose además que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se proceda a la inscripción respectiva (Art. 28, inc. iv per.).

### *2.2.3. La hipoteca popular ante el supuesto de incumplimiento de la obligación*

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

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

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

De esta forma, el acreedor no se encuentra constreñido a una vía única –la judicial– para lograr la satisfacción del crédito impago, a partir de procedimientos lentos y engorrosos, sino que ahora se le permite un camino más expeditivo para lograr su satisfacción.

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

Esta ineficiencia ha sido puesta de resalto al señalarse que “... se ha demostrado que los procesos de ejecución de garantías son largos y se prestan al manejo dilatorio por parte de los demandados. Así, se han convertido en una práctica usual el empleo de recursos sin fundamento que solo alargan el proceso hasta donde ello sea posible. El propio sistema civil y las prácticas judiciales, entre ellas la del respeto al debido proceso, sirven para extender innecesariamente la ejecución y el cobro efectivo de las deudas”.<sup>17</sup>

Si, como escribe un autor peruano, la garantía “... cumple su función si logra que el acreedor quede tan satisfecho como si se hubiera producido el cumplimiento normal de la obligación”, convirtiéndola prácticamente –en términos económicos– en una “forma de pago”,<sup>18</sup> quedaba claro que



<sup>17</sup> García García, Luis, “Comentario al artículo 1111 del Código civil”, en *Código civil comentado por los cien mejores especialistas*, *Gaceta Jurídica*, t. V, Lima, 2003, p. 1022. Respecto de la posibilidad de la acción extrajudicial, puede consultarse en el mismo libro y tomo: Avendaño Valdez, Jorge, “Comentario al artículo 1097 del Código Civil”, p. 940.

<sup>18</sup> Mejorada Chauca, Martín, “La ejecución de las garantías reales: el momento de la verdad”, *Derecho & Sociedad*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, (20). Texto tomado del blog del mismo nombre, consultado el 4 de julio de 2010.

la sola ejecución judicial no alcanzaba al cumplimiento de este propósito, por lo cual la ejecución extrajudicial constituía un paso adelante en materia de garantías; aunque tal cuestión, en el terreno de la hipoteca ordinaria, no se presente de manera diáfana.

#### 2.2.4. La situación presente

Años después de su entrada en vigencia, la *hipoteca popular* peruana fue expresamente derogada por el apartado octavo de las disposiciones complementarias, transitorias y finales de la Ley peruana 27046 de 1999, de promoción del acceso a la propiedad formal.

A pesar de aquel estado de cosas, no han faltado voces en la academia peruana<sup>19</sup> que vía propuestas legislativas, sugirieron en su oportunidad la modificación del libro V (derechos reales) del Código civil para permitir la incorporación de la hipoteca posesoria, a fin de legitimar una situación de hecho bastante extendida en el país, aunque hoy en día atenuada por mecanismos tendientes a la formalización de la propiedad.

### 3. DE LA POSESIÓN A LA PROPIEDAD INMUEBLE

La posesión, a más de ser reconocida como un derecho real provisional, permite, mediante la usucapión, la adquisición del dominio o de otro derecho real sobre un bien corporal. En efecto, no hay usucapión si no hubo posesión previa y continua (*sine possessione, praescriptio non procedit*) durante el término señalado en la ley.

En Colombia, tres años de posesión regular para muebles y cinco años de posesión regular para inmuebles conducen a la usucapión ordinaria (Art. 2529 C.C. mod. Ley 791 de 2002, Art. 4 col.); diez años de posesión irregular sobre un mueble o inmueble conducen a la usucapión extraordinaria (Art. 2532 C.C. mod. Ley 791 de 2002, Art. 6 col.). En definitiva, con la usucapión, el derecho real precario o provisional: posesión, se convierte en un derecho real definitivo: propiedad.<sup>20</sup>



<sup>19</sup> Es el caso de Max Arias-Schreiber Pezet, quien dentro del esbozo de un nuevo libro sobre derechos reales propuso, en el capítulo VIII, la disciplina normativa de la hipoteca posesoria (*op. cit.*, p. 338); y Guevara Pezo, Víctor, "Derechos reales: propuestas de enmienda", en *Diez años del Código Civil peruano, balance y perspectivas*, *Gaceta Jurídica*, Universidad de Lima, t. I, Lima, 1995, p. 400.

<sup>20</sup> Según el principio de retroactividad de la usucapión, abrazado por la doctrina y la jurisprudencia colombianas, el poseedor adquiere el derecho real desde el día del comienzo de la posesión (fecha en la cual empezó a correr el término de la prescripción). De este modo, una vez el término de posesión exigido por la ley expira, se puede reconocer judicialmente el derecho de propiedad, desde el día en que se inició a correr el término mismo. Este principio de retroactividad, no consagrado expresamente por ningún artículo del Código Civil, ha sido inferido por la doctrina y la jurisprudencia del numeral 1 del artículo 1792 del Código Civil colombiano.

Desde luego, la usucapión debe ser alegada, ya como una acción, ya como una excepción<sup>21</sup> acompañada de una demanda de reconvencción contra su demandante inicial (Art. 2513 inc. 2 C.C. col.); es decir, el proceso de pertenencia puede promoverse de forma autónoma y separada o puede formularse dentro de un proceso de reivindicación, con una demanda de reconvencción, cuya pretensión consista en la declaración de la adquisición por usucapión del dominio sobre un bien.<sup>22</sup> Podrá servirse de la acción de declaración de pertenencia quien ha poseído el bien por el término exigido por la ley (Art. 407 num. 1 C. de P. C. col.). Los sujetos pasivos de la demanda de pertenencia son los titulares de derechos reales principales (propiedad, usufructo, uso o habitación, Art. 407 num. 5 C. de P.C. col.).

En Colombia, a nivel legislativo, se ha pretendido simplificar este reconocimiento de la usucapión. A título de ejemplo hablaremos de ciertos ejercicios normativos relacionados con la declaración de pertenencia (1). Finalmente, hablaremos de sus posibles dificultades (2).

### **3.1. Trámites especiales relacionados con la declaración de pertenencia**

Como primera medida, con la Ley 1183 de 2008, en Colombia se introdujeron importantes beneficios respecto de la declaración de pertenencia de los poseedores de Vivienda de Interés Social (VIS). Recuérdese que “el proceso de declaración de pertenencia de bienes inmuebles destinados a la vivienda de interés social cumple una función social en cuanto permite que las personas de escasos recursos tengan certeza sobre los derechos de propiedad que pue-

---

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

La jurisprudencia registral de Perú se expide también en el sentido expresado en el párrafo primero de esta nota, al señalar que: “Los efectos de la prescripción adquisitiva de dominio son retroactivos, es decir, que si bien la adquisición de la propiedad se produce al cumplirse el plazo señalado en la ley, sin embargo sus efectos se retrotraen al momento en que empezó a usucapir” (Perú, Resolución n° 109-99-ORLC/TR, *Jurisprudencia, Preguntas & Respuestas Jurisprudenciales, Gaceta Jurídica 2*, (17), 2004, p. 22).

<sup>21</sup> La excepción es “un medio de defensa mas no engloba toda la defensa. La defensa en su sentido estricto estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. Y la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consiste en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos del primero, y por lo mismo, la acción. La excepción, es pues, siempre autónoma de la acción” (Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 26 de abril de 1994, magistrado ponente Eduardo García Sarmiento).

<sup>22</sup> Estima la Corte Suprema que “si el demandado restringe su actividad a la simple proposición de la excepción de prescripción extintiva del derecho de dominio del demandante, ello no equivale a que por la jurisdicción se hubiere declarado como nuevo dueño del bien, como quiera que, para esto, necesariamente ha de surtirse un proceso de declaración de pertenencia” (Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 7 de octubre de 1997, magistrado ponente Pedro Lafont Pianetta, *Jurisprudencia y Doctrina*, t. XXVI, n° 311, noviembre de 1997, p. 1559).

den ejercer sobre el inmueble en el cual habitan”.<sup>23</sup> Más exactamente, con esta ley se permite realizar ante notario la inscripción de la declaración de la calidad de poseedores regulares de dichos bienes, para quedar habilitados para adquirir su dominio por usucapión ordinaria.

De manera general, podría pensarse que el objetivo de toda la Ley 1183 de 2008 es el siguiente: acercar a las clases menos favorecidas las bondades del derecho patrimonial más importante que existe, la propiedad o dominio, concretamente respecto de la VIS. Para ello se ofrece un ágil proceso notarial de inscripción de la posesión regular. Como se desprende de su informe de ponencia mismo, la ley en comento tiene el siguiente norte: “facilitar la constitución de poseedores regulares de los inmuebles de estratos 1 y 2 a través de un trámite expedito ante notario, con el fin de generar para estos ciudadanos la aptitud jurídica para adquirir el dominio a través del modo de prescripción adquisitiva ordinaria”.<sup>24</sup>

En segundo lugar, de manera mucho más ambiciosa, el legislador colombiano también se ha ocupado del pequeño fundo agrario. En efecto, en la Ley 1182 de 2008 se estatuye un proceso especial de declaración de pertenencia, ofrecido a los poseedores de bienes inmuebles urbanos no superiores a media hectárea y rurales no superiores a diez hectáreas. La competencia para llevar a cabo estos procesos especiales fue impuesta a los jueces civiles y promiscuos municipales.<sup>25</sup>

### 3.2. Y sus dificultades...

Nótese que los expedientes incorporados en las leyes colombianas 1182 y 1183 de 2008 están relacionados, de manera directa o indirecta, con el re-



<sup>23</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C- 078 de 2006, magistrado ponente Manuel José Cepeda.

<sup>24</sup> Informe de ponencia para segundo debate, Proyecto de Ley 219 de 2007, Cámara – 68 de 2006 Senado, ponentes: Edgar Gómez R; Germán Varón C.; Rosmery Martínez R. y Germán Navas T.

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

Por lo demás, recuérdese que los artículos 10, 11, 12, 13 y 14 de la Ley 1183 de 2008, relacionados con la ambiciosa declaración de pertenencia notarial de los poseedores de vivienda VIS, fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional colombiana, con sentencia C-1159 de 2008, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería.

<sup>25</sup> El artículo 4º de la Ley 1182 consagra lo siguiente: quien tenga título o títulos registrados que se enmarquen en la llamada falsa tradición, al tenor del artículo 7º del Decreto-Ley 1250 de 1970 podrá, mediante abogado inscrito, presentar demanda por escrito ante el juez civil o promiscuo municipal, correspondiente a la ubicación del inmueble, para que, previa inspección al inmueble, sanee su titulación por providencia debidamente motivada, la cual en firme, será inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente, como modo de adquirir.

conocimiento de la usucapión. Con la primera, se ofrece un proceso especial de declaración de pertenencia a los poseedores del pequeño fundo rural. Con la segunda, los poseedores irregulares de vivienda VIS podrán ser reputados como poseedores regulares –que pueden acceder a la usucapión ordinaria–, una vez realicen la inscripción de la declaración de la calidad de poseedores regulares ante notario público.

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

### 3.2.1. La posesión material

Sobre el registro del título, aclaramos que la tesis tradicional de la jurisprudencia colombiana nos informa que la posesión regular de bienes inmuebles no exige tal registro. En efecto, desde el célebre fallo *contra legem* de 1955,<sup>26</sup> se determinó la inexistencia de una posesión inscrita de bienes inmuebles. De igual manera, en una sentencia reciente se aseguró lo siguiente: “para hablar de posesión regular no requiere que el justo título sea inscrito en la oficina de instrumentos públicos, como lo entendió el juzgado, sino de la entrega efectiva de la posesión y que la misma provenga del *verus domino*...”<sup>27</sup>

Ciertamente, respecto de los inmuebles la tradición ha extendido la tesis de la posesión regular no inscrita, cuyos únicos elementos son el *corpus*, el *animus*, el *justo título* y la *buena fe*. En este sentido, se trataría de la misma posesión regular de los muebles. En un fallo muy difundido, la Corte Suprema consideró que “no existe posesión inscrita en el derecho colombiano”. El alto tribunal aseguró que “la inscripción de los títulos carece de contenido y alcance posesorios”.<sup>28</sup> Recientemente se aseguró lo siguiente: “Siendo claro, entonces, que para hablar de posesión regular no se requiere que el justo título sea inscrito en la oficina de registro de instrumentos públicos, como lo entendió el



<sup>26</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencias del 27 de abril de 1955 –*Gaceta Jurídica*, t. LXXX, p. 97– y 11 de mayo de 1956 –*Gaceta Jurídica*, t. LXXXII, p. 484–.

<sup>27</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 16 de abril de 2008, Exp. 2000-00050-01, magistrado ponente Jaime Arrubla Paucar.

<sup>28</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 27 de abril de 1955 –*Gaceta Jurídica*, t. LXXX, p. 97– y del 11 de mayo de 1956 –*Gaceta Jurídica*, t. LXXXII, p. 484–. Véase: Gómez, J., *Bienes*, Universidad Externado, Bogotá, 2001, reimpresión, p. 376.

juzgado, sino de la entrega efectiva de la posesión y que a misma provenga del verus domino... ”.<sup>29</sup>

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

### 3.2.2. La posesión inscrita

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

La tesis de la posesión inscrita está prevista en la normativa colombiana. Por ejemplo, el artículo 789 del Código Civil colombiano nos informa cuándo cesa la posesión inscrita; igualmente, en el artículo 7° del Decreto 1250 de 1970 se determina que vicisitudes como la tradición de la cosa ajena o tradición fallida, que dan lugar a la posesión regular (Arts. 752 y 753 C.C. col.), se inscriben como falsas tradiciones.

En suma, por los menos en relación con los expedientes contenidos en las Leyes 1182 de 2008 (el proceso especial de usucapión que se ofrece a los poseedores de bienes inmuebles urbanos no superiores a media hectárea y rurales no superiores a diez hectáreas) y 1183 de 2008 (las funciones que se ofrecen a los notarios para que declaren la posesión regular de predios urbanos de estratos 1 y 2)<sup>30</sup> el legislador exige título inscrito para la posesión regular de los inmuebles.

Para terminar, aunque se trata de una posición insular en la jurisprudencia colombiana, en algunos fallos también parece exigirse la posesión regular inscrita de inmuebles. A manera de ejemplo presentamos la siguiente providencia: “La anterior reseña sirve al propósito de demostrar que el poseedor regular, es decir quien ha recibido la posesión mediante un título, para ser tenido como tal, necesita además de dicha credencial (Art. 764 del C.C.), que ésta haya sido registrada (Arts. 764 y 765 del C.C.). Dicho de otro modo, la prescripción ordinaria supone posesión regular (Art. 2528 C.C.), amparada en un justo título (art. 764 C.C.), debidamente registrado (art. 765 C.C.)”.<sup>31</sup>



<sup>29</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 16 de abril de 2008, Exp. 2000-00050-01, magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar.

<sup>30</sup> Los artículos 10-14 de la Ley 1183 de 2008, que permitían a los notarios declarar la usucapión, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-1142 de 2008, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería.

<sup>31</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 22 de agosto de 2006, magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla, Exp. 25843-3103-001-2000-00081-01.

## CONCLUSIONES

Como conclusión, sostenemos que el reconocimiento de un derecho real en un patrimonio exige como causa jurídica el advenimiento de un modo. Con la prescripción adquisitiva o usucapión el poseedor se convierte en titular del derecho real sobre el bien.

Esta variedad de posesión ha sido calificada por un sector de la jurisprudencia colombiana y la doctrina universal como un verdadero “derecho real provisional” del poseedor no propietario.<sup>32</sup>

La normativa peruana ubica a la posesión dentro del grupo de los derechos reales principales (Tít. I, Arts. 896 y ss. C.C.), considerándola como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad;<sup>33</sup> incluso, como si se tratase de derechos de propiedad o usufructo, se ha permitido gravarla por medio de la figura legal de la *hipoteca popular* –incluidas sus modificaciones en la normativa peruana–, garantía que puede ser ofrecida por los poseedores de lotes de terreno ubicados en pueblos jóvenes. Desde luego, este mecanismo tiene una función social importantísima, ya que acerca las bondades del crédito a sectores poblaciones deprimidos económicamente, aunque las políticas actuales en materia de formalización de la propiedad muestren un panorama totalmente diferente al existente en tiempos de su vigencia.<sup>34</sup>

Recuérdese, como lo ha expresado la Corte Constitucional colombiana, que “la falta de titularidad del dominio sobre bienes inmuebles por parte de personas de bajos ingresos dificulta el acceso al crédito, debido a que la propiedad inmueble es la garantía usualmente exigida por el sistema financiero para respaldar las obligaciones crediticias de las personas con bajos ingresos. Así las personas que más necesitarían acceder a créditos a bajas tasas de interés por sus condiciones de necesidad y sus restricciones de ingresos no pueden hacerlo



<sup>32</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencias T-494 de 12 de agosto de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón, y T-078, 26 de febrero de 1993, magistrado ponente Jaime Sanín G. En la doctrina, consultar a: Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de derecho civil*, t. III. “Derecho de cosas”, Bosch, p. 16 y ss.; Manresa y Navarro, *Comentarios al código civil español*, t. IV, Reus, p. 20 y ss.; Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 206 y ss.; Duranton, Alexander, *Cours de droit français suivant le Code Civil*, t. 4, Alex-Gobelet Libraire, p. 195; y Molitor, Jean, citado por Cura Grassi, Domingo, *Derechos reales. Posesión*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 46.

<sup>33</sup> La Corte Suprema de Justicia peruana, en reiterada jurisprudencia, ha mantenido una línea similar. Entre otras, la Cas. n° 3584-2000-Lima, según la cual la posesión “... importa un poder jurídicamente reconocido y protegido por la ley, que al objetivizarse en una situación de hecho, permite la realización de una o más facultades inherentes al derecho de propiedad”; y Cas. n° 282-96, que la considera “... el ejercicio de hecho de uno o más de los atributos de la propiedad; por lo mismo, la posesión que ha sido reconocida judicial o contractualmente, pero que no existe fácticamente, no es posesión” (Perú, *Jurisprudencia, Preguntas & Respuestas Jurisprudenciales*, *Gaceta Jurídica*, 2, (17), 2004, p. 3).

<sup>34</sup> Véase: Bullard G., Alfredo, “Esquizofrenia jurídica”, en *Derecho y economía*, Palestra Editores, segunda edición, Lima, 2006, p. 80.

dentro del sistema formal, por lo cual deberán acudir al sistema informal, el cual es mucho más costoso e implica mayores riesgos”.<sup>35</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

1. Arias-Schreiber Pezet, Max y otros, *Exégesis del Código Civil de 1984. Los derechos reales de garantía*, Gaceta Jurídica, t. VI, Lima, 1995, pp. 217 y ss.
2. Avendaño Valdez, Jorge, “Comentario al artículo 1097 del Código Civil”, p. 940, en García García, Luis, “Comentario al artículo 1111 del Código civil”, en *Código civil comentado por los cien mejores especialistas*, Gaceta Jurídica, t. V, Lima, 2003, p. 1022.
3. Bullard G., Alfredo, “Esquizofrenia jurídica”, en *Derecho y economía*, Palestra Editores, segunda edición, Lima, 2006, p. 80.
4. Colombia, Congreso de la República, Código Civil.
5. Colombia, Congreso de la República, Ley 1182 de 2008.
6. Colombia, Congreso de la República, Ley 689 de 2001.
7. Colombia, Congreso de la República, Proyecto de Ley 219 de 2007, Cámara – 68 de 2006 Senado, ponentes: Edgar Gómez R; Germán Varón C.; Rosmery Martínez R. y Germán Navas T.
8. Colombia, Congreso de la República, Ley 1183 de 2008.
9. Colombia, Corte Constitucional, sentencia C- 078 de 2006, magistrado ponente Manuel José Cepeda.
10. Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-078 de 2006, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.
11. Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1142 de 2008, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería.
12. Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1159 de 2008, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería.
13. Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-597 de 21 octubre de 1998, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, Jurisprudencia y Doctrina, n° 325, enero de 1999, pp. 136 y ss.
14. Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-078, 26 de febrero de 1993, magistrado ponente Jaime Sanín G.
15. Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-494 de 12 de agosto de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón.
16. Colombia, Corte Constitucional, T-078, 26 de febrero de 1993, magistrado ponente Jaime Sanín G.



<sup>35</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-078 de 2006, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

17. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil sentencia de 19 de octubre de 1955, Gaceta Jurídica, t. LXXXI, p. 45.
18. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 16 de abril de 2008, Exp. 2000-00050-01, magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar.
19. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 16 de abril de 2008, Exp. 2000-00050-01, magistrado ponente Jaime Arrubla Paucar.
20. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 22 de agosto de 2006, magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla, Exp. 25843-3103-001-2000-00081-01.
21. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 22 de mayo de 1995, proceso 4571, magistrado ponente Héctor Marín Naranjo, Gaceta Jurídica, t. CCXXXIV, n° 2473, p. 734.
22. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 26 de abril de 1994, magistrado ponente Eduardo García Sarmiento.
23. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 27 de abril de 1955 –Gaceta Jurídica, t. LXXX, p. 97– y del 11 de mayo de 1956 –Gaceta Jurídica, t. LXXXII, p. 484.
24. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 3 de junio de 1954, Gaceta Jurídica, t. LXXVII, p.758.
25. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 7 de octubre de 1997, magistrado ponente Pedro Lafont Pianetta, Jurisprudencia y Doctrina, t. XXVI, n° 311, noviembre de 1997, p. 1559.
26. Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10 de mayo de 1939, magistrado ponente Juan Francisco Mújica, G.J. t. XLVIII, p. 18.
27. Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencias del 27 de abril de 1955 –Gaceta Jurídica, t. LXXX, p. 97– y 11 de mayo de 1956 –Gaceta Jurídica, t. LXXXII, p. 484.
28. Colombia, Gobierno Nacional, Decreto-Ley 1250 de 1970.
29. Cura Grassi, Domingo, *Derechos reales*, Posesión, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 46.
30. De Soto, Hernando, *El otro sendero. La revolución informal*, Oveja Negra, Bogotá, 1987, p. 24.
31. De Soto, Hernando, *El otro sendero. La revolución informal*, Oveja Negra, Bogotá, 1987, p. 24.
32. Distrito Capital de Bogotá, Decreto 352 de 2002.
33. Duranton, Alexander, *Cours de droit français suivant le Code Civil*, t. 4, Alex-Gobelet Libraire, p. 195.
34. Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de derecho civil*, t. III. “Derecho de cosas”, Bosch, p. 16 y ss.

35. Franco Regjo, Eric, "La regulación unitaria de las garantías funcionales como requisito para alcanzar un verdadero sistema de garantías en el Perú", *Ius et Veritas, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 15, 30, p. 123.
36. García García, Luis, "Comentario al artículo 1111 del Código civil", en *Código civil comentado por los cien mejores especialistas*, Gaceta Jurídica, t. V, Lima, 2003, p. 1022.
37. Gómez, J., *Bienes*, Universidad Externado, Bogotá, 2001, reimpresión, p. 376.
38. Guevara Pezo, Víctor, "Derechos reales: propuestas de enmienda", en *Diez años del Código Civil peruano, balance y perspectivas*, Gaceta Jurídica, Universidad de Lima, t. I, Lima, 1995, p. 400.
39. Hohfeld, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 2001, p. 39.
40. Manresa y Navarro, *Comentarios al código civil español*, t. IV, Reus, p. 20 y ss.
41. Mejorada Chauca, Martín, "La ejecución de las garantías reales: el momento de la verdad", *Derecho & Sociedad, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, (20).
42. Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 206 y ss.
43. Pastore, Carlos, *La lucha por la tierra en el Paraguay*, Antequera, Montevideo, 1972, p. 180.
44. Perú, Corte Suprema de Justicia, Cas. n° 282-96
45. Perú, Corte Suprema de Justicia, Cas. n° 3584-2000-Lima
46. Perú, Expediente n° 198-96-AA/TC, Jurisprudencia, Preguntas & Respuestas Jurisprudenciales, Gaceta Jurídica, 2, (17), 2004, p. 4
47. Perú, Jurisprudencia, Preguntas & Respuestas Jurisprudenciales, Gaceta Jurídica, 2, (17), 2004, p. 3.
48. Perú, Resolución n° 109-99-ORLC/TR, Jurisprudencia, Preguntas & Respuestas Jurisprudenciales, Gaceta Jurídica 2, (17), 2004, p. 22.
49. Rengifo Gardeazábal, Mauricio, "Teoría de la posesión", *Revista de Derecho Privado. Propiedad, Posesión y Derechos Reales*, Universidad de los Andes, 36, Bogotá, junio de 2006, p. 6.
50. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 2005, p. 218.
51. Savigny, *Traité de la possession en droit romain*, París, 1803.