

DEFENSA DE LA POSESIÓN MATERIAL EN EL PROCESO CIVIL¹

Carlos Alberto Colmenares Uribe²

Índice: Introducción. I. Historia de la defensa de la posesión. II. Posiciones jurídicas de la naturaleza de la posesión en Colombia. III. La posesión ¿hecho o derecho? IV. Normas que respaldan el triunfo de la posesión material en el proceso civil. V. De la indemnización en los procesos de expropiación y su procedencia para los casos del poseedor. VI. Instrumento de la oposición del poseedor material a la entrega de bienes y al secuestro. VII. Interrogatorio al opositor. VIII. Restitución de la posesión a quien no se opuso en la diligencia de entrega o secuestro del bien. IX. Consecuencias por no prestar la caución. X. La coposesión. XI. El tiempo como elemento indispensable para la tutela de la posesión en algunos casos. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

Un tema central para los justiciables es el derecho a obtener justicia, regulado en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bajo las denominaciones “garantías judiciales” y “protección judicial”.

El trinomio de la tutela jurisdiccional efectiva, el plazo razonable y el debido proceso previsto en el citado artículo 8 de la Convención Americana, en el que se establece el conjunto de requisitos mínimos que deben observarse para que pueda hablarse

¹ Ponencia elaborada para el XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, 31 de agosto, 1 y de 2 de septiembre de 2016.

² Abogado y Docente de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Presidente del Capítulo Norte de Santander del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro de los Institutos Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal.

de verdadera y auténticas garantías judiciales, según la Convención, conjugan el “debido procesal legal”, que incluye las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos derechos y obligaciones bajo consideración judicial³.

Los problemas asociados a la posesión material en Colombia se constituyen como un eje primordial para ponderar la convivencia de los colombianos en distintos momentos históricos: la colonia, la guerra de los mil días, la muerte de Gaitán. Para comprender el carácter práctico de la ciencia del derecho, el jurista GUSTAVO ZAGREBELSKY señala: “La concepción del derecho «por principios» tiene por tanto, los pies en la tierra y no la cabeza en las nubes. La tierra es el punto de partida del desarrollo del ordenamiento, pero también el punto al que éste debe retornar. Naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su función, se preocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma. Así pues, las consecuencias prácticas del derecho no son en modo alguno un aspecto posterior, independiente y carente de influencia sobre el propio derecho, sino que son un elemento cualificativo del mismo. No se trata en absoluto de asignar a lo «fáctico» una prioridad sobre lo «normativo», sino de mantener una concepción del derecho que permita que estos dos momentos no sean irrelevantes el uno para el otro, como, por el Contrario, sucede en el positivismo⁴”.

Para esta ponencia, como su título lo indica, “la defensa de la posesión material en el proceso civil”, resulta oportuno tomar como referencia el proceso de expropiación, en el que deben participar los titulares de derechos reales principales sobre los

³ 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

⁴ ZABRABELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia. Editorial Trotta. Décima Edición. 2001. Pág. 122.

bienes, y, si estos se encuentran en litigio, también contra todas las partes del respectivo proceso; igualmente se dirigirá contra los tenedores cuyos contratos consten por escritura pública inscrita y contra los acreedores hipotecarios y prendarios que aparezcan en el certificado de registro. Como se observa en este proceso resultan implicados todos los sujetos con intereses jurídicos, con excepción del poseedor material, pues este solo participa en el proceso en el momento de la entrega del bien, como lo señala el artículo 399, numeral 11, del Código General del Proceso.

Obsérvese, en este proceso, la importancia del poseedor material, quien aparece oponiéndose solo en el momento de la entrega provisional o definitiva del inmueble, lo cual no impide la entrega del bien. Luego, el poseedor material debe, dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la diligencia, promover incidente para que se le reconozca su derecho. Si el incidente se resuelve a favor del opositor, en el auto que lo decida, se ordenará un avalúo para establecer la indemnización que le corresponde, la que se le pagará de la suma consignada por el demandante⁵. Es decir, frente al propietario del bien, el acreedor hipotecario y los demás sujetos que deben participar, al momento de presentarse el incidente, en el proceso de expropiación y de salir triunfante el poseedor material se le pagará preferencialmente la suma consignada por el demandante como indemnización por su derecho, pues no queda duda que la posesión material es un derecho. El problema que se presenta es ¿cómo se avalúa la posesión? ¿Qué ponderación se debe aplicar frente al derecho de dominio? ¿Qué sucede con el tiempo de la posesión?

En Colombia, Andrés de Jesús María y José Bello López⁶ escribieron el Código Civil siguiendo la tradición romanista y lo dispuesto en el Código de Napoleón⁷, norma

⁵ Art. 399 numeral 11 de la Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso de Colombia.

⁶ León Robayo, Edgar Iván. La posesión de los bienes inmateriales. Revista de Derecho Privado. Ed. Universidad de los Andes, vol. 36, Bogotá, 2005. Págs. 100 – 101.

⁷ https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Civil_de_Francia

que se basó en la teoría clásica subjetiva del jurista alemán Savigny⁸. El artículo 762 de nuestro estatuto civil define la posesión como “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño, o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. (...)”. Dicho de otra manera, “es un poder de hecho ejercido sobre las cosas, que produce efectos jurídicos, que implica la realización de actos positivos sobre la cosa. En ello consiste comportarse frente al bien como si fuera el dueño de acuerdo con la norma”⁹.

Por ello, frente a los artículos 946 y 952 del Código Civil, en el caso del proceso reivindicatorio, tiene su razón de ser en que debe aniquilar la presunción de dominio que, conforme al artículo 762 ibídem, ampara al poseedor demandado, pues para estos efectos, defendiendo aquella, se defiende por regla general ésta. Luego, mientras el actor no desvirtúe el hecho presumido, el poseedor demandado en reivindicación seguirá gozando de la presunción de dueño con que lo ampara la ley. Entonces, la posesión material del bien por parte del demandado, al decir el artículo 952 del C.C. que “la acción reivindicatoria se dirige contra el poseedor”, envuelve que marcha por cuenta del demandante demostrar que su oponente ostenta la calidad de poseedor del bien que pretende reivindicar, para que así éste tenga la condición de contradictor idóneo. Dicho de otra manera es una relación jurídica sustancial de propiedad versus posesión material, pero la ley presume dueño es al poseedor material.

Un ejemplo concreto, y que destaca la importancia de la posesión material, es la presencia del poseedor material en el proceso ejecutivo, cuando el acreedor hipotecario persigue exclusivamente el bien dado en garantía. Al oponerse el

⁸ https://es.wikipedia.org/wiki/Friedrich_Karl_von_Savigny

⁹ Sentencia T-302 de 2011.

poseedor material, y triunfar la oposición¹⁰, se levanta el secuestro del bien, siguiendo el poseedor con el animus y el corpus.

La Corte Constitucional afirma: “La posesión es un hecho que tiene las consecuencias jurídicas necesarias para su protección por parte del ordenamiento jurídico. En Colombia, la legislación civil defiende la teoría subjetiva de esa institución, dado que se identifica con una concepción material que requiere para su configuración el corpus y el animus”¹¹.

Los instrumentos procesales para ejercer la defensa tradicional de la posesión en el proceso civil son la oposición al secuestro, como medida cautelar, y la entrega de bienes, cuando el poseedor material es un auténtico tercero, advirtiendo que dicha oposición puede ser formulada por el tenedor en nombre del poseedor.

La posesión sobre la cosa la puede ejercer el poseedor de manera directa o por medio de otra persona, siendo posible que frente al bien existan dos relaciones jurídicas: la del tenedor reconociendo dominio ajeno a favor del poseedor y la del poseedor que tiene el señorío frente a la cosa, detentando el corpus por medio del tenedor.

Señala el profesor SCIALOJA¹²: “GAYO hace una pequeña excursión a un campo más alejado que el de los interdictos, preguntándose qué se entiende por poseer; y dice que podemos ser considerados como poseedores no sólo si poseemos nosotros mismos, sino también cuando otro posee en nombre nuestro, aun cuando

¹⁰ Art. 596, numeral 3º, del C. General del Proceso, el cual señala: “Persecución de derechos sobre el bien cuyo secuestro se levanta. Levantado el secuestro de bienes muebles no sujetos a registro quedará insubsistente el embargo. Si se trata de bienes sujetos a aquel embargados en proceso de ejecución, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del auto favorable al opositor, que levante el secuestro, o se abstenga de practicarlo en razón de la oposición, podrá el interesado expresar que insiste en perseguir los derechos que tenga el demandado en ellos, caso en el cual se practicará el correspondiente avalúo; de lo contrario se levantará el embargo”.

¹¹ Sentencia C-750/1.

¹² SCIALOJA, Vittorio. Procedimiento civil romano. Buenos Aires: EJE. Reimpresión. 1954. p. 327.

no esté sometido a nuestro derecho, a nuestra potestad, como el colono por lo que hace a los bienes rústicos y el inquilino por lo que respecta a los urbanos; y poseemos también por medio de aquellos en cuyo poder depositamos o a quienes prestamos nuestra cosa o les hemos dado habitación gratuita. Y parece que pasó a ser un aforismo la regla de que se puede poseer por medio de quien quiera que posea en nuestro nombre. Vienen luego otras reglas, que GAYO refiere como opiniones particulares, y tales lo eran en su tiempo; pero que en el derecho justiniano llegaron a ser verdaderas reglas generales”.

Es clara la precisión del artículo 762 del Código Civil, siguiendo a Gayo, que la posesión material puede ser directa o indirecta, 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.

I. HISTORIA DE LA DEFENSA DE LA POSESIÓN

VITTORIO SCIALOJA, profesor de la Universidad de Roma, en el curso de las lecciones de procedimiento civil romano, durante el año académico 1893-1894, sobre la defensa de la posesión señaló: “En general, el ejercicio de un derecho lo realiza quien lo tiene, el titular del derecho; pero ocurre a veces que lo que constituye el contenido de un derecho lo ejerce también una persona a quien no pertenece el derecho mismo; de manera que el ejercicio de un derecho puede considerarse también independientemente de la existencia del derecho mismo, como tal, en la persona de quien lo ejerce. Queremos referirnos a la posesión, la cual precisamente es un estado de hecho correspondiente al contenido de un derecho, abstracción hecha de la existencia o no del derecho mismo. Sin entrar en la doctrina de la posesión, indicamos sólo su correlación con la teoría del ejercicio del derecho. El ejercicio del derecho, realizado por quien no es el titular del derecho mismo, a veces es defendido por el derecho, y así viene a constituir por sí una relación

jurídica, pero a veces no es defendido. La distinción entre relaciones que son defendidas aun en este estado de hecho y las que no son defendidas, constituye uno de los puntos controvertidos de la teoría de la posesión, ya que se puede formular el problema también de esta manera: hay relaciones jurídicas cuya posesión está defendida por el derecho, y otras que no”.

De acuerdo al profesor SCIALOJA¹³, en el derecho romano, la posesión, esto es, el estado de hecho, corresponde a un estado de derecho defendido en sí; independientemente del reconocimiento del estado de derecho, se da en una numerosa serie de relaciones y falta en otra serie de ellas; la posesión se defiende sobre todo en los derechos reales, pero también en los derechos de familia e incluso, hasta cierto punto, en los derechos públicos y en los personales. En cambio, no se defiende la posesión en los derechos de obligación.

Rudolf Von Ihering, resistente de la teoría clásica subjetiva del jurista alemán Savigny, formula un interrogante:

“¿Por qué se protege la posesión? Nadie formula tal pregunta para la propiedad. ¿Por qué, pues, se agita respecto de la posesión? Porque la protección dispensada a la posesión tiene a primera vista algo de extraño y contradictorio. En efecto, la protección de la posesión implica, además, la protección de los bandidos y ladrones: ahora bien, ¿cómo el derecho que condena el bandidaje y el robo puede reconocer y proteger sus frutos en las personas de sus autores? ¿No es eso aprobar y sostener con una mano lo que con la otra se rechaza y persigue?

una institución existe después de siglos, ningún hombre dotado de juicio imparcial puede sustraerse a la convicción de que debe estar fundada en motivos imperiosos, y de hecho, la necesidad de la protección posesoria no ha sido nunca puesta

¹³ SCIALOJA, Vittorio. *Ibíd.* p. 26.

seriamente en duda. Pero se está muy lejos de haber llegado a un acuerdo unánime respecto de sus motivos.

Algunos autores, especialmente los antiguos, eluden por completo el problema; se conforman, como sucede a menudo, con el hecho consumado. Pero si existe hecho alguno necesitado de explicación, es éste de seguro. Así lo comprendió SAVIGNY y por eso procuró explicarlo. Su respuesta, sin embargo, a pesar de la aprobación que al principio encontrara, no ha podido al fin sostenerse, intentándose en diferentes ocasiones resolver el problema de distinta manera; y así quiero ahora intentar a mi vez buscar una nueva solución. El interés del asunto no es en modo alguno privativo de la filosofía del derecho y del arte político legislativo, como a primera vista pudiera creerse, sino que tiene una gran importancia dogmática, y espero demostrar que su solución exacta es no sólo la primera condición para la buena inteligencia de la teoría posesoria toda, sino que también conduce a resultados prácticos importantes¹⁴.

II. POSICIONES JURÍDICAS DE LA NATURALEZA DE LA POSESIÓN EN COLOMBIA

La posesión, como institución, es “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño”; de este concepto se desprenden sus dos elementos esenciales: el corpus y el animus. El corpus es el cuerpo de la posesión. Es el elemento material, objetivo, los hechos físicamente considerados con que se manifiesta la subordinación en que una cosa se encuentra respecto del hombre. El animus, por su parte, es el elemento interno o subjetivo. Es el comportarse “como señor y dueño” del bien cuya propiedad se pretende.

¹⁴ Ihering Rudolf Von. Estudios sobre la posesión. Volumen 7. México: Oxford, 2000. p. 19.

La anterior fue la inspiración de don Andrés Bello, siguiendo la tradición romanista y lo dispuesto en el Código de Napoleón, norma que se basó en la teoría clásica subjetiva del jurista alemán Savigny.

Sobre dicho instituto, de origen romano, existen tres teorías: la subjetiva y la objetiva, siendo la primera de Friedrich Karl Von Savigny y la segunda de Rudolf Von Ihering, y la doctrina del jurista Raymon Saleilles, quien propuso conciliar las teorías clásicas reseñadas.

Savigny manifestó que “esa institución jurídica se evidencia en dos elementos, uno material y otro psicológico. El primero se concreta en la relación física del individuo con la cosa y en los actos que éste despliegue sobre el objeto, actuaciones que demuestran que ejerce un poder exclusivo en el mismo (*corpus*). El segundo se relaciona con la intención de comportarse como propietario frente a la cosa (*animus domini* o “*intención de tratar como propia la cosa que debe formar el objeto de la posesión*”)¹⁵. Para este autor, el aspecto subjetivo es el más importante pues no existe en el arrendatario, en el comodatario ni en el usufructuario.

Por su parte, Ihering advirtió que el concepto de *corpus* requiere de relación física con la cosa y de un interés que motiva un fin, propósito que generalmente es económico. Adicionalmente resaltó que el *animus* se halla estrechamente conectado con el *corpus*, al punto que éste exterioriza o visibiliza a aquel. Es más, esos elementos son dos aspectos de un mismo vínculo, de modo que basta la detentación material de la cosa para que se produzca la intención de señor y dueño. La teoría de Ihering se concretó en el siguiente axioma: “*la imitación de la propiedad en su manifestación exterior normal: la posesión en la exterioridad, la visibilidad de*

¹⁵ Ibídem. p. 134. “*Toda adquisición de la posesión reposa sobre un acto corporal (corpus factum) acompañado de una voluntad determinada (animus). El hecho debe ser de tal naturaleza que ponga al que ha de adquirir la posesión en estado de tratar la cosa según su voluntad y con exclusión de cualquier otro, esto es, en disposición de ejercer el derecho de propiedad (...)*”.

*la propiedad*¹⁶. En este autor, la posesión es “*exterioridad o visibilidad de la propiedad*”¹⁷.

Saleilles¹⁸, por su parte, propuso conciliar las teorías clásicas reseñadas precedentemente –subjetivas y objetivas-, paradigma que se denominó la explotación económica y que tuvo un carácter ecléctico; el autor francés concluye con su teoría mixta que la posesión “es la efectividad consciente y querida de la apropiación económica de las cosas”¹⁹. Es decir, es un hecho económico de apropiación que se demuestra con el corpus, esto es, la expresión visible de la relación financiera entre el hombre y objeto.

Sobre la posesión se ha dicho: que es un derecho fundamental, que no es derecho fundamental, que es un hecho, que es un derecho. La Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia T-494 de 1992 y reconoció que la posesión es un derecho fundamental. Pero mediante Sentencia T-172 de 1995 manifestó que la posesión no es un derecho fundamental. Como se observa, las dos sentencias adoptan posturas diferentes. Mediante Sentencia T-078 de 1993 reiteró la consideración de que la referida institución jurídica es un derecho y mediante la sentencia C-1007 de 2002 resaltó que en “nuestra legislación, la posesión no es un derecho sino un hecho”. Por último, mediante la Sentencia T-302 de 2011, la Corte precisó que “entre posesión y simple tenencia existen elementos comunes, pero también otros que son disímiles”.

A partir de la Ley 1564 de 2012, se puede embargar la posesión material. De manera que, está autorizado expresamente pedir y decretarse el embargo de manera concreta sobre la posesión que ejerce el demandado sobre bienes muebles o

¹⁶ *Ibíd.* p. 90.

¹⁷ *Ibíd.* p. 137.

¹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil II. Bienes. Derechos reales y sucesiones. México: Editorial Porrúa, 2008.

¹⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil. México DF: Editorial Porrúa. p. 475.

inmuebles, perfeccionándose el embargo con la diligencia de secuestro, si la medida persigue solamente la posesión y no los efectos sobre la posesión. En caso de no presentarse oposición al secuestro, si se decreta el remate, estamos hablando ya de un derecho y no un hecho, el cual por estar en la esfera patrimonial del demandado puede ser avaluado y rematado, continuando el rematante en la condición indiscutible de poseedor material sobre el bien mueble o inmueble, sustituyendo en dicha calidad al demandado quien pierde la posesión en virtud del remate, pues la medida cautelar de ninguna manera puede descontactar al poseedor sobre el bien. La entrega solo será consecuencia de la subasta.

Para ilustrar el tema sobre las distintas posiciones, frente al instituto de la posesión, resulta obligado transcribir el último estudio realizado por la Corte Constitucional, la cual, en forma precisa y profunda, concluye:

1. La posesión constata un hecho: la tenencia de una cosa acompañada del comportamiento del dueño sobre la misma, institución jurídica a la que el ordenamiento jurídico reconoce unas consecuencias.
2. La jurisprudencia ha discutido en torno a la naturaleza de la posesión, de modo que se debate si es un derecho o un hecho.
3. La posesión tiene dos especies: la regular y la irregular. Por ello, el ordenamiento jurídico ha excluido de esa clasificación a la posesión inscrita o tabular.
4. En Colombia, el artículo 762 de nuestro compendio civil define la posesión como *“la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. (...)”*. Esta norma se basó en la teoría clásica subjetiva del jurista alemán Savigny. Dicho de otra manera, *“es un poder de hecho ejercido sobre las cosas, que produce efectos jurídicos, que implica la realización*

*de actos positivos sobre la cosa. Ello consiste en comportarse frente al bien como si fuera el dueño de acuerdo con la norma*²⁰.

5. La posesión implica la constatación de un hecho, cuya característica radica en la tenencia de la cosa acompaña de un elemento subjetivo, que consiste en no reconocer a otra persona como dueña del objeto. De las denotaciones referidas, es claro que esa institución cuenta con dos aspectos centrales: el *corpus* y el *animus*.

6. El *corpus* es el elemento objetivo que consiste en la aprehensión de la cosa o la tenencia que recae sobre bienes susceptibles de apropiación. Ese componente incluye los hechos físicamente considerados que se identifican con actos que evidencian la subordinación de un objeto frente a un individuo²¹. Por su parte, el *animus* es el elemento subjetivo que exige al poseedor comportarse “*como señor y dueño*” del bien cuya propiedad se pretende.

7. La posesión puede ser ejercida de manera directa por el propietario del bien y por quién no tiene esa condición²². Así mismo, esa relación fáctica puede ser materializada por un tercero, el mero tenedor, en nombre del propietario y el no propietario (que se da por tal).

8. La posesión es un hecho que genera consecuencias jurídicas. Entre ellas, la presunción de que el poseedor es propietario y la posibilidad de usar los interdictos. La institución jurídica analizada es un hecho que ejerce la persona sobre una cosa y es la antesala del derecho de dominio, pues es un elemento necesario para adquirir la propiedad a través del modo denominado usucapión o prescripción adquisitiva. La particularidad de esa institución corresponde a que es una situación de hecho protegida por la ley.

²⁰ Sentencia T-302 de 2011.

²¹ Sentencia T-518 de 2013.

²² Sentencia T-302 de 2011.

9. Para la Corte Constitucional, la postura que considera que la posesión es un hecho con consecuencias jurídicas responde de manera más coherente con nuestro ordenamiento jurídico. Las consecuencias jurídicas del hecho posesorio reconocen que es una circunstancia que se debe salvaguardar, debido a su vínculo con el dominio²³.

Los anteriores renglones hacen todo el recorrido de la institución en el estudio que históricamente ha realizado la Corte Constitucional, pero para esta ponencia, partiendo del estudio de la defensa de la posesión material en el proceso civil, consideramos que toda polémica para determinar si la posesión es un hecho o un derecho quedó zanjada con el Código General del Proceso, al regular en el artículo 593, numeral 3o, el embargo de la posesión, advirtiendo expresamente que “la posesión sobre bienes muebles o inmuebles se consumará mediante el secuestro de estos”. Con lo manifestado reconoce la entidad de un derecho constitucional fundamental de carácter económico y social, susceptible de medida cautelar, lo cual resulta acompasado con el principio general de que el patrimonio del deudor es prenda general de los acreedores, constituyendo un hecho generador de derechos tasables en dinero sobre la objetividad de que se trate. Por eso, uno de los temas hoy es cómo se debe realizar el avalúo de la posesión material respecto del bien sobre el cual recae.

Es significativo destacar que la norma en comento habla de la posesión y no de los derechos derivados de la posesión, con lo que el legislador comparte con la Corte Constitucional que la posesión es un derecho²⁴. Si se hubiera permitido únicamente los derechos derivados de la posesión, implicaría que no se pueda llevar a cabo el desapoderamiento, lo cual sucederá luego de rematado el bien, al entregarse materialmente la posesión al subastante²⁵.

²³ Sentencia C-750/15.

²⁴ Sentencia T-078 de 1993.

²⁵ <https://www.youtube.com/watch?v=Y2pkCTzYp4o>

En otras palabras, una vez embargada, secuestrada, valuada y rematada la posesión material, el rematante quedará en la misma situación que tenía el demandado frente al bien mueble o inmueble, imperando las reglas del artículo 778 del Código Civil Colombiano, según las cuales el embargo, el secuestro y la diligencia de remate constituirán al rematante en un continuador de la posesión, configurándose el fenómeno de suma de posesiones.

III. LA POSESIÓN ¿HECHO O DERECHO?

La razón por la cual nace este interrogante radica en otro igual y es si: ¿puede seguirse considerando a la posesión como un hecho, aun cuando la misma es objeto de protección judicial a través de diversos medios y en un gran número de casos?

La anterior cuestión tiene su razón ser en el hecho de que la posesión, o mejor, quien la ejerce, por lo menos en Colombia, tiene diversos medios para proteger a la misma. Ejemplo de ello son los procesos de declaración de pertenencia, de expropiación, los procesos de deslinde y amojonamiento, los posesorios, los ejecutivos, entre otros. En dichos escenarios, ese sujeto puede hacer valer los actos que ejecuta sobre los bienes objeto del litigio, con el fin de que su interés sobre los mismos sea tutelado.

Es por lo anterior que desde hace tiempo se viene debatiendo en Colombia si la posesión es un hecho o un derecho. La posición de la Corte Constitucional ha sido variable, como ella misma lo reconoce en la Sentencia C-750 de 2015. En ese reciente pronunciamiento -apoyada en la teoría de Savigny, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y el ordenamiento jurídico colombiano- indicó que la posesión implica la constatación de un hecho compuesto de dos elementos: el *animus* y el *corpus*. Con ello se reiteró que la misma es un

hecho con consecuencias jurídicas. En similar sentido, Milcíades Cortés menciona que: *“la posesión deriva su importancia de ser ella la que generalmente revela el derecho, porque la posesión constituye un estado de hecho que generalmente está acorde con el derecho, por cuanto casi siempre el poseedor es el dueño o el titular real del derecho”*²⁶.

Si bien la anterior es la postura actual de la Corte, no debe olvidarse que este mismo Tribunal, en la Sentencia T-494 de 1992, dijo que la posesión no era sólo un derecho, sino que el mismo tiene el carácter de “fundamental”, al ser una forma de exteriorización de la propiedad.

Para fundamentar su tesis, en esa sentencia, la Corte Constitucional trajo a colación a Valencia Zea, cuya doctrina dicta que un derecho es el poder de voluntad que se ejerce sobre las personas o sobre las cosas. En el segundo caso, los derechos que pueden hacerse valer con acciones reales (como las acciones posesorias) son derechos reales, por lo que, en ese orden de ideas, la posesión vendría siendo un derecho real que se diferencia de la propiedad, en tanto la primera es un poder de hecho provisional y la segunda es un poder jurídico definitivo²⁷.

Este es un debate que se ha mantenido por años. Por eso, para no caer en las profundidades de la disputa doctrinal que existe frente al tema, la Corte en la jurisprudencia reseñada citó a José J. Gómez, quien sostiene que: *“Más que otra cosa, el debate es teórico porque si la ley ampara eficazmente la posesión no tiene importancia que lo haga porque sea un hecho o un derecho. Lo importante es que la proteja. Ciertamente las teorías ideadas para explicar la protección posesoria, casi puede decirse que prescinden de ubicar la posesión en uno u otro concepto. Para Savigny, fundador de la escuela subjetivista, es un hecho; para Von Ihering,*

²⁶ CORTÉS, Milcíades. La posesión. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 2010. p. 4.

²⁷ VALENCIA ZEA, Arturo. Naturaleza jurídica de la relación posesoria. p. 214-215. Citado en: Corte Constitucional. Sentencia T-494 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

*es un derecho. Pero al parecer la controversia ha perdido intensidad e interés y hoy apenas sí se alude a ella*²⁸.

Por lo anterior, lo que debe importar aquí es la protección que se le ha dado a la posesión y a quienes la detentan, en tanto es claro que la misma acerca a las personas al derecho a la propiedad privada. Esta última, recordemos, fue uno de los grandes triunfos para la humanidad en la época de la revolución ilustrada a finales de 1700 con la Revolución Francesa, la independencia de las colonias inglesas en Norteamérica y las nacientes repúblicas latinoamericanas, en donde no solo se construyó el concepto y el alcance de este derecho, sino que también se edificó el derecho a la igualdad y a la libertad como las puntas de lanza para la protección de la vida y la dignidad humana, siendo entonces una noble tarea la del legislador y de los juzgadores la de seguir tutelando los derechos, que con el paso del tiempo se han venido consolidando con el fin de hacer más llevadera la existencia.

IV. NORMAS QUE RESPALDAN EL TRIUNFO DE LA POSESIÓN MATERIAL EN EL PROCESO CIVIL

Primero citaré y transcribiré lo pertinente para destacar la forma de hacer valer la posesión material como defensa en el proceso civil.

La norma central es, sin duda, el artículo 596, numeral 3º, que reza: *“Persecución de derechos sobre el bien cuyo secuestro se levanta. Levantado el secuestro de bienes muebles no sujetos a registro quedará insubsistente el embargo. Si se trata de bienes sujetos a aquellos embargados en proceso de ejecución, dentro de los tres*

²⁸ GÓMEZ R., José J. Bienes. Edición actualizada por el Dr. Douglas Bernal Saavedra. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1981. p. 342. Citado en: Corte Constitucional. Sentencia T-494 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

(3) días siguientes a la ejecutoria del auto favorable al opositor, que levante el secuestro, o se abstenga de practicarlo en razón de la oposición, podrá el interesado expresar que insiste en perseguir los derechos que tenga el demandado en ellos, caso en el cual se practicará el correspondiente avalúo; de lo contrario se levantará el embargo”.

Esta norma se refiere, de manera expresa, a todo proceso ejecutivo sobre el embargo de bienes de propiedad del demandado, formulando oposición el poseedor material en su condición de tercero, esto es, ajeno a la relación jurídico procesal.

Pero, dicha norma, se extiende al proceso ejecutivo real, toda vez que el acreedor persiga el pago de una obligación en dinero, exclusivamente con el producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda. El art. 468, numeral 3, inciso 2º *dispone que: “El secuestro de los bienes inmuebles no será necesario para ordenar seguir adelante la ejecución, pero sí para practicar el avalúo y señalar la fecha del remate. Cuando no se pueda efectuar el secuestro por oposición de poseedor, o se levante por el mismo motivo, se aplicará lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 596, sin que sea necesario reformar la demanda”.*

En síntesis, en todo proceso ejecutivo donde se persigan bienes del deudor, en caso de que los mismos se encuentren en poder del tercero que alegue y demuestre posesión material el secuestro se levantará. Y si el acreedor insiste en perseguir los derechos que tenga el demandado en ellos, se practicará el correspondiente avalúo. Otro aspecto interesante, y que debe ser conciliado con el levantamiento del secuestro en los procesos ejecutivos, es lo que se presenta en el proceso de expropiación y que se concreta con el tema del avalúo.

Viene nuevamente los interrogantes sobre un bien en el que existen dos relaciones jurídicas sustanciales: una, la del demandado como titular del derecho de dominio, cuyo avalúo se ordena, y la otra, la posesión material en cabeza del tercero. ¿Qué

sucede cuando el opositor tiene un tiempo inferior a diez años o muy superior a diez años? ¿Qué reglas debe tener en cuenta el perito para avaluar el derecho de dominio y qué técnica para avaluar la posesión material del poseedor material?

Al iniciar la presente ponencia fue referente obligatorio la situación del poseedor material en el proceso de expropiación, regulado en el artículo 599 del Código General del Proceso, en su numeral 11, el cual dispone que cuando en la diligencia de entrega se oponga un tercero que alegue posesión material y dicho incidente se resuelva a su favor, en el auto que lo decida se “ordenará un avalúo para establecer la indemnización que le corresponde”. Esto significa que, al igual que el propietario, el poseedor tiene derecho a que se le reparen los daños que le causa el hecho de descontactarlo con la cosa. Es decir, con el corpus.

A continuación, me ocuparé del caso concreto del poseedor, en el proceso de expropiación para obtener la tutela efectiva de la posesión sustituida por la reparación.

V. DE LA INDEMNIZACIÓN EN LOS PROCESOS DE EXPROPIACIÓN Y SU PROCEDENCIA PARA LOS CASOS DEL POSEEDOR

La Ley 1742 de 2014, la Ley 1682 de 2013 y el Decreto 4628 de 2010 se encargan de regular lo relacionado con el proceso de expropiación en el ordenamiento jurídico colombiano. De dichas normas puede extraerse un elemento o factor común fundamental: el relacionado con la indemnización, la cual debe otorgarse al perjudicado con la cesión de su bien a manos del Estado.

La importancia anotada de ese resarcimiento, según la Sentencia C-750 de 2015, radica en el hecho de que: *“El constituyente consideró que la indemnización será la medida que equilibrará el sacrificio de los derechos del afectado derivado del*

ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado. El resarcimiento subsanará los daños causados a la supresión de la voluntad del ciudadano para disponer de su peculio. La justificación de la expropiación y de la indemnización evidencia que la actuación de la administración es legítima. La Corte Suprema de Justicia ha indicado que ese pago se refiere a la "definición y reconocimiento del derecho del propietario, con anterioridad a la expropiación, de modo que no haya, por una parte, expropiaciones arbitrarias, y por otra, que el dueño pueda contar desde entonces con bienes o valores comerciales, enajenables y ciertos, equivalentes al perjuicio causado". Lo anterior se da de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política, el cual dicta que la indemnización debe ser previa y debe fijarse consultando con los intereses de la comunidad y del afectado.

En esa misma sentencia, el Alto Tribunal, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico interno y el derecho internacional compuesto por instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dijo que la indemnización en los casos de expropiación está revestida de ciertas características:

- **La indemnización debe ser justa.** Esto quiere decir que el resarcimiento tiene como finalidad el equilibrio de los intereses de la comunidad y del particular afectado. Es decir, tiene una lógica retributiva que busca asimilar a cero el perjuicio sufrido. Además, esto implica que la indemnización no puede ser simbólica o irrisoria, por lo que: *“el valor indemnizatorio que se determine debe comprender los daños causados con la expropiación, pero cuidando que no constituya un enriquecimiento al ciudadano, ni un menoscabo a su patrimonio”*.
- **Por regla general, la indemnización es reparatoria y excepcionalmente restitutoria.** Respecto a este punto, la Corte precisó que ha sido parte de su jurisprudencia la idea de concebir a la indemnización, en los casos de expropiación, desde una arista reparatoria. Es decir, que tienda a restablecer el equilibrio de las cargas públicas como se mencionó en el punto anterior. Es por

esto, que dentro de ese resarcimiento se incluye el lucro cesante y el daño emergente, pues él mismo no se agota con el pago del mero precio del bien inmueble, dado que es claro que el particular sufre perjuicios adicionales con la cesión de su bien al Estado, los cuales deben ser reparados.

Ahondando en ese punto, la Corte mencionó que el lucro cesante es cuando un bien económico, provecho o ganancia, debe entrar al patrimonio de una persona y por una circunstancia determinada no lo hace. Por su parte, el daño emergente es el detrimento económico que se sufre como consecuencia directa del daño causado. Ahora hay que destacar que estos perjuicios materiales deben ser ciertos o debe haber certeza de su causación en el futuro. Por esta razón, el daño eventual o hipotético no es reparable, así como tampoco es reparable en este tipo de asuntos el daño moral.

Hay algunos casos en los que la indemnización no solo es reparatoria, sino que también es restaurativa. Esos casos son: i) la expropiación de vivienda familiar; ii) la protección especial a los niños, a la tercera edad, o a los discapacitados; iii) madres cabeza de familia; y iv) el patrimonio de familia inalienable. En estas circunstancias, según la Corte, la condición de estos sujetos debe ser determinante para fijar el valor y la forma de indemnización.

- **La indemnización puede ser compensatoria.** En este escenario, el valor de la indemnización que se entrega al expropiado puede ser menor cuando la propiedad no está cumpliendo con su función social. Ello debe ser el resultado de la ponderación entre los intereses de la sociedad y los del particular. En estos eventos no se paga lucro cesante ni daño emergente, por ende: *“la autoridad expropiadora cancelará al privado un resarcimiento que en algo nivela el desequilibrio de cargas públicas originada por la pérdida del derecho de propiedad, empero no reparará todas las lesiones (...). Lo antepuesto, se deriva de que el artículo 58 de la Constitución no advierte que el resarcimiento debe*

ser pleno o integral, puesto que el particular cede su derecho en pro de la utilidad y del bienestar social, condiciones que garantizan el interés general. En estas hipótesis, la función restituida de la indemnización se transforma en una compensatoria, dado que la Carta Política no reconoce una reparación integral en materia de expropiación. De ahí que, el resarcimiento que tiene su fuente en el artículo 58 superior es diferente a la indemnización que se deriva de la responsabilidad del Estado consignada en el artículo 90 ibídem”.

- **La indemnización elimina el carácter confiscatorio de la privación del derecho de propiedad.** El hecho de que para expropiar un bien haya un respeto por las reglas procesales, para la ejecución de tal acción, y que exista una indemnización en favor del expropiado, destierra la idea de que la misma es una privación del derecho a la propiedad asimilable a la confiscación, la cual está prohibida por mandato constitucional. Además, en estos casos, la privación del derecho a la propiedad privada por parte del Estado se da con el fin de desarrollar mandatos constitucionales.

¿Cómo se calcula la indemnización?

Habiendo explicado las características de las cuales está revestida la indemnización, de la que ya se ha hablado, la Corte pasó a hacer -en la Sentencia citada- el estudio de cómo se calcula la misma, teniendo en cuenta la legislación interna. Para ello empezó por aclarar que: *“por expreso mandato constitucional, la tasación de la indemnización debe estar marcada por la ponderación de intereses del particular y de la sociedad. Ese trabajo no puede ser prefigurado legalmente, pues varía dependiendo de los derechos en conflicto y de las particularidades de los asuntos analizados. Cabe resaltar que, la administración y los jueces, cuentan con la obligación de calcular una indemnización que atienda el principio de razonabilidad”.*

Para la tasación de la indemnización, atendiendo a su función reparatoria, según el Alto Tribunal, se deben tener en cuenta tres elementos: el precio, el lucro cesante y el daño emergente. Veamos:

- **El precio del inmueble:** según el artículo 6 de la Ley 1742 de 2014, en la etapa de enajenación voluntaria del proceso de expropiación, el precio comercial del inmueble será determinado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), los catastros descentralizados o por peritos privados inscritos en lonjas o asociaciones. Dicho valor comercial, de conformidad con la ley mencionada, se determinará teniendo en cuenta la reglamentación urbanística municipal, o distrital, vigente al momento de la oferta de compra, en relación con el inmueble a adquirir y su destinación económica.

Ahora, ese mismo artículo en su inciso 5 establece que el precio no será el comercial, sino el catastral, cuando no se llegue a un acuerdo en la etapa de enajenación voluntaria. Esta cuestión, para la Corte, es constitucional, toda vez que lo que se pretende es un arreglo prematuro y directo que permita una mayor satisfacción a los principios de celeridad, debido proceso y la satisfacción del interés general, siendo esta una medida válida, legítima, proporcional e idónea.

- **El lucro cesante y el daño emergente:** el artículo 6 de la Ley 1742 de 2014, mencionado en el punto anterior, también adopta, como parte de la indemnización, al daño emergente y al lucro cesante. Frente al primero, la norma dicta que el mismo debe ser cierto y consolidado, lo cual es acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. frente al segundo, sí se plantea un problema: el hecho de que tanto esta norma en su inciso tercero así como el parágrafo del artículo 599 del Código General del Proceso restringen la tasación del mismo hasta seis meses contados a partir del momento de la adquisición del bien. A consideración del Tribunal, estas disposiciones normativas quebrantan el artículo 56 de la Carta Política en tanto: *“impone un límite abstracto de*

cuantificación del perjuicio que impide al juez ponderar los intereses del expropiado y de la comunidad para calcular una indemnización justa. En ocasiones, el lapso señalado en la norma obligará al funcionario judicial a reconocer un resarcimiento que no asegure la protección especial de personas discapacitadas, niños o de ancianos, casos en que el resarcimiento es restitutivo o restaurador. Inclusive, la regulación abstracta será un obstáculo para la que indemnización cumpla con su función reparatoria, pues se dejará de atender las circunstancias concretas, pese a que evaluar esos elementos es un mandato superior". Por estas razones, ese condicionamiento temporal fue declarado inexecutable.

Respecto al cálculo del lucro cesante y el daño emergente, según la normativa mencionada, hay que hacer otra precisión, pues el inciso 5 del artículo 6 de la Ley 1742 de 2014 dispone que cuando no se logre la enajenación voluntaria (caso en el cual el precio del inmueble no va a ser el comercial sino el catastral), la indemnización que se entregará al expropiado se calculará al momento de la oferta. Esto podría entenderse como un impedimento para incluir dentro de esa indemnización a los daños que se causaron con posterioridad a la fecha de oferta de la compra.

Pues bien, la Corte consideró que el debido entendimiento de la norma apunta a que: *"la interpretación del inciso 5º del artículo 6 de la Ley 1742 de 2014 que resulta conforme a la Carta es aquella que le permite al juez o la administración calcular la indemnización con perjuicios causados con posterioridad a la oferta de compra, lesiones que son consecuencia directa de la expropiación. En consecuencia, el inciso 5º del artículo 6º de la Ley 1742 de 2014 será declarado executable bajo el entendido de que en los casos en que se cuantifique la indemnización en la etapa de expropiación judicial y/o administrativa, el cálculo del resarcimiento debe tener en cuenta su función reparatoria y/o restitutoria dependiendo del caso, de modo que no excluya los daños futuros ciertos*

producto de la expropiación y originados con posterioridad a la oferta de compra del bien”.

Como se ve, conforme a la legislación vigente interpretada por la Corte Constitucional bajo los preceptos de la Carta Política colombiana, en los casos de expropiación existen tres elementos básicos para el cálculo de la indemnización que se le otorga al expropiado: el precio del inmueble, el lucro cesante y el daño emergente. Pero, a esta situación, hay que tener en cuenta otro interrogante: cómo avaluar la indemnización en el caso de que en el inmueble que se pretende expropiar exista un poseedor, teniendo en cuenta que el artículo 599 del Código General del Proceso en su numeral 11 dispone que cuando en la diligencia de entrega se oponga un tercero que alegue posesión material y dicho incidente se resuelva a su favor, en el auto que lo decida se *“ordenará un avalúo para establecer la indemnización que le corresponde”*. Esto quiere decir, que al igual que el propietario, el poseedor tiene derecho a que se le reparen los daños que le causa el hecho de que el Estado le arrebathe el inmueble sobre el cual ejecuta sus actos de señor y dueño, evidenciándose entonces la importancia de la posesión en nuestro ordenamiento jurídico, a tal punto de hacernos reflexionar acerca de si esta es un hecho o un derecho.

VI. INSTRUMENTO DE LA OPOSICIÓN DEL POSEEDOR MATERIAL A LA ENTREGA DE BIENES Y AL SECUESTRO

Según lo establecido en el artículo 309, del Código General del Proceso, podrá oponerse a la diligencia de entrega quien pruebe sumariamente que es poseedor del bien²⁹. De ésta manera, en primer lugar, se debe tener en cuenta lo que jurídicamente significa ser poseedor de un bien. Así, se entiende por tal la persona

²⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=G23NCzTDI6Q>

que voluntariamente ejerce una relación material con una cosa. Es decir, la que tiene un poder de hecho o potestad efectiva sobre el mismo, con el ánimo de señor y dueño y sin reconocer dominio ajeno, y cuya característica radica en el derecho de poder hacerla valer frente a los demás, esto es, defendiéndola frente a los ataques ilícitos que pueden lesionarla o desconocerlo³⁰.

Por su parte, el artículo 762 del Código Civil dispone que: “el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”. Por lo tanto, para demostrar que se es poseedor, basta que se ejerza un poder de hecho sobre el bien, y la afirmación de poseer para sí, con lo que se presume una posesión de propietario, o se tenga por establecida la voluntad afirmada. Quien posee como propietario se presume ser el dueño del bien³¹.

El Código General del Proceso, en el numeral segundo del artículo 596, sostiene que la oposición al secuestro se hará conforme a la oposición a la diligencia de entrega, que está regulada en el artículo 309 del mismo compendio procesal. Esta norma dispone que puede oponerse aquella persona que: a) tenga el bien bajo su poder, b) que en el marco del proceso que se adelanta, la sentencia no produzca efectos en su contra, c) que alegue en cualquier forma hechos constitutivos de posesión y, d) que presente prueba siquiera sumaria de la posesión que alega. Veamos:

- **Aprehensión material del bien.** A esto se le conoce como *corpus*. Para Fernando Canosa Torrado, este es el elemento material o físico de la posesión, que implica la relación de hecho entre la cosa y su detentador³². En el mismo sentido, Arquímedes E. Gonzales F. dice que este elemento constituye el

³⁰ Tomo II, Derechos Reales, Arturo Valencia Zea. Págs. 33 a 107. Ed. Temis 10ª. Edición

³¹ La Posesión, Arturo Valencia Zea. 1983. Ed. Temis.

³² CANOSA TORRADO, Fernando. Teoría y práctica del proceso de pertenencia. 3ª ed. Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 1994. p. 84

ejercicio sobre la cosa con actos de señor y dueño³³. Además, la Corte Constitucional colombiana, citando a José J. Gómez, adujo que el *corpus* es: “*el elemento material, objetivo, los hechos físicamente considerados con que se manifiesta la subordinación en que una cosa se encuentra respecto del hombre, v. gr. sembrar, edificar, abrir canales de regadío, cercar el predio, etc.*”³⁴.

Como se aprecia, lo que debe hacer el poseedor, al momento de oponerse, es demostrar que detenta materialmente el bien. Que está bajo su poder. De no ser así, su oposición será rechazada de plano por el funcionario que adelante la diligencia, lo que implica una situación grave para el derrotado opositor.

- **La sentencia no debe producir efectos en su contra.** Este elemento no comporta mayores complicaciones. Lo que hay que tener en cuenta es que el poseedor, quien se pretende oponer al secuestro, no debe ser parte dentro del proceso que se adelante y mediante el que se pretende arrebatar la cosa sobre la cual ejecuta los actos de señor y dueño. Es decir, no puede tener la calidad de demandante, de demandado ni de litisconsorte. Debe ser un tercero ajeno a la controversia judicial que se adelanta.

En sustento de lo anterior, es menester mencionar someramente lo dicho por Hernán Fabio López Blanco, quien, refiriéndose al caso específico del Código General del Proceso, dijo que el proceso es la única noción que permite identificar quiénes son las partes. Entonces será el demandante quien presente una determinada pretensión ante la jurisdicción, que puede ir encaminada a tener efectos frente a otro, quien será el demandado. Empero, esas no son las

³³ GONZALES F., Arquímedes E. De los juicios sobre la propiedad y la posesión. Editorial Argonca C.A. Caracas, 1990. p. 34.

³⁴ República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 24 de junio de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

únicas personas que pueden vincularse al proceso en calidad de partes, pues los litisconsortes también harán parte del contradictorio³⁵.

La Sentencia que se dicte es vinculante y surte efectos para los mismos. Esta apreciación permite entender mejor quién es, o no, parte en el proceso. Por ende, permite determinar si el poseedor, en la diligencia de secuestro, está legitimado para oponerse en defensa de la posesión que pretende hacer valer.

El profesor JAIME AZULA CAMACHO, de manera precisa sobre los efectos de la sentencia y tomando la comparación entre el Código de Procedimiento Civil y el General del Proceso, manifiesta: “Consideramos que es más exigente y, por tanto, se presta a menos controversia la redacción del Código General del Proceso, que corresponde a la adoptada por el Código de Procedimiento Civil, merced a la reforma del decreto 2289 de 1989, que cambió el concepto de tercero por el de quienes puedan resultar afectados con la sentencia³⁶”.

Agrega, además: “En efecto, el tercero, desde el punto de vista procesal, es quien ha sido ajeno a la relación jurídica procesal y, por ende, la decisión mediante la que se resuelva el litigio le es ajena, aunque sea titular de la relación sustancial debatida. En cambio, la persona contra quien produce efectos la sentencia no es solo quien tiene la calidad de parte, sino también la ajena al proceso, pero con un vínculo directo o indirecto con el derecho discutido y, por ende, facultada para intervenir, siempre que se den los supuestos que estructuran las diferentes modalidades de esta figura³⁷”.

³⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Las partes en el Código General del Proceso. p. 72-74. Citado el: 28 de mayo de 2016. <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/03hernan-fabio-lopez.pdf>

³⁶ AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal civil. Tomo II. Parte general. 9ª ed. Bogotá: Temis. p. 227.

³⁷ AZULA CAMACHO, Jaime. Ob. cit. p. 227.

Los efectos de la sentencia pueden recaer sobre las consecuencias de un acuerdo que envuelve la situación jurídica de personas que no intervinieron en el acto, cual acontece concretamente con los sucesores universales y, en algunos eventos, con los causahabientes singulares. Ostenta la calidad de sucesor o causahabiente la persona que recibe de otra, conocida como causante o autor, unos derechos u obligaciones, ya por causa de muerte ora por acto entre vivos, tal cual al unísono lo enseñan la doctrina y la jurisprudencia, con apoyo en la ley.

En el caso particular de la causahabencia, a título singular, es de advertirse que ella puede tener lugar como consecuencia de la cesión o subrogación en los derechos y obligaciones de una parte en determinada relación, previa la expresa aceptación del otro extremo del respectivo vínculo, por cuyo conducto se produzca el desplazamiento pleno de las prerrogativas, cargas y acciones personales del sujeto subrogado. Estos sucesores, ha dicho la Corte, “no tienen otra vinculación jurídica con su causante o autor que la producida por el desplazamiento de uno o más derechos u obligaciones determinados que salen del patrimonio de éste para ingresar en el de aquellos” (G. J., t. CXXXV, pág. 68)³⁸.

Los efectos de la sentencia pueden extenderse entonces a los subarrendatarios, cesionarios, herederos y todas las personas naturales, jurídicas o patrimonios autónomos que han adquirido el bien con posterioridad a la inscripción de la demanda.

En virtud de la inscripción de la demanda, quien adquiere un bien sujeto a registro, con posterioridad a la adopción de ésta medida cautelar, queda sujeto a los efectos de la sentencia que se dicte en el respectivo proceso. Es decir, es un causahabiente y por lo tanto no puede alegar su condición de tercero ajeno a las resultas del proceso. Lo que significa, contrario sensu, que quien compra un bien inmueble con

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Expediente número 25286-31-89-001-1996-1289-03.

anterioridad al registro de la demanda no queda cobijado con los efectos de la sentencia que se profiera en el respectivo proceso, pudiendo hacer valer su condición de tercero que lo habilita para oponerse a las otras medidas cautelares que recaigan sobre dicho bien.³⁹

- **Alegar hechos constitutivos de posesión y la prueba sumaria de los mismos.** En este punto se encuentra la labor más compleja para el poseedor, en tanto requiere que alegue los hechos que sustentan su posesión, así como la prueba de los mismos.

Debe dejarse por sentado que la prueba gira en torno a la posesión en sí misma, y, recordemos, que esta se compone de dos elementos: el *corpus*, el cual ya fue explicado en líneas anteriores, y el *animus* que, según Milcíades Cortés es el elemento personal de la posesión, la voluntad firme e inequívoca de considerarse el dueño de la cosa⁴⁰.

Por su parte, Arquímedes Gonzales los considera el elemento “intelectual” que constituye la intención que mueve al ocupante, resaltando que Savigny denomina a esta voluntad como el “*animus domini*”. Es decir, la intención del poseedor de comportarse como propietario⁴¹, siendo este factor el que hace la gran diferencia entre posesión y mera tenencia. Esta última es la que se da cuando el *animus* del que se ha hablado es inexistente.

Ahora, sabiendo qué comprende la posesión, se abordará lo relacionado a cómo probarla.

³⁹ Sentencia T-047/05.

⁴⁰ CORTÉS, Milcíades. Ob. cit. p. 10.

⁴¹ GONZÁLES F., Arquímedes E. Ob. cit. p. 34.

Frente al *corpus*, no se plantean grandes desafíos, en tanto el mismo implica actos positivos por parte del poseedor sobre la cosa que posee. Como lo dijo José J. Gómez, citado en líneas anteriores, estos actos pueden versar sobre la siembra, edificación, el resguardo y la protección del bien -para evitar la violencia por parte de terceros sobre el mismo-, el pago de impuestos, de recibos, y en general, todo hecho físico mediante el cual el poseedor exteriorice su creencia de ser el dueño y señor de la cosa, lo que implica una prueba de por sí fácil de verificar por los órganos de los sentidos.

La parte difícil está en la prueba del *animus*, a tal punto de que algunos doctrinantes afirman que este no puede comprobarse. Sin embargo, Valencia Zea considera que cualquier elemento subjetivo o psicológico, como el *animus*, está compuesto por dos aspectos: el interno, que es el que nadie puede conocer, y el externo, que es cuando la voluntad de la persona se exterioriza y se da a conocer a los demás. Por ende, la voluntad es susceptible de prueba. Según el autor, es normal que las personas establezcan relaciones posesorias (con las cosas) de manera voluntaria y por eso, generalmente, dicha voluntad se presume: *“es decir, se tiene por establecida desde el momento en que vemos a alguien ejerciendo un poder de hecho sobre una cosa, dada la circunstancia de que generalmente nadie somete a su dominación cosas en forma involuntaria”*⁴².

Como se ve, la prueba de la posesión (*animus* más *corpus*) no es en sí misma una prueba diabólica. Basta con que el poseedor demuestre que efectivamente ejecuta actos de señor y dueño sobre la cosa, que no reconoce dominio ajeno y que los demás lo reconocen a él como el dueño legítimo del bien que posee, de modo que los actos que ejecuta en ejercicio de su poderío sobre el mismo pueden ser conocidos y verificables por los sentidos. Cabe resaltar, además, que la prueba que exige el Código General del Proceso es sumaria. No hay que

⁴² VALENCIA ZEA, Arturo. La posesión. 3ª ed. Bogotá DC: Editorial Temis, 1983. p. 225-226.

olvidar que en Colombia la ley reputa dueño al poseedor, de modo que la balanza siempre va a estar ligeramente inclinada a su favor en estos casos.

VII. INTERROGATORIO AL OPOSITOR

Formulada la oposición, y estando presente el opositor, se practicará obligatoriamente el interrogatorio del opositor, pues dicho interrogatorio hace parte de la estructura de la oposición, porque nadie mejor que el opositor puede explicar si ciertamente es un poseedor material o por el contrario reconoce dominio ajeno.

Quien formula el interrogatorio debe tener una hipótesis clara de si existe, o no, un poseedor en poder del bien. La razón del interrogatorio es corroborar o desvirtuar si el opositor es un verdadero poseedor material, qué relación tiene con la cosa, en calidad de qué lo ocupa, cómo tuvo contacto con la cosa. Es decir, quien formula el interrogatorio deberá tener claridad sobre las preguntas que debe formular y los deberes que tiene quien es interrogado, pues puede suceder que el interrogado se negare a contestar o diere respuestas evasivas o inconducentes, debiendo amonestarlo para que responda o para que lo haga explícitamente, con prevención sobre los efectos de su renuencia.

En esa relación de pregunta y respuesta lo que se busca es que el interrogado responda de manera clara y directa, informándole sobre las consecuencias de su desacato. Cuando la pregunta fuere asertiva, la contestación deberá limitarse a negar o a afirmar la existencia del hecho preguntado, pero el interrogado podrá adicionarla con las explicaciones que considere necesarias. La pregunta no asertiva deberá responderse concretamente y sin evasivas.

En todo interrogatorio, formulada la pregunta y obtenida la respuesta, el juez o el comisionado, según el caso, podrá pedir explicaciones sobre el sentido y los alcances de las respuestas.

En la práctica de la diligencia de entrega, formulada la oposición, el funcionario que atiende el cumplimiento de la decisión judicial y la resistencia que hace, quien ha sido ajeno a ese proceso, pero que alega sin vacilación la condición única y exclusiva de la posesión material, deberá demostrar, aunque sea con prueba sumaria, esos actos externos que en la vida cotidiana hace diferenciar a los propietarios, poseedores y simples tenedores.

El funcionario deberá interrogar al opositor presente porque, sin duda, debe existir un elemento adicional que distinga las relaciones de propiedad, posesión y tenencia. No se trata de preguntar por preguntar o de una prueba caprichosa, sino de tener un conocimiento preciso sobre las tres instituciones mencionadas para inferir si se trata o no de un verdadero poseedor material.

Lo anterior cobra importancia cuando se trata de comuneros o herederos porque, en la relación directa del sujeto con la cosa, esto es, la condición de poseedor material que implica inexorablemente el animus y el corpus, debe quedar que el opositor no se comporta ni como comunero ni heredero, que siempre ha poseído materialmente el bien común o parte de él, que su explotación económica no se produce por acuerdo con los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad, que lisa y llanamente tiene contacto con la cosa desconociendo dominio ajeno; comportándose como un poseedor material, con posibilidades jurídicas inclusive de demandar la declaración de pertenencia, según los términos del art. 375, regla 3ª, del Código General del Proceso.

Al practicarse el interrogatorio, quien atiende la oposición de acuerdo a la institución de la posesión material, puede inferir fácilmente si se trata de un tenedor o un poseedor.

En caso de prosperar la oposición, y de insistir la parte interesada en la entrega, el opositor que no estuvo presente en la diligencia y se opuso por intermedio de apoderado, deberá obligatoriamente absolver interrogatorio ante el juez del conocimiento durante la fase probatoria, en el procedimiento generado a partir de la insistencia en la entrega del bien.

¿Qué sucede si se decreta el interrogatorio para el opositor que no estuvo presente en la diligencia donde prosperó su oposición y este no comparece?

Se tiene por sabido, y es verdad averiguada, que la inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.

En aquellos casos, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones.

Pero cuando las preguntas no fueren asertivas, o el hecho no admitiere prueba de confesión, la inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.

Lo anterior es la regla general de la inasistencia del citado a la audiencia, pero cuando se trata del caso concreto del opositor que no estuvo presente en la

diligencia donde prosperó su oposición, teniendo la calidad de secuestre como consecuencia de la insistencia de la parte interesada, en caso de no responder el interrogatorio o no asistir a la audiencia, se tendrá por cierto que el opositor no es poseedor, por disponerlo expresamente el artículo 198, inciso 6º, del Código General del Proceso.

Se trata de una sanción clara y concreta, y única y exclusivamente, para el tercer poseedor que formuló oposición por conducto de apoderado y al que no fue posible formularse interrogatorio. En caso de no concurrir a la audiencia que se señale en el trámite posterior a la insistencia, pese a existir medios de pruebas como documentos, testimonios que enrostran que tiene la posesión material, no se le podrá declarar confeso y conjugar dicho medio de prueba, esto es, la confesión con los demás medios de pruebas, sino que el legislador declarará expresamente que no es el poseedor por el hecho de la no comparecencia del citado.

VIII. RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN A QUIEN NO SE OPUSO EN LA DILIGENCIA DE ENTREGA O SECUESTRO DEL BIEN

Una fase del proceso es el cumplimiento de la decisión. Y precisamente cuando se ordena la entrega de bienes es probable que el poseedor material no se encuentre en el momento de la diligencia, siendo privado del corpus, pues el señorío lo sigue manteniendo, ya que esencialmente la posesión es “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño”.

Por eso, la Doctrina y jurisprudencia patria con apoyo en la ley, de manera unánime y reiterada, señalan que son elementos esenciales de la posesión: el corpus y el animus. El corpus es el cuerpo de la posesión, esto es el elemento material, objetivo, los hechos físicamente considerados con que se manifiesta la subordinación en que una cosa se encuentra en relación con el hombre. El animus, por su parte, es el

elemento interno o subjetivo, es el comportarse “como señor y dueño” del bien cuya propiedad se pretende.

Partiendo del presupuesto cierto que se trata del tercer poseedor con derecho a oponerse, y que no hubiere estado presente al practicarse la diligencia de entrega, o que habiendo concurrido a la diligencia de entrega no estuvo representado por apoderado judicial, estará legitimado luego de practicada la entrega para formular solicitud expresa y concreta de restitución de su posesión.

El trámite de la solicitud de restitución de la posesión es el siguiente:

Presentada en tiempo la solicitud, esto es, dentro de los veinte (20) días siguientes al practicarse la diligencia de entrega, si no hubiere estado presente, o que habiendo concurrido a la diligencia de entrega no estuvo representado por apoderado judicial, pero el término para formular la solicitud será de cinco (5) días, ante el juez de conocimiento, debiendo el poseedor en esa oportunidad procesal solicitar las pruebas o presentar las pruebas en el curso de la audiencia.

Se desprenden dos términos, uno de 20 días y otro de 5 días. El primero es expreso y concreto para quien no estuvo presente en la diligencia; pero si el poseedor material estuvo presente en la diligencia de entrega o secuestro, el término será de cinco días.

Es necesario advertir que no se trata de ningún incidente, sino de un trámite especial regulado expresamente por el artículo 309, pero debe decidirse en audiencia, lo cual explica que quien tiene la carga de probar es el tercero. Sin embargo, las partes, en aras de la bilateralidad de la audiencia, podrán concurrir para controvertir y hacer proteger sus intereses.

No existe norma que exija, al tercero que reclama la restitución de la posesión, en qué momento debe pedir las pruebas. Lo único que impone la norma es que presentada en tiempo la solicitud, el juez convocará a audiencia en la que practicará las pruebas que considere necesarias y resolverá.

Situación distinta es para el opositor que no estuvo presente en la práctica a la medida cautelar del secuestro, quien deberá formular solicitud escrita, que se tramitará como incidente, en el cual el solicitante deberá probar su posesión. Por lo tanto, por mandato expreso del artículo 129 del Código General del Proceso, el opositor incidentante deberá declarar que tenía la posesión material del bien al tiempo en que la diligencia de secuestro se practicó, los hechos en que se funda y las pruebas que pretenda hacer valer.

De manera que la gran diferencia entre la restitución de la posesión en la diligencia de entrega y la diligencia de secuestro radica en que la primera basta la solicitud y que se preste caución para que el juez señale fecha y hora para la audiencia, mientras que en el segundo caso se debe ventilar un incidente. Pero también en cuanto a la solicitud de las pruebas, debiendo el poseedor de la diligencia de secuestro pedir las al momento de formular el incidente. Para el poseedor de la diligencia de entrega basta pedir las en la audiencia o en solicitud de restitución. Lo recomendable es que se pidan las pruebas al momento de formularse la solicitud de restitución de la posesión.

Antiguamente, en el Código de Procedimiento Civil, se repetían los artículos 338 y 686 en el procedimiento de la oposición a la entrega de bienes y diligencia de secuestro. Para evitar la repetición innecesaria de normas, se dispuso expresamente en el numeral 2º del art. 596, de la Ley 1564 de 2012, que a las oposiciones se aplique lo dispuesto en relación con la diligencia de entrega, **razón por la cual se hace necesario advertir que si bien en ninguna parte del art. 597,**

numeral 8º, se habla de prestar caución, por integración del artículo 309 se debe prestar dicha caución.

PRUEBAS PARA DECIDIR LAS SOLICITUD DE RESTITUCIÓN DE LA POSESIÓN

Una prueba obligatoria es el interrogatorio al tercero que no estuvo presente, según lo dispuesto en el artículo 198, inciso 5º, que reza: Si se trata de terceros que no estuvieron presentes en la diligencia y se opusieron por intermedio de apoderado, el auto que lo decreta quedará notificado en estrados, no admitirá recurso, y en él se ordenará que las personas que deben absolverlo comparezcan al juzgado en el día y la hora señalados.

La norma anterior debe ser aplicada porque el interrogatorio es obligatorio a quien se opone con apoderado y no estuvo presente, pero en un tiempo reclama la restitución de la posesión. Como se ha dicho, el interrogatorio más que un medio de prueba es parte de la estructura de la oposición y es posible que con el interrogatorio se llegue a la conclusión de que el tercero no es poseedor material.

Practicadas las pruebas en la audiencia, incluido el interrogatorio al tercero, si este reconoce dominio ajeno, se podría inferir que no le asiste razón al opositor respecto de la posesión alegada, ya que ellas no demuestran hechos constitutivos de posesión ni de señorío. Por lo tanto, a la posesión alegada le falta uno de los elementos que la conforman. Es decir, el animus, el cual debe existir en la persona que detenta la cosa, de lo contrario es un mero tenedor, de lo cual no puede surgir el derecho de propiedad.

Ahora bien, sin que se pueda afirmar que la posesión solo se puede demostrar con testimonios, la experiencia enseña que en la gran mayoría de los casos siempre los hechos constitutivos de la posesión se logran enrostrar con testigos. Si el tercero se limitó a solicitar la restitución de la posesión y prestó caución, nada impide que el día de la audiencia presente los testigos. Y si las partes consideran que deben tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que

afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas, podrán hacerlo en la audiencia convocada por el juez. Por ello, todas las partes quedarán notificadas por estado del auto que señale fecha y hora para la audiencia indicada en el art. 309 parágrafo del Código General del Proceso, sin que permita vislumbrar que existe preferencia para el opositor, pues será en la audiencia -con la presencia del juez- que se decretan practicar y valorar las pruebas precedidas de publicidad y contradicción y esencialmente recaudadas en audiencia.

Si el tercero no presta la caución, señalada por el juez, será imposible continuar con el trámite de la solicitud, razón por la cual no habrá lugar a la audiencia.

IX. CONSECUENCIAS POR NO PRESTAR LA CAUCIÓN

En la “providencia que ordene prestar la caución se indicará su cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no las señale. Si no se presta oportunamente, el juez resolverá sobre los efectos de la renuencia, de conformidad con lo dispuesto en este código”⁴³.

De manera expresa, y antes de citar para audiencia al tercer poseedor, se deberá prestar caución para garantizar el pago de las condenas que eventualmente puedan imponerse.

Entonces, el parágrafo del artículo 309 del C. G. del Proceso establece una carga en cabeza del tercer poseedor que pretende iniciar la solicitud de restitución de la

⁴³ Art. 603, inciso 2º, del Código General del Proceso.

posesión, en el caso de la entrega o del secuestro. Ella consiste en prestar caución que garantice el pago de las costas y la multa que llegare a causarse.

Se trata de una verdadera carga procesal -y no una obligación o un deber-, en tanto se establece una conducta facultativa para el tercero con el fin de hacer efectivos intereses propios, y porque su falta de ejecución tan solo genera consecuencias negativas para éste.

Sobre el particular, la Corte Constitucional dijo: "Como características de la carga procesal se encuentra que supone un proceder potestativo del sujeto a quien para su propio interés le ha sido impuesta, impidiendo constreñirlo para que se allane a cumplirla, lo cual difiere de la figura de la obligación procesal, prestación de contenido patrimonial exigible a las partes coercitivamente y cuyo incumplimiento genera de ordinario contraprestaciones a título de sanción. v.gr. la condena en costas.

Ahora bien, en el caso de una carga procesal, la omisión de su realización puede traer consecuencias desfavorables para éste, las cuales pueden ir desde la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal hasta la pérdida del derecho material, dado que el sometimiento a las normas procedimentales o adjetivas, como formas propias del respectivo juicio, no es optativo para quienes acuden al mismo con el objeto de resolver sus conflictos jurídicos, en tanto que de esa subordinación depende la validez de los actos que de ellas resulten y la efectividad de los derechos sustanciales⁴⁴"

En caso de no prestarse la caución, cuando se trata de entrega de bienes, el juez no podrá convocar a la audiencia. En el caso del secuestro, no podrá correr traslado

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1512 del 8 de noviembre de 2000. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis

del incidente que se promueva, siendo recomendable que se abstenga el juez de continuar con el trámite de la solicitud o del incidente.

Ahora bien, si en el caso de la entrega o del secuestro el tercer poseedor presenta oportunamente la caución, la solicitud y el incidente se deciden mediante audiencia.

X. LA COPOSESIÓN

Se han hecho aquí varias precisiones respecto de la protección judicial de la posesión en Colombia, dados los recientes cambios en materia procesal y dada la universalización del derecho a la propiedad privada. Ahora se tratará otro tema del cual se ha hablado poco en el país: la coposesión.

La coposesión vendría siendo el ejercicio de la posesión por dos o más sujetos sobre un mismo bien inmueble a semejanza de la copropiedad. Hasta allí no surge ninguna preocupación, pues el ejercicio que hacen los coposeedores de los bienes que tienen a su cargo sería igual al que ejercería un poseedor único. Es decir, con ánimo de señor y dueño y con aprehensión material de la cosa, pero de manera conjunta. Sin embargo, los interrogantes empiezan a surgir cuando esa coposesión debe ser alegada, protegida o tutelada en el marco de un proceso judicial, pues la contemplación de esta situación no se hace expresamente en el Código General del Proceso.

La cuestión que se plantea y que merece una explicación, so pena de que se cree un vacío jurídico que pueda llegar a afectar a los poseedores que se ven inmiscuidos en un proceso judicial, radica en que el artículo 198 del Código General del Proceso, el cual se encarga del interrogatorio de parte, dispone en su inciso sexto que: *“practicado el interrogatorio o frustrado éste por la no comparecencia del citado se reanudará la diligencia; en el segundo caso se tendrá por cierto que el opositor no es poseedor”*. Esta es una consecuencia jurídica por el incumplimiento de una carga

procesal establecida legítimamente por el legislador y en relación con esto no se plantea ninguna controversia. El debate nace cuando no haya un solo poseedor, sino que hayan dos o más, y uno de ellos comparezca para la ejecución de tal diligencia y el otro no. Entonces: ¿hay lugar a declarar semejante consecuencia procesal cuando en los casos de coposesión uno de los coposeedores comparece a la realización del interrogatorio probando la posesión que alega, mientras que el otro no acude a la ejecución de tal actuación?

Para resolver la duda planteada es preciso traer a colación la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que refiriéndose a la coposesión dijo que:

*“En algunas ocasiones puede ocurrir que la posesión sea ejercitada por dos o más personas, dando lugar al fenómeno de la coposesión, supuesto en el cual los elementos que jurídicamente la integran, esto es, **la subordinación de la cosa al sujeto (corpus) y la convicción de detentarla como señor y dueño (animus), son desarrollados por una pluralidad de personas, quienes, de esta manera, conforman una comunidad, en cuyo beneficio actúa la posesión de cada uno de sus integrantes.***

(...)

*Siendo ello así, es evidente que la comunidad también puede surgir en la posesión, concretamente, de la institución de la coposesión, hipótesis en la cual **ella es ejercida, en forma compartida y no exclusiva,** por todos los coposeedores, o por conducto de un administrador que los representa (Ibídem).*

La Corte, con apoyo en la doctrina, ha explicado que ‘el animus, que sólo es la voluntad encaminada a un fin de señorío, permite concebir la del coposeedor de poseer con sus copartícipes, en tanto que el corpus

continúa siendo idéntico al del ocupante único'; por consiguiente, no corresponde a varias posesiones individuales, en el sentido de aparecer aquella como una división cuantitativa de éstas, sino que difiere de la posesión única por ser cualitativa (Cas. Civil, sentencia 23 de julio de 1937, XLV, 322).

Tal tesis comparte la posición de los doctrinantes que han aceptado como viable que dos o más personas posean conjuntamente una misma cosa pro-indiviso, fundada en el hecho de que 'en este caso no es la voluntad de cada uno sino la voluntad de todos la que dispone de la cosa (Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De los Bienes, Volumen III, Págs. 456 a 457. Editorial Jurídica de Chile, 1979).

El coposeedor, entonces, ejerce la posesión para la comunidad⁴⁵
(negrilla fuera de texto).

Si se tiene en cuenta la jurisprudencia reseñada, para la resolución del conflicto que nace del artículo 198 del Código General del Proceso, en cuanto a la consecuencia de no tener por poseedor a aquel citado que no comparezca al interrogatorio, mientras que otro coposeedor si lo haga, es evidente que como la posesión que los coposeedores ejecutan es para la comunidad, es compartida y es en beneficio de todos los que la detentan, si aquel que comparece a la diligencia logra probar los elementos constitutivos de la posesión que alegan, no habría lugar a declarar la consecuencia de no tener por poseedor a aquel que no fue, pues esto daría a entender que la posesión es pro-indiviso y no comunitaria, contrayendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que se citó.

⁴⁵ República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia Ref.: 11001-3103-02920000085501 del 22 de julio de 2010. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez

Entonces, a la situación de los coposeedores que se avocan a un proceso judicial, sea cual fuera el motivo o la calidad en la que comparecen, es posible asimilarla a la del litisconsorcio necesario: *“que encuentra origen normativo en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, - que - se caracteriza fundamentalmente por la existencia de una única relación jurídica o de un acto jurídico respecto de los cuales existe cotitularidad de sujetos o, dicho en otros términos, cuando el asunto objeto de conocimiento reclama una decisión uniforme para todos los litisconsortes, en el asunto que es objeto de controversia”*⁴⁶.

Esta situación fue ligeramente esbozada por la Corte Suprema de Justicia en una Sentencia de 1997, cuando afirmó que: *“el proceso reivindicatorio debe adelantarse contra el actual poseedor (art. 952 del C. C.), es obvio que en tal evento sólo se conforma el litisconsorcio necesario por pasiva cuando el bien objeto de la pretensión es poseído simultáneamente por varias personas, es decir, cuando se presenta el fenómeno de la coposesión”*⁴⁷, lo que significa que si esta figura es procedente en los casos de los procesos reivindicatorios, también lo es para los demás en los que los poseedores pretenden hacer valer la posesión en protección de sus intereses, sea que actúen como parte o resulten vinculados como terceros. Como consecuencia de lo anterior, respondiendo al interrogante planteado, cuando dos o más coposeedores sean citados al interrogatorio de parte en el marco de un proceso judicial, y tan sólo uno de ellos concurra a tal diligencia, no habrá lugar a la declaratoria de la consecuencia jurídica contenida en el inciso 6 del artículo 198 del Código General del Proceso, en tanto la posesión que dichos sujetos detentan es comunitaria, indivisible y compartida. La prueba que aporte cualquiera de ellos de la posesión señalada les beneficiará o afectará a todos por igual, debido a que la

⁴⁶ República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia Radicación No. 52001-23-31-000-1999-1004-01(22901) del 23 de enero de 2003. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez

⁴⁷ República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia Referencia: Expediente 4546 del 12 de agosto de 1997. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez

misma ejerce para la comunidad y no pro-indiviso, como acertadamente lo anotó la Corte Suprema de Justicia.

XI. EL TIEMPO COMO ELEMENTO INDISPENSABLE PARA LA TUTELA DE LA POSESIÓN EN ALGUNOS CASOS

Otra cuestión importante, respecto de la posesión en Colombia, es la del tiempo para la protección, por vía judicial, de la misma. Puede que esto vaya en contra de la reiterada tradición jurídica de considerar al *animus* y el *corpus* como los elementos únicos constitutivos de la posesión, lo cual esto no se discute. Lo que se plantea aquí es una cuestión diferente, como ya se verá.

El artículo 400 del Código General del Proceso, que regula lo relacionado con el proceso de deslinde y amojonamiento, dispone: “*pueden demandar el deslinde y amojonamiento el propietario pleno, el nudo propietario, el usufructuario y el comunero del bien que se pretenda deslindar, y el poseedor material con más de un (1) año de posesión*”. En el mismo sentido, el artículo 376, que se encarga del proceso de las servidumbres, en su inciso tercero establece que: “*a las personas que se presentan a la diligencia de inspección y prueben siquiera sumariamente posesión por más de un (1) año sobre cualquiera de los predios, se les reconocerá su condición de litisconsortes de la respectiva parte*”. Finalmente, el artículo 974 del Código Civil dicta que: “*no podrá instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo*”.

Lo que se evidencia de las normas transcritas, es que en Colombia en algunos casos no basta que el poseedor demuestre que tiene la aprehensión material de la cosa y el ánimo de señor y dueño sobre la misma, sino que además debe probar que la posesión que alega es mayor a un año. Esto, por disposición del legislador, que en este tipo de casos tiene una amplia libertad de configuración normativa,

quizás con el fin de asegurar de que la persona que pretende resguardar sus intereses en el proceso judicial respectivo tenga una legitimidad sólida que la acerque a la propiedad de la cosa sobre la cual despliega su posesión.

Entonces, es claro que el legislador colombiano para algunos casos específicos, como el deslinde y amojonamiento, las servidumbres y los posesorios, ha considerado conveniente la exigencia de un periodo mínimo de tiempo sobre la posesión, para que quien la detenta puede hacer uso de las herramientas procesales que le concede la Ley para salvaguardar sus intereses. Ante este panorama, es posible afirmar que en Colombia, para la tutela judicial de la posesión en 3 casos concretos, la prueba de la misma debe estar compuesta de la demostración del *animus*, del *corpus* y de un término mínimo de 1 año, por lo que el tiempo viene siendo un tercer elemento de la posesión.

CONCLUSIÓN

En el proceso civil colombiano, la posesión tiene una especial protección para todos los sujetos de derecho que logren, amparados con los principios de buena fe y lealtad procesal, demostrar la tenencia de la cosa con el ánimo de señor y dueño, siendo un tema totalmente distinto al propio proceso posesorio que también sirve de instrumento para cesar la perturbación a la posesión, recuperar o mantener la misma o dar seguridad contra un temor fundado.

Para enriquecer este debate planteo los siguientes interrogantes: ¿qué sucede con el verdadero poseedor material que deja vencer el término para formular oposición a la diligencia de entrega o de secuestro o que, habiendo formulado oportunamente solicitud, no presta la caución? ¿Podrá recuperarla a través de un proceso posesorio dentro del año siguiente a la pérdida de la posesión, como lo señala el art. 974 del

Código Civil? O, por el contrario, como concluyo, se extingue su interés jurídico por haber operado la preclusión.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO PRADA, Luis Alfonso., ACEVEDO PRADA, Martha Isabel. La prescripción y los procesos declarativos de pertenencia. 4ª ed. Bogotá: Temis, 1999.

CALEGARI DE GROSSO, Lydia E. Usucapión. 2ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

CANOSA TORRADO, Fernando. Teoría y práctica del proceso de pertenencia. 3ª ed. Bogotá: Librería Doctrina y Ley, 1994.

CORTÉS, Milcíades. La posesión. Bogotá: Editorial Temis. 2010.

GÓMEZ R. José J., Bienes. Edición actualizada por el Dr. Douglas Bernal Saavedra. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1981. Pág. 342. Citado en: Corte Constitucional. Sentencia T-494 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

GONZALES F., Arquímedes E. De los juicios sobre la propiedad y la posesión. Caracas: Editorial Argonca C.A., 1990.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Las partes en el Código General del Proceso. Citado el: 28 de enero de 2016.
<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/03hernan-fabio-lopez.pdf>

República de Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia Radicación No. 52001-23-31-000-1999-1004-01(22901) del 23 de enero de 2003. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-518 del 24 de junio de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-750 del 10 de diciembre de 2015. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia Ref.: 11001-3103-02920000085501 del 22 de julio de 2010. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia Ref.: Expediente 4546 del 12 de agosto de 1997. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

VALENCIA ZEA, Arturo. La posesión. Tercera Edición. Editorial Temis. Bogotá D.C., 1983.

VALENCIA ZEA, Arturo. Naturaleza jurídica de la relación posesoria. Citado en: Corte Constitucional. Sentencia T-494 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

VON IHERING, Rudolf. Estudios sobre la posesión. Volumen 7. México: Oxford University Press, 2000.