

## POSESIÓN Y RETENCIÓN: ¿HECHOS, DERECHOS O QUIMERAS?

## POSSESSION AND RETENTION: FACTS, RIGHTS OR CHIMERAS?

## POSSESSÃO E RETENÇÃO: FATOS, DIREITOS E QUIMERAS?

*Francisco Ternera Barrios*  
y *Fabricio Mantilla Espinosa*\*

### RESUMEN

En el Derecho colombiano, la posesión y la retención han sido objeto de diferentes calificaciones, ya como meros hechos jurídicos, ya como medios de defensa o, incluso, como verdaderos derechos patrimoniales. Más allá de las dificultades terminológicas, esta situación ha generado un verdadero problema de incertidumbre jurídica. A guisa de ejemplo nos podemos preguntar lo siguiente: ¿las dos instituciones gozan de una consagración general o especial?, ¿cuáles son sus condiciones de validez?, ¿ofrecen poderes directos sobre un bien?, ¿brindan alguna acción de defensa?, ¿pueden circular en el mercado?, entre otros tópicos.

A manera de introducción presentaremos

- i. una justificación del ensayo
- ii. y una primera aproximación a las dos instituciones, posesión y retención.

Palabras clave: posesión, retención, derechos reales.

115

---

\* Profesores de la Universidad del Rosario (Colombia), dirección postal: Calle 14 N° 6-25, Bogotá, Colombia. Artículo recibido el 3 de agosto de 2010 y aceptado para su publicación el 20 de octubre de 2010. Correo electrónico: francisco.ternera@urosario.edu.co, fabricio\_mantilla@yahoo.fr

## SUMMARY

In Colombian law, possession and retention have been classified in different fashions, including as mere legal facts, as a means of defense or even as veritable property rights. Beyond the terminological difficulties, this situation has caused a real problem of legal uncertainty. For example, we may pose the questions: do possession and retention enjoy general or special recognition? Under what conditions are these institutions valid? Do they offer direct powers over property? Do they provide some form of defense? Can they circulate in the market?

By way of introduction we will present

- i. a justification of the essay and
- ii. an initial approximation to the institutions of possession and retention.

Keywords: possession, retention, real property rights.

## RESUMO

116 No direito colombiano, a possessão e a retenção tem sido objeto de diferentes qualificações, sejam como meros fatos jurídicos, seja como meios de defesa ou, inclusive, como verdadeiros direitos patrimoniais. Além das dificuldades terminológicas, esta situação tem gerado um verdadeiro problema de improbabilidade jurídica. Em forma de exemplo podemos perguntar o seguinte: As duas instituições gozam de uma consagração geral ou especial? Quais são as condições de validade? Oferecem poderes diretos sobre um bem? Brindam alguma ação de defesa? Podem circular no mercado? Entre outros tópicos. Para efeito de introdução apresentaremos

- i. uma *justificação do ensaio* e
- ii. uma primeira *aproximação* às duas instituições, possessão e retenção.

Palavras chave: possessão, retenção, direitos reais.

## INTRODUCCIÓN

- i) En estas líneas, dedicadas al estudio de la posesión y la retención, perseguimos dos objetivos concretos.

Primero, pretendemos presentar una denuncia de la ostensible incertidumbre jurídica que impera en Colombia en torno a estas dos instituciones. Hablamos, por lo demás, de lecturas que trascienden las lecciones secula-

res y tradicionales sobre la posesión y la retención. En efecto, más allá de calificar a la posesión o a la retención como hechos o como derechos, en Colombia se han terminado por desvanecer sus conceptos mismos. Nos enfrentamos, pues, a verdaderas quimeras<sup>1</sup>.

Por ejemplo, la posesión ha merecido toda suerte de calificaciones: hecho ilícito, hecho lícito, derecho real, etc. Incluso, actos indudablemente delictivos –tipificados por la normativa colombiana–, como el hurto de muebles y la usurpación de tierras, han merecido el reconocimiento jurisprudencial como verdaderos derechos reales de posesión<sup>2</sup>.

En materia de posesión regular de inmuebles, mientras que la normativa exige la inscripción del título de la posesión, la jurisprudencia se empeña en negar cualquier aplicación de la denominada *posesión inscrita*<sup>3</sup>. Sobre este particular téngase en cuenta que, para el inicio de este siglo, el 40% de los predios urbanos y el 35% de los rurales, no contaban con una adecuada acreditación de sus derechos patrimoniales<sup>4</sup>. En una palabra, ¿se trataba de tierras ocupadas por poseedores o delincuentes? Para nosotros, esta pregunta parece no merecer una única respuesta.

Asimismo, el ejercicio de posibles retenciones ha sido revelado como hurtos calificados, constreñimientos ilegales, abusos de confianza, extorsiones, etc.<sup>5</sup>. En otras palabras, actualmente desconocemos en Colombia si la retención goza de una consagración general o, por el contrario, como mecanismo de justicia privada, merece una aplicación excepcional.

Desde luego, este tipo de posiciones pretorianas –permitidas por la ambigüedad de la normativa– ha ofrecido un oscuro panorama a la posesión y a la retención: la anchura de sus conceptos han redundado en su des-

117

<sup>1</sup> Quimera: “Lo que se propone a la imaginación como posible o verdadero, no siéndolo”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, S.A. 1970, p. 1.093.

<sup>2</sup> Tanto en la Corte Constitucional como en la Corte Suprema de Justicia.

Véanse los siguientes fallos: Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-597 de 21 octubre de 1998. M.P. Carlos Gaviria D., *Jurisprudencia y Doctrina*, N° 325, Bogotá, enero de 1999, p. 136 y ss; Colombia, Corte Suprema, Casación civil, sentencia de 15 de abril de 2009, exp. 00225-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

<sup>3</sup> La génesis de esta tesis está en los siguientes fallos: Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia de 27 de abril de 1955, en *GJ*, tomo LXXX, Bogotá, 1955, p. 97. En el mismo sentido, la sentencia de 11 de mayo de 1956 *GJ*, tomo LXXXII, Bogotá, 1956, p. 484.

<sup>4</sup> Estas cifras, resultado de numerosas investigaciones universitarias, fueron presentadas en 2004 por el actual ministro de Agricultura de Colombia, Juan Camilo Restrepo. Véase, entre otros documentos: Juan Camilo RESTREPO, *Diario el Tiempo de Bogotá*, 21 de abril de 2004.

<sup>5</sup> Colombia, juez 19 penal del Circuito de Bogotá; Colombia, Tribunal Superior de Pasto, sentencia de 15 de febrero de 2006; Colombia, Corte Suprema, Casación penal, sentencia de 22 de julio de 2010, exp. 33749. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

vanecimiento. En efecto, actualmente en Colombia, los motes “posesión” y “retención” parecen englobar toda suerte de comportamientos humanos. Por lo demás, estimamos que esta incertidumbre jurídica parece no ajustarse a la actual y feliz dinámica de recuperación de un país que ha sido objeto de importantes problemas de orden público.

Segundo, se pretende aportar algunos parámetros para la construcción de los conceptos de posesión y retención.

En efecto, en la segunda parte de este ensayo reconocemos que la posesión<sup>6</sup> y la retención<sup>7</sup> son verdaderos derechos reales. Asimismo, se proponen unos criterios para construir su concepto.

ii) Si bien se trata de instituciones disímiles, posesión y retención parecen tener “parecidos de familia”<sup>8</sup> evidentes.

En los dos casos, a partir de la detentación física, se ofrece un provecho económico sobre un bien. En el caso de la posesión, el beneficio económico es muy similar al del propietario. En cuanto a la retención, se trata de un dispositivo de garantía –entendiendo “garantía” en un sentido muy amplio, como toda institución jurídica que pueda facilitar la satisfacción del acreedor–.

Por lo demás, su génesis parece ser próxima: se presentan en la sociedad como mecanismos ancestrales de justicia privada<sup>9</sup>. Por un lado, el poseedor se nos presenta como un propietario de facto, un sujeto que pese a no tener el reconocimiento de *dominus* se comporta como si lo tuviese. En otras palabras, el poseedor desafía al propietario. Por otro lado, el retenedor se impone frente al dueño argumentando: *no te devuelvo tu cosa hasta tanto no me pagues*. He aquí dos herramientas autónomas y automáticas.

Se trata, pues, de recursos o herramientas extrajudiciales que pretenden amparar necesidades económicas sobre bienes ajenos. En dos palabras, la

<sup>6</sup> Véase Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-494 de 12 de agosto de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón y sentencia T-078, 26 de febrero de 1993. M.P. Jaime Sanín G.

<sup>7</sup> Véase Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 28 de agosto de 1958. M.P. Arturo Valencia Z. *G.J.*, tomo LXXXVIII, Bogotá, 1958, pp. 672-681.

<sup>8</sup> “[...] Pues si los miras no verás por cierto algo que sea común a *todos*, sino que verás semejanzas, parentescos y por cierto toda una serie de ellos. [...] No puedo caracterizar mejor esos parecidos que con la expresión ‘parecidos de familia’; pues es así como se superponen y entrecruzan los diversos parecidos que se dan entre los miembros de una familia: estatura, facciones, color de los ojos, andares, temperamento, etc. [...]”. Ludwig WITTEGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Editorial Crítica/Filosofía, 1988, pp. 87 y 89.

<sup>9</sup> La posesión es definida como “el título primitivo de propiedad”. Véase Jeremías BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal*, traducido por Ramón Salas, París, Editorial Librería de Lecointe y Lasserre, 1838, tomo III, p. 4. Por su parte, la retención también ha sido calificada como “una garantía primitiva”. Véase Pablo BELTRÁN DE HEREDIA DE ONS, *El derecho de retención en el Código civil español*, Salamanca, Editorial Universidad de Salamanca, 1955, p. 11. Igualmente a Carlos PIZARRO WILSON, “El derecho de retención: una garantía bajo sospecha”, en *Ius et Praxis*, vol. 15, N° 1, Talca, 2009, pp. 339-352.

*posesión* y la *retención* se nos presentan como instrumentos francos y eficaces: no precisan de medios ni de intermediarios.

Por un lado, valga aclarar lo siguiente. La palabra ‘posesión’ tiene dos diferentes acepciones: “posesión” como manifestación del dominio –u otro derecho real– y “posesión” como institución que se enfrenta a éste<sup>10</sup>. En este ensayo nos concentraremos en esta última variedad de posesión, la también denominada *possessio juris*<sup>11</sup>, un elemento *sine qua non* de la usucapión.

Esta *possessio juris* o posesión es definida en Colombia como “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño” (art. 762 del CC. colombiano). Esta institución, con fórmulas relativamente próximas, ha sido acogida en la normativas chilena (art. 700 del CC. chileno), francesa (art. 2228 del CC. francés), argentina (art. 2351 del CC. argentino), uruguaya (art. 649 del CC. uruguayo) y española (art. 430 del CC. español), entre otras.

Por otro lado, la retención ha merecido consagración en el *BGB* (§ 273-274), así como en los *Códigos Civiles* de España (art. 1866 del CC. español), Portugal (arts. 3939 y 3946 del CC. portugués), Uruguay (art.

<sup>10</sup> Las dos acepciones de la palabra ‘posesión’ se presentaban en el Derecho Romano de la siguiente forma: *possessio rei*, la posesión que ejercía el titular de un derecho real (*v.gr.* propiedad, usufructo, etc.) y *possessio juris*, la posesión que se enfrentaba a la titularidad de un derecho real, aquélla que la ejercía un *no-titular*. Véase Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Locutions latines du droit français*, Paris, Éditorial Litec, 1998, pp. 364 et 365.

En el *Código Civil* español la *possessio rei* se denomina *posesión natural*. Por su parte, la *possessio juris* se denomina *posesión civil* (art. 430 del CC. español).

<sup>11</sup> En cuanto a la *possessio rei*, reconocemos a una posesión incorporada a la titularidad del dominio o de otro derecho real como el usufructo o servidumbre. En este sentido, la posesión puede ser concebida como una serie de poderes físicos que se ejercen sobre un bien respecto del cual se tiene la titularidad de un derecho real. Así las cosas, la posesión equivaldría al contenido del derecho real. Según una bella metáfora, puede ser vista como “la sombra del derecho real”. Definida de esta manera por Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les biens*, Paris, Éditorial Puf, 1995, pp. 217-236.

La función de la posesión como manifestación del derecho real tiene repercusiones diferentes, según se trate de bienes muebles o inmuebles. En cuanto a los bienes muebles, la posesión constituye una apariencia de la titularidad del derecho real: a través de ella se hace pública la titularidad del derecho real. Podría afirmarse que el legislador asume que, frecuentemente, posesión y dominio se encuentran reunidos. Por ello, el poseedor de un bien mueble “es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo” (art. 762 del CC.). En materia de inmuebles, la posesión que se encuentra incorporada a la propiedad –o cualquier otro derecho real– tiene una función mucho menos relevante. Estimamos que la presunción del art. 762 del CC. debe ceder frente a la consagrada en el art. 44 del decreto N° 1250 de 1970, según la cual los títulos o instrumentos sujetos a registro surten efectos frente a terceros, desde la fecha en la cual el registro se ha llevado a cabo. En materia de inmuebles no se presume como titular del derecho real al poseedor del bien, sino a quien aparece inscrito en el registro de instrumentos públicos. En otras palabras, la publicidad de la titularidad del derecho real se realiza con la inscripción en el registro.

649 del *CC.* uruguayo) y Chile (art. 2392 del *CC.* chileno)<sup>12</sup>, entre otros. Además, con mucho más detalle, la retención ha sido consagrada en la normativas francesa (art. 2286 del *CC.* francés<sup>13</sup>) y paraguaya (art. 1826 del *CC.* paraguayo).

En Colombia la retención puede estipularse por la expresa determinación de los contratantes en una convención (art. 2417 del *CC.*, inc. 2 colombiano). Además, el legislador colombiano también la ha consagrado para ciertos casos específicos. En efecto, en términos cronológicos, la *retención* puede presentarse a continuación de un derecho real (en materia de reivindicación, la retención autorizada al poseedor vencido, arts. 739 y 970 del *CC.* colombiano<sup>14</sup> y aquella ofrecida a quien ostentaba la calidad de usufructuario de un bien, art. 859 del *CC.* colombiano<sup>15</sup>) o de un derecho personal (como la retención del arrendatario, arts. 1995 del *CC.* colombiano<sup>16</sup> y 26 de la ley N° 820 de 2003 colombiana; arrendador, art. 2000 del *CC.*<sup>17</sup> colombiano; mandatario, art. 2188 del *CC.* colombiano<sup>18</sup>; comodatario, art. 2218 del *CC.* colombiano<sup>19</sup>; depositario, arts. 2258 del *CC.* colombiano<sup>20</sup> y 1177 del *CCo.* colombiano; empresario en el contrato de hospedaje, arts. 1199 del *CCo.* colombiano y 2497 N° 1 del *CC.* colombiano<sup>21</sup>; agente, art. 1326 del *CCo.* colombiano y transportador de cosas, art. 1033 del *CCo.* colombiano).

<sup>12</sup> En Chile también está consagrada la retención en la Ley de Quiebras (art. 92) y el *Código de Procedimiento Civil* (art. 545).

<sup>13</sup> Con las ordenanzas del 23 de marzo de 2006 se propuso una serie de reformas importantes al *Código Civil* francés. En efecto, con esta reforma se planteó en Francia un cambio radical al Derecho de Garantías. Además de las modificaciones relacionadas con la retención, especial mención merecen la hipoteca universal recargable y la hipoteca vitalicia. Con la primera, la hipoteca universal recargable, se permite al dueño de un inmueble, de acuerdo con su valor patrimonial, adquirir nuevos créditos garantizados con la misma inscripción hipotecaria, incluso, respecto de acreedores diferentes del acreedor primigenio. Valga aclarar que cada “convención de recarga” simplemente exige una anotación, con un costo irrisorio, al margen del registro de constitución de la “hipoteca recargable” (art. 2422 inc. 4 *Code Civil* francés). La hipoteca vitalicia puede presentarse así: se extiende un préstamo a una persona, generalmente de la tercera edad, respaldado con un derecho real de hipoteca. Sin embargo, la particularidad de este instituto radica en lo siguiente: el crédito se somete a un plazo indeterminado, la muerte del deudor. En estos términos, dicho pago corresponderá a los causahabientes del deudor o, en su defecto, mediante la realización de la garantía hipotecaria sobre el inmueble.

<sup>14</sup> Arts. 669 y 914 del *CC.* chileno.

<sup>15</sup> Art. 800 del *CC.* chileno.

<sup>16</sup> Art. 1937 del *CC.* chileno.

<sup>17</sup> Art. 1942 del *CC.* chileno.

<sup>18</sup> Art. 2162 del *CC.* chileno.

<sup>19</sup> Art. 2193 del *CC.* chileno.

<sup>20</sup> Art. 2234 del *CC.* chileno.

<sup>21</sup> Art. 2474 del *CC.* chileno.

Pese a esta nutrida consagración global y nacional, las categorías jurídicas “posesión” y “retención” no parecen ser muy claras<sup>22</sup>. Las dos han sido sometidas, principalmente en Colombia, a tratamiento diferente: se reputan

- I) como hechos y
- II) como derechos.

## I. DOS HECHOS

Desde un primer punto de vista, la posesión y la retención se reputan como hechos jurídicos: transformaciones del mundo exterior que tienen relevancia jurídica<sup>23</sup>.

Desde esta panorámica posesión y retención se reconocen como simples *situaciones jurídicas* dotadas de consecuencias normativas: modifican derechos subjetivos. Es decir, por sí solos, estos institutos no ofrecerían libertad o ventaja alguna a un sujeto, ni impondrían ninguna restricción a otro<sup>24</sup>. Simplemente modificarían derechos subjetivos.

Siguiendo a una doctrina destacada<sup>25</sup>, se identificarían como *hechos operativos, causales o dispositivos*. Es decir, hablaríamos de hechos que, de manera directa y autónoma, modifican relaciones jurídicas, en nuestro caso, derechos subjetivos. Así las cosas, sus efectos serían inmediatos. En los dos casos se impondría sobre los derechos subjetivos vulnerados, diversos plazos y condiciones. Por ejemplo, en el caso de la posesión, podría pensarse que se impone una suerte de condición resolutoria sobre el dominio del propietario desposeído: su propiedad se perdería si se enfrenta a la feliz usucapión del poseedor. En cuanto a la retención, podría imaginarse que la obligación

121

<sup>22</sup> De forma general, podemos afirmar que las normas tienen un supuesto de hecho y una sanción. El supuesto de hecho determina de manera abstracta, en el “deber ser”, ciertas condiciones que de ser cumplidas en el mundo del “ser”, darán lugar a la aplicación de unas consecuencias jurídicas –sanción– como, por ejemplo, la condena a tantos años de cárcel, el reconocimiento de las obligaciones laborales, el pago de multas, etc. Mediante la asignación de un nombre –“delito de homicidio”, “contrato de trabajo”, “práctica de competencia desleal”– se sistematiza el Derecho Positivo. Esto es conocido como *categorías jurídicas*, y el procedimiento de someter un hecho al régimen jurídico de una categoría se denomina *calificación*. Véase al respecto Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, Paris, Éditional PUF, 1995, pp. 53 y 54.

<sup>23</sup> Autores como Eduardo García Máñez preferirían hablar de supuestos jurídicos. Véase Eduardo GARCÍA MÁÑEZ, *Introducción al estudio del derecho*, Medellín, Editorial Abogados Asociados editores, 1990, p. 170.

<sup>24</sup> Véase Alf ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2005, p. 218.

<sup>25</sup> Véase Wesley Newcomb HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Editorial Fontamara. 2001, p. 39.

de hacer del retenedor –devolver la tenencia del bien– se sometería a una especie de condición suspensiva: el pago del crédito conexo.

Veremos, pues, como:

- A) la posesión y
- B) la retención se reputan como verdaderos hechos jurídicos.

### A. Posesión o *possessio juris*

En los términos del art. 762 del *CC.* colombiano (art. 700 del *CC.* chileno), la posesión se reconoce como un hecho cuyos elementos son *corpus* y *animus*. En principio, en la normativa colombiana se acoge la concepción subjetiva de Raymond T. Troplong y Friedrich von Savigny: la posesión descansa sobre dos elementos y se reconoce como un hecho<sup>26</sup>. El *corpus* puede corresponder a los actos materiales realizados por un sujeto sobre un bien. Por su parte, el *animus* se reconoce como el espíritu independiente y autónomo con que se llevan a cabo esos actos materiales o *corpus*; es decir, identificamos al *animus* con esa voluntad del poseedor de comportarse como si fuera el propietario –*animus domini*–<sup>27,28</sup> La jurisprudencia colombiana sostiene<sup>29</sup> que el *animus*, “por escapar a la percepción directa de los sentidos”, debe presumirse a partir de los elementos exteriores y materiales que constituyen el *corpus*.

Se trata de una institución separada y disímil de la titularidad del Derecho Real. Dos intereses enfrentados y dos diferentes realidades: el propietario desposeído y el poseedor no-propietario. ¿De dónde surge este

<sup>26</sup> Consúltense Raymond Théodore TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code Civil*, Paris, Éditorial Charles Hingray Librairie Editeur, 1846, N° 244, pp. 251, 263, 270, 275 y 284.

Véase Friedrich von SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, Bruxelles, Éditorial Bruylant-Christophe. 1866, pp. 2,3, 37, 47, 69 et 498.

Por otro lado, para el autor, la posesión se apoya principalmente en el *corpus*, elemento a partir del cual se presume el *animus*. Según él, el *corpus* no se puede concebir como un mero contacto o una proximidad física con el bien. Exige, antes que todo, una intencionalidad. Véase Rudolf von IHERING, *El espíritu del Derecho Romano*, México, Editorial Oxford University Press México S.A. 2001, vol. 3, p. 554 y ss. De igual manera consultar, del mismo autor, la siguiente monografía *El fundamento de la protección posesoria*, Madrid, Editorial Reus, 1926.

<sup>27</sup> “Señorio es poder que ome ha en su cosade fazer della, é en ella lo que quisiere, según Dios, é segund fuero”. *Código de las partidas*, L. 1ª, título 28, parte 3ª.

<sup>28</sup> El *animus* se reconoce como el espíritu independiente y autónomo con que se llevan a cabo esos actos materiales o *corpus*; es decir, identificamos al *animus* con esa voluntad del poseedor de comportarse como si fuera el propietario –*animus domini*– o el titular de otro derecho real –*animus usufruendi*, *animus utendi*, *animus retentionis*, etcétra–.

<sup>29</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia N° 146 de 29 de agosto de 2000. Citada por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio y Civil. M.P. Susana Montes de Echeverri, sentencia de 11 de julio de 2002.

conflicto?, ¿de un error?, ¿de la argucia de los involucrados?, ¿de su simple necesidad?, ¿su génesis puede apoyarse en vías de hecho? Preguntas que no parecen tener respuestas claras en el ordenamiento.

Más aún, como si se tratara de la obra de Robert Louis Stevenson, *El extraño caso del doctor Jekyll y el señor Hyde*, la posesión parece tener un lado oscuro y otro claro. En otras palabras, los operadores jurídicos parecen ofrecerle a la posesión un doble rasero, la reconocen como:

- 1) un hecho lícito y
- 2) ilícito.

### 1. Posesión: un hecho lícito

En realidad, el legislador colombiano reconoce dos diferentes variedades de posesiones, regular e irregular, las dos reconocidas como verdaderos hechos lícitos.

La posesión regular se reconoce como una posesión calificada, que conduce a la usucapión ordinaria. En efecto, tres años de posesión regular para muebles y cinco años de posesión regular para inmuebles encaminan a la usucapión ordinaria (art. 2529 del *CC.* mod. ley N° 791 de 2002, art. 4 colombiana). Se compone, además, de *animus* y *corpus*, de buena fe y justo título. La buena fe puede concebirse como la creencia de tener la calidad de propietario. Desde luego, esta convicción debe proceder, necesariamente, de un título traslativo de dominio válido (art. 764 del *CC.* colombiano; art. 702 del *CC.* chileno). En este orden de ideas, los dos requisitos adicionales de la posesión regular podrían ser comprendidos en uno solo<sup>30</sup>.

Por su parte, la posesión irregular solamente se apoya en los elementos comunes de toda posesión: *corpus* y *animus*. No obstante, esta posesión irregular es eficaz para conducir al poseedor a adquirir el bien por prescripción extraordinaria, cuyo término es de diez años para muebles e inmuebles.

Frecuentemente se hace referencia a las posesiones viciosas: clandestina y violenta (art. 771 del *CC.* colombiano; art. 709 del *CC.* chileno). Mas el *Código Civil* colombiano parece no precisar puntualmente las

<sup>30</sup> En materia de bienes muebles, sin embargo, pensamos que la posesión usucapión ordinaria y su vehículo, la posesión regular, no debería tener mayor aplicación, si se acoge vigorosamente la denominada “teoría de la apariencia”, como un principio implícito en la normativa colombiana según el cual los terceros de buena fe exenta de culpa pueden adquirir un derecho real de un mueble, incluso, si su pretendido *tradens* no haya tenido la calidad de titular del derecho real (art. 947 del *CC.* colombiano). Véase Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia de 23 de julio de 1996. M.P. Carlos Jaramillo Schloss, *G.J.*, N° 2482, Bogotá, 1996, pp. 58-78; Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia de 18 de agosto de 1987 M.P. Alberto Ospina Botero, *G.J.*, tomo CLXXXVIII, N° 2423, Bogotá, 1987, pp. 107-116 y Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia de 3 de agosto de 1983. M.P. Jorge Salcedo Segura, *G.J.*, N° 2411, Bogotá, 1983, pp. 149-152.

consecuencias de estos vicios de la posesión<sup>31</sup>. En cuanto a la posesión violenta, por sorprendente que resulte, para la jurisprudencia colombiana ha sido reconocida como verdadera posesión. En efecto, en fallos recientes colombianos, tanto la Corte Constitucional<sup>32</sup> como la Corte Suprema de Justicia<sup>33</sup> consideraron que la posesión violenta –*v.gr.* la posesión del ladrón y del usurpador– es un vehículo eficaz para ganar el dominio por vía de la prescripción extraordinaria.

## 2. Posesión: un hecho ilícito

Siempre controversial, la *possessio juris* o simplemente “posesión” también puede ser considerada como un verdadero hecho ilícito, cuyas consecuencias, incluso, desbordan el plano estrictamente civil.

En materia civil, frente al feliz término de la acción reivindicatoria interpuesta, el poseedor es condenado a restituir la cosa al propietario e indemnizar los deterioros sufridos por el bien y los frutos. Sobre el particular, podría argüirse con razón que, hasta tanto el poseedor no haya sido

<sup>31</sup> Claro es, sin embargo, que el concepto mismo de posesión *clandestina*, que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella (art. 774 del CC. colombiano), parece excluir la presencia del elemento *sine qua non* de toda posesión: el *animus*. En este orden de ideas, la *clandestina* mal podría calificarse como verdadera posesión.

<sup>32</sup> Véase Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-597 de 21 octubre de 1998. M.P. Carlos Gaviria D. *Jurisprudencia y Doctrina*, N° 325, Bogotá, enero de 1999, p. 136 y ss.

En este fallo se aseguró: “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. La convivencia pacífica, consagrada en el artículo 2 de la Constitución, consecuencia del interés general consignado en el primero, exigen que existan reglas jurídicas claras a las cuales deban someter su conducta las personas que viven en Colombia, y que no subsistan indefinidamente situaciones inciertas generadoras de disputas y litigios sin fin, incompatibles con la seguridad jurídica y, en último término, con el derecho a la paz, que es el eje de toda nuestra normatividad superior”.

En nuestros días parece ofrecerse un tratamiento bastante permisivo sobre el particular. En Roma, las *XII Tablas* mismas prohibían la usucapión de las cosas robadas, incluso, respecto de los terceros de buena fe (*Tabla VIII, 7*). En el mismo sentido Gayo, *Instituciones*, comentario segundo, 53).

<sup>33</sup> Recientemente se sostuvo: “Por ende, a la unión de posesiones no puede llegar quien a otro desposeyó. De tan notable preeminencia no podrán disfrutar ni los ladrones ni los usurpadores. Estos no cuentan con más posesión que la suya. Unos y otros no reciben de nadie nada. Y, claro, así no puede considerarse al usurpador, por ejemplo, sucesor, ni antecesor a la víctima del despojo, toda vez que eliminada de un tajo queda toda relación de causante a causahabiente”. Colombia, Corte Suprema, Casación civil, sentencia de 15 de abril de 2009, exp. 00225-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

vencido en un trámite reivindicatorio, su posesión habría de reconocerse como un expediente lícito.

Por otro lado, la denominada posesión violenta, que, como se dijo, ha merecido el reconocimiento jurisprudencial, es calificada por el legislador penal como un delito contra el patrimonio económico. Más exactamente hablamos del hurto de muebles o de la usurpación de tierras (arts. 239 y 261 del *C.P.* colombiano). También hablamos de delitos realizados sobre incorporales como el plagio o la piratería (regulados por el del título VIII del libro II del *Código Penal*)<sup>34</sup>. Un ejemplo nos evidencia el alcance de esta controversia: un poseedor violento –reconocido por la jurisprudencia colombiana como verdadero poseedor– puede ganar por usucapión extraordinaria el dominio del bien. Sin embargo, este nuevo propietario podría enfrentarse a acciones penales no prescritas. En efecto, la acción penal del hurto calificado y agravado podría tener un término de prescripción de hasta veinte años, diez años más que el término de usucapión extraordinaria (arts. 83 y 239-241 del *C.P.* colombiano, mod. arts. 37 y 51 de la ley N° 1142 de 2007 colombiana).

### B. Retención

Desde un primer punto de vista, la retención puede reputarse como un hecho. Más exactamente se trataría de un conjunto de hechos que modifican la obligación de hacer que pesa sobre el detentador físico de un bien. Como verdadero hecho operativo, causal o dispositivo<sup>35</sup>, la retención impone sobre la obligación de marras una condición suspensiva: el pago del crédito conexo por parte del dueño del bien.

De igual manera, la retención se ofrece al detentador físico del bien como un medio de defensa. En una palabra, la retención se podría reconocer como una excepción: serie de hechos que atacan las pretensiones de otro sujeto<sup>36</sup>. Así las cosas, la retención se concibiría como una medida auxiliar de un acreedor, el retenedor, que, en los casos previstos en la ley, lo autoriza a no devolver físicamente un bien material (mueble o inmueble) que detenta, hasta que se le pague o asegure un crédito a su favor<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Edgar LEÓN ROBAYO, “La posesión de los bienes inmateriales”, en *Revista de Derecho Privado*, vol. 36, Bogotá, junio 2006, p. 114 .

<sup>35</sup> Véase HOHFELD (n. 25), p. 39.

<sup>36</sup> Francesco CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 60.

<sup>37</sup> Cierta doctrina contemporánea pretende ampliar el campo de aplicación de la retención de suerte tal que comprenda también los bienes incorporales. Llega, incluso, a sostener que la detención física de un bien no es condición necesaria para retenerlo. Véase Augustin AYNÈS, *Le droit de rétention. Unité ou pluralité*, Paris, Éditorial Économica, 2005, pp. 62-80.

En palabras de la jurisprudencia colombiana la retención se concibe como

“el rehusamiento legítimo a la restitución de una cosa. El que retiene una cosa no está obligado a desasirse de ella cuando tiene una prestación que demandar, como consecuencia de la acción personal o real intentada contra él y en que ha sido vencido”<sup>38</sup>.

Desde esta óptica se puede reconocer que la retención es una excepción dilatoria<sup>39</sup> que presigue, antes que la exoneración de la deuda del retenedor, su suspensión o postergación temporal hasta tanto se le pague su respectivo crédito. Más exactamente, la jurisprudencia se ha servido del concepto de excepción de inejecución<sup>40</sup> –*exceptio non adimpleti contractus*– para dar cuenta de aquél de retención. Sobre este particular se ha sostenido que la retención “no consiste sino en la excepción *non adimpleti contractus* opuesta al dueño de la cosa”<sup>41</sup>. En el mismo sentido se ha afirmado: “el art. 1609 del CC. lo que contempla es un caso de derecho de *retención*”. Asimismo, se ha aclarado que el contratante puede rehusarse a su cumplimiento “reteniendo la prestación de lo que debe mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplir lo que le corresponda”<sup>42</sup>.

126

En definitiva, tanto el retenedor como el propietario del bien tienen la doble calidad de acreedores y deudores. En efecto, el retenedor tiene una obligación de hacer, que consiste en la restitución física del bien material.

---

Pero, ¿se puede extender a los bienes incorporeales una institución que parte del supuesto de la aprehensión física? ¿Hasta qué punto podemos predicar de los bienes incorporeales todo lo que se predica de los corporales? ¿Se puede *retener sin tener*? Éstos no parecen más que abusos del lenguaje orientados a construir una teoría general fundamentada en simples analogías y juegos de palabras.

<sup>38</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia de 27 de octubre de 1938. *G.J.*, tomo XLVII, Bogotá, 1938, p. 307.

Un excelente análisis doctrinario y una completa compilación de sentencias y laudos arbitrales al respecto en Marcela CASTRO DE CIFUENTES, *El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles*, Bogotá, Editorial Uniandes, Colección Derecho Privado, 2004.

<sup>39</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, 26 de marzo de 1943. M.P. Hernán Salamanca. *G.J.*, tomo LV, N° 2400, Bogotá, 1943, p. 71.

<sup>40</sup> Sobre la excepción de inejecución, véase Fabricio MANTILLA, “La excepción de inejecución”. *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario-Legis. 2007, pp. 277 a 292 y Carlos PIZARRO WILSON, “La excepción por incumplimiento contractual en el derecho chileno”, en *Jornadas de Derecho Civil chileno*, Valdivia, Editorial LexisNexis, abril 2005, pp. 11-12.

<sup>41</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia de 27 de octubre de 1938. M.P. Liborio Escallón. *G.J.*, tomo XLVII, Bogotá, 1938.

<sup>42</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia de 23 de septiembre de 1938. M.P. Francisco Mujica. *G.J.*, tomo XLVII, Bogotá, 1938.

Por otro lado, también el retenedor es acreedor del propietario del bien; concretamente, el retenedor es acreedor de una obligación de dar: transferir el dominio sobre una suma de dinero.

Si aceptamos que la retención es, exclusivamente, una excepción, afirmamos al mismo tiempo:

- 1) que el retenedor no es reconocido como titular de derecho patrimonial alguno.
- 2) De igual manera, tendría que admitirse el alcance general de la retención.

### 1. Ausencia de contenido sustancial

Sobre los derechos subjetivos, nos advertía Guillermo d'Occam, que todo derecho, en el sentido técnico de la palabra, es un poder, ofrecido por una ley positiva. Además, el poder es acompañado por una sanción: actuar en justicia frente a la interferencia del desarrollo de ese derecho subjetivo<sup>43</sup>.

Desde luego, cuando se afirma que la retención es, simplemente, una excepción, se quiere significar lo siguiente: no se ofrece ningún poder directo al retenedor sobre ningún objeto patrimonial. En otras palabras, desde esta óptica, la retención no confiere al retenedor derecho con contenido sustancial alguno, sino, más bien, un medio de defensa. En palabras de la jurisprudencia colombiana la retención “no es siquiera un derecho, sino simplemente un medio de tutela de un derecho de crédito, una excepción, y una excepción dilatoria”<sup>44</sup>.

No obstante, si aceptáramos que no ofrece poder alguno sobre un bien corporal, la retención, reconocida como un ejemplo de excepción de inejecución, estaría llamada a tener dos importantes consecuencias en Derecho.

En primer lugar, con la retención se modifica la modalidad de la obligación de hacer que pesaba sobre el retenedor. Es decir, como si se tratara de una prórroga del plazo que expira, la retención modifica el término de la obligación del retenedor. Incluso, podría afirmarse que la obligación de entrega que pesa sobre el retenedor se somete, no a un nuevo plazo, sino a una condición: el pago de la obligación conexa –un hecho futuro e incierto–<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Éditions PUF, 2003, pp. 251-259.

Igualmente FRANCISCO TERNERA, *La realidad de los derechos reales*, Bogotá, Editorial Universidad Rosario, 2007, pp. 25-33.

<sup>44</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 25 de agosto de 1953. M.P. Alfonso Márquez P. Véase René ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, Bogotá, Editorial Temis, 1993, tomo II, p. 782.

<sup>45</sup> Por supuesto, el bien se detentaría a título de *retención*. Ni siquiera el cúmulo de años y años autorizarían al retenedor para alegar, como poseedor, usucapión alguna. Véase

En segundo lugar, se apareja la ejecución de esta obligación del retenedor a la ejecución de la obligación conexas del dueño del bien<sup>46</sup>. Hasta tanto este último no ejecute su obligación, la conducta del retenedor no se puede calificar como morosa<sup>47</sup>.

## 2. ¿Excepción particular o general?

En el Derecho colombiano el legislador se ha referido a la retención de manera puntual. Por ejemplo, en los casos relacionados con la reivindicación (art. 970 del *CC. colombiano*<sup>48</sup>); usufructo (art. 859 del *CC. colombiano*<sup>49</sup>); arrendamiento de cosas (arts. 1995 y 2000 del *CC. colombiano*<sup>50</sup>); mandato (arts. 2188 del *CC.* y 1277 del *CCo. colombiano*<sup>51</sup>); hospedaje (art. 1199 del *CCo. colombiano*); agencia (art. 1326 del *CCo. colombiano*), comodato (arts. 2218 del *CC. colombiano*<sup>52</sup>) y depósito (arts. 2258 del *CC.* y 1177 del *CCo. colombiano*<sup>53</sup>). Además, la retención puede estipularse por la expresa determinación de los contratantes en una convención (art. 2417 inc. 2 del *CC. colombiano*). Sobre el particular, cierta jurisprudencia ha considerado que por fuera de las hipótesis en comento, no puede aceptarse retención alguna<sup>54</sup>. Hablamos de una portada estrecha de la retención.

Sin embargo, si se acepta que la retención es un ejemplo más de la excepción de inejecución, tendría que reconocerse que su presencia se robustece.

128

---

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia de 26 de agosto de 1986, N° 146. M.P. José Alejandro Bonivento.

<sup>46</sup> Una solución similar fue adoptada por el inciso cuarto del artículo 1882 del *Código Civil* colombiano: “El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él. (...) Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago”. Esta misma solución fue adoptada en el artículo 926 del *Código de Comercio* colombiano.

<sup>47</sup> Recuérdese que la “mora” impone ciertas consecuencias jurídicas, tales como la posibilidad del cobro de perjuicios (arts. 1610 y 1615 del *CC. colombiano*) o la imposición de cláusulas penales (arts. 1594, 1595 del *CC.* y 867, 949 del *CCo. colombiano*). Adicionalmente, impone la inversión del riesgo por pérdida fortuita del bien debido (arts. 1604, 1648 y 1731 del *CC. colombiano*). Véase Francisco TERNERA, “Teoría de los riesgos de los contratos bilaterales”, en Marcela CASTRO DE CIFUENTES (coord.), *Tratado de obligaciones*, Bogotá, Editorial Universidad de Los Andes y Temis, 2009.

<sup>48</sup> Art. 914 del *CC. chileno*.

<sup>49</sup> Art. 800 del *CC. chileno*.

<sup>50</sup> Arts. 1937 y 1942 del *CC. chileno*.

<sup>51</sup> Art. 2162 del *CC. chileno*.

<sup>52</sup> Art. 2193 del *CC. chileno*.

<sup>53</sup> Art. 2234 del *CC. chileno*.

<sup>54</sup> Véase Colombia, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sentencia del 27 de septiembre de 2007. M.P. José Alfonso Isaza Dávila.

En el mismo sentido la doctrina. Véase ABELIUK MANASEVICH (n. 44), p. 854.

En efecto, en la normativa colombiana la excepción de inejecución esta recogida en el art. 1609 del *CC.* colombiano. Es decir, la *exceptio non adimpleti contractus* hace parte de la teoría general del contrato<sup>55</sup>. En este orden de ideas, salvo norma expresa especial, le es aplicable a todas las convenciones.

En nuestro caso, como un ejemplo de la excepción de inejecución, la retención simplemente exigiría la tenencia o *corpus* de un bien y la existencia de un crédito relacionado con el bien retenido.

En otras palabras, la lista presentada por el legislador tendría un carácter meramente enunciativo. Se ofrecería, pues, la retención a toda suerte de detentadores físicos de bienes materiales, siempre que existiese una relación de conexidad entre el crédito del retenedor y la cosa retenida, ya porque se ejerció sobre la cosa retenida un derecho real, como el usufructo, posesión y propiedad fiduciaria, ya porque el bien se detentaba físicamente en ejercicio de un contrato, como arrendamiento, *leasing*, mandato, comodato, concesión, depósito y anticresis.

Al lado de esta lectura podríamos proponer otra bien diferente. En el siguiente segmento hablaremos de la posesión y retención concebidas como derechos patrimoniales, más exactamente, derechos reales.

## II. DOS DERECHOS REALES

129

La expresión derechos reales designa un haz de poderes directos y autónomos, oponibles a todos, que se tienen respecto de un bien definido. Así, pues, el titular de un derecho real puede tener, según sea el caso, una libertad o permisión para usar, gozar o disponer de un bien determinado, sin necesidad de contar con el concurso de otra persona<sup>56</sup>. El *Código Civil* colombiano nos presenta una lista de derechos reales. En él se determina que son tales el dominio, herencia, usufructo, uso, habitación, servidumbres activas, prenda e hipoteca (art. 665 del *CC.* colombiano).

Veamos, pues, como

A) la posesión y

B) la retención

han merecido esta calificación de derechos reales.

### *A. La posesión como derecho real*

Durante su visita al *Cielo de los conceptos jurídicos*, Rudolf von Jhering tuvo la oportunidad de ver cara a cara a la posesión y fue testigo de excepción de su carácter indeciso e inestable:

<sup>55</sup> Véase MANTILLA (n. 40).

<sup>56</sup> Consúltese al respecto HOFELD (n. 25), pp. 67-68.

“La mayoría de los conceptos tiene aquí, como lo tienen los hombres de negocios en vuestras bolsas, un sitio determinado, donde se puede estar seguro de encontrarlos. Sólo algunos no quisieron acomodarse a ese orden, pues son de naturaleza inquieta y no aguantan estar mucho tiempo en un mismo sitio. [...] Pero el peor de todos es la Posesión, pues es excesivamente inquieta y nunca puede quedarse en un sitio. Tan pronto tiene su lugar en la parte general, como en el derecho de la personalidad, pero de repente se corre hacia los derechos reales plantándose normalmente al lado de la Propiedad, ya sea delante, ya sea detrás de ésta, llegando últimamente incluso a perturbarla. Hasta ha buscado acceso al derecho obligacional. Ahora la veo. En este momento está en la sección de los derechos reales, allí al lado de la Propiedad. –¿Ésa es la Posesión? ¡Qué extraña es! Me la había figurado distinta. Yo pensaba que era un derecho, pero resulta ser un hecho. –Espera un poco. La verás también como derecho. Ella se transforma constantemente. Es el Proteo de nuestros conceptos”<sup>57</sup>.

130

Afirmar que la posesión es un derecho real equivale a reconocer lo siguiente: por un lado, el poseedor ostenta una serie de poderes directos sobre un bien, verdaderas permisiones sobre éste. Por el otro, estas permisiones son oponibles a todos los otros sujetos, esto es, deben ser respetadas por todo el conglomerado. De igual manera, al interior de la posesión pueden surgir vínculos obligacionales respecto de otros sujetos determinados. Por lo demás, si aceptamos que la posesión es un derecho real, tendremos que reconocer que el modo de adquisición de la posesión es la ocupación<sup>58</sup>.

A continuación, estudiaremos

- 1) algunas aproximaciones legislativas relacionadas con el carácter real de la posesión y
- 2) posteriormente, hablaremos de las consideraciones jurisprudenciales en este sentido.

### 1. Las aproximaciones legales

En el art. 665 del *CC.* colombiano se establecen los institutos que se reconocen como derechos reales: dominio, herencia, usufructo, uso, habitación, servidumbres activas, prenda e hipoteca. Sin embargo, en él no se hace referencia alguna a la posesión.

<sup>57</sup> Rudolf von JHERING, “El cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía”. In *Bromas y veras en la ciencia jurídica riendo dicere verum*, traducción de Tomás Banzhaf, Madrid, Editorial Civitas, 1993, pp. 238 y 239.

<sup>58</sup> Por lo menos de la denominada posesión material.

No obstante, a lo largo de la normativa colombiana podemos identificar ciertas disposiciones,

- a) de fondo (a) y
- b) de forma (b),

que parecerían aceptar la “naturaleza” real de la posesión.

- a) Las disposiciones comprometen el contenido mismo de la posesión: en ellas se reconoce que el poseedor es titular de una serie de poderes directos sobre la cosa poseída e, incluso, con ocasión de su calidad de poseedor, se encuentra obligado respecto de otras personas.

Por un lado, al detentar físicamente el bien, el poseedor puede servirse de él (art. 762 del *CC.* colombiano; art. 700 del *CC.* chileno). Asimismo, puede apropiarse sus frutos –poder de goce–. Desde luego, 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 (art. 964 del *CC.* y 313 *C. de P.C.* colombiano; art. 907 del *CC.* chileno)<sup>59</sup>.

En cuanto al poder de disposición, podemos anotar que el poseedor puede agregar a su propia tenencia, aquélla de su causante, cumpliendo los requisitos de ley (arts. 778 y 2521 del *CC.* colombiano; arts. 717 y 2500 del *CC.* chileno)<sup>60, 61</sup>. Si la agregación de las

<sup>59</sup> “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”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia de 3 de junio de 1954. *G.J.*, tomo LXXVII, Bogotá, 1954, p. 758 citada en sentencia de 19 de octubre de 1955. *G.J.*, tomo LXXXI, Bogotá, 1955, p. 45.

<sup>60</sup> 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.

Las formalidades de la cesión o agregación de la posesión dependerán de sus respectivas naturalezas. Si se pretende sumar posesiones irregulares simplemente será necesario la entrega material del bien al nuevo poseedor. Véase Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia de 9 de junio de 1999, exp. 5265.

Sobre el particular se sostuvo: “Por consecuencia, un título cualquiera le es suficiente. Nada más que sea idóneo para acreditar que la posesión fue convenida o consentida con el antecesor”. Colombia, Corte Suprema, Casación civil, sentencia de 15 de abril de 2009, exp. 00225-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

<sup>61</sup> Sin embargo, si lo que se quiere es sumar posesiones regulares, el acto de cesión deberá realizarse por escritura pública. En un fallo reciente se ilustra esta aclaración: “Por lo demás, requerir que en tales casos, para poder sumar posesiones, exhiba una escritura pública, es demandarle cosas como si él alegase ser poseedor regular, donde tal exigencia

posiciones tiene lugar por un negocio *inter vivos*, se debe, además de probar la existencia de un título traslativo del derecho, que los antecesores sean citados al proceso de declaración de pertenencia (art. 71 del decreto N° 1250 de 1970 colombiano). En materia de transmisión *mortis causa* la ley asume que el heredero sucede *ipso facto* al difunto, sin interrupción alguna, en la posesión de los bienes que son objeto de la sucesión (*possessio defuncti quasi iuncta descendit ad heredem*, art. 757 del CC. colombiano; art. 688 del CC. chileno)<sup>62</sup>.

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 N° 352 de 2002 de Bogotá), la contribución de valorización respecto de inmuebles (decreto N° 1333 de 1986 colombiano), la obligación de pagar los servicios públicos domiciliarios de los inmuebles (art. 18 de la ley N° 689 de 2001 colombiana) y la obligación de pagar el impuesto sobre vehículos automotores (art. 142 de ley N° 488 de 1998 colombiana. y art. 64 del decreto N° 352 de 2002 de Bogotá).

- b) Tanto ayer como hoy percibimos en el legislador colombiano un importante esfuerzo en la formalización del Derecho. Particularmente, tratándose de la posesión regular de inmuebles, se ha pretendido estatuir una verdadera posesión inscrita.

Sobre el particular, en el *Código Civil* colombiano mismo se encuentran diferentes disposiciones. Por ejemplo, el art. 789 del CC. colombiano<sup>63</sup> nos informa cuándo cesa la posesión inscrita; igualmente, en el art. 7 del decreto N° 1250 de 1970 colombiano se determina qué vicisitudes como la tradición de la cosa ajena o tradición fallida, que dan lugar a la posesión regular (arts. 752 y 753 del CC. colombiano), se inscriben como falsas tradiciones.

Más recientemente, en las leyes N°s 1182 y 1183 de 2008 colombianas parece identificarse posesión regular de un inmueble con posesión inscrita. En la primera, se establece un proceso especial de declaración de pertenencia que se ofrece a los poseedores de bienes

sí está justificada del todo. Una cosa es aducir suma de posesiones y otra alegar que se es poseedor regular”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia de 5 de julio de 2007, exp. 1998-00358. M.P. Manuel Isidro Ardila V.

<sup>62</sup> Considera la Corte Suprema colombiana que las actas de estado civil son suficientes para demostrar el vínculo entre antecesor y sucesor en una agregación de posesiones por herencia. Véase Colombia, Corte Suprema, Casación civil, sentencia de 6 de abril de 1999, exp. 4931. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

<sup>63</sup> Art. 728 del CC. chileno.

inmuebles urbanos (no superiores a media hectárea) y rurales (no superiores a diez hectáreas). En la segunda, se otorgan funciones especiales a los notarios para que declaren la posesión regular de predios urbanos de estratos 1 y 2. En estos términos, percibimos una clara tendencia del legislador colombiano de “replantear” la tesis jurisprudencial de la posesión material de los inmuebles<sup>64, 65</sup>.

## 2. Su reconocimiento jurisprudencial: derecho *praeter legem*

De manera expresa, la jurisprudencia colombiana ha considerado que la posesión es un derecho real. La fórmula que han adoptado los tribunales colombianos es la siguiente: se trata de un *derecho real provisional*<sup>66</sup>.

Un primer fallo en este sentido lo encontramos en la Corte Suprema de Justicia colombiana, según el cual la posesión “es un derecho provisional para el no propietario (...) por cuanto cede siempre ante el derecho de dominio”<sup>67</sup>. En otro fallo, este mismo tribunal afirma: “la posesión es solo una expectativa que, en cuanto tal, se encuentra sometida al gobierno de la incertidumbre”<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> En un fallo muy difundido en Colombia, la Corte Suprema consideró que “no existe posesión inscrita en el derecho colombiano”. El alto tribunal aseguró: “la inscripción de los títulos carece de contenido y alcance posesorios”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia de 27 de abril de 1955. *G.J.*, tomo LXXX, Bogotá, 1955, p. 97. En el mismo sentido, la sentencia del 11 de mayo de 1956. *G.J.*, tomo LXXXII, Bogotá, 1956, p. 484. Vemos, pues, como esta tesis jurisprudencial está siendo contestada por el legislador colombiano.

<sup>65</sup> Pese a tratarse de una posición aislada, la tesis de la posesión inscrita también ha tenido respaldo jurisprudencial. Véase el siguiente fallo: Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia del 22 de agosto de 2006. M.P. Edgardo Villamil Portilla, exp. 25843-3103-001-2000-00081-01.

<sup>66</sup> Esta calificación de la posesión como derecho real provisional no es una teoría moderna o posmoderna; antes bien, se trataría de una teoría muy antigua, que pareciera conocer su génesis con el jurista Hahn. Véase Mauricio RENGIFO GARDEAZÁBAL, “Teoría de la posesión”, en *Revista de Derecho Privado. Propiedad, posesión y derechos reales*, vol. 36, Bogotá, junio de 2006, p. 6.

En la doctrina, consultar Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martín WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 1976, tomo III: Derecho de cosas, p. 16 y ss; José María MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, Editorial Reus, 1972, tomo IV, p. 20 y ss; FRANCESCO MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, tomo III, p. 206 y ss; Alexander DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code Civil*, Paris, Éditional Alex-Gobelet Libraire, 1844, volume 4, p. 195 y Jean Molitor citado por Domingo CURA GRASSI, *Derechos reales. Posesión*, Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 2005, p. 46.

<sup>67</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 10 de mayo de 1939. M.P. Juan Francisco Mújica. *G.J.*, tomo XLVIII, Bogotá, 1939, p. 18.

<sup>68</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia de 22 de mayo de 1995, proceso 4571. M.P. Héctor Marín Naranjo. *G.J.*, tomo CCXXXIV, Bogotá, 1995, N° 2473, p. 734.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha considerado que se trata de un derecho real particular: un derecho real provisional, por oposición a los derechos reales definitivos o consolidados (propiedad, usufructo, uso, servidumbre, prenda e hipoteca). Para este alto tribunal, la posesión se diferencia de la propiedad en que ésta tiene un carácter definitivo, mientras que aquélla, la posesión, “puede caer frente a la acción que se deriva de la propiedad”<sup>69</sup>. Se establece que, si bien la posesión 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<sup>70</sup>.

En el siguiente segmento nos ocuparemos de la retención, institución que ha merecido comentarios muy similares a los asignados a la posesión.

### B. La retención como derecho real

Desde otra óptica –como ya lo explicamos respecto de la posesión– la retención también podría engalanarse con el ropaje de todo derecho real: ofrece un haz de poderes directos sobre un bien e impone una serie de vínculos obligacionales. Además, como lo explicaremos a continuación, los mencionados y discutibles atributos de preferencia y persecución también se predicen respecto de la retención.

134

Desde luego, como todos los derechos reales, la retención ha de reconocerse a partir de un modo. En este caso, se trataría de una tradición *brevi manu*: una tradición tácita del derecho real de retención, cuyo tradente o constituyente sería el dueño del bien y cuyo adquirente sería el titular de este derecho (art. 754 N° 5 del CC. colombiano).

En relación con el carácter “real” de la retención, en los siguientes párrafos presentaremos

- 1) algunas aproximaciones legales
- 2) y finalmente, su reconocimiento jurisprudencial en el ámbito colombiano.

---

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 Hernando de SOTO, *El otro sendero. La revolución informal*, Bogotá, Editorial Oveja negra, 1987, p. 24.

<sup>69</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-494 de 12 de agosto de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón y sentencia T-078, 26 de febrero de 1993. M.P. Jaime Sanín G.

<sup>70</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencias T-494 de 12 de agosto de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón y T-078, 26 de febrero de 1993, M.P. Jaime Sanín G.

Un 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”. RENGIFO GARDEAZÁBAL (n. 66), p. 6.

## 1. Las aproximaciones legales

En el art. 665 del *CC.* colombiano no se menciona a la retención dentro de la lista de los derechos reales. Sin embargo, vemos cómo el legislador, en algunos apartes de la normativa, parece permitirle al retenedor poderes directos sobre el bien retenido.

En primer lugar, se ofrece un poder de preferencia. En el art. 2493 del *CC.* colombiano se determina que las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca; asimismo, el art. 2494 del *CC.* colombiano nos informa que los créditos privilegiados son los de primera, segunda y cuarta clase. En este orden de ideas, en el art. 2497 del *CC.* N<sup>os</sup> 1 y 2 colombiano se consagró que a la segunda clase de créditos pertenecen el derecho del acarreador y posadero, sobre los efectos del deudor que detente físicamente. Incluso, en el art. 1199 del *CCo.* se estatuye un claro atributo de preferencia, a favor del empresario, sobre los bienes del huésped deudor. Pensamos que estas hipótesis contempladas en los numerales citados del art. 2497 del *CC.* y en el art. 1199 del *CCo.* colombiano se refieren a casos claros de retención. En esta medida, por analogía<sup>71</sup>, se podría extender lo previsto en estas normas a todos los demás eventos legales de retención.

En segundo lugar, el retenedor puede disponer jurídicamente de su derecho real, una vez que transfiere o transmite el crédito al que accede (arts. 2410 y 1964 del *CC.* colombiano). En efecto, la retención se reconoce como un elemento accesorio de un crédito; por consiguiente, la transferencia o transmisión de éste debe imponer la disposición jurídica de la retención. La transmisión del crédito puede darse por sucesión *mortis causa*; por su parte, la transferencia por acto *inter vivos* podría tener lugar por institutos como la cesión del crédito o la subrogación (arts. 1964, 1668 y 1670 del *CC.* colombiano).

## 2. Su reconocimiento jurisprudencial: derecho *praeter legem*

La jurisprudencia colombiana ha calificado a la retención, con el mismo mote asignado a la posesión: *derecho real provisional*<sup>72</sup>. Se aclara que la reten-

<sup>71</sup> “La analogía consiste, pues, en atribuir a situaciones parcialmente iguales (una prevista y otra no prevista), las consecuencias que señala la norma aplicable al caso previsto. Ello equivale a formular una nueva norma cuyo supuesto expresa en abstracto las características de ambos casos, si bien entre uno y otro sólo hay igualdad parcial. De ello se infiere que no debe hablarse de aplicación analógica de un precepto a un caso no previsto, sino de *creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos son sólo semejantes*” Eduardo GARCÍA MÁYNES, *Lógica del razonamiento jurídico*, México, Editorial Fontamara, 1999, p. 158.

<sup>72</sup> Véase Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 28 de agosto de 1958. M.P. Arturo Valencia Z. *G.J.*, tomo LXXXVIII, Bogotá, 1958, p. 672-681.

ción estaría llamada a terminarse por la extinción del crédito garantizado (*v.gr.* pago, prescripción extintiva, condonación, etc.), por la constitución de otra garantía que asegure el cumplimiento del crédito (*v.gr.* fianza, prenda, etc.) o por la renuncia del retenedor. Empero, más que una referencia terminológica, la jurisprudencia neogranadina ha ofrecido al retenedor verdaderos poderes directos sobre el bien retenido.

Por un lado, en cuanto al atributo de persecución, en un fallo revelador se determinó que cuando el retenedor es

“despojado por vías de hecho, el orden jurídico exige que sea restituido, precisamente para que pueda hacer valer su posición exceptiva absoluta contra todo el mundo, mientras que el crédito que garantiza no se extinga por alguna causa legal. Lo que en su origen o por pasiva constituye una excepción tan poderosa que se enfrenta con éxito a toda persona y vale aún contra el dueño del objeto, dejará de ser facultad inviolable, si por activa, la justicia denegara la acción de restitutoria del acreedor ante las vías de hecho del deudor o de terceras personas. La titularidad de quien por ministerio de la ley está dotado del derecho de *retención* sobre un bien corporal determinado, lo legitima obviamente para la súplica restitutoria, salvo renuncia voluntaria o extinción del crédito garantizado”<sup>73</sup>.

Por otro lado, también se ha permitido una especie de poder de goce. En efecto, el retenedor, como el acreedor prendario (art. 2428 del *CC.* colombiano), puede apropiarse los frutos naturales y civiles dados por el bien retenido, siempre los impute al pago del crédito<sup>74</sup>. Si hubiese algún sobrante, el retenedor estaría obligado a devolverlo al deudor propietario.

En estos términos, hemos presentado diferentes análisis de la retención. A manera de conclusión proponemos las siguientes líneas.

En principio, dado el carácter imperativo o taxativo de la normativa sobre derechos reales<sup>75</sup>, se ha estimado que la lista incluida en el art. 665 del *CC.*

<sup>73</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia de 3 de mayo de 1961. M.P. José Hernández A (sin publicar).

<sup>74</sup> Véase Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, sentencia del 15 de junio de 1995, ref. 4398. M.P. Rafael Romero Sierra, exp. 2291.

<sup>75</sup> “Son taxativas aquellas que obligan en todo caso a los particulares, independientemente de su voluntad. Llámense dispositivas las que pueden dejar de aplicarse, por voluntad expresa de las partes, a una situación jurídica concreta”. GARCÍA MÁYNEZ (n. 23), p. 24. Igualmente Boris STARCK, *Droit civil*, Paris, Éditions Librairies Techniques, 1971, N° 52, p. 25.

En la jurisprudencia colombiana se ha precisado que la normativa relacionada con los derechos reales es imperativa y nacional. En este orden de ideas, disposiciones de orden

colombiano se reconoce como una lista cerrada. Sin embargo, la jurisprudencia colombiana ha pretendido fortificarla, presentando a la comunidad jurídica derechos reales *praeter legem* como la posesión y la retención.

Por lo demás, pensamos que el robustecimiento del carácter patrimonial de estas dos instituciones podría brindar importantes aportes. Por ejemplo, en lo que respecta a su circulación, la posibilidad de acceder al crédito, etc.<sup>76</sup>. En el caso de Colombia, éste sería el caso de importantes fundos sin títulos de propiedad, sometidos a posesiones que difícilmente pueden circular de un patrimonio a otro y que están desechadas por el mercado hipotecario.

Sin embargo, pese a las bondades de esta tesis jurisprudencial, la calificación jurídica de las instituciones en comento es objeto de importantes controversias, de lecturas fragmentarias y dispersas por parte de los operadores jurídicos –incluido un gran sector jurisprudencial–. En esta nebulosa de conceptos, la posesión y la retención se reconocen como verdaderas “quimeras jurídicas” que recogen importantes problemas estructurales.

Por un lado, según la jurisprudencia colombiana, las posesiones violentas, diferenciándose de las clandestinas, parecen estar incorporadas dentro del amplio género de las posesiones irregulares. Así las cosas, por extravagante que parezca, tendrían que incluirse las cosas hurtadas como verdaderos objetos de posesiones –hechos lícitos–. Al mismo tiempo, este tipo de situaciones también merecen el mote de *hechos ilícitos*. Por consiguiente, pueden igualmente ser objeto de sanciones penales. Por lo demás, como ya lo comentamos, en la normativa colombiana sus posibles efectos civiles y penales están sometidos a términos disímiles.

Asimismo, por lo menos en Colombia, el escenario de la posesión regular de inmuebles parece condicionarse al asiento registral del justo título. En estos términos, la posesión material de inmuebles solamente se reconocería como una posesión irregular.

---

local, como los acuerdos municipales, no podrían desconocer, por ejemplo, los contornos impuestos por el legislador al derecho de propiedad. Véase Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-245 de 1997. M.P. Fabio Morón D.

En la normativa misma se consagran diversas excepciones. Por ejemplo, podemos citar las siguientes normas *dispositivas*: la extensión del derecho de uso adoptada en su título de constitución (art. 873 del CC. colombiano); el poder de acrecer del usufructuario permitido por el constituyente (art. 839 del CC. colombiano) y la prohibición de enajenación o arrendamiento impuesta al usufructuario por su constituyente (art. 852 del CC. colombiano).

<sup>76</sup> En Perú, por ejemplo, se adoptó una solución interesante. En efecto, con el decreto legislativo N° 495 se creó el Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares, Hipoteca Popular y Seguro de Crédito. Su propósito se presentaba así: “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”. Esta norma fue derogada por la ley peruana N° 27046 de 1999.

Por nuestra parte, estimamos como indispensable adoptar criterios de diferenciación entre los diferentes arquetipos de posesión. Las posesiones irregulares –mobiliaria e inmobiliaria– y las posesiones regulares mobiliarias, deberían reconocerse como rigurosamente materiales. Por su parte, según lo establecido por la normativa –desoída por la jurisprudencia– la posesión regular inmobiliaria debería ser estrictamente inscrita (art. 789 del CC. colombiano<sup>77</sup>; art. 7 del decreto 1250 de 1970 colombiano, 1 y ss. de las leyes 1182 y 1183 de 2008 colombianas).

Por otro lado, en cuanto a la retención también echamos de menos su reconocimiento legislativo expreso y general. Por lo demás, sería plausible que se tuviera en cuenta lo siguiente.

Primero, siguiendo la reforma del Derecho francés –ordenanzas del 23 de marzo de 2006, hoy el art. 2286 del CC. francés– podría establecerse que la retención se reconoce como un principio general del derecho<sup>78</sup>. Sobre el particular, entiéndase por principios generales las propiedades fundamentales, básicas de un ordenamiento jurídico, que no podrían faltar en una descripción suficiente de éste y que, de cierta manera, operarían como fuentes productoras de nuevas normas específicas<sup>79</sup>. En este orden de ideas, la retención, reconocida como una fuente productora de normas específicas, podría ofrecerse como una herramienta de alcance general. Los presupuestos de aplicación de este principio general serían, pues, la *detentación física y legítima del bien por parte del retenedor* y, además, la *presencia de una obligación conexa, cierta y exigible a su favor y en contra del dueño del bien*<sup>80</sup>. Finalmente, estos dos presupuestos se encuentran íntimamente conectados: tanto la obligación conexa, cierta y exigible como la detentación física del bien se produjeron en el ejercicio de un derecho real<sup>81</sup> o personal<sup>82</sup> que ostentaba el retenedor. Una vez terminados jurídicamente estos derechos patrimoniales se yuxtapondría la novel retención.

Segundo, no puede perderse de vista que la retención tiene la función jurídico-económica de garantía de una obligación cierta y exigible. En este

<sup>77</sup> Art. 728 del CC. chileno.

<sup>78</sup> También en Paraguay la *retención* se reconoce como principio general de Derecho (art. 1826 del CC. paraguayo).

Este mismo norte es compartido por el Derecho insular. Véase Reino Unido. House of Lords. Lord Napier and Etrick v. Hunter. *Weekly Law Reports*, 21 July 1993, p. 55.

<sup>79</sup> Consúltase al respecto Genaro CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1994, pp. 209 a 212.

<sup>80</sup> Se trata de una obligación cierta y exigible, ya porque nació como pura y simple, ya porque el plazo al cual se sometió expiró.

<sup>81</sup> Como la propiedad fiduciaria, usufructo, posesión, uso, etcétera.

<sup>82</sup> A propósito de un contrato de arrendamiento, comodato, concesión, etcétera.

sentido, debe exigirse cierta proporcionalidad entre la cuantía de la obligación garantizada y el valor del bien<sup>83</sup>.

Como hemos podido ver, las categorías jurídicas posesión y retención tienen varios puntos en común que justifican su análisis en conjunto: en primer lugar, fueron estructuradas para responder a unas necesidades de protección de una situación fáctica de una persona respecto de una cosa –poseída o retenida–; en segundo lugar, siempre han generado controversia respecto de su clasificación dentro de las ordenaciones de categorías jurídicas elaboradas por la doctrina<sup>84</sup> y, en tercer lugar, la determinación de sus regímenes jurídicos –hechos condicionantes y consecuencias condicionadas– parece estar aún lejos de la armonía que permita llegar a soluciones coherentes para las distintas situaciones que estas instituciones están llamadas a regir.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, Bogotá, Editorial Temis, 1993, tomo II.
- AYNÈS, Augustin, *Le droit de rétention. Unité ou pluralité*, Paris, Éditorial Economica, 2005.
- BELTRÁN DE HEREDIA DE ONS, Pablo, *El derecho de retención en el Código civil español*, Salamanca, Editorial Universidad de Salamanca, 1955.
- BENTHAM, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, traducido por Ramón Salas, París, Editorial Librería de Lecointe y Lasserre, 1838, tomo III.
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Les biens*, Paris, Éditorial PUF, 1995.
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Introduction*, Paris, Éditorial PUF, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

139

<sup>83</sup> La retención es, antes que todo, un mecanismo de justicia privada que, diferenciándose de otras garantías reales como la hipoteca y la prenda sin tenencia, priva a su dueño del disfrute del bien. En este orden de ideas, para nosotros incurre en un abuso del derecho el acreedor que pretende garantizar una obligación irrisoria. Desde luego, se presume que el retenedor ha actuado de buena fe. Por consiguiente, corresponde al dueño del bien explicar lo contrario. En este mismo sentido, en relación con la excepción de inejecución, véase Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación civil, 25 de marzo de 1950, M.P. Hernán Salamanca. *G.J.*, tomo LXVIII, Bogotá, 1950, pp. 127-128. Corte Suprema de Justicia Casación Civil, 23 de marzo de 1943, M.P. Hernán Salamanca. *G.J.*, tomo LV, Bogotá, 1943, pp. 70-71. Véase igualmente Arturo VALENCIA ZEA y Álvaro ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil*, Bogotá, Editorial Temis, 1998, tomo III: De las obligaciones, p. 593.

<sup>84</sup> “Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son *serviciales* o *inútiles*; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables”. CARRIÓ (n. 79), p. 99.

- CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1994.
- CASTRO DE CIFUENTES, Marcela, *El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles*, Bogotá, Editorial Uniandes, Colección Derecho Privado, 2004.
- CURA GRASSI, Domingo, *Derechos reales. Posesión*, Buenos Aires, Editorial Ad-hoc, 2005.
- DURANTON, Alexander, *Cours de droit français suivant le Code Civil*, Paris, Éditional Alex-Gobelet Libraire, 1844, volume 4.
- ENNECCERUS Ludwig, Theodor KIPP y Martín WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 1976, tomo III: Derecho de cosas.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Medellín, Editorial Abogados Asociados editores, 1990.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Lógica del razonamiento jurídico*, México, Editorial Fontamara, 1999.
- HOHFELD, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Editorial Fontamara. 2001.
- IHERING, Rudolf von, *El espíritu del Derecho Romano*, México, Editorial Oxford University Press México S.A. 2001, vol. 3.
- IHERING, Rudolf von, *El fundamento de la protección posesoria*, Madrid, Editorial Reus, 1926.
- JHERING, Rudolf von, “*El cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía*”. In *Bromas y veras en la ciencia jurídica ridendo dicere verum*, traducción de Tomás Banzhaf, Madrid, Editorial Civitas, 1993.
- LEÓN ROBAYO, Edgar, “La posesión de los bienes inmateriales”, en *Revista de Derecho Privado*, vol. 36, Bogotá, junio 2006.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, Editorial Reus, 1972, tomo IV.
- MANTILLA, Fabricio, “*La excepción de inejecución*”. *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario-Legis. 2007.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, tomo III.
- PIZARRO WILSON, Carlos, “La excepción por incumplimiento contractual en el derecho chileno”, en *Jornadas de Derecho Civil chileno*, Valdivia, Editorial Lexis Nexis, abril 2005.
- PIZARRO WILSON, Carlos, “El derecho de retención: una garantía bajo sospecha”, en *Ius et Praxis*, vol. 15, N° 1, Talca, 2009.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Editorial Espasa-Calpe, S.A. 1970.
- RENGIFO GARDEAZÁBAL, Mauricio, “Teoría de la posesión”, en *Revista de Derecho Privado. Propiedad, posesión y derechos reales*, vol. 36, Bogotá, junio de 2006.
- RESTREPO, Juan Camilo, *Diario el Tiempo de Bogotá*, 21 de abril de 2004.

- ROLAND, Henri et Laurent BOYER, *Locutions latines du droit français*, Paris, Éditorial Litec, 1998.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2005.
- SAVIGNY, Friedrich von, *Traité de la possession en droit romain*, Bruxelles, Éditorial Bruylant-Christophe. 1866.
- SOTO, Hernando de, *El otro sendero. La revolución informal*, Bogotá, Editorial Oveja negra, 1987.
- STARCK, Boris, *Droit civil*, Paris, Éditorial Librairies Techniques, 1971.
- TERNERA, Francisco, *La realidad de los derecho reales*, Bogotá, Editorial Universidad Rosario, 2007.
- TERNERA, Francisco, “Teoría de los riesgos de los contratos bilaterales”, en Marcela CASTRO DE CIFUENTES (coord.), *Tratado de obligaciones*, Bogotá, Editorial Universidad de Los Andes y Temis, 2009.
- TROPLONG, Raymond Théodore, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code Civil*, Paris, Éditorial Charles Hingray Librairie Editeur, 1846.
- VALENCIA ZEA, Arturo y Álvaro ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil*, Bogotá, Editorial Temis, 1998, tomo III: De las obligaciones.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Éditorial PUF, 2003.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Editorial Crítica/Filosofía, 1988.