



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA: La teoría de la posesión inscrita y la necesaria reforma
al Código Civil**

**AUTORA:
Salavarría Dávila María Ximena**

**ARTÍCULO ACADÉMICO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE:
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA**

**TUTORA
Ab. Macías Cedeño María Alexandra**

**Guayaquil, Ecuador
Martes 15 de marzo del 2016**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **María Ximena Salavarría Dávila**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República**

TUTORA

Ab. Macías Cedeño María Alexandra

DIRECTORA DE LA CARRERA

Ab. Briones Velastegui Marena Alexandra

Guayaquil, a los 15 del mes de marzo del año 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Salavarría Dávila María Ximena**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación **La teoría de la posesión inscrita y la necesaria reforma al Código Civil** previo a la obtención del Título **de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 15 del mes de marzo del año 2016

LA AUTORA

Salavarría Dávila María Ximena



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Salavarría Dávila María Ximena**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación **La teoría de la posesión inscrita y la necesaria reforma al Código Civil**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 15 del mes de marzo del año 2016

LA AUTORA

Salavarría Dávila María Ximena

ÍNDICE

Resumen	VI
Palabras claves	VI
Introducción	7
Desarrollo	
Antecedentes.....	8
Teorías de la posesión.....	14
Mera tenencia y posesión.....	16
Posesión y Propiedad.....	18
Prescripción.....	19
Posesión inscrita.....	20
Conclusión	26
Referencias bibliográficas	29

RESUMEN (ABSTRACT)

El presente artículo tiene por finalidad realizar una revisión previa al concepto de posesión y al pensamiento que tenían los juristas romanos de ella como una relación de hecho; las teorías con sus respectivos exponentes respecto de su naturaleza jurídica, y en cuál de ellas se apoya nuestra legislación; sus elementos y consecuencias jurídicas; tipos de posesión, diferencias entre mera tenencia y propiedad; semejanzas y diferencias entre la posesión y la propiedad; para así profundizar en la teoría de la posesión inscrita en la que se considera que la inscripción en el Registro de la Propiedad equivalente a la posesión; teoría introducida en nuestro Código Civil por Andrés Bello con el ánimo de incentivar a las personas a que acudan a registrar sus bienes inmuebles, como “prueba” de la posesión de dichos bienes, hasta que la reforma al Código Civil en el año de 1956, estableció la suficiencia de la posesión material para poder prescribir adquisitivamente por vía extraordinaria, cabiendo la prescripción aun contra título inscrito. Esta posibilidad continúa vigente en nuestro Código Civil sin embargo, todavía existen normas en nuestra legislación que hacen referencia al antiguo sistema de posesión inscrita establecido por Bello, causando confusión y críticas.

Palabras Claves: Posesión, posesión inscrita, título, justo título, prescripción, prescripción extraordinaria

INTRODUCCIÓN

La posesión es la tenencia de una determinada cosa sea tanto corporal o como incorporal con ánimo de señor y dueño, por lo que el poseedor (de buena o de mala fe) tiene sobre dichos bienes poderes jurídicos que le permiten adquirir todos los frutos y productos emanados de la cosa mientras dure la posesión

Constituye un requisito necesario para adquirir por prescripción, dicho en otras palabras, para poder perfeccionar la propiedad mediante la ocupación pública, continua y pacífica de una cosa determinada con el ánimo de poseer como señor y dueño durante el plazo que la ley dispone quedando el poseedor habilitado para solicitar al juez mediante sentencia que se lo declare como legítimo propietario.

Sin embargo, originalmente nuestro Código Civil establecía un régimen y requerimientos especiales en cuanto a la posesión, toda vez que en principio los bienes debían estar inscritos en el Registro de la Propiedad como única forma para poder entrar en posesión de ellos, lo que podemos constatar de diversos artículos que así lo manifiestan, todo esto sobre la base del sistema de la posesión inscrita, donde se establece que no existiría posesión sin la debida inscripción de los inmuebles.

Este sistema novedoso, solemne, revolucionario fue implementado por el jurista Don Andrés Bello, quien consideró que la posesión debía coincidir con la propiedad en todo y, aquella con la inscripción dando como consecuencia la institución del Registro de la Propiedad.

Según la premisa fundamental de la posesión inscrita existirían dos posesiones: la inscrita, que no cesa por el apoderamiento material; y, la material del que se apodere de la cosa, lo cual resulta algo controvertido según la doctrina moderna puesto que no puede haber dos poseedores sobre una cosa.

DESARROLLO

ANTECEDENTES.- EXPLICACIÓN DEL PROBLEMA

Nuestro Código Civil, en sus orígenes, incentivó la inscripción de los títulos aptos para atribuir dominio en el Registro de la Propiedad, hecho que antes de la vigencia de esta normativa no era necesario toda vez que se permitía adquirir propiedad sin tal exigencia. La inscripción del título de estos bienes fue tomada del llamado “sistema de la inscripción” por el que don Andrés Bello intentó crear un escudo que protegiera a quienes inscribieran sus títulos en el Registro de la Propiedad contra cualquier intento de un tercero que pretendiera prescribir adquisitivamente los bienes.

El sistema de inscripción descansa sobre la idea de la existencia de dos posesiones: la posesión de quien inscribe o posesión del derecho; y, la posesión de quien ocupa el bien que es la posesión material. La posesión material de las cosas consiste en actos positivos como edificar, sembrar, cosechar, etc.; mientras que, la posesión inscrita da lugar al derecho de poseer y a la posesión del derecho.

En efecto, si bien don Andrés Bello no ordenó, sí incentivó la inscripción, señalando que la inscripción en el Registro de la Propiedad protegía contra cualquier acto de prescripción que se presentare posteriormente, lo que se puede constatar del Art. 744CC que se establece: *“Si alguna persona, dándose por dueña, clandestina o violentamente se apodera de un inmueble con título no inscrito, la persona que tenía la posesión la pierde”*; esto significa que, *a contrario sensu*, si el título sí está inscrito, no se perdería la posesión.

La vigencia de esta teoría dio la posibilidad de la incorporación de varios artículos relacionados entre sí pero unidos en un principio fundamental: *“No se prescribe, ni siquiera extraordinariamente contra título inscrito”*.

Sin embargo, la reforma publicada el 6 de noviembre de 1956 estableció la posibilidad de prescribir adquisitivamente por la vía extraordinaria contra título inscrito, modificando el actual artículo 2410 del Código Civil. Antes de esta reforma, esta disposición no permitía que nadie pudiera adquirir por prescripción un bien inscrito ni siquiera extraordinariamente, pero al ser reformada, debieron también eliminarse otros artículos que descansaban en la teoría de la posesión inscrita, pero no se lo hizo, generando confusiones hasta la actualidad.

Art. 2410.- El dominio de las cosas que son de carácter comercial y que no se lo haya podido adquirir por prescripción ordinaria, puede adquirírsele por la prescripción extraordinaria, de acuerdo a las siguientes reglas:

1. Contra título inscrito cabe la prescripción extraordinaria

Entre los años 1956 y 1959 se dio una ardua discusión respecto de eliminar o no los artículos del Código Civil que mantenían en vigencia la doctrina de la posesión inscrita y primó la teoría de mantenerlos, debido a que los defensores de esta teoría alegaron que la posesión del derecho permitía el inicio de las acciones legales correspondientes. Sin embargo, este argumento es por lo menos discutible, porque es el hecho de ser propietario el que da la posibilidad de acciones legales.

Fueron varias las normas que entraron en contradicción cuando entró en vigencia la reforma entre ellas, las contenidas en los artículos 712, 739, 743 y 745 del Código Civil

TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA Y LA NECESARIA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

Antes de empezar con la exposición del presente tema es menester dar a conocer como preámbulo, el pensamiento que tenían los juristas romanos respecto a la posesión, quienes la consideraban como una relación o estado de hecho que permitía ejercer un poder físico exclusivo, para así poder ejecutar actos materiales sobre una cosa. Sólo admitían como verdadera posesión la de las cosas, toda vez que con relación a los derechos establecían que el goce de ellos, demostraba una situación similar al goce de las cosas y por esta razón la denominaron cuasi posesión.

Para los romanos, cuando una persona posee una cosa, implica que tal persona se conduce como propietario, realizando actos materiales parecidos a los actos que realiza el dueño en uso y goce de dicha cosa. No afirmaban que necesariamente es propietario quien tiene la posesión de la cosa, simplemente establecían que se conducen como tal, y ejecuta estos actos; es decir, que posee el bien aunque eventualmente no tenga derecho de propiedad, y así mismo sucede en cuanto al goce de los otros derechos; con ello se puede decir, que la posesión del derecho de dominio abarca la posesión de las cosas, cuando alguien se conduce como propietario de un bien y la posesión de los otros derechos reales, cuando el poseedor se conduce como si fuera titular de esos derechos.

La palabra posesión proviene de la etimología *possidere* un compuesto derivado de *posse* que significa poder y *sedere* que significa sentarse. Se la puede definir como una relación o estado de hecho, que confiere a una persona el poder exclusivo de retener una cosa para poder ejecutar de esta manera actos materiales de aprovechamiento; por este estado de hecho la persona que adquiere una cosa la retiene en su poder físico exclusivamente, pudiendo derivar de un derecho real, de un derecho personal o no reconocer la existencia de derecho alguno.

La posesión denota ocupación de una cosa, su aprehensión así como también tenerla en nuestro poder y control, sin que sea de importancia mayormente la existencia de derecho o título para ello.

Nuestro Código Civil la contempla en su **Art. 715** que establece que: “*la posesión es la tenencia de una determinada cosa pero teniendo siempre el ánimo de señor y dueño sobre ella*”. Este requisito de ánimo de señor y dueño es conocido como *animus domini*, concepto distinto al *animus tenendi*.

Así pues el *animus domini* se refiere a la conducta de poseedor, es decir, considerarse dueño y amo de la cosa que tiene en su poder; y el *animus tenendi* implica una conducta diferente y es la del tenedor de un objeto que reconoce el dominio ajeno, esto es, la existencia de un dueño distinto a él.

De la definición que menciona nuestro Código Civil podemos distinguir tres elementos característicos de la posesión:

1.- El corpus.- Es el poder físico o material que tiene una persona sobre una cosa, abarca actos materiales de tenencia, en definitiva el uso y goce del bien. Podemos decir entonces que es el conjunto de actos materiales que demuestran la existencia del poder físico que ejerce el poseedor sobre la cosa, para retenerla, lo que implica sometimiento de una cosa a voluntad del poseedor

2.- Animus.- Es el elemento intelectual o psicológico consistente en la intención de obrar como señor y dueño sin reconocer dominio ajeno. El poseedor puede manifestar su conducta en el título que la origina, en caso de que este título exista, y supone que obra como un verdadero propietario aunque no lo sea. En definitiva, es considerarse dueño del bien y actuar como si lo fuera.

El animus forma parte del fuero interno de una persona, por tal razón es necesario que se exteriorice, a través de actos materiales que contengan la intención de conducirse como propietario.

3.- Que la cosa sea susceptible de posesión.- Uno de los condicionamientos para la existencia de posesión, es que el bien que se posee, -de acuerdo a la ley-, sea apto para ser poseído. Hay quienes afirman que cualquier cosa es

susceptible de posesión física y es la ley la que prohíbe esta posesión y sus efectos para determinados bienes, tal es el caso de los bienes nacionales, los manglares, las aguas de ríos, lagos, lagunas, manantiales que nacen y mueren en una misma heredad, nevados, caídas naturales y otras fuentes, y las subterráneas, afloradas, terrenos vacíos, etc.

Desde el momento en que existen estos tres elementos, se adquiere la posesión y tal adquisición puede ser tanto de cosas corporales, como de cosas incorpóreas, de muebles e inmuebles, como lo estipula nuestro Código Civil en su **Art. 730**, en la medida en que sean cosas que no estén fuera del comercio.

Como mencioné anteriormente, dentro del esquema actual en la legislación ecuatoriana, la posesión es una simple situación o relación de hecho y no una relación de derecho entre la persona y la cosa poseída, esto es debido a que seguimos la corriente de la teoría clásica o subjetiva cuyo mayor exponente es Savigny.

¹SAVIGNY considera a la posesión como un mero **hecho**, debido a que se basa en circunstancias materiales, es decir, en el CORPUS, esto es la ocupación material de una cosa, pero agrega que a la vez, es un derecho, por las **consecuencias jurídicas** que conlleva el hecho.

²IHERING, exponente de la teoría objetiva, establece que la posesión constituye un **derecho**, debido a que es un interés protegido jurídicamente.

La posesión es un **hecho**, para nuestro Código Civil, porque se refiere a la **tenencia** tal como lo establece de manera expresa el **Art. 715**.

Entre los principales efectos jurídicos de la posesión tenemos:

- Uso y goce la cosa.

¹ Friedrich Karl von Savigny (Frankfurt, 1779 - Berlín, 1861). Jurista alemán, quién fue el primer catedrático de derecho romano en la Universidad de Berlín.

² Rudolf von Ihering (Aurich, 1818 - Gotinga, 1892). Jurista alemán que consideró al derecho más que como una elaboración doctrinal, como un producto social.

- La posibilidad de prescribir, considerando a la prescripción como una figura que se mantiene para evitar el caos y la anarquía, y restablecer la seguridad jurídica a una situación irregular.
- El derecho a la protección posesoria, toda vez que en efecto, la posesión es un hecho jurídicamente protegido

Uno de los principales requisitos para que la posesión sea regular es el justo título, esto es, la causa en razón de la cual una persona posee una cosa de acuerdo con las leyes. Para que sea justo título debe ser apto para atribuir dominio.

Además, es justo cuando da al poseedor un motivo para creerse dueño de la cosa; sus características son:

- Aptitud suficiente para transferir dominio o constituir en él (no lo tienen los que reconocen dominio ajeno: arrendamiento, comodato, etc.)
- Debe ser verdadero (los documentos falsificados son títulos injustos)
- Debe ser válido, esto como consecuencia de que la ley declara como injustos a los viciados de nulidad.

En nuestro Código no existe una definición sobre justo título, pero se indica cuáles no lo son (**Art. 719 C.C**) y los clasifica en constitutivos y traslaticios de dominio (**Art. 718 C.C**)

Para que se considere a la posesión regular como tal, además de fundarse en un justo título, debe también ser adquirida de buena fe como lo señala el **Art. 717** del Código Civil, es decir, por medios legítimos que estén exentos de cualquier vicio, así como de fraude (**Art. 721 C.C**). La conciencia de adquirir la posesión por este tipo de medios siempre se presume, excepto en los casos en que la ley establezca lo contrario (**Art. 722 C.C**). Adicionalmente, si el título es traslaticio de dominio, para que la posesión sea regular también se exigirá el requisito de la tradición. A *contrario sensu*, si carece de uno de cualquiera de los requisitos

antes señalados (justo título, buena fe, tradición) la posesión será irregular (**Art. 723 C.C**)

Como lo hemos referido anteriormente, en la posesión se identifican los elementos del corpus y el animus, sin embargo, el hecho de establecer más importancia a uno respecto del otro, ha originado que los dos exponentes más importantes en esta materia, Savigny (teoría subjetiva), e Ihering (teoría objetiva) den sus criterios diversos.

TEORÍA SUBJETIVA

Para SAVIGNY, la posesión es un relación o estado de hecho manifestada a través del corpus, del conjunto de actos materiales que demuestran la existencia de un poder físico del hombre sobre la cosa, y que por lo tanto da a una persona la posibilidad física, inmediata, exclusiva y actual de ejercer actos materiales de aprovechamiento sobre ella, pero este autor da mucha relevancia al *animus domini* (intención de obrar como señor y dueño), sin el cual, este estado de hecho dejaría de ser posesión para convertirse en una mera tenencia.

TEORÍA OBJETIVA

Para IHERING, el corpus supone en sí mismo el animus, no los ve como dos elementos separados sino como un todo indivisible, de tal modo que ambos siempre se encuentran contenidos en los actos que demuestran una explotación económica de la cosa; y que no está constituido por una simple relación de proximidad o de contacto que exista entre ella y el individuo.

Para que esta relación obtenga una significación jurídica, es importante que exista además de una relación material, un interés que motive la voluntad para poder conseguir un fin, por esta razón podemos decir, que del corpus se infiere el animus y por lo tanto; puede considerarse que todo detentador es un poseedor en cuanto no exista excepción expresa de la ley.

La doctrina de Savigny es subjetiva puesto que exige el *animus possidendi* o *animus domini* para que exista la posesión; mientras que, la doctrina de Ihering

es objetiva por no exigir dicho animus como un elemento considerado en forma independiente. De ello se pueden distinguir dos clases de voluntades:

- 1) La voluntad de tener una cosa (*animus detinendi*)
- 2) La voluntad concreta de tener la cosa para sí en forma exclusiva (*animus possidendi* o *animus domini*)

Después de establecer las dos teorías existentes respecto a la posesión, es necesario señalar otros puntos esenciales que las caracterizan y a su vez las diferencian entre sí.

La relación posesoria según Savigny está formada por el poder de hecho y el *animus possidendi*, es decir, la tenencia de la cosa voluntariamente y el ánimo de poseerla como dueño, puesto que este simple poder sin el animus sólo implica mera tenencia. En cambio, Ihering, admite la posesión en el poder de hecho o señorío efectivo.

Esto conlleva a que los poseedores conforme Savigny, no sólo deben probar la existencia del poder de hecho, sino que también, deben probar el *animus possidendi*, el cual se deducirá del título o causa de la posesión, mientras que, los poseedores conforme a Ihering, sólo deben probar el poder de hecho para que se los reconozca como tales.

De las teorías de Savigny e Ihering se obtiene como consecuencia la protección posesoria, concedida tanto a los poseedores (en el caso de la teoría subjetiva), como a los poseedores y a los tenedores (en el caso de la teoría objetiva).

Los Códigos Civiles Alemán, Suizo, Japonés, Brasileño, Mexicano, Peruano, Venezolano de 1942 han sido influenciados por la teoría de Ihering. Entre éstos los Códigos Alemán y Suizo no contraponen entre sí la mera tenencia y la posesión.

En síntesis y luego de un repaso de dos las escuelas más importantes en materia de posesión, podemos deducir que la relación entre las cosas y las personas, pueden hallarse en tres posiciones distintas: mero tenedor o detentador o sujeto precario, poseedor y propietario. Cada una de estas posiciones deriva en consecuencias jurídicas distintas, así como también otorgan a su titular derechos

subjetivos. La primera posición es la conocida como mera tenencia en la cual su titular ejerce poder material sobre el bien en lugar y a nombre del dueño; la segunda (posesión) en donde además de aquel poder material sobre el bien que posee su titular, existe también por parte de éste el ánimo de señor y dueño de dicho bien y la posesión posesoria; y, finalmente, la propiedad en que su titular tiene un derecho *in re* (en la cosa) excluyendo a todas las demás y que lo autoriza para usar, gozar y disponer del bien.

El ánimo de señorío sobre el bien, es el elemento importante que permite distinguir entre la mera tenencia y la posesión, por lo que el simple paso del tiempo no implica que la mera tenencia mude en posesión; salvo el caso del Art. 2410 regla 4ta en concordancia con el **Art. 731 C.C**

MERA TENENCIA Y POSESIÓN

Mera tenencia o posesión en nombre ajeno, es aquella posesión que se ejerce sobre una cosa en nombre o en lugar del dueño, y no como tal (**Art. 729 C.C**), por lo que podemos decir, que mero tenedor es quien tiene una cosa reconociendo dominio ajeno, en otras palabras, sólo tiene la detentación material (*corpus*) como lo son el usufructuario, el secuestre, el acreedor prendario, etc.; mientras que, *la posesión a nombre propio*, no sólo exige la tenencia de una cosa determinada, sino también que su titular tenga el ánimo de tenerla obrando como señor y dueño (*corpus* y el *animus*) (**Art. 715 C.C**)

Para que exista una relación material con las cosas y se dé una posesión a nombre propio, es indispensable la voluntad de poseer, es decir, la de ejercer el derecho como propio y no reconociéndolo como ajeno, tener la cosa para sí en forma exclusiva. Este tipo de posesión deviene en dos efectos: las acciones posesorias³ y el derecho de usucapir, el cual se produce en los casos en que

³Acción que tiene por objeto conservar o recuperar la posesión de las cosas, que por prescripción se pueden adquirirlas. Se requiere mínimo un año de posesión material ininterrumpida.

dicha posesión no coincide con la propiedad. Esta última posibilidad se puede dar en los siguientes casos:

- 1) Cuando se quiso adquirir el derecho de propiedad pero este derecho no adquirió por no ser el antecesor el verdadero dueño.
- 2) Cuando la posesión de propietario fue adquirida de mala fe

La posesión a nombre ajeno no puede transformarse en posesión, como ya lo he referido, por la voluntad del tenedor, por el solo transcurso del tiempo no se transforma en posesión (Art.731 C.C), excepto el caso del Art. 2410 regla 4ta, el cual constituye excepción para los efectos de la prescripción. El **Art. 734** de nuestro Código Civil hace referencia al principio de la inmutabilidad de la tenencia, al mencionar que la presunción de que la persona que a nombre ajeno ha comenzado a poseer, se considerará que continúa en el mismo orden de las cosas, por lo que, la persona que fue tenedor, no puede convertirse en poseedor, salvo la excepción mencionada.

Tiene aspecto absoluto, es decir, que el mero tenedor se encuentra en una situación jurídica respecto a una cosa, tanto con el propietario de dicha cosa, o a su poseedor o un tercero, y no solamente con alguien en particular. Este aspecto produce que, si una persona arrebató la cosa al mero tenedor, éste, -por regla general- no podrá ejercer acciones posesorias, a pesar de que quien se la haya arrebatado haya sido un extraño y no el propietario ni el poseedor.

El Código Civil Colombiano (es muy parecido al nuestro respecto a la posesión a nombre propio y a nombre ajeno) en concordancia con sus artículos 775 y 786, podemos obtener una clasificación de relaciones de tenencia correspondientes al ejercicio de derechos reales y derechos personales. Sin embargo, los efectos respecto de la protección posesoria son distintos a los de nuestra legislación, toda vez que mientras en Colombia el mero tenedor está protegido por acciones posesorias, en Ecuador no las tiene.

Establecidas las diferencias entre la mera tenencia y la posesión, es necesario distinguir así mismo la posesión con la propiedad (dominio) sin antes mencionar sus semejanzas.

POSESIÓN Y PROPIEDAD

La posesión y la propiedad son exclusivas, es decir, que sólo admiten un poseedor o un propietario, lo cual no limita a que haya coposeedores o copropietarios también, con las limitaciones que ello implica, y además recaen sobre una cosa determinada (sea ésta corporal o incorporal). Producen ventajas, como por ejemplo, el uso y goce, el estar jurídicamente protegido, implican acciones reales, se hacen valer *erga omnes* (para todas las personas) y cumplen una función social.

Entre las diferencias que existe entre ambas figuras jurídicas tenemos: que la propiedad es una relación de derecho entre propietario y cosa, mientras que la posesión es una relación de hecho, (esto de acuerdo al esquema de la legislación ecuatoriana) el dominio sólo se adquiere por un modo, en tanto que una cosa se puede poseer por varios títulos (Compra Venta, Permuta, Donación, etc.); el dominio está protegido por la acción reivindicatoria⁴, y la posesión está protegida por las acciones posesorias.

Como se ha dejado sentado, la prescripción es uno de los principales efectos de la posesión, por lo que será necesario revisar igualmente esta importante institución jurídica.

⁴ Acción reivindicatoria o acción de dominio es aquella acción en la cual el dueño de una cosa singular de la que no está en posesión puede ejercer contra su poseedor para que se la restituya.

PRESCRIPCIÓN

Por prescripción entendemos que es un modo por el cual se puede adquirir las cosas de otras personas, como también, extinguir los derechos y acciones ajenas, por el simple hecho de haberlas poseído o no haber ejercido tales derechos y acciones durante cierto período de tiempo (**art.2392 C.C**). Puede ser adquisitiva o usucapión (produce la adquisición de la propiedad) y extintiva, liberatoria o prescripción de acciones (extingue las acciones y derechos ajenos)

Se entiende que la prescripción a la que se hace referencia en el artículo 2410 #1 de nuestro Código Civil es la prescripción adquisitiva, mediante la cual se adquiere el dominio de las cosas por haberlas poseído durante cierto tiempo, es decir, que si bien la cosa adquirida tenía un dueño anteriormente, el prescribiente no la adquiere por el traspaso de éste, sino que la adquisición se produce independientemente de cualquier relación de hecho o de derecho que haya con el titular anterior.

Posee tres requisitos: Cosa susceptible de prescripción, existencia de la posesión y el transcurso del plazo.

1. **Cosa susceptible de prescripción:** Por regla general, las cosas son susceptibles de prescripción excepto las que son expresamente declaradas por la ley como imprescriptibles.
2. **Existencia de posesión:** La que se ejerce con ánimo de señor y dueño, es decir, que los meros tenedores y los que se aprovechan de la omisión de los actos de mera tolerancia⁵ o mera facultad⁶ no pueden prescribir.
3. **Transcurso de un plazo:** Para este tipo de prescripción no sólo basta que se halle en posesión de cosa susceptible de posesión, sino que también el transcurso de un plazo continuo, lo que permite al verdadero propietario

⁵ Desde el punto de vista del que los tolera, son aquellos que le dan la facultad al ejercicio de un derecho y no se pone por benevolencia a su ejecución, en cambio, desde el punto de vista de un tercero, son aquellos que éste realiza sin ejercitar un derecho propio, sino más bien en virtud de la condescendencia del titular del derecho ejercitado.

⁶ Actos en los cuales cada persona puede ejecutar en lo que es suyo, sin que sea necesario el consentimiento de otra.

reclamar la cosa que se encuentra en poder de otro; si después de cierto tiempo, el dueño persiste en su inactividad para que obtenga la devolución de su bien, la ley dará preferencia al poseedor para que tenga la cosa definitivamente

La prescripción adquisitiva puede ser ordinaria o extraordinaria como lo establece el **Art. 2405 C.C.** La prescripción adquisitiva ordinaria se funda en la posesión regular y requiere de menor tiempo, es decir, para los bienes muebles tres años y para los bienes raíces cinco años (**Art. 2408 C.C.**); en cambio, la prescripción adquisitiva extraordinaria tiene por base la posesión irregular y el tiempo que se necesita para prescribir es más largo que la ordinaria que es de quince años (**Art. 2411 C.C.**)

POSESIÓN INSCRITA

Terminado así un breve repaso sobre las nociones relativas a la posesión y prescripción, se vuelve imprescindible entrar ya al tema central del presente trabajo, esto es sobre la teoría de la posesión inscrita. Esta doctrina establece que la posesión del derecho de dominio conlleva dos posesiones: la posesión de la cosa y la posesión del derecho que sólo se logra mediante inscripción en el Registro de la propiedad. En el evento de que el nombre de la teoría pueda resultar confuso, es menester hacer hincapié que la posesión inscrita no significa en lo absoluto la inscripción de un estado posesorio.

En base al sistema de la posesión inscrita se considera que la noción de inscripción es equivalente a la noción de posesión, es decir, si una persona tiene la inscripción a su favor, es poseedora aunque de hecho no esté el inmueble bajo su poder y viceversa, si dicho inmueble está bajo su poder de hecho, aunque tenga ánimo de señor y dueño no posee si la inscripción está a nombre de otra persona.

Siguiendo esta línea, el Código Civil de Austria vincula el registro con la posesión de inmuebles para dar a conocer el derecho de propiedad o titularidad y al poseedor del inmueble.

El Código austriaco estipula que la posesión solo puede adquirirse mediante la inscripción en el registro inmobiliario, es decir, que solo la persona que está inscrita como poseedor tiene el derecho de posesión. Los juristas austríacos partiendo de la inscripción establecieron un régimen unitario de la propiedad por medio de dos reglas:

1. Si el poseedor no está inscrito, carece de valor la posesión.
2. La posesión prolongada del inmueble por persona distinta del poseedor inscrito, no dará lugar a la propiedad por usucapión.

El sistema español, a semejanza del austríaco, vinculó el registro de la propiedad con la posesión de los inmuebles (Art. 605 C.C Español)

El Código Civil Colombiano, sobre la posesión inscrita hace referencia a las siguientes reglas:

1. La posesión se transmite por tradición, la cual es realizada por la entrega, a menos que se haya efectuado con la inscripción del título. (Art.740)
2. Ninguna persona puede adquirir la posesión de un inmueble sino mediante la inscripción en el registro de inmuebles públicos. (Arts.756 - 759)
3. La posesión inscrita se pierde por la cancelación de la inscripción (Art.789)
4. Quien se apodera de inmuebles no inscritos, adquiere su posesión. (Art.790)
5. Contra título inscrito no cabe la prescripción adquisitiva de bienes raíces. (Art.2526)

De lo expuesto cabe considerar que en Colombia la posesión inscrita no implica una verdadera posesión, debido a que no constituye un hecho material, y por lo tanto no puede generar las consecuencias propias (de la posesión material) del artículo 762 de dicho Código. La inscripción del título de propiedad junto a la posesión de un inmueble recibe el nombre de posesión regular (mencionado anteriormente) y genera una prueba total de la propiedad por el transcurso de tres años para bienes muebles y de cinco para bienes inmuebles (Art.2529 Ibídem), mientras que, la posesión de un inmueble sin inscripción de cuyo registro

se considera posesión irregular genera la propiedad por prescripción extraordinaria de diez años (Art.2532 Ibídem)

En cuanto al Ecuador, la posesión inscrita estuvo vigente hasta la reforma de 1956 que fue aprobada por el Congreso y publicada en el **R.O. N. 53 el 6 de noviembre de dicho año** y que estableció varios puntos, entre los más importantes, está que la posesión material es suficiente para poder ejercer las acciones posesorias, que cabe la prescripción extraordinaria contra título inscrito, que se la puede fundar en una posesión no inscrita y la reducción de los plazos de prescripción.

Su propósito fue variar el sistema de la prescripción y el concepto de la posesión. Antes de dicha reforma se discutía acerca de la posibilidad de prescribir contra título inscrito, por lo que la ley manifestó que esto sí es posible. La posesión material en base a esta ley basta para poder adquirir mediante prescripción extraordinaria.

El artículo más discutido fue el que hoy en día es el **Art. 968 C.C** que menciona que se prueba la posesión de los derechos inscritos a través de inscripción y mientras subsista tal inscripción y que además haya durado un año ininterrumpido, ninguna prueba de posesión con que se la pueda impugnarla no es admisible. Sobre este artículo se planteó la idea de si debería derogarse por tal reforma. Finalmente, se concluyó que no debía suprimírsele debido a que se ocupa de los derechos inscritos, en cambio, las acciones posesorias se refieren a la posesión material (de la cosa), diferente a la posesión legal (de los derechos) en donde vale la inscripción y sólo ella, respecto de los derechos que deben ser inscritos.

La jurisprudencia del Ecuador a lo largo de varios años acogió todas las acciones de defensa, de rechazo de las turbaciones materiales contra la posesión inscrita, de conservación de la posesión, por esta razón nuestro Código Civil estipula que la inscripción del título confiere la posesión efectiva del derecho (**Art. 712 C.C**), es decir, que quien posee y tiene el título de su posesión inscrito debidamente, puede hacer efectivo su derecho, defenderlo contra quien lo viola, de manera

que, si no lo hace efectivo, terminará por perder su derecho por la prescripción también.

Para quienes defendieron que se mantenga la teoría de la posesión inscrita en el Código, la inscripción del título es el medio a través del cual puede hacer efectiva la posesión de la cosa, por ejemplo el **Art. 970** establece que quien haya sido privado de la posesión, podrá pedir que se la restituya, con la respectiva indemnización de perjuicios, en otras palabras, la persona que tiene derecho de poseer tiene también derecho a la restitución de la posesión que ha sido despojada. Sin embargo tal inscripción no es necesaria para ejercer una acción posesoria.

La posesión del derecho inscrito no se pierde por el hecho del que se apodera de la cosa, pero sí se pierde la posesión de la cosa misma, pero como se conserva el derecho, se puede recuperarla por la inscripción

Cuando el que tiene sus títulos debidamente inscritos (así como también la posesión del derecho) no ejercita las acciones que la Ley le faculta para poder defender su derecho, llega a perderlo por prescripción, es decir, el dueño siempre va a poder reclamar la restitución, a menos que otro prescriba adquisitivamente su derecho.

De acuerdo a esta teoría por el título debidamente registrado, el propietario de un bien inmueble genera inmediatamente el fenómeno posesorio, en dicho título nada tiene que hacer la posesión material, es decir, la posesión inscrita niega la posesión material. A manera de ejemplo podemos mencionar: Xavier adquiere por compraventa un inmueble, con la respectiva escritura pública registrada (posesión inscrita). Andrés toma la posesión del inmueble, explotándolo económicamente. La posesión material de Andrés no podría hacer nada frente al título inscrito de Xavier, negándosele la posibilidad de adquirir el dominio por prescripción.

Andrés a pesar del transcurso del tiempo no puede acreditar ni defender con los interdictos posesorios ninguna posesión, por lo que podemos decir, que Xavier es el único poseedor debido al título registrado.

Las legislaciones (francesa, argentina, peruana, italiana, etc.), a pesar de que con interdictos posesorios protejan la posesión, no admiten que tenga acceso al registro. La posesión es pública en sí misma por lo que no se puede señalar que el registro influya en la situación del poseedor (la mejore o empeore) cuando el *corpus* y el *animus* son los únicos elementos que ratifican su existencia jurídica.

Si bien en nuestro país, la transferencia del dominio y la de los demás derechos reales sobre la propiedad inmueble, solamente puede efectuarse mediante de la inscripción de sus títulos en el Registro de la Propiedad (**Art. 703 C.C**), ello no implica que la inscripción de dichos inmuebles constituya la única prueba del dominio, y menos de la posesión. El Registro constituye un elemento de publicidad respecto del estado de las cosas.

Entre los artículos que mantienen vigente la teoría de la posesión inscrita, podemos destacar los siguientes:

El Art.739 del Código Civil establece que si la cosa forma parte de aquellas cuya tradición deba realizársela a través de la inscripción en el Libro del Registrador de la Propiedad, ninguna persona podrá adquirir su posesión sino mediante dicha inscripción, de esto se puede mencionar que hay una posesión que se adquiere por la sola inscripción y hay una posesión intangible que se la puede perder por la inscripción contraria que la pase o anule a otro.

Para que la posesión inscrita cese es imprescindible que sea cancelada la inscripción, ya sea por la voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en la cual el poseedor mediante título inscrito transfiere el derecho a otro, o por decisión judicial. (**Art. 743 C.C**)

Desde el momento en que otro se apodera de una cosa con ánimo de hacerla suya se deja de poseerla; salvo en los casos en que expresamente exceptúan las leyes. (**Art. 741 C.C**)

Respecto al título inscrito, contra él no cabe la prescripción adquisitiva ordinaria de bienes raíces, sino sólo en virtud de que exista otro título inscrito, y empezará a correr desde el momento de la inscripción de éste (**Art. 2406 C.C.**), no cabe este tipo de prescripción debido a que la prescripción ordinaria es consecuencia

de la posesión regular (mencionado anteriormente) y si la propiedad del bien no está inscrita quiere decir que no existió tradición (uno de los elementos de la posesión regular)

Por el contrario, la prescripción adquisitiva extraordinaria sí cabe contra título inscrito como lo establece el Art. **2410 # 1 C.C**, esto quiere decir, la persona que alega prescripción debe probar que ha poseído la cosa en cuestión, sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por quince años, es decir, debe demostrar y probar la posesión material del inmueble.

Si el poseedor logra probar lo antedicho y el anterior dueño no lo ha desvirtuado, la sentencia será favorable al prescribiente y se la inscribirá como título de propiedad, cancelándose la inscripción del anterior título (**Art. 2413 C.C**)

Una vez inscrita la sentencia, el poseedor se convierte en propietario y se produce con efecto retroactivo, es decir, no solamente a partir del día en que se cumplió el plazo de la prescripción se lo reputará dueño al poseedor, sino también desde el momento en que comenzó a poseer, este efecto se deduce de otras normas debido a que no está previsto en forma expresa en nuestro Código Civil

A diferencia de la prescripción adquisitiva ordinaria que no cabe contra título inscrito sino en virtud de otro título también inscrito, en la prescripción adquisitiva extraordinaria no se necesita título alguno, sino que solamente basta la posesión material (**Art. 2410 # 2 C.C**)

CONCLUSIÓN

Considero que fue loable la intención de don Andrés Bello de incentivar el registro de la propiedad de los bienes inmuebles a través de la teoría de la posesión inscrita; sin embargo, habiendo evolucionado nuestras normas como en efecto lo han hecho, posibilitando la prescripción contra título inscrito, considero que las normas que mantienen esta teoría causan más confusiones que beneficios, por lo que a mi criterio, los artículos del Código Civil que están en franca contradicción y que deben ser revisados para su modificación son:

Art. 712.- Los títulos no darán ni transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras no se haya realizado la inscripción de la manera que en dichos artículos y reglamentos se ordena.

Es evidente que el artículo mencionado, establece la distinción entre posesión del derecho y posesión del bien, cuestión que como se ha analizado no aporta en lo absoluto a los derechos del propietario, quien por su calidad de dueño tiene todas las acciones que le correspondan y que no son conferidas por la inscripción. En consecuencia considero que esta norma debe ser eliminada.

Art. 739.- Si la cosa forma parte de aquellas cuya tradición deba realizársela a través de la inscripción en el respectivo libro del Registro de la Propiedad, ninguna persona podrá adquirir su posesión sino mediante dicha inscripción.

Si la tradición de una cosa debe hacerse por medio de inscripción en el Registro de la Propiedad, nos estamos refiriendo a todos los inmuebles, por lo que, considerando nuestro esquema actual que permite prescripción extraordinaria,

resulta inadmisibles que se afirme que nadie pueda adquirir posesión sino es por la inscripción. Del mismo modo, esta norma debería eliminarse.

Art. 743.- Para que termine la posesión inscrita es necesario que sea cancelada la inscripción ya sea, mediante la voluntad de las partes, o por nueva inscripción en la cual el poseedor a través de título inscrito transfiere su derecho a otra persona; o sino por decisión judicial también.

La inscripción mientras subsista, la persona que se apodera de la cosa a que hace referencia el título inscrito, no adquiere la posesión de dicha cosa, ni tampoco da fin a la posesión existente.

Por el mismo razonamiento elaborado respecto de la norma anterior, el artículo 743 debe eliminarse, más aún cuando en el segundo inciso, no hace referencia a que posesión se refiere dando a entender que cualquier posesión se ve impedida por un título inscrito, situación que no se compecede con la realidad jurídica actual, en la que quien tenga el corpus y el animus, puede adquirir por prescripción extraordinaria.

Art. 745.- Si la persona que tiene la cosa a nombre y en lugar de otra persona, dándose por dueño de la misma la usurpa, no se pierde la posesión por una parte, ni se adquiere por otra; al menos que el usurpador la enajene a nombre propio. La persona a quien se la enajena adquiere su posesión, y da fin a la posesión anterior.

Si el que tiene la cosa a nombre y en lugar de un poseedor por título inscrito, se da por su dueño y la enajena, sin la respectiva inscripción no se pierde la posesión, ni se la adquiere.

En este último caso, el segundo inciso contradice el Art. 2410 numeral primero, pues la posesión irregular se puede adquirir aún contra título inscrito dando lugar a la prescripción extraordinaria de dominio.

De lo expuesto podemos observar que tales artículos hacen referencia a la posesión inscrita (sistema propuesto por Bello) y que fue modificado con la reforma 1956 en vigencia, pero que al momento de su publicación no fueron puestos a consideración para su revisión, por lo que es necesario proponer otra reforma que clarifique la anterior, es decir, que dichos artículos sean derogados debido a que se contradicen con nuestro sistema actual en donde prevalece la posesión material ante la posesión inscrita, como lo estipula nuestro propio Código Civil en su artículo 2410 # 1 y 2.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Larrea Holguín, J. (2008). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Volumen III. Los Bienes y la Posesión*. Quito- Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones
- Larrea Holguín, J. (1988). *Derecho Civil del Ecuador. Tomo VII El Dominio y los Modos de adquirir*. Quito- Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones
- Claro Solar, L. (s.f). *Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen III. De Los Bienes*. Santiago de Chile- Chile: Temis S.A.
- Vodanovich, A. (s.f). *Curso de Derecho Civil. Los Bienes y los Derechos Reales*. Santiago de Chile- Chile: Nascimento.
- Valencia Zea, A & Ortiz Monsalve, A (2012). *Derecho Civil. Tomo II. Derechos Reales*. Bogotá- Colombia: Temis S.A
- Peñaherrera, V. (s.f). *La posesión. Las acciones posesorias y los juicios posesorios*. Quito- Ecuador. Megaleyes.
- Peñailillo Arévalo, D. (1993). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales. Segunda edición*. Santiago de Chile- Chile: Editorial Jurídica de Chile
- Von Ihering, R. (2000). *Estudios sobre la posesión*. México
- Velásquez, Jaramillo L. (2008). *Bienes*. Medellín- Colombia: Comlibros Ltda.
- Ochoa Carvajal, R. (2006). *Bienes*. Bogotá- Colombia: Temis S.A
- *Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXII*. Buenos Aires- Argentina: Ancalo
- Código Civil



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Salavarría Dávila María Ximena**, con C.C: # 0929113280 autora del trabajo de titulación: **La teoría de la posesión inscrita y la necesaria reforma al Código Civil** previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 15 de marzo del 2016

f. _____

Nombre: **Salavarría Dávila María Ximena**

C.C: 0929113280



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La teoría de la posesión inscrita y la necesaria reforma al Código Civil		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Salavarría Dávila María Ximena		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Ab. Macías Cedeño María Alexandra		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	18 de marzo del 2016	No. DE PÁGINAS:	31
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Civil, Derecho Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Posesión, posesión inscrita, título, justo título, prescripción, prescripción extraordinaria		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>El presente artículo tiene por finalidad realizar una revisión previa al concepto de posesión y al pensamiento que tenían los juristas romanos de ella como una relación de hecho; las teorías con sus respectivos exponentes respecto de su naturaleza jurídica, y en cuál de ellas se apoya nuestra legislación; sus elementos y consecuencias jurídicas; tipos de posesión, diferencias entre mera tenencia y propiedad; semejanzas y diferencias entre la posesión y la propiedad; para así profundizar en la teoría de la posesión inscrita en la que se considera que la inscripción en el Registro de la Propiedad equivalente a la posesión; teoría introducida en nuestro Código Civil por Andrés Bello con el ánimo de incentivar a las personas a que acudan a registrar sus bienes inmuebles, como “prueba” de la posesión de dichos bienes, hasta que la reforma al Código Civil en el año de 1956, estableció la suficiencia de la posesión material para poder prescribir adquisitivamente por vía extraordinaria, cabiendo la prescripción aun contra título inscrito. Esta posibilidad continúa vigente en nuestro Código Civil sin embargo, todavía existen normas en nuestra legislación que hacen referencia al antiguo sistema de posesión inscrita establecido por Bello, causando confusión y críticas</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTORES:	Teléfono: +593-997505311	E-mail: ximena6936@hotmail.com; ximena10693@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Ab. Maritza Reynoso Gaute		
	Teléfono: +593-9-94602774		
	E-mail: martizareynosodewright@gmail.com		

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	

