

evento de que a los socios se grave en su cabeza el valor del patrimonio social y las rentas, sin discriminación de la naturaleza de la sociedad donde tenga su interés social. Otro caso puede darse en el impuesto de industria y comercio y el predial, cuando en un municipio dado son muy elevados, y mucho más bajos en el vecino. En este caso las fábricas se instalan en el segundo, siempre que se reúnan otros factores que son indispensables en la organización de las industrias, como el personal humano, vías de comunicación, abundancia de materia prima en el lugar o cerca a él, terrenos adecuados, buen caudal de aguas, energía eléctrica, etc., etc.

(CONTINUARA)

## JUICIOS DE TENENCIA Y CONTROL DE ARRENDAMIENTOS

DR. HORACIO MONTOYA GIL

## SUMARIO

### INTRODUCCION

### PRIMERA PARTE

#### IDEAS GENERALES ACERCA DE LA TENENCIA Y JUICIOS DE TENENCIA

#### CAPITULO PRIMERO

##### NOCION DE TENENCIA

1). Evolución del concepto de tenencia. 2). Definición de la tenencia. 3). División de las relaciones de mera tenencia. 4). Características de la tenencia. 5). Comparación entre tenencia y posesión. 6). Posición de los códigos más recientes. 7). Fuentes de la mera tenencia.

#### CAPITULO SEGUNDO

##### EVOLUCION HISTORICA Y LEGISLATIVA DE LA ACCION DE TENENCIA

8). Antecedentes históricos. 9). Evolución legislativa. 10). Disposiciones vigentes acerca de los juicios de tenencia.

## CAPITULO TERCERO

### GENERALIDADES SOBRE LOS

#### JUICIOS DE TENENCIA

11). Noción de Derecho Procesal. 12). Concepto de acción. 13). Clasificación de las acciones. 14). Elementos de la acción. 15). Presupuestos procesales. 16). Comparación entre presupuestos procesales y condiciones de la acción. 17). Aplicación de los anteriores conceptos a la acción de tenencia. 18). Definición de la acción de tenencia. 19). Condiciones de la acción de tenencia. 20). Presupuestos procesales en los juicios de tenencia. Competencia para conocer de los juicios de tenencia. Competencia en la Reforma Judicial. Capacidad para ser parte y para comparecer como parte en estos juicios. Jus Postulandi. Demanda en forma en los juicios de Tenencia. 21). La legitimación en los juicios de tenencia. 22). Legitimación activa. 23). Legitimación pasiva.

#### SEGUNDA PARTE

#### JUICIOS ESPECIALES DE TENENCIA

#### CAPITULO CUARTO

##### LANZAMIENTO DEL ARRENDATARIO

24). Crítica a la rúbrica del capítulo. 25). Demanda. 26). Pruebas que deben acompañarse a la demanda. Causales de lanzamiento. 1ª Expiración del término. 2ª Terminación del uso especial. 3ª Objeto ilícito o destinación distinta. 4ª Mora en el pago de la renta. 5ª Desahucio. 6ª Imposibilidad para el uso de la cosa. 27). Notificación. Notificación por aviso. 28). Oposición del demandado. 29). Excepciones en los juicios de lanzamiento. 30). Período probatorio. 31). Sentencia. Contenido. 32). Notificación y apelación de la sentencia.

## CAPITULO QUINTO

### RESTITUCION DE LA COSA ARRENDADA A PETICION DEL ARRENDATARIO

33). Noticia histórica. 34). Causales que pueden originar esta acción. A) Vicios redhibitorios. B) Evicción. 35). Demanda y pruebas que deben agregarse a ella. 36). Tramitación.

## CAPITULO SEXTO

### OTROS JUICIOS DE TENENCIA

#### I) *Disposiciones varias.*

37). Anotación previa. 38). Estudio del artículo 1.115 del Código Judicial. 39). Procedimiento en caso de subarriendo.

#### II) *Lanzamiento en predios rústicos.*

40). Ideas aclaratorias. 41). Qué debe entenderse por predio rústico. 42). Tramitación. 43). Litis consorcio en estos juicios. 44). El desahucio. 45). Tramitación en el Decreto 0291 de 1.957.

#### III) *Lanzamiento por ocupación de hecho.*

46). Quiénes conocen de estos juicios. 47). Ocupación de predio rural. 48). Ocupación de predio urbano. 49). Prescripción de estas acciones.

#### IV) *Lanzamiento de huéspedes de hoteles.*

50). Objeto de este procedimiento. 51). Competencia y tramitación. Derecho de retención.

## CAPITULO SEPTIMO

### CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LANZAMIENTO.

52). Noción de ejecución. 53). A quién corresponde la ejecución. 54). Cómo y cuándo deben hacerse la entrega. 55). Incidente de opo-

sición a la entrega. 56). Oposición por enfermedad de un ocupante. 57). Oposición de terceros. Naturaleza del derecho del arrendatario. 58). Oposición del demandado. Derecho de retención. Oportunidad para alegar el derecho de retención. 59). El Good Will como mejora. 60). Derecho de retención del arrendador. 61). La cosa juzgada en los juicios de tenencia. 62). Acción para el cobro de cánones adeudados.

## TERCERA PARTE

### CONTROL DE ARRENDAMIENTOS

## CAPITULO OCTAVO

### GENERALIDADES SOBRE EL CONTROL.

63). Ideas introductorias. 64). Antecedentes del Control de Arrendamientos. 65). Sistemas de control. Derecho Comparado: I) Francia. II) España. III) Chile. IV) Uruguay. 66). Concepto de Control de arrendamientos. 67). Sistemas para la fijación de la renta o canon. 68). Prórroga forzosa. 69). Naturaleza de las normas de control de arrendamientos. 70). Renuncia a las prerrogativas que él otorga al inquilino. 71). Renuncia a las formalidades del requerimiento y desahucio.

## CAPITULO NOVENO

### CONTROL DE ARRENDAMIENTOS EN NUESTRO DERECHO

72). Disposiciones relativas al control. 73). Ambito de aplicación de las normas de control: A) Ambito territorial. B) Inmuebles sometidos al control. 74). Efectos del control en los contratos de arrendamiento. 75). Incidencia del control en los juicios de lanzamiento. 76). Causales de lanzamiento en el estatuto de control. 77). Las causales de lanzamiento en el Decreto 1.070 de 1.956 no son taxativas. 78). Licencia Administrativa. 79). Quién debe solicitar la licencia. 80). Tramitación de la licencia. 81). Citación del inquilino. 82). Obligaciones que la licencia impone. Sanciones por incumplimiento. 83). Repetición de arrendamientos pagados en exceso. 84). Crítica al control de arrendamientos. 85). Orientación legislativa en materia de control.

## INTRODUCCION

En materia de tesis de grado, numerosos e interesantes estudios relacionados con aspectos teóricos de la ciencia jurídica se han realizado, al contrario de lo que ocurre con los temas de aplicación práctica de la misma. A ello ha contribuido, de un lado, la falta de práctica forense en los graduandos y, de otro, la escasa bibliografía patria acerca del derecho procedimental.

No obstante, venciendo en lo posible tales dificultades, en los capítulos subsiguientes nos proponemos hacer algunas consideraciones acerca de un aspecto del Procedimiento Civil Colombiano que, a pesar de su aplicación diaria ante el Foro, muy poco se ha escrito sobre él. Se trata del trámite relativo a los Juicios Especiales de Tenencia.

Mas, como el derecho procesal, en sentido amplio, tiene por objeto y fin la realización del derecho objetivo, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, hemos considerado del caso adicionar nuestro trabajo con algunas anotaciones acerca de la Tenencia por su aspecto sustantivo, lo mismo que en lo relacionado con el "Control de Arrendamientos"; una de las manifestaciones del Intervencionismo Estatal.

El Control de Arrendamientos, resultante de la evolución dinámica del derecho y los influjos sociales de la época, fenómenos que han venido cercenando cada día más la autonomía de la voluntad y la libre contratación, principios vertebrales del derecho privado, ha sido justamente el tema que más ha ocupado nuestra atención.

Con miras a la formación de un criterio más definido acerca de tan importante tema y así podamos juzgar con mayor acierto las bondades y las deficiencias de nuestro estatuto de control, hemos completado nues-

tro estudio en forma comparativa, con algunas observaciones relativas a la manera como opera el régimen especial de arrendamientos en países más avanzados que el nuestro en esta materia.

Si en ocasiones, tratando de dilucidar el sentido teleológico de algunos cánones legales, nos apartamos de la interpretación doctrinaria que de ellos se ha hecho, lo hacemos convencidos como estamos de la exactitud y sabiduría de uno de los principios del derecho justiniano, de acuerdo al cual "saber leyes no consiste en conocer el sentido de las palabras, sino en profundizar su espíritu y su intención" (Digesto, Libro 1º, Título III, Ley XXXIII).

## PARTE PRIMERA

### *Ideas generales acerca de la tenencia y Juicios de Tenencia.*

## CAPITULO PRIMERO

### *Noción de Tenencia*

1). *Evolución del concepto de Tenencia.*— No obstante que la idea central de nuestro estudio es el análisis del aspecto adjetivo de la tenencia, no está por demás hacer algunas breves consideraciones en torno a esta institución como que en tal forma se hará más comprensible la naturaleza de la acción de tenencia y sus elementos estructurales.

La noción de tenencia, tal como la concibe la doctrina y la regulan los ordenamientos positivos, fué desconocida en las épocas primigenias del derecho. En la génesis del derecho romano y como un producto inmediato de la vida, surge en el pueblo la idea de la relación de la tenencia referida primero a los inmuebles, debido quizá a la preponderancia que a esta clase de bienes se le daba entonces. En la Roma antigua, tal

relación tiene sus primeras manifestaciones en el *poder dominical*: tenencia de los hijos y de los esclavos por el Jefe de la familia. Al lado de ésta aparece también la relación de tenencia de colonos, arrendatarios, comodatarios, etc. La primera se llamó relación de *tenencia doméstica* y la segunda *contractual*.

La extensión de la noción de tenencia a las cosas muebles, no fué en Roma la consecuencia de un interés práctico; ella fue obra de la lógica jurídica. Una vez admitida la tenencia sobre los bienes raíces, se aplicó también a los muebles por fuerza de la doctrina de los jurisconsultos romanos quienes, con sus estudios, llegaron a concluir la más impercedera teoría del derecho privado.

Un eminente estudioso de la evolución histórica de los conceptos de tenencia y posesión, se expresa así refiriéndose a este aspecto: "La relación de tenencia de las cosas muebles es una institución jurídica sin importancia práctica apenas, que debe su origen exclusivamente al pensamiento jurídico, y que, históricamente, no podía surgir sino luego que, de una parte, la tenencia de las cosas inmuebles hubo logrado su formación y desenvolvimiento definitivos, y de otra, la doctrina de los juristas alcanzó la fuerza de abstracción necesaria para definir la relación sobre las cosas muebles" (1).

Estructurado ya el concepto en su forma sustancial, viene luego la evolución por el aspecto adjetivo, precisamente el que más nos interesa, pero al cual nos referiremos posteriormente al hacer algunas consideraciones acerca del desenvolvimiento progresivo de la acción de tenencia.

2) *Definición de la tenencia.*- De acuerdo a la terminología y sistemática del Código Civil, toda relación material del hombre con las cosas recibe el nombre de relación posesoria.

Tratando de clasificar estas relaciones, pero ya desde un punto de vista más general, encontramos los siguientes grupos:

a) Un primer grupo de relaciones posesorias lo constituyen la posesión del propietario o de poseedor a nombre propio, equivalente a la *civilis possessio* y que genera, al igual que en el derecho romano, acciones posesorias y da facultad de ganar las cosas por prescripción adquisitiva;

b) Otro grupo de relaciones posesorias lo forman el ejercicio de relaciones materiales (o poderes de hecho), que corresponden a la titularidad de derechos reales (usufructo, servidumbres, prenda etc.).

(1) Rodolfo Von Ihering, LA POSESION, Versión de Adolfo Posada, pág. 372. Segunda Edición. Edit. Reus S. A. 1.926. D. 346.4 I 125p.

Estas engendran las acciones posesorias comunes y algunas la adquisición del respectivo derecho real por prescripción como ocurre con las servidumbres y el usufructo; y

c) Finalmente, el tercer grupo se compone de los poderes de hecho que no corresponden al ejercicio de la propiedad ni a derechos reales desmembrados de ella si no al ejercicio o realización de *derechos personales*, como sucede con el arrendamiento, el comodato, el depósito, etc. Estas relaciones generan una acción posesoria especial o querrela de restablecimiento, cuando los titulares de tales relaciones han sido despojados violentamente de la mera tenencia sobre la cosa y que tiene por objeto el restablecimiento de las cosas al estado en que antes se hallaban. Se caracterizan estas relaciones por cuanto son impotentes para permitir que se adquieran las cosas por usucapión y que para el ejercicio de la querrela de restablecimiento basta acreditar el despojo violento (2).

Como se ve, son el segundo y tercer grupos los que generan relaciones de posesión a nombre ajeno o relación de mera tenencia. Pero es el último, el de la típica relación personal de tenencia y en cuyos efectos discrepan las diversas legislaciones, pues cuando los sistemas orientados por el derecho romano, a través del Código de Napoleón, únicamente le reconocen al tenedor la querrela de restablecimiento, el alemán y todos los que siguen sus orientaciones le confieren al detentador todos los interdictos posesorios.

De todo lo dicho en los apartes anteriores, se adivina o intuye la definición legal y doctrinaria de la institución por su aspecto sustantivo considerado como parte integrante del trabajo.

El Código Civil en su artículo 775, incorporado al tratado de la posesión, define la tenencia como:

*La relación que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño.*

Si toda relación posesoria que se ejerza sobre las cosas, cualquiera sea su naturaleza, supone: a) un contacto material y voluntario del hombre con las cosas; b) un sujeto de la relación, y c) un objeto, la definición legal de la tenencia es completa, ya que en sí contiene todos los elementos que la estructuran y deslindan de otras figuras afines.

Todas las definiciones de tenencia relieván el poder de hecho del sujeto en la cosa sobre la cual recae; pero ese poder de hecho —rela-

(2) Art. 984 del C. C. Col., que es igual al 1.725 del C. C. Francés.

ción jurídica— es el más simple y ocupa la última categoría de las relaciones posesorias.

Para Ihering, la tenencia es “una relación de la persona con la cosa, con efectos jurídicos, pero menos que los de la relación de posesión”. Este eminente jurisconsulto, en la escala de las relaciones jurídicas de la persona con las cosas, asigna el último lugar a la tenencia. “El primero —dice— corresponde a la propiedad y a los jura in re; el segundo, a la bonae fidei possessio; el tercero, a la posesión; y el cuarto, a la tenencia”.

(3). Al igual que Ihering, en el derecho civil español se coloca la relación precaria en el último extremo de las relaciones materiales. “La tenencia constituye la mínima relación con una cosa, sin título ni propósito jurídico que conduzca a su apropiación; ya que puede referirse incluso al que examina momentáneamente un objeto curioso que se le muestra, y al que sería al menos exagerado calificar de depositario o comodatario instantáneo” (4).

Lo que caracteriza y tipifica la relación de tenencia es la ausencia de *animus domini* y la obligación en que se halla el sujeto de restituir la cosa al dueño o poseedor. De nada sirve a alguien la escueta afirmación de que posee para sí, si otro esgrime la existencia de una obligación de restituir.

No quiere decir la anterior caracterización que en la tenencia no intervenga la voluntad del sujeto, no. Ni el mismo von Ihering, con su teoría objetiva, prescinde de ella. “Ni el lenguaje, ni el derecho, ni la ciencia, consideran como posesión la simple relación, en el espacio, de personas con la cosa... sin voluntad no hay relación posesoria”. Recuerdese que para éste autor también la tenencia es una relación posesoria (5). La tesis de Ihering debe interpretarse, no en el sentido de ausencia de voluntad en el detentador; el tenedor se caracteriza por la ausencia de *animus domini*, pero tiene que estar animado de voluntad de tenedor precario, aún así la expresión resulte un poco redundante.

3) *División de las relaciones de mera tenencia.*— Relacionando los artículos 775 y 786 del Código Civil, puede hacerse una clasificación de estas relaciones, la cual resulta de importancia tanto teórica como práctica:

1) Relaciones de tenencia que corresponden al ejercicio de *derechos reales*. Son tenedores de este tipo el usufructuario, el que tiene so-

(3) Von Ihering, ob. cit. pág. 304.

(4) Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Notas a la obra LECCIONES DE DERECHO CIVIL de los Hermanos Mazeaud. Segunda Parte. Tomo IV, Nº 1.410. Ediciones EJE, 1.960.

(5) A. Valencia Zea DERECHO CIVIL, Tomo II, Nº 36. Editorial Temis. 1.961.

bre la cosa un derecho de uso o habitación, el acreedor prendario, el titular de un derecho de retención reconocido, el acreedor anticrédito, censualista, etc. (6) Estas relaciones se caracterizan porque para ellas la ley consagra todas las acciones posesorias como medios jurídicos de protección del respectivo derecho, cuando sea desconocido o lesionado.

2) Relaciones de tenencia que suponen el ejercicio de un *derecho personal* y que ligan al sujeto de la relación con el dueño de la cosa. Pertenecen a esta clase de tenedores el arrendatario, comodatario, depositario, secuestre, guardador, albacea con tenencia y administración de bienes, etc. Todos estos titulares de la relación precaria están protegidos por la acción posesoria especial a que se contrae el artículo 984 del Código Civil y a la cual se hizo referencia antes. Además, los titulares tienen los derechos y obligaciones que se consagran en los artículos 1988, 2342 y 2419 (7).

La importancia práctica de esta clasificación de los tenedores resulta de las siguientes consideraciones: el titular de un derecho real (primer grupo) es mero tenedor de la cosa, pero, en cambio, tiene la posesión de su derecho real y puede usucapirlo (excepto el de prenda e hipoteca). Así, por ejemplo, Pedro es usufructuario de una finca: con respecto a la finca misma es mero tenedor; en cambio, con relación al derecho de usufructo que tiene en la finca, Pedro es poseedor de su derecho. En este evento, la mera tenencia le es absolutamente indispensable para ejercer el derecho real. Por el contrario, cuando la mera tenencia emana de una vinculación puramente personal, el detentador no tiene en la cosa misma *ningún derecho*; sólo existe un vínculo jurídico (un derecho de crédito) entre el tenedor y el dueño de la cosa.

4) *Características de la tenencia.*— La tenencia, como toda institución jurídica autónoma, tiene sus notas específicas acordes a su naturaleza. Entre las más sobresalientes y fundamentales se encuentran las de ser absoluta, perpetua e inmutable o indeleble.

1ª) Que la mera tenencia sea *absoluta* quiere decir que quien tenga la calidad de simple o mero tenedor siempre tendrá tal carácter, tanto con respecto al propietario o poseedor de la cosa como con relación a los terceros extraños. De esta circunstancia se concluye que si al tenedor se le despoja de la cosa, no podría invocar acciones posesorias diciéndose poseedor de ella, porque aún con respecto a los terceros es también un mero detentador. Pero es claro que, como se ha dicho en varias oportunidades, a pesar de su precaria situación, el tenedor puede

(6) C. C. arts. 665, 2.458 y 181 y ss. Ley 57 de 1887.

(7) Fernando Vélez, DERECHO CIVIL COLOMBIANO. TOMO III, Nº 240. Segunda Edición.

acudir ante la justicia e impetrar los medios de defensa que le otorga el artículo 984 del Código Civil. Esta nota es la más fundamental y esencial de la tenencia.

2ª) Otra de las características de la tenencia es su *perpetuidad*. Significa que si el causante es un mero tenedor, también el causahabiente o sucesor tendrá el mismo carácter, pues, como es bien sabido, el heredero, y ello puede generalizarse, sucede en todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante (8). Este principio no es más que aplicación de aquel otro conocido de antiguo según el cual nadie puede transmitir más derechos de los que tiene (*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Si, por ejemplo, fallece una persona que arrendó una propiedad y por tanto, está revestida de la calidad de mero tenedor, el heredero de esa persona tiene igual carácter y está obligado a restituir la cosa a su dueño, llegado que sea el caso de devolverla.

Empero, la característica de la perpetuidad, propia de la tenencia, no es enteramente absoluta ya que puede suceder que siendo el causante un mero detentador de la cosa, el heredero o causahabiente se transforme en poseedor. Tal ocurriría en el evento de que una persona que era arrendataria de una cosa falleciera y la dejara en legado: si bien el causahabiente no era dueño, la sucesión por causa de muerte le serviría de justo título al legatario para comenzar a descontar una prescripción, si a él se auna la creencia de buena fé de que el causante era dueño de la cosa legada (9).

3ª) Finalmente, la mera tenencia es *inmutable o indeleble*, esto es, que ella no puede transformarse en posesión a consecuencia del principio de que nadie puede por sí mejorar su propio título. Así lo establece expresamente el Código Civil cuando en su artículo 777 dice que el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión. Confirma este criterio legal el inciso segundo del artículo 780 *idem*, cuando, después de hablar de la presunción de posesión a nombre propio, sienta la regla de que si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas.

La regla anterior presenta dos excepciones, una de ellas, la primera, más aparente que real.

a) De la doctrina contenida en los artículos 777, 780 y 2531 del Código Civil, se deduce claramente la regla de que la mera tenencia no

(8) Código Civil. art. 1.155.

(9) Véase numeral 4º art. 766 C. C.

se cambia en posesión por el sólo transcurso del tiempo, o sea por la sólo voluntad de parte del detentador.

Sin embargo, del contexto del último de los preceptos citados, parece deducirse lo contrario; o, en otras palabras, que armonizando los textos en cita, la regla quedaría mejor formulada de la siguiente manera: la mera tenencia no se transforma en posesión por el simple lapso del tiempo, salvo el caso de la regla segunda del artículo 2531. Pero, dados los términos como están redactados uno y otro texto, puede afirmarse que no existe tal excepción y que la regla del artículo 2531 de que la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fé y no dará lugar a la prescripción, más bien confirma el criterio sentado en el artículo 777.

En efecto: si bien es cierto que el artículo 777 del C. C. preceptúa que la tenencia no se cambia en posesión, por el lapso del tiempo, de la misma manera lo es que el artículo 2531 señala un evento en que tal transformación se da; pero nótese que el cambio se opera no por el simple transcurso del tiempo sino por la concurrencia de otros hechos que no dependen enteramente de la sólo voluntad del tenedor. En el hecho concurren actos tanto del tenedor como del dueño que vienen a alterar la situación jurídica de ambos.

El mismo artículo 2531 indica cuáles son las circunstancias que tienen la virtud de mutar la relación jurídica en una mayor categoría, de acuerdo con la clasificación de las relaciones posesorias ya vistas. Son ellas:

1ª) Que el que se pretenda dueño no pueda probar que en los últimos treinta años (10) se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción.

2ª) Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

La concurrencia copulativa de estas dos circunstancias, indica que el que comenzó como mero tenedor, ha tenido la cosa como señor y dueño; concurre la prueba negativa del desconocimiento del dominio ajeno y la prueba afirmativa de que se obró como poseedor. De consiguiente, se concluye que la mera tenencia se ha transformado en posesión, no ya por la sólo voluntad del tenedor ni por el simple transcurso del tiempo, sino también, y esto es lo esencial, por la negligencia de parte del dueño.

b) La otra, esta sí una verdadera excepción a la regla de que la mera tenencia es inmutable o indeleble, la contempla la primera parte

(10) Hoy 20 años de acuerdo con el art. 1º de la ley 50 de 1.936.

del inciso primero del artículo 791 del Código Civil, de acuerdo con el cual el que usurpa una cosa no adquiere la posesión, ni hace perder la posesión anteriormente existente, salvo el caso de que el usurpador enajene la cosa, ya que entonces el adquirente puede pasar a ser poseedor.

5) *Comparación entre tenencia y posesión.*- Dentro de un orden lógico de ideas, después de definir una institución, es conveniente compararla con otras figuras afines con el objeto de que queden bien delimitados sus contornos propios.

Como ya sabemos cual es la definición que el código civil da de la tenencia, veámos como define el mismo estatuto la posesión que es la figura más afin de aquélla. En efecto: "la *posesión* —dice el artículo 762— es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él". Y el inciso segundo del mismo texto, agrega: "el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo".

Ahora bien: dos juristas de renombre, ambos alemanes, han profundizado en el estudio de los conceptos de tenencia y posesión a través del derecho romano, llegando hasta elaborar cada cual su propia teoría. Son ellos SAVIGNY y Von IHERING, el primero en su obra TRATADO DE LA POSESION del año 1.803 y el segundo con su FUNDAMENTO DE LOS INTERDICTOS POSESORIOS, publicados en 1.867, obra en la cual este autor critica a su antecesor y sienta criterios que fueron los que en definitiva inspiraron la elaboración del moderno Código Civil Alemán.

No es este el lugar ni tampoco el objetivo del aparte para detenernos en el estudio de cada una de las teorías —subjetiva la del primero y objetiva la del segundo—. Sin embargo, someramente, haremos algunas breves anotaciones acerca de los puntos en que coinciden y difieren fundamentalmente, observando que nuestro código se orienta en la interpretación que del derecho romano hizo Savigny.

Tanto este autor como Ihering, distinguen dos grupos de relaciones posesorias, al analizar las relaciones materiales del hombre con las cosas: la posesión en sí (posesión de propietario) y la mera tenencia (posesión en nombre ajeno) reconociéndoles a cada cual idénticos efectos jurídicos.

No obstante el punto central de discrepancia entre las dos teorías se encuentra en el elemento *voluntad* (animus). Según Savigny, la posesión de propietario se determina por una voluntad especial —*animus*

*possidendi*—; en cambio para Ihering, tal voluntad especial no es necesaria. Por ello, por tratarse de un elemento psicológico, interno, a la teoría del primero se le califica de subjetiva.

Conforme a la tesis de Savigny, la relación posesoria se forma por dos elementos: un *poder de hecho* sobre la cosa y el *animus possidendi* (*animus domini*); la de tenencia resulta del simple poder de hecho. En cambio, de acuerdo a la teoría objetiva, el simple poder de hecho o señorío efectivo sobre la cosa, contiene la posesión; cuando tal poder no tiene la capacidad de engendrar propiedad por usucapión, la relación es de mera tenencia.

En el fondo, estas teorías llevan a una consecuencia eminentemente práctica por el aspecto probatorio. Según la subjetiva, para demostrar la posesión se deben acreditar los dos elementos que la integran. En cambio para Ihering, en tal evento, basta demostrar el poder de hecho o señorío sobre la cosa; será al adversario, en un debate judicial, a quien corresponda demostrar la ausencia de *animus domini* (elemento diferencial negativo en su teoría) para que la relación se tenga como de mera tenencia.

En el terreno de la práctica, pero no ya por el aspecto probatorio, las dos tesis se limitan a otorgarle o a negarle al detentador las acciones posesorias. Mientras Savigny propugna porque sólo se le reconozcan al poseedor, siguiendo en este sentido la tradición romana, Ihering sostiene que, por razones del interés social, se deben reconocer las acciones posesorias a toda clase de relaciones, incluyendo las de tenencia.

Ahora, dejando de lado la doctrina y concretándonos al sistema positivo nuestro que, no está por demás decirlo, se inspiró casi en su integridad en la teoría de Savigny, veámos cómo puede hacerse la distinción entre la posesión y la tenencia.

En el derecho romano se distinguieron la *civilis possessio* de la *naturalis possessio*, reservando esta última a la mera tenencia. Nuestro Código Civil, inspirado en esta terminología, adoptó en sus textos idéntica distinción, como bien puede colegirse de los artículos 762 y 775.

Se refirió el código en su artículo 762 a las relaciones materiales que corresponden al ejercicio de la propiedad o posesión a nombre propio, asociando esta idea a la contenida en el artículo 780; y, en el 775 contempló las relaciones materiales que no corresponden al ejercicio de la propiedad sino al ejercicio de cualquier otro derecho, es decir, que en este cánón el legislador se refirió a las relaciones que se conocen con el nombre de detentación, posesión a nombre ajeno, posesión precaria o, simplemente, *mera tenencia*.



Al redactar don Andrés Bello el estatuto sustantivo civil, tuvo el cuidado de definir cada variedad de relación posesoria en sentido abstracto, razón por la cual más de un problema se ha presentado a los estrados judiciales y otras tantas controversias doctrinarias y jurisprudenciales se han planteado ante los mismos.

Volviendo al tema inicial de este aparte, indicaremos las diferencias más marcadas entre una y otra institución, diferencias que emanan de la anturaleza misma de cada una.

Mientras que la posesión existe con independencia de toda situación jurídica, la tenencia surge siempre de una relación jurídica; supone en su origen un título jurídico, bien sea este convencional (arrendatario, acreedor anticrético, inquilino, depositario, comodatario, acreedor prendario etc.), judicial (secuestre) o legal (como el que tiene el padre de familia en relación con los bienes del hijo) etc. (11).

El poder de tenedor, por originarse en una situación jurídica, es *poder de derecho*. El inquilino, comodatario, etc., tienen un derecho, no sobre la cosa en sí porque no se trata de un derecho real, pero sí un derecho de crédito contra el arrendador, comodante, etc. En cambio, el poseedor, en tanto que poseedor, no tiene ni derecho real ni derecho de crédito.

Se oponen también la posesión y la tenencia en el sentido de que el poseedor puede ser titular del derecho real correspondiente al poder que ejerce, pero las calidades o títulos de propietario y detentador no están unidas jamás en una misma persona; si ello ocurriera, se daría el caso de que una persona, por ejemplo, pudiera ser arrendataria de sí misma.

Finalmente, mientras que el propietario deja de tener la posesión cuando de la cosa se apodera un poseedor, la presencia de un detentador no le impide al propietario seguir poseyendo: el propietario que haya alquilado su casa, conserva la posesión, posee a través del inquilino —corpore alieno—.

6) *Posición de los Códigos más recientes.*— Los Códigos más recientes como el Alemán, Suizo, Japonés, Brasileño, Mejicano, Peruano, Venezolano de 1.942, etc., en lo que dice relación a las medidas de protección de los tenedores, se encuentran directamente influenciados por la teoría de Ihering.

Así los Códigos Alemán y Suizo no oponen entre sí la mera tenencia y la posesión. Distinguen entre poseedor originario y poseedor indirecto; pero conceden a uno y otro las acciones posesorias.

(11) Mazeaud. ob. cit. N° 1.410.

El Código Alemán llama posesión a la detentación y, por consiguiente, suprime el requisito del *animus domini*. “Pero para no confundir la posesión con toda simple relación de contacto material, como anota Alessandri, niega el concepto de poseedores, y, por ende, la protección posesoria a los detentadores que no fueren más servidores de la posesión o instrumentos de la posesión de otro (parágrafo 855). El Código Suizo, inspirándose en el Alemán, prescinde también de toda distinción entre detentación y posesión, y ni siquiera consigna expresamente la excepción del Código Germánico respecto de los tenedores dependientes o subordinados” (12).

El Moderno Código Italiano de 1.942, si bien define la posesión siguiendo más o menos los principios de la teoría subjetiva, llega en sus disposiciones a las mismas consecuencias prácticas que Ihering.

7) *Fuentes de la mera tenencia.* Se había dicho anteriormente, siguiendo a los Hermanos Mazeud (13), que la tenencia suponía un título, una situación jurídica que podía ser convencional, judicial o legal. Para evitar confusiones en los conceptos, conviene anotar que no puede afirmarse en forma simplista que la tenencia tenga como fuentes el contrato, la orden judicial o el mandato imperativo.

Como se sabe, la tenencia es ante todo un derecho y no una obligación; es un derecho civil y como tal es la facultad que la ley acuerda a todos los individuos en sus relaciones privadas con los demás individuos, sobre las cosas del mundo exterior, o con respecto a sus semejantes. La mera tenencia es, pues, un derecho de carácter personal que confiere prerrogativas tales como la protección posesoria contra las vías de hecho y la de restituir la cosa cuando fuere el caso.

Que la mera tenencia es un derecho no cabe duda: el legislador ha definido claramente lo que se entiende por mera tenencia y ha dicho también cuáles son sus elementos integrantes para que en un caso dado no se confunda con otros derechos o fenómenos semejantes, tales como la propiedad, posesión, etc.

Al hablar de las fuentes generadoras, bien de los derechos u obligaciones, se supone que se hace referencia a las fuentes directas o inmediatas ya que, como es bien sabido, todas tienen su fundamento remoto en el ordenamiento positivo. Podríamos entonces decir más bien que la fuente *mediata o indirecta* del derecho de mera tenencia es el ordenamiento jurídico positivo y que las fuentes *inmediatas o directas* serían la convención, el mandato judicial o la ley.

(12) A. Alessandri, DERECHO CIVIL, Tomo II, N° 631. Ed. 1.957.

(13) Cita N° 11 de los Hermanos Mazeaud.

Aún, en los anteriores términos resulta deficientemente planteado el problema de las fuentes de la tenencia. Uno de los ejemplos que podrían citarse de tenedores cuyo derecho emane de la ley sería el del padre de familia en relación con los bienes del hijo cuyo usufructo le confiere el mandato legal.

En el anterior ejemplo se está colocando la ley como reguladora de una situación particular, individual, lo que está en completo desacuerdo con las notas específicas de la norma general. No se ve claro cómo sea la ley la que invista al padre de familia de la calidad de tenedor. Profundizando más, se tiene que es la relación de parentesco o mejor el *hecho jurídico* de la paternidad el que le confiere la prerrogativa de usufructuario de los bienes del hijo de familia, al igual que ocurre con la obligación de suministrar alimentos a ciertas personas, ejemplo citado como fuente legal de obligaciones. Así planteada la cuestión se deja a salvo la nota de generalidad del mandato legal.

Por manera que son estos entes del derecho, *la convención*, el *mandato judicial* y el *hecho jurídico*, los que en forma inmediata y directa invisten a un individuo de un título jurídico, que lo colocan en una situación débil, la más precaria de todas las relaciones posesorias y, en fin, los que hacen aparecer al titular en el concierto de las relaciones jurídicas como *mero tenedor*.

## CAPITULO SEGUNDO

### *Evolución Histórica y Legislativa de la acción de Tenencia*

8) *Antecedentes históricos.*- Los juicios, que en sentido sustancial significan aplicación concreta del derecho, fueron desconocidos en las primeras épocas de la ciencia jurídica. Los juicios tal como hoy se les concibe, estructuran e integran, con sus principios y características propias, han sido obra de los teorizantes del derecho y producto de grandes evoluciones que van desde el rito formulario de los romanos hasta el proceso oral que se practica en los países más avanzados de nuestro tiempo.

El proceso, entendido como "el conjunto de actos coordinados que se ejecutan mediante los funcionarios judiciales del Estado para lograr la acción de la ley en un caso concreto, con el fin de declarar y satis-

facer coactivamente los derechos consagrados en ella" (1), obedece no sólo a las prácticas rituales que han ido evolucionando sino también a una teoría sistemática e integrativa del procedimiento.

La relación del hombre con las cosas no se conoció con la denominación con que hoy se le designa (2). En el antiguo derecho romano la tenencia se conoció con el nombre de *naturalis possessio* por oposición a la *civilis possessio* o relación posesoria de propietario, terminología adoptada por el jurista Pablo, primero y por Justiniano posteriormente.

Cuando ya la tenencia adquiere una entidad jurídica autónoma, como observamos en el capítulo anterior, surge al lado de ella una especie de acción restitutoria en favor del dueño o propietario. El esclavo que hubiere hecho un préstamo a otro esclavo o el hermano a otro hermano, tenía la obligación de restituir la cosa dada en préstamo. Si no verificaba la devolución en la forma y tiempo convenidos, el dueño se podía dirigir al jefe de la familia para lograrla, pues, como se sabe, en aquélla época él tenía la calidad de *domesticus iudex*.

Luego, continuando tras la evolución del derecho romano y estudiando la situación jurídica de los colonos e inquilinos —primeros tenedores propiamente dichos, considerados como tales en aquel derecho— encontramos que su posición jurídica era fundamentalmente distinta a la del detentador en el derecho actual. Los sujetos de la relación precaria gozan hoy de una completa protección del derecho, ya que no sólo pueden impetrar las acciones personales que genera el contrato sino también la protección posesoria en determinados casos. En cambio, en la época a que se hace referencia, los tenedores estaban desprovistos de todo medio de defensa de sus débiles derechos. El propietario podía lanzarlos por sí del fundo o de la casa; si se resistían, el dueño podía invocar el *interdictum uti possidetis* (hoy aplicable sólo a muebles). Aún más, el poder del propietario podía llegar hasta el extremo de prohibir al colono la recolección de los frutos, con el agravante de que si éste hacía caso omiso de la orden, no sólo perdía la propiedad de ellos sino que cometía un delito de hurto.

Sin embargo de esta situación tan enteramente precaria de los tenedores de hecho, por la fuerza de la costumbre, fuente originaria del derecho, sólo eran lanzados los inquilinos y colonos malos, entendi-

(1) Hernando Devis Echandía, TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Tomo I., Nº 43. Editorial Temis, 1.961.

(2) Detentación o posesión precaria en el derecho francés; posesión en nombre ajeno o subordinada en el alemán y tenencia en el colombiano, etc.

do por tales aquellos que descuidaban el fundo, dañaban o inutilizaban la cosa, etc.

Viene luego una época en que al mismo tiempo que se fortalece la precaria situación del tenedor se equiparan y garantizan los derechos y obligaciones de los sujetos de la relación precaria.

El primer paso de protección de los tenedores se da en la edad media —derecho nuevo— cuando, para evitar las arbitrariedades de parte del poseedor o dueño al lanzar al colono o inquilino, se permitió a éste asegurarse contra tal eventualidad por medio de una pena convencional, cláusula de cuya validez no dudó un sólo momento la jurisprudencia, y que en mucho vino a limitar el poder de desahucio y lanzamiento de que era titular el dueño o poseedor de la cosa.

Simultáneamente a la aceptación de dicha cláusula, se dijo que ella era ineficaz en el caso de que el tenedor —colono o inquilino— incurriera en mora de pagar la renta, descuidase el fundo o la casa o en el evento de que la dañara.

Avanzando progresivamente en este campo, se admite posteriormente que, si el arrendatario o inquilino tenía pretensiones convencionales tales como indemnizaciones a título de expensas necesarias que incumbían al dueño o poseedor, podía oponerse al desahucio acudiendo para ello al juez, al igual que en todos los procesos tendientes a obtener la restitución de cosas. El juez, en este caso, por medio de una sentencia incidental, imponía al actor la obligación de pagarle al tenedor en un término que él mismo indicaba, tales expensas.

En esta forma aparecieron las primeras restricciones al arbitrario derecho de desahucio reconocido al dueño o poseedor de la cosa y se llega hasta el punto de que el juez puede imponerle a éste el pago de tales renglones aún en el caso de que el desahucio se diera por culpa del inquilino.

Se aceptan más tarde como causales para poner término a la relación arrendaticia y obtener la consiguiente restitución de la cosa, la venta de ésta, el legado de la misma o la constitución de un derecho de usufructo sobre ella o, en otras palabras, se consagra acción de desahucio o lanzamiento al comprador, legatario o usufructuario de la cosa dada a título de mera tenencia, pero con una condición especial para el caso de venta, pues para que el comprador se subrogara en la acción del vendedor, era necesario que la tradición de la cosa se hiciera con citación del arrendatario o colono.

En los anteriores apartes queda enunciada, en forma somera, la evolución que en la época romana sufrió el hoy denominado juicio de

desahucio, desalojo o lanzamiento y que fue consagrado como rito en las DOCE TABLAS, primer monumento del derecho romano.

Posteriormente, con la invasión de las hordas del Norte, las instituciones romanas sufrieron un tremendo vuelco; pero los documentos de las ciencias y las artes fueron recogidos por los monjes y la Iglesia Católica, documentos éstos que vinieron después a servir para la reconstrucción de las instituciones de la época clásica.

Los Vándalos y Alanos, más tarde invadieron la península ibérica, pero hubieron de ceder al empuje de los Visigodos tras larga lucha. Estos impusieron una monarquía absoluta y como necesitaron instituciones escritas, tanto para gobernar como para garantizar los derechos del pueblo en sus relaciones particulares, sucedió entonces a la legislación romana otra que participaba fundamentalmente de aquélla en muchos de sus aspectos.

9) *Evolución Legislativa.*— En materia procedimental, el Reino Español estuvo regido primeramente por el denominado “Forum Judicum”. A éste siguió el Fuero Real de España y luego “Las siete Partidas”, código expedido y promulgado por Don Alfonso El Sabio, pero que sólo vino a regir a partir del año de 1348. La Partida Tercera de este estatuto estaba destinada, precisamente, al enjuiciamiento.

Posteriormente rigieron en su orden la Nueva Recopilación, sancionada por Felipe II en el año de 1567, y la Novísima Recopilación, expedida por Carlos IV en el año de 1805.

Las disposiciones españolas fueron implantadas en todas las colonias hispanoamericanas a través de “La Recopilación de los Reinos de Indias”, sancionada el 18 de Mayo de 1680, reglamento que constaba de nueve libros, divididos en Títulos y éstos, a su vez, en Leyes.

Dentro de un estudio de la evolución legislativa de nuestro país no pueden perderse de vista las leyes y los tratadistas españoles, pues, como se verá, fue precisamente el derecho español el que sirvió de patrón a muchas de las instituciones procedimentales, al igual que en muchos de los otros países del nuevo mundo, especialmente en los de habla hispana.

Efectivamente: La Constitución de Cúcuta, expedida en 1821, dispuso en su artículo 188 que “se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso”.

El primer intento de codificación nacional fue llevado a cabo por Don Lino de Pombo en el año de 1845 con su “Recopilación Granadi-

na”, obra que constaba de siete volúmenes, uno de ellos contentivo de las normas procedimentales y cuya vigencia se mantuvo a través de la primera constitución federal de 1853 y que perduró hasta el año de 1.863, cuando la Convención de Rionegro expidió la Constitución de ese año y que vino a consolidar el Régimen Federal.

Constituido el régimen federal, cada estado soberano expidió su propio código judicial; pero como ocurrió que en la práctica se presentaban serias dificultades por cuanto las disposiciones de uno no regían en otro Estado, se convino en conceder facultades al Gobierno de la Unión para que adoptara un código de Procedimiento Civil que tuviera aplicación en todo el territorio. Dicho estatuto se llevó a término en el año de 1.872, tomando como patrón principal el vigente en el Estado de Cundinamarca del año de 1870, el cual a su vez tuvo como fundamento el Código Judicial de Chile, calcado de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de España*, expedida en el año de 1855.

Vuelto el país por el fuero del Régimen Unitario, vino también la reunificación de la legislación de acuerdo con la constitución del año de 1.886. Y la ley 57 de 1887 dispuso que regirían en la República, noventa días después de la publicación de esa ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los códigos siguientes: “... d) el Judicial de la Nación, sancionado en 1872 y reformado por Ley 76 de 1873, edición de 1874”.

Varias leyes reformativas del Código de Procedimiento Civil se dictaron posteriormente, entre las cuales cabe destacar la 105 de 1890, la 100 de 1892, 169 de 1896, 40 de 1907 y 58 de 1.905, esta última relativa al juicio de “Desahucio y Lanzamiento” y cuyo artículo 15, aún vigente, se refiere al lanzamiento por ocupación de hecho.

Como la diversidad de leyes reformativas del Código Judicial hacía muy difícil el estudio y la consulta de los preceptos procedimentales y aún regían desuetas disposiciones de la legislación española, muchas veces incongruentes y contradictorias, se hacía necesaria la expedición de un nuevo estatuto procesal. Fue entonces cuando el doctor Ismael Arbeláez, mediante contrato celebrado con el Gobierno nacional, presentó un proyecto de Código Judicial, el cual fue adoptado como tal por la ley 103 de 1.923.

A pesar de los avances que en cuestiones de procedimiento implicaba el Código de Arbeláez, la mayoría de los Tribunales del país solicitaron su derogatoria y fue así como por ley 26 de 1.924 se suspendió la vigencia de la ley 103 de 1923 y se restableció el imperio del Código Judicial adoptado por la ley 57 de 1887 con sus reformas y adiciones.

La misma ley 26 de 1924 creó una comisión de juristas que tendría como cometido corregir los errores y defectos de que adolecía el Código de Arbeláez. Dicha comisión, después de cinco años de labores, presentó un proyecto de código que fue adoptado por medio de la ley 105 de 1.931 y que es el que acualmente está en vigencia, con algunas ligeras modificaciones.

En el año de 1.956, el Ministerio de Justicia publicó un Proyecto de Código de Procedimiento Civil, redactado por la comisión integrada por los doctores Hernando Morales, Rafael Robles y José Joaquín Rodríguez; proyecto que consta de 1512 artículos. La comisión “se propuso redactar un estatuto que aprovechara aquéllas disposiciones foráneas adaptables al medio colombiano, que tuviera una orientación propia, que llenara las necesidades de una rápida administración de justicia, de eficacia y simplificación en los distintos trámites, y facilitara al mismo tiempo el ejercicio de los derechos consagrados por la ley sustancial”, como se lee en la exposición de motivos que acompaña al proyecto (3).

El proyecto de Código Judicial, sin apartarse de la tradición del país, recoge los avances de la ciencia procesal contemporánea que ha tenido su culminación en el desarrollo del juicio oral. Reglamenta el proyecto en forma exhaustiva lo relativo al juicio ejecutivo; amplía la aplicación del trámite verbal a muchas controversias; establece nuevos trámites como los relativos a la nulidad, disolución y liquidación de sociedades e incorpora a su articulado procedimientos que se han creado por medio de leyes especiales tales como los de las leyes 63 de 1.936, 19 de 1.937, 120 de 1.928, 2ª de 1.938, etc. Con justa razón se le ha considerado por los críticos como un excelente avance legislativo y que por razones no muy explicables no se ha incorporado al cuerpo legislativo nacional.

En relación con los juicios de tenencia, el proyecto les da el carácter de procesos de ejecución. Expresamente le reconoce al demandado el derecho de proponer toda clase de excepciones al contestar la demanda de lanzamiento, las que se deciden como en el juicio ordinario de menor cuantía, facultad esta que no aparece muy clara en el actual código judicial; introduce además, algunas innovaciones a las cuales se hará referencia en la oportunidad debida.

Del enunciado de los principales estatutos procedimentales que nos han regido a partir de la independencia legislativa y más concreta-

(3) Exposición de motivos del Proyecto citado, pág. 293. Empresa Nacional de Publicaciones. 1.956.

mente en relación con los juicios de tenencia, sólo encontramos como antecedente de la ley 105 de 1.931 la ley 58 de 1.905 que, como se dijo, reguló lo concerniente al juicio de "Desahucio y Lanzamiento".

De esta observación cabe preguntarnos cuál era entonces el procedimiento aplicable a los eventos relativos a la extinción o terminación de la relación precaria para recuperar la tenencia

La respuesta a este interrogante nos la da la historia legislativa y los conceptos de algunos tratadistas del derecho español. Ya habíamos observado cómo el Gobierno de la Unión adoptó como código judicial el que regía en el extinguido Estado Soberano de Cundinamarca y cómo aquel procedía mediatamente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1.855.

Ahora bien: Como anota don Manuel de La Plaza: "antes como ahora, el desahucio (de dejicio, arrojar, lanzar) era un proceso, que exactamente ha calificado el comentarista que se oculta bajo el pseudónimo de MUCIUS SCAEVOLA, de *resolutorio* del contrato y *recuperatorio* de la posesión natural, y si, por razón de la primera nota, parecía lógico que se asimilase a los procesos de cognición ordinarios, la singularidad de la segunda, justificaba una remota asimilación de los procesos interdictales. De allí que nuestras leyes lo comprendieran en el grupo de los *juicios sumarios*". (4).

Como lo anota el mismo autor, antes de la ley de enjuiciamiento españolas de 1.855, todas las controversias surgidas del contrato de arriendo se resolvían dentro de los amplios trámites del juicio ordinario. Luego, en la ley de Enjuiciamiento Civil se estableció el juicio verbal, aplicable sólo al evento del cumplimiento del término estipulado en el contrato; dispuso, además, que en los otros eventos, incluso en el de falta de pago, la oposición del demandado originaba de allí en adelante la tramitación del juicio pleno, al igual que ocurre hoy con la oposición a la declaratoria de pertenencia (ley 120 de 1.928).

Este error hizo que en España, por Ley 25 de Junio de 1.867, se estableciera un procedimiento breve y sumario aplicable a todos los supuestos de extinción de la relación de tenencia y que tuviera como finalidad la recuperación de la cosa dada a título precario.

Por todo lo anterior se explica por qué, precisamente, el artículo 1.335 del Código Judicial de 1.872 hablara simplemente de la acción de *tenencia sumaria* a favor del poseedor regular de una cosa inmueble de que sea mero tenedor un tercero. Luego el 338 de la ley 105 de

(4) Manuel de La Plaza, DERECHO PROCESAL CIVIL ESPAÑOL, Tomo I. pág. 335. Segunda Edición. Madrid. 1.945.

1.890 derogó el artículo 1.335 citado, y estableció una reglamentación sobre tenencia un tanto prolija. La ley 100 de 1.892 derogó la anterior disposición y en la sección de *Enjuiciamiento Civil*, consagró en favor de quien estuviera en posesión regular de un inmueble de que un tercero es mero tenedor, a virtud de arrendamiento u otro contrato, no traslativo de dominio, que por cualquier causa haya terminado, la acción de tenencia sumaria. Posteriormente, la ley 46 de 1.903 reformó la anterior en el sentido de asignar competencia al Juez de Circuito del lugar de ubicación del bien para conocer de esta acción.

Finalmente, vino la ley 58 de 1.905, antes citada, en donde se consignó un reglamento del juicio de "Desahucio y Lanzamiento" este sí, un verdadero antecedente inmediato del Título XXXVII de la ley 105 de 1.931 y del cual difiere en poco.

10) *Disposiciones Vigentes acerca de los juicios de tenencia.* No obstante que a lo largo del estudio que hemos iniciado acerca de los juicios de tenencia y control de arrendamientos, nos referiremos a su debido tiempo a las disposiciones aplicables en cada caso concreto, consideramos oportuno indicar algunas leyes y decretos que directa o indirectamente tienen alguna incidencia en esta clase de procesos.

a) Fundamentalmente, en relación al procedimiento a seguir en esta clase de juicios especiales, rige la tramitación que el Código de Procedimiento Civil regula en el Título XXXVII y que comprende los artículos 1103 a 1119. El Título se encuentra dividido en tres Capítulos, cada uno de los cuales trata en su orden: el lanzamiento del arrendatario, la restitución de la cosa a petición del arrendatario y el último contiene disposiciones varias. Pero, como es obvio, a este juicio, como a todos los especiales que trae el Código, le son aplicables en lo pertinente las disposiciones generales sobre procedimiento civil y sistema probatorio.

b) El artículo 15 de la ley 57 de 1.905, reglamentado por el Decreto N° 992 de 1.930, se aplicaba a los juicios de lanzamiento por ocupación de hecho; pero en virtud de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 17 de la ley 200 de 1.936, hoy sólo puede aplicarse a los casos en que la acción tenga como fundamento la ocupación de predios urbanos.

Cuando se expidió la ley 105 de 1.931, se suscitó la duda de si los artículos 42 y 43 de la ley 100 de 1.892 y 7° de la 46 de 1.903, que consagraban acciones de tenencia, aún quedaban vigentes. Algunos expositores y compiladores como los doctores José Antonio Archila y Mesa Prieto resolvieron la duda en forma afirmativa, pues que

ellos contemplaban algunas disposiciones indispensables para llenar supuestos vacíos, tanto que los citados autores los reproducían en sus compilaciones. Otros distinguidos tratadistas como Ramón Gómez Cuellar, Jesús M. Restrepo Barrientos, Luis Felipe Latorre y Antonio J. Pardo, sostienen la opinión contraria con argumentos tomados de la misma exposición de motivos de la ley 105 y con razones tales que no dejan la menor duda en el sentido de que tales preceptos quedaron definitivamente abolidos de la legislación procedimental.

El último de los citados tratadistas, después de afirmar que el juicio sumario, que, según la ley 39 de 1.921 servía para tramitar treinta y una controversias, también quedó derogado por el actual Código Judicial, razona así: "Lo que hemos dicho del juicio sumario podemos aplicarlo al de tenencia estatuido por el artículo 7º de la ley 46 de 1.903 en el sentido de que este último procedimiento no se encuentra tampoco vigente, no obstante el respeto que nos merece la opinión del ilustre jurisconsulto doctor José Antonio Archila quien sostiene la tesis contraria.

"Dicha acción de tenencia sumaria se daba según el artículo 7º de la ley 46 de 1.903, al poseedor regular de una cosa inmueble de que un tercero era mero tenedor, a virtud de arrendamiento o de otro contrato no traslativo de dominio, que por cualquier causa hubiera terminado, acción que se ejerce, de acuerdo con el actual código judicial, por el procedimiento que se señala en los artículos 1.103 a 1.110 de dicha obra, el cual hace extensivo el 1.115 ibídem a la restitución de cosas dadas en tenencia, a título distinto del de arrendamiento, o que estén en poder de alguno en ejercicio del derecho de retención, llegado que sea el tiempo de exigir que se restituyan.

"Están, pues, en el Código Judicial reglamentados todos los casos en que el dueño de una cosa, cuya tenencia ha transmitido a un tercero, por razón de un contrato no traslativo de dominio, como comodato, depósito o prenda, o por usufructo, uso o habitación, pretenda obtener la restitución, porque el pacto de tenencia haya finalizado por cualquiera razón legal, pues para ello se reconoce la acción especial que se reglamenta en el Capítulo 1º del Título XXXVII, Libro 2º de la Ley 105 de 1.931". (5)

c) La ley 200 de 1.936 y su decreto reglamentario Nº 59 de 1.938, sobre régimen de tierras, creó los Jueces de Tierras, encargados de conocer, privativamente, en primera instancia, de las acciones

(5) Antonio J. Pardo, TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Tomo I. pág. 201. Imprenta Universidad de Antioquia, 1.950.

de "lanzamiento por ocupación de hecho de predios rurales", vieniendo a reformar así el artículo 15 de la ley 57 de 1.905. La misma ley 200, en su capítulo II, estableció el procedimiento a seguir en el ejercicio de alguna de las acciones consagradas en su artículo 16.

d) Los Jueces de Tierras creados por la Ley 200, sólo ejercieron sus funciones hasta el año de 1.943, cuando por ley 4ª de dicho año fueron suprimidos y sus funciones adscritas a los Jueces de Circuito. En efecto, dispuso la citada ley en su artículo 37 que "a partir del 1º de Mayo de 1.943, suprimense los Jueces de Tierras, y adscribense sus funciones a los respectivos Jueces de Circuito, quienes conocerán adoptando el criterio y tramitación señalados por la ley 200 de 1.936".

e) El Decreto Legislativo Nº 0291 de 1.957, se aplica al ocupante de predio rústico que ejerza tenencia sobre él, en virtud de un contrato de arrendamiento o de uno de los contratos a que específicamente se refiere el artículo 1º de la ley 100 de 1.944, cuya finalidad sea el incremento del cultivo de las tierras y de la producción agrícola. De acuerdo al mismo decreto, la competente para conocer de las acciones surgidas con ocasión de uno de los contratos referidos, es la justicia laboral (Arts. 22, 26 y 40). Pero debe tenerse presente que si se tiene un predio rústico por razón de una relación jurídica distinta a las indicadas, contraída para objetos ajenos a la explotación agrícola, de los juicios de lanzamiento que de tal situación se deriven, conocen los jueces civiles, conforme a las normas del C. de P. Civil, teniendo en cuenta, en lo sustantivo, las disposiciones del Capítulo Sexto del Título XXVI, Libro Cuarto del Código Civil.

La anterior era la interpretación que los Tribunales habían venido sosteniendo acerca de la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el Decreto 0291 de 1.957, cuestión ésta que en más de una ocasión a dado lugar a serios conflictos de competencia entre la justicia civil y la laboral. Mas, cualquier duda que aún subsista sobre este particular ha quedado plenamente disipada con la promulgación del Decreto Nº 1819 de 1.964, integrante de la Reforma Judicial, cuyos artículos 15 y 16 preceptúan que la justicia del trabajo continuará conociendo de los asuntos previstos en los decretos 456 y 931 de 1.956 y que la justicia civil conocerá de los asuntos atribuidos a la del trabajo por el decreto extraordinario 291 de 1.957 que se promuevan con posterioridad a la vigencia de este decreto cuando no se originen en un contrato de trabajo (6).

(6) Este decreto rige a partir del 1º de Julio de 1.966, según el Artículo 18 del mismo.

f) Para la correcta aplicación del Decreto 0291 de 1.957, debe tenerse en cuenta, además, el artículo 6º de la ley 100 de 1.944 el cual dispone que "el arrendador o dueño de tierras podrá dar por terminado el contrato y pedir el lanzamiento del cultivador, aparcerero, agregado, arrendatario, cosechero, etc., cuando éste o cualquiera otra persona autorizada o tolerada por él, establezca en el predio cultivos de tardío rendimiento o mejoras de carácter permanente prohibidos en el mismo, o adelante los permitidos en zonas o por sistemas que hayan sido exceptuados, sin que tenga que abonarle su valor, salvo el derecho del cultivador a los materiales según las reglas del Código Civil".

De igual manera, no se puede echar de menos el contenido de los artículos 55, parágrafo del artículo 58 y 104 de la ley 135 sobre Reforma Social Agraria y los artículos 4º, 5º, 6º y 7º del Decreto Reglamentario N° 1.903, ambos de 1.962, y que regulan lo relativo a la prórroga de algunos contratos en predios rústicos.

Podría decirse que las leyes y decretos hasta aquí citados constituyen el reglamento adjetivo de la tenencia cuyo ámbito de aplicación es el territorio nacional, sin más límites que los contenidos en sus mismos preceptos. Mas, como fuera de aquellas disposiciones existe una serie de leyes y decretos que, si bien únicamente se aplican al arrendamiento de propiedades urbanas en determinadas ciudades y con ciertas condiciones, es bueno enunciarlos y tenerlos en cuenta ya que en muchas ocasiones sus mandatos determinan la prosperidad de las acciones de tenencia.

Son ellos los que consagran el estatuto de *control de arrendamientos* o que se relacionan con él directa o indirectamente y al cual, precisamente, se dedicarán los últimos capítulos de este trabajo.

El primer paso dado en nuestro derecho, en relación con el control de arriendos, lo constituye la ley 7ª de 1.943, la cual en su artículo 3º dispuso que podrá el Gobierno "dictar las medidas necesarias a fin de establecer el control de arrendamientos de las habitaciones y locales urbanos". Luego, a partir del año de 1.956 el Poder Ejecutivo ha venido dictando, unas veces invocando el artículo 121 de la Constitución Nacional y otras la ley 7ª de 1.943, una serie de decretos tendientes a establecer y garantizar el control, decretos que, finalmente, fueron adoptados como leyes por medio de la 41 de 1.961.

Los decretos en referencia son los siguientes:

*Decreto N° 453 de 1.956.* Dispuso este decreto que en los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos no se podrá exigir, ni di-

recta ni indirectamente, depósitos en dinero efectivo u otra clase de cauciones reales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario; que los depósitos anteriores serían devueltos a los inquilinos y las cauciones canceladas; y, finalmente que el arrendador que contraviniera lo dispuesto en el decreto, incurrirá en multa no inferior al valor de la prestación exigida al arrendatario, ni superior al doble de ella, sin perjuicio del derecho de éste último para pedir la devolución de lo que hubiere entregado por tal concepto.

*Decreto 1070 de 1.956.* Este decreto, el más importante sobre la materia, declaró congelados los precios de los arrendamientos de las fincas urbanas en las ciudades capitales de los Departamentos y demás ciudades de más de cincuenta mil habitantes, al precio que tales arrendamientos tuvieron el 31 de Diciembre de 1.955.

Dispuso, además, que en ningún caso el arrendador podrá exigir al arrendatario la entrega de la finca, ni aún en el caso del vencimiento del contrato de arrendamiento, si el arrendatario hubiere cubierto los respectivos cánones en su oportunidad. Exceptuó los casos en que el propietario requiere el inmueble para ocuparlo con su propia habitación o negocio o haya de demolerlo para efectuar una nueva construcción. En este caso, agrega, el arrendador deberá solicitar la Licencia respectiva al Ministerio de Fomento (7).

*Decreto N° 1616 de 1.956.* Reglamentario del 1070. Se limita a regular todo lo relativo a la solicitud de licencia de que habla el estatuto reglamentado. Indica cuáles documentos deben acompañarse a la solicitud, cuál es el trámite que se le da y, en fin, los efectos de la resolución administrativa y las obligaciones que se imponen al arrendador agraciado con ella.

*Decreto 1849 de 1.956.* Declaró exentas de la congelación de precios de arrendamientos a aquellas propiedades inmuebles que el 31 de Diciembre de 1.955 estaban administradas por una entidad de crédito, mediante contrato de anticrisis legalmente celebrado, y cuyo canon de arrendamiento se hubiese fijado al propietario en consideración exclusiva a las cuotas de amortización que éste debe pagar a dicha entidad por razón de los créditos que se le hubieren otorgado.

*Decreto N° 1943 de 1.956.* Estableció una especie de pago por consignación abreviado, sin perjuicio del procedimiento que trae el Código Judicial en su Título XXXII, para el caso de que el arrendador

(7) Hoy Gobernación del respectivo Departamento y Alcaldía del D. E. de Bogotá (Decreto N° 210 de 1.958).

se niegue a recibir el pago de las rentas o cánones, con el fin de hacer incurrir en mora al inquilino.

*Decreto N° 2613 de 1.956.* Este Decreto modificó el artículo 1.105 del C. de P. Civil, con miras a que el juicio de lanzamiento se hiciera más rápido ya que por naturaleza debe ser breve y sumario. Introdujo algunas ligeras reformas al procedimiento del Código, especialmente en lo relativo a la oposición del demandado.

*Decreto N° 151 de 1.957.* Esta estatuto tiene por objeto la protección de la industria hotelera nacional. Estableció un procedimiento especial, para cuya aplicación dió competencia a los Alcaldes, Corregidores o Inspectores de Policía del domicilio del respectivo establecimiento hotelero.

*Decreto N° 699 de 1.957.* Consagró un procedimiento administrativo tendiente a hacer efectivo el derecho del inquilino a obtener la devolución de los cánones pagados en exceso, con relación a los inmuebles que el Decreto 1070 declaró congelados en sus precios.

*Decreto 210 de 1.958.* Por medio de este Decreto, el Ejecutivo delegó en las Gobernaciones de los Departamentos y Alcaldía del Distrito Especial de Bogotá, las funciones de Control y Vigilancia y otorgamiento de licencias administrativas que conforme al Decreto 1070 se le asignaron al Ministerio de Fomento.

*Decreto N° 1798 de 1.963.* Dispuso este decreto el orden de prelación de las entidades facultadas para mantener depósitos judiciales. De suerte que, siguiendo tal orden, se hará la consignación de cánones cuando fuere el caso de acudir a esta forma de pago conforme al Decreto N° 1943 de 1.956, antes citado.

*Decreto N° 1148 de 1.964. (De Mayo 16).*- A partir de tal fecha quedaron excluidos del régimen de congelación de arrendamientos las propiedades raíces de las entidades de Beneficencia y Asistencia Pública.

*Decreto N° 344 de 1.965.* Finalmente, este decreto, también reglamentario del 1070 de 1.956, vino a consagrar una nueva causal de lanzamiento consistente en la negativa de parte del sub-arrendador a reajustar el precio del sub-arriendo al valor de la renta legalmente congelada.

NOTA: El anterior estudio hace parte de la tesis de grado titulada JUICIOS DE TENENCIA Y CONTROL DE ARRENDAMIENTOS, presentada por el autor para obtener el título de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.  
En el N° 69 páginas 33 - 79 se publicaron los capítulos VIII y IX; y en el N° 70, páginas 205 - 286, los capítulos III a VII inclusive.

## INDIGNIDAD Y DESHEREDAMIENTO

Dr. J. Emilio López

### DOCTRINAS

El Juez competente para el conocimiento de las acciones a que se refiere la segunda parte del ordinal 5° del art. 152 del C. J., es en general el del último domicilio del causante y no únicamente determinado Juez del respectivo Circuito a quien haya correspondido como consecuencia de un repartimiento, conocer del juicio de sucesión. Se trata del Juez del último domicilio y si hay varios competentes por razón de la cuantía, cualquiera de ellos puede conocer de tales acciones. La locución "el mismo juez", se refiere no precisamente a la persona del Juez que está conociendo del juicio de sucesión, sino a uno del domicilio del causante o del lugar en donde se esté adelantando la sucesión, que puede ser distinto del que está conociendo de ésta si en el lugar hay varios jueces de una misma categoría.

Las causales de indignidad más socorridas se encuentran en los artículos 1.025. 1.026 a 1.029 C. C. El art. 1.025 habla del que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada.