

Tema 2. La posesión.

1. La posesión, concepto de Derecho positivo.

La posesión es un derecho transitorio, que se desarrolla en condiciones precarias, si choca con poderes definitivos pierde la contienda. Es tenencia de cosas, ligada a la propiedad.

– en la actualidad la posesión de bienes muebles sigue teniendo importancia en ordenamientos como el nuestro que contienen un precepto como el art. 464 del C.c., que señala que: La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al justo título.

– la posesión de bienes inmuebles pierde importancia en aquellas legislaciones donde el Registro de la Propiedad cobra gran relevancia; sin embargo, la mayoría de los ordenamientos, como el nuestro, sigue amparando la posesión como una realidad jurídica que es, al margen del Registro de la Propiedad.

La polémica doctrinal es enorme por que es una institución que engloba situaciones diversas y hay dudas sobre la terminología, su objeto, sus efectos,...

2. Sentido de la palabra posesión.

Etimológicamente poseer es equivalente a tener, ocupar, detentar, con independencia del título y con independencia de si el que la detenta tiene título para ello.

Las notas características de la posesión son tres:

- supone una relación del hombre con las cosas.
- es una relación de dominación o poder.
- es una dominación de hecho sin prejuzgar si existe para ello una titularidad de dominio u otro derecho real.

La palabra posesión tiene dos sentidos:

- como señorío o poder de hecho,
- como poder jurídico (derecho).

La posesión es un señorío de hecho sobre la cosa; que produce efectos jurídicos, con lo que conlleva un poder jurídico.

Existen distintas corrientes doctrinales sobre la posesión:

a) restrictiva: para que entendamos que hay posesión no basta una relación de hecho entre persona y cosa (*corpus*) es necesario un *animus* en el sentido de tener la cosa como propia: si falta el *animus* hay una mera detentación material. Sería la concepción romana.

b) amplia: concepción germánica. La concepción no es sólo la tenencia de la cosa, también lo es el ejercicio de otros derechos distintos al de propiedad. La posesión sería el ejercicio de hecho de un derecho independientemente de si el derecho pertenece o no quien lo ejercita.

Evolución histórica de la figura de la posesión.

Durante la *época romana* la concepción de la posesión no fue unitaria, aún así hay que resaltar que en el Derecho romano antiguo la posesión era una representación del contenido de la propiedad; como consecuencias de esta concepción:

- la posesión que tenía consecuencias jurídicas era la integrada por el *corpus* y el *animus*.
- sólo se podía tener posesión sobre cosas corporales: no cabía sobre derechos reales que no fuesen la propiedad, derechos de obligaciones,...

En el *Derecho germánico* la posesión, la propiedad y los demás derechos reales se engloban en una institución única, la *gewere*: toda relación entre persona y cosa a la que se concede tutela jurídica:

- no se exige un elemento espiritual, el *animus*. Tiene protección jurídica el que ejerce un poder de hecho.
- se admite la posesión tanto de las cosas como de los derechos.

El *Derecho Canónico* sigue la línea del Derecho germánico, una concepción más amplia que la del Derecho romano, que se amplía asimismo a los derechos incorporeales y a los derechos susceptibles de ejercicio continuado.

Se amplía, pues, el campo de la tutela posesoria remuneratoria, que se representa en la *actio* y *exceptio expolii* que se conceden por regla general al mero detentador de la cosa.

Estos aspectos inciden en las legislaciones modernas, que combinan aspectos de los tres derechos. Así *Castán* distingue varios grupos de legislaciones:

- latinas: que se basan en el derecho romano, pero introducen cambios con los principios germánicos y canónicos; con lo que encontramos una falta de claridad y armonía.
- germánicas: se basan en el Derecho germánico con inspiraciones del Derecho romano. El BGB señala que no es poseedor el denominado servidor de la posesión, aquél que ejerce, por otro, un señorío de hecho sobre la cosa.

El derecho español se basa en la teoría romana pero tiene elementos de los derechos germánico y canónico. No hay en el C.c. una definición de posesión; el art. 430 distingue entre posesión natural y civil al señalar que: Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos.

El concepto de posesión para el legislador español es más amplio; no se marca una diferencia entre poseedor y mera detentación.

Asimismo, el C.c. tampoco distingue posesión y cuasi posesión: la idea de la posesión abarca a las cosas corporales y a los derechos.

Naturaleza jurídica de la posesión.

Existe una polémica doctrinal sobre si la posesión es un hecho o un derecho, dentro de la cual se distinguen tres corrientes:

- la que postula que la posesión es un hecho: simplemente porque se basa en circunstancias materiales y

además es protegida con independencia de si verdaderamente existe o no el derecho de que la posesión es apariencia.

– la que postula que la posesión es un derecho (*Iering*: como un interés tutelado jurídicamente): reúne las características esenciales del derecho subjetivo, es decir, es un interés tutelado jurídicamente. Es una relación que el ordenamiento jurídico posee incluso contra el propietario de la cosa.

– la que propugna el doble carácter de la posesión (mayoritaria, de *Savigny*): la posesión originariamente es un hecho pero a la vez es un derecho, porque el hecho se deriva de determinadas consecuencias legales. Además, hay supuestos en los que se dan derechos que resultan de la posesión aún faltando el hecho de la posesión y en otros casos dándose el hecho de la posesión no se dan los derechos que corresponderían.

La opinión mayoritaria es la que propugna es la posesión es un derecho real provisional, en el que el poseedor está protegido no definitivamente de las injerencias en su situación de poder. Si bien, no se puede inscribir en el Registro de la Propiedad.

En España *Vallet de Goitisoló* apoya esta concepción, ya que entiende que la posesión es un hecho del que surgen ciertos derechos; el derecho deriva del hecho, al contrario de lo que pasa con la propiedad en la que el hecho de poseer lícitamente deriva del derecho del propietario.

Castán señala que un nuestro C.c. la posesión además de un hecho es un derecho y se remite al art. 438, que señala que: La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho, y el art. 443 señala que: Los menores y los incapacitados puede adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos de que de la posesión nazcan a su favor.

El legislador admite la transmisión de la posesión a los herederos, con lo que es una relación jurídica.

Albaladejo participa de la misma idea pero con matizaciones.

3. La posesión como poder de hecho.

La posesión se entiende como un señorío o poder de hecho sobre una cosa. Consiste en el hecho mismo de ese poder, con independencia de si quien lo ejerza tenga o no derecho a él. En tal sentido, posee una cosa quien la tiene bajo su dominación. La ley protege al poder de hecho en que consiste la posesión, atribuyéndole además ciertos efectos jurídicos.

Según lo dicho la posesión es un poder de hecho, y un hecho (el hecho de ostentar tal poder). Y el que tenga efectos jurídicos no hace de ella un derecho, sino un hecho jurídico.

4. Posesión como poder jurídico (derecho).

La posesión también es un poder jurídico, de derecho, que no consiste en una dominación efectiva sobre la cosa, la ley otorga un poder (posesión) que no se apoya en una dominación efectiva, son situaciones en las que el ordenamiento sin que exista una posesión de hecho, atribuye a la situación los mismos efectos de los que produjera tal posesión. Consiste en el mero señorío (poder jurídico) que le concede la ley. Así:

a) quien es despojado por otro de la cosa que materialmente poseía, pierde la posesión corporal, pero conserva durante un año (art. 460 del C.c.) un poder incorporal o ideal, en cuya virtud puede, independientemente de que tenga o no derecho sobre la cosa, recuperar mediante la oportuna reclamación judicial su tenencia material.

b) quien en el Derecho del Código Civil hereda a otro, adquiere sobre las cosas poseídas por el difunto un cierto poder jurídico llamado posesión civilísima, independientemente de que de hecho hayan pasado o no a su poder las cosas heredadas. En virtud de aquél poder tiene la facultad de tomar la posesión efectiva de las mismas o pedir que se le entregue jurídicamente.

c) quien carece de posesión directa de una cosa (posesión inmediata) puede, sin embargo, tener sobre la misma cierta clase de poder jurídico llamado posesión mediata: por ejemplo el dueño que otorga al arrendatario la posesión efectiva de la cosa arrendada, conserva la posesión (mediata) de la misma.

5. Conclusión sobre la naturaleza de la posesión.

Según *Albaladejo* la posesión tiene una doble naturaleza de hecho y de derecho, si bien siendo figuras distintas.

Se puede decir que la posesión es un hecho, y que puede ser un derecho. Se trata de dos figuras distintas que se designan con un mismo nombre, pero que cada una tiene su naturaleza.

La posesión sería un derecho pero en cuanto está compuesta por un conjunto de facultades asentadas unas veces en el hecho de poseer de hecho y otras veces no.

6. Derecho de posesión y derecho a poseer.

El conjunto de facultades que se otorgan en orden a la cosa cuando se posee – así adquirir los frutos, usarla,... –, es el denominado *ius possessionis*, o derecho de posesión que se contrapone al derecho a poseer (*ius possidendi*), que es el que independientemente de que sea o no poseedor, compete a la persona a quien según la ley, corresponde la facultad de poseer la cosa, por ejemplo al dueño de la misma. No se sienta en el hecho de poseer, sino en el título de posesión.

7. Concepto de poder de hecho.

Entendemos el poder de hecho como el sometimiento o señorío que se tiene sobre una cosa, el poder de dominación efectiva. Según *Albaladejo* el poder de hecho que genera posesión debe ser:

- duradero, que tenga estabilidad, no son suficientes los actos aislados.
- socialmente aprobado, o repobable; art. 461 del C.c.
- no debe estar ligado necesariamente a la tenencia material.
- no es preciso que la cosa se encuentre fuera del alcance de los demás.

8. Función de la posesión.

Se pueden distinguir tres funciones:

- protección o defensa de la posesión: con lo que la posesión sería la situación jurídica que permite poner en juego la defensa interdictal, que es el mecanismo jurídico que el ordenamiento ha establecido para defender al poseedor (no tiene que demostrar que es propietario).
- legitimadora: con lo que la posesión sería la situación jurídica que legitima a una persona en virtud a la apariencia para ejercitar el derecho que dicha apariencia manifiesta, o permite a los terceros confiar en ella.
- facilitar o posibilitar el dominio u otros derechos reales: con lo que la posesión sería la posibilidad de su

conversión en dominio o en el derecho de que es manifestación exterior mediante usucapión.

La posesión posibilita que la posesión misma se llegue a convertir en propiedad u otro derecho real. Incluso en los casos en que no hay un derecho o señorío justificado con otro derecho. La propia posesión va a posibilitar que ese derecho que no existía y era una apariencia se convierta en el derecho real de que sea apariencia.

9. Sujeto de la posesión.

La posesión como derecho, la puede adquirir cualquier persona física o jurídica ya que el poseer un derecho es poseer un poder jurídico, y para tenerlo es suficiente con tener capacidad jurídica para ello.

Si pensamos en la posesión como hecho, la pueden tener las personas jurídicas (porque la ejercen a través de sus órganos de representación) y las personas físicas, si bien, deben tener capacidad de entender y querer (si no se tienen estas cualidades se puede obtener a través de representante legal).

¿Cabe la posesión mediante representante?.

La posesión como derecho no se puede adquirir a través de representante, porque se atribuye a unos sujetos concretos. Pero en ocasiones se habla de ello cuando el poseedor autoriza a otro a que realice actos que produzcan efectos respecto del derecho.

El representante lleva a cabo un acto que afecta a la posesión del representado, con lo que afecta a la posesión como derecho, no posee la cosa como derecho.

El poder de hecho lo tiene el representante pero los efectos se dan en el representado. El representante lleva a cabo una posesión en nombre ajeno: posee pero no recibe los efectos de la posesión.

Presunción de quién es poseedor.

La posesión la tiene quien la tenga, pero en determinados casos la Ley presume que la posesión la tienen ciertas personas, que pueden reclamar lo que al poseedor le corresponde; aquél que se presume poseedor actúa como tal, y contra quién se reclame tiene la carga de la prueba. Establecen presunciones de posesión:

- el art. 38 de la L.Hip. establece que: se presumirá que quien tenga inscrito en el Registro de la Propiedad el dominio de los inmuebles o derecho reales tiene la posesión de los mismos.
- el art. 449 C.c señala que: La posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deben ser excluidos.

10. Objeto de la posesión.

El objeto de la posesión está contemplado en el art. 437 del C.c. que dispone que: sólo pueden ser objeto de posesión las cosas... que sean susceptibles de apropiación.

No se pueden poseer aquellas cosas que no puedan ser objeto de dominación jurídica por los particulares: quedan excluidas las cosas públicas o sagradas, y las cosas que no tengan individualidad (que formen parte de un conjunto).

Posesión de cosas incorpóreas.

La posesión recae sobre cosas. Puede recaer sobre cosas corporales, pero ¿y sobre los llamados bienes

inmateriales o sobre los derechos?. En principio hay que responder que, según la letra de nuestro Derecho, se admite la posesión de cosas (sin excluir las incorporales) y de derechos (art. 430 y sig. C.c.).

La posesión como derecho, puesto que no es sino un poder concedido por la ley, puede recaer sobre lo que ésta disponga, sea una cosa inmaterial o un derecho. Pero ¿son éstos susceptibles de posesión como hecho?. Los llamados bienes inmateriales pueden ser objeto de posesión como hecho en tanto en cuanto cabe tener sobre ellos un poder de hecho (p. ej. por dejadez de quien la escribió, otra persona tiene la disposición de una obra literaria, introduciéndole modificaciones, concediendo o negando su publicación a casas editoriales, cobrando derechos de autor) independientemente de a quién corresponda el derecho sobre los mismos.

Posesión de derechos.

Además de las cosas, ¿pueden ser poseídos (como hecho) los derechos?. La posesión de estos (como la de las cosas inmateriales) no puede ser un hecho en el sentido de tenencia corporal (de hecho) del derecho, ya que éste carece de una entidad físicamente aprehensible.

El titular o sujeto de un derecho es la persona a quien pertenece e poder jurídico en que aquél consiste; poseedor de un derecho es la persona que, de hecho, tiene el poder que corresponde a un derecho.

Poder de hecho en que consiste la posesión de un derecho.

El tipo de poder de hecho, sobre el objeto del derecho, en que consiste la posesión de éste, es análogo al poder de hecho sobre la cosa, en que consiste la posesión de ésta. Así, pues, ha de tratarse de un poder, no en el sentido de que quepa verificar algún acto aislado sobre el objeto del derecho, sino en el de que tal objeto nos quede sometido de forma duradera. Asimismo el grado de dominación práctica precisa para estimar existente un poder de hecho, se juzga con arreglo a la opinión común.

Derechos poseibles. No poseibilidad sólo de derechos reales.

Hay autores que consideran que sólo son posibles los derechos reales; si bien otros piensan que otros tipos de derechos. Los primeros sostienen que cuando la ley dice que son posibles los derechos de crédito, en estos casos se ve que luego a esa pretendida posesión no le otorga los efectos que se le otorga a la posesión. E incluso hay autores que consideran que no todos los derechos reales son poseibles.

El art. 437 del C.c. señala que: Sólo pueden ser objeto de posesión... los derechos que sean susceptibles de apropiación, esto es, de pertenencia a los particulares. Así pues, quedan excluidos de posesión los derechos de la personalidad o de familia.

Albaladejo entiende que lo que significa este precepto es que sólo son posibles los derechos privados patrimoniales; estos pueden ser algunos derechos reales y otros no reales, pero lo que sí que se exige es que sean derechos susceptibles de ejercicio reiterado.

Por tanto serían posibles el uso, usufructo, prenda, anticresis, y no lo serían: el retracto y el tanteo.

Y de entre los derechos de crédito sí el comodato, renta vitalicia y no los que consistan en el pago de un solo acto.

11. Naturaleza de la posesión como derecho.

La posesión es un hecho jurídico. Como derecho es un provisional o más débil que los normales, por lo que el derecho provisional de posesión es vencido por el derecho normal en la adecuada contienda judicial en que el titular de éste reclame al titular de aquél.

Pero ¿de qué naturaleza es la posesión como derecho?. Según *Albaladejo* la posesión de cosas es un derecho de naturaleza real; y la de derechos, uno de naturaleza real (usufructo) o personal (la renta vitalicia), según el derecho poseído.