**DERECHO CIVIL**

**TEMA 32**

**LA POSESIÓN; SU NATURALEZA JURÍDICA.** **FUNDAMENTO Y CONDICIONES DE LA PROTECCIÓN POSESORIA. CLASES. LA POSESIÓN DE DERECHOS Y LA POSESIÓN CIVILÍSIMA.**

**LA POSESIÓN; SU NATURALEZA JURÍDICA.**

La doctrina es unánime al considerar que la posesión es un señorío de hecho sobre la cosa.

Sin embargo, la claridad de este concepto se ve empañada por las siguientes razones:

1. La posesión no sólo se tiene sobre las cosas, sino también sobre la mayor parte de los derechos reales.
2. Al hecho de la posesión se suma el reconocimiento y la protección jurídica de este hecho.
3. No toda tenencia de la cosa es posesión, por lo que la doctrina exige que a esta tenencia se una un elemento intencional o volitivo para que se convierta en posesión.
4. La espiritualización de la posesión permite su subsistencia sin detentación.
5. Jurídicamente, la posesión no es un concepto unívoco, sino que hay distintas clases de posesión, con efectos también distintos..

Por ello, con Puig Peña puede definirse la posesión, en su acepción estricta y propia, como una situación jurídica tutelada, por cuya virtud una persona tiene una cosa o ejercita un derecho, de tal forma que actúa sobre los mismos como si fuera su titular verdadero.

El Derecho moderno en materia de posesión está basado en una combinación de principios de los derechos romano, germánico y canónico. Por ello es preciso hacer una referencia, siquiera muy breve, a las ideas esenciales que sobre el instituto de la posesión tuvieron estos sistemas jurídicos:

1. La doctrina romana de la posesión acuñó la distinción entre *posessio civilis*, *ad interdicta* y *naturalis*:
2. La *posessio civilis*, tutelada por el *ius civile*, propio y particular de cada ciudadano romano, exigía el *corpus* o poder de hecho sobre la cosa y el *animus rem sibi habendi*" o intención de poseer la cosa como propia, además de la buena fe y el justo título. Era la *posessio ad usucapionem*, es decir, la posesión apta para adquirir la propiedad mediante la usucapión.
3. La *posessio ad interdicta* surgió como consecuencia de la creación por el pretor de los interdictos, medios procesales de defensa de toda posesión, aún no amparada por el *ius civile*. Requería del *corpus* y del *animus*, pero no ya de la buena fe y el justo título.
4. La *posessio naturalis* era la mera tenencia y carecía de efectos jurídicos, no siendo tutelada por el Derecho.
5. La doctrina germánica de la posesión reunió en una idea genérica, la *Gewere*, el conjunto de derechos reales sobre las cosas que se exteriorizaban con su ejercicio. El derecho de los pueblos germánicos no distinguió entre posesión jurídica y detentación, teniendo también *Gewere* el que carece de *animus*. La evolución de los conceptos dio lugar a la admisión junto a la *Gewere* corporal de una *Gewere* ideal, sin contacto de hecho con la cosa.
6. La doctrina canónica de la posesión determinó una extraordinaria ampliación del círculo de la protección posesoria, de forma que la posesión se protege, no sólo en las cosas y en los derechos, sino también en toda clase de derechos y facultades susceptibles de ejercicio continuado, sin que se exija para ser titular de una posesión amparada por el Derecho el *animus*, bastando la mera detentación.

**Naturaleza jurídica.**

La naturaleza jurídica de la posesión ha planteado tradicionalmente el problema de si se trata de un simple hecho o constituye un verdadero derecho subjetivo. Al respecto se han sostenido las siguientes teorías:

1. La teoría de la posesión como hecho, defendida por autores como Winscheid o Roca Sastre, que entiende que la posesión es un estado, situación o relación de hecho, si bien productora de efectos o consecuencias jurídicas, tesis que se basa en los siguientes argumentos:
2. La posesión es el estado de hecho de la propiedad, y si se configurase como un derecho no habría modo de diferenciar ambos conceptos.
3. Si la posesión fuera un derecho nadie discutiría acerca del porqué y de la forma de su protección.
4. La posesión no tiene defensa sino en el caso de perturbaciones del estado de hecho o de invasiones determinadas y cualificadas.
5. En el ordenamiento jurídico español, esta tesis tiene un apoyo singular en el artículo 5 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, que impide la inscripción en el Registro de la Propiedad de los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer.
6. La teoría de la posesión como derecho real, defendida por autores como Ihering o Hernández Gil, que sostiene, partiendo del concepto de derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, que el ordenamiento jurídico, al proteger el interés del poseedor, convierte la posesión en un derecho subjetivo, que reúne los dos elementos típicos de los derechos reales: el elemento interno o poder sobre la cosa y el elemento externo o deber general de abstención, que tiene su traducción en las acciones con eficacia *erga omnes* con que se protegen los derechos reales.

Este criterio tiene reflejo en los artículos del Código Civil de 24 de julio de 1889 que atribuyen derechos específicos al poseedor, y especialmente, en su artículo 460, según el cual la posesión se pierde “por la posesión de otro, aún contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”, ya que de este precepto se deduce que la posesión no se pierde por el sólo hecho de que la cosa salga del poder del poseedor sino que, como todo derecho, exige el transcurso de un plazo de prescripción.

1. La teoría de la doble naturaleza de la posesión, defendida por autores como Savigny, que sostiene que la posesión, considerada en sí misma, es un hecho, pero produce consecuencias jurídicas que constituyen verdaderos derechos, como el de adquisición de los frutos o de adquisición de la propiedad por usucapión. Estos derechos que la ley concede al poseedor hacen que la posesión, a la vez que un hecho, deba calificarse como un derecho subjetivo.

**FUNDAMENTO Y CONDICIONES DE LA PROTECCIÓN POSESORIA.**

**Fundamento de la protección posesoria.**

La protección dispensada por el ordenamiento jurídico a la posesión se nos muestra a primera vista como algo extraño y contradictorio, pues puede ocurrir que por medio de ella el ordenamiento jurídico tutele a alguno que ha violado sus preceptos, como a quien se ha apoderado ilícitamente de una cosa y, en cambio, coloque en una situación de inferioridad a quien en el fondo no hace más que ejercitar su derecho, como al propietario desposeído.

Efectivamente, cuando el poseedor no es titular de derecho alguno que le legitime para la tenencia del bien, resulta también protegido en su posesión en los casos de perturbación o despojo, quienquiera que sea el causante de éstos, incluso cuando tales actos proceden del propietario quien, en vez de acudir a los Tribunales, opta por las vías de hecho.

Por ello, la tutela posesoria, en muchos casos, beneficia a poseedores que no son dueños ni titulares de derechos reales que comporten el *ius possidendi*.

Se han formulado diversas teorías acercas del fundamento de esta protección posesoria, las principales de las cuales parten de las ideas antagónicas de Savigny y Ihering, que son las siguientes:

1. Para Savigny y sus seguidores, como Lacruz en España, la tutela posesoria se fundamenta en la conservación del orden público y la evitación de la violencia, lo que implica la necesidad de preservar la continuidad de la vida jurídica, considerando que la continuidad de una situación posesoria es un bien social en sí mismo, digno de protección, con independencia de que esté respaldada por la existencia de un derecho subjetivo; esa continuidad debe mantenerse en favor del poseedor mientras el verdadero titular del bien no haga valer, a través del oportuno procedimiento judicial, el *ius possidendi* que le asiste.
2. En cambio, Ihering y, entre nosotros, autores como Vallet de Goytisolo, entiende que la posesión es la exteriorización del derecho de propiedad, y sólo es protegida como complemento necesario de la defensa de ésta última, por lo que la tutela posesoria es una manifestación del principio general de protección de la apariencia jurídica, puesto que quien posee un bien, y precisamente a través de esa posesión, genera en los demás la creencia de que es, efectivamente, titular de un derecho que justifica su tenencia.

El Código Civil español parece fundamentar la protección posesoria en el mantenimiento de la paz jurídica, siguiendo a Savigny, ya que su artículo 441 dispone que “en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente”.

**Condiciones de la protección posesoria.**

Derivadas de las dos concepciones explicadas, Savigny y Ihering exigen condiciones distintas para la protección posesoria, ya que:

1. Savigny adopta una posición subjetiva, de forma que junto al *corpus* o tenencia exige el *animus* o intención del poseedor, y no un mero *animus rem sibi habendi*, sino precisamente el *animus dominii*, esto es, la creencia del poseedor que es el legítimo propietario de la cosa aunque realmente no sea así.
2. Ihering adopta una posición objetiva, considerando que quien invoque la protección posesoria debe limitarse a demostrar el *corpus*, y demostrado el *animus* se presume, salvo prueba en contrario.

En este punto, el Código Civil español responde a la posición objetiva de Ihering, ya que su artículo 446 dispone que “todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen”.

Por su parte, el artículo 250 la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 mantiene idéntica protección objetiva de la posesión, al prever la tramitación por juicio verbal de las demandas que “pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute”.

En cambio, el Código Civil no exige el *animus dominii*, ni siquiera el *animus rem sibi habendi*, pues concede la protección posesoria a todo poseedor, lo mismo al poseedor natural que al civil, en concepto de dueño o en concepto distinto, si bien, excluye de la protección posesoria tres supuestos:

1. Los supuestos de simple contacto con la cosa que no constituyen posesión, por faltar ese principio intencional que representa el *animus possessionis.*
2. Al servidor de la posesión, al que luego me refiero.
3. Los que no han podido adquirir jurídicamente la posesión, aunque tengan materialmente la cosa en su poder, pues según el artículo 444 del Código Civil “los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de la cosa, o con violencia, no afectan a la posesión”.

**CLASES.**

El Código Civil distingue las siguientes clases de posesión:

1. Posesión natural y civil, disponiendo el artículo 430 que “posesión natural es la tenencia de una cosa o animal 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, animal o derecho como suyos”.
2. Posesión en nombre propio y en nombre ajeno, disponiendo el artículo 431 que “la posesión se ejerce en las cosas, en los animales o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, o por otra en su nombre.

Interpretando este precepto, la doctrina entiende que el poseedor en nombre propio es el verdadero poseedor, aun cuando lo sea como arrendatario, comodatario, depositario o por otro título análogo. En cambio, el poseedor en nombre ajeno es el llamado servidor de la posesión, es decir, el que tiene materialmente la cosa por orden del verdadero poseedor y en nombre suyo, como el trabajador respecto de la empresa o el dependiente respecto de su principal.

El servidor de la posesión no puede configurarse como un auténtico poseedor, ni está legitimado para el ejercicio de las acciones posesorias. También puede incluirse en el concepto de poseedores en nombre ajeno al representante y al mandatario del poseedor, que tampoco son verdaderos poseedores, cualidad que recae en el representado y en el mandante.

1. Posesión en concepto de dueño y en concepto distinto al de dueño, disponiendo el artículo 432 que “la posesión en los bienes, en los animales y en los derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa, animal o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona.

La posesión en concepto de dueño no sólo permite el ejercicio de las acciones de tutela sumaria de la posesión, sino que es base de la usucapión, pues según el artículo 447 del Código Civil “sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio”.

La posesión en concepto distinto al de dueño sólo permite el ejercicio de las acciones de tutela sumaria de la posesión, pero no faculta para adquirir el dominio por usucapión.

1. Posesión de buena y de mala fe, disponiendo el artículo 433 que “se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario.

Las presunciones posesorias amparan la buena fe, puesto que:

1. Conforme al artículo 434 del Código Civil, “la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba”.
2. Conforme al artículo 435 del Código Civil, “la posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente”.

A las clasificaciones expuestas, que son las recogidas por el Código Civil, la doctrina añade las siguientes:

1. Posesión mediata e inmediata, distinción procede del derecho alemán y exige la concurrencia de dos poseedores, el poseedor mediato, que no posee por sí mismo la cosa sino que la tiene a través de un mediador en la posesión, el poseedor inmediato, que es quien la ejerce materialmente.

Entre ambos poseedores ha de existir una relación jurídica que, por regla general, dará lugar a una pretensión de entrega de la cosa a favor del poseedor mediato. Ejemplo típico es el del arrendamiento en que el arrendador ostenta la posesión mediata que ejerce a través del arrendatario, que es poseedor inmediato.

1. Posesión exclusiva y coposesión, siendo esta última la típica de los condueños, a la que se refiere el artículo 445 del Código Civil al establecer que “la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión”, añadiendo el artículo 450 que “cada uno de los copartícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión. La interrupción en la posesión del todo o parte de una cosa poseída en común perjudicará por igual a todos”.

También presenta particularidades la posesión de los animales, respecto de la que el artículo 465 del Código Civil dispone que “los animales salvajes o silvestres sólo se poseen mientras se hallan en nuestro poder; los domesticados se asimilan a los domésticos o de compañía si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor o si han sido identificados como tales”.

**LA POSESIÓN DE DERECHOS Y LA POSESIÓN CIVILÍSIMA.**

**La posesión de derechos.**

El Código Civil admite ampliamente la posesión de los derechos, pues el artículo 430 concibe la posesión, no sólo como “la tenencia de una cosa”, sino también como “el *disfrute de un derecho*”, y el artículo 437 añade que “sólo pueden ser objeto de posesión las cosas *y derechos* que sean susceptibles de apropiación. También pueden ser objeto de posesión los animales, con las limitaciones establecidas en las leyes”.

La doctrina, no obstante, ha matizado el alcance de este último precepto, entendiendo que la posesión de derechos debe considerarse limitada a los derechos reales, ya que sólo ellos permiten un ejercicio continuado y exteriorizado de las facultades que el derecho lleva consigo. Y, aún dentro de los derechos reales, no podrán ser objeto de posesión los que no admitan un ejercicio continuado y externo. Por ello la doctrina suele excluir del ámbito de la posesión la hipoteca y las servidumbres que no sean continuas y aparentes.

**La posesión civilísima.**

La posesión civilísima representa el punto máximo de espiritualización del concepto de la posesión. Se llama posesión civilísima, ficticia o presunta, la que se adquiere o se conserva por ministerio de la Ley, *ope legis*, sin que el poseedor realice acto alguno de aprehensión o tenencia material de la cosa.

El Código Civil conoce dos casos de posesión civilísima, a saber:

1. La del poseedor despojado por otro de su posesión, quien conserva su derecho por ministerio de la Ley durante un año, ya que la nueva posesión, antes de cumplirse este plazo, no extingue la antigua, según el artículo 460, antes citado, y confirma el artículo 466, a cuyo tenor “el que recupera, conforme a derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha disfrutado sin interrupción”.
2. La del heredero, ya que el artículo 440 dispone que “la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia. El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento”.

Este artículo tiene por fundamento dar continuidad a la protección posesoria, evitando que los bienes hereditarios queden desamparados desde la muerte del causante hasta la toma de posesión material por el heredero. En su virtud:

El heredero sumará al tiempo de su posesión el de su causante a los efectos de la usucapión.

El heredero podrá utilizar las acciones de tutela sumaria de la posesión posesorias contra los actos de inquietación o despojo posteriores a la muerte de su causante. Así mismo, conforme al artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el heredero tiene acción para pedir que se le ponga en posesión de los bienes hereditarios si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario.

Lo que el heredero investido de la posesión civilísima no puede hacer es ejercitar las acciones posesorias contra el poseedor que tuviera ya su derecho de posesión con anterioridad a la muerte del causante pues así resulta del artículo 445, que en el caso de contienda sobre el hecho de la posesión prefiere al poseedor actual.

Ahora bien, la continuidad de la posesión del heredero respecto de la del causante se rompe en lo relativo a la buena fe, ya que ésta es una cualidad psicológica, no transmisible de una persona a otra, disponiendo al respecto el artículo 442 del Código Civil que “el que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban; pero los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante”.

José Marí Olano

18 de diciembre de 2021