**DERECHO CIVIL**

**TEMA 33**

**ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN, PÉRDIDA Y RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN.** **EFECTOS DE LA POSESIÓN.**

**ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN, PÉRDIDA Y RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN.**

**Adquisición de la posesión.**

El Código Civil, influido por la teoría de que la posesión en su origen es un simple hecho, faculta para adquirirla a los incapaces de obrar, al disponer el artículo 443 que “toda persona puede adquirir la posesión de las cosas.

Los menores necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor.

Las personas con discapacidad a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo pueden usar de los derechos derivados de la posesión conforme a lo que resulte de éstas”.

No obstante la dicción literal de este precepto, la doctrina entiende que los menores y las personas sujetas a curatela representativa sólo podrán adquirir la posesión por sí mismos a través de los actos jurídicos que pueden realizar sin asistencia, como la ocupación de un bien mueble, pero no a través de aquello en los que sí la precisan, como la adquisición de la posesión de un inmueble a través de tradición instrumental.

Además, el artículo 439 del Código Civil dispone que “puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique”.

En relación con los modos de adquirir, el artículo 438 del Código Civil establece que “la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa, animal 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”.

Son, por tanto, tres los modos de adquirir la posesión, si bien los dos primeros vienen a significar lo mismo, pues no puede darse ningún *corpus* sin un mínimo *animus*. La mención a los actos propios y formalidades legales debe referirse a la tradición instrumental, a la adquisición por ministerio de la Ley y a la adquisición judicial de la posesión a consecuencia del ejercicio exitoso de una acción de tutela sumaria.

En cualquier caso, la ocupación material tiene el límite previsto por el artículo 441 del Código Civil, que 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”.

En coherencia con ello, dispone el artículo 444 del Código Civil que “los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión”.

**Conservación de la posesión.**

La idea de continuidad es esencial al concepto de la posesión como derecho tutelado por el ordenamiento jurídico. Una vez adquirida la posesión, la Ley protege su conservación. El Código se refiere a la conservación de la posesión de las siguientes formas:

1. Tutelando la conservación procesalmente, disponiendo el artículo 446 del Código Civil 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 procedimientos establecen”, precepto que se refiere a los tradicionales interdictos de retener y recobrar, hoy regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 como acciones de tutela sumaria de la posesión que se tramitan como juicio verbal.
2. Constituyendo siguientes presunciones de posesión continuada o no interrumpida que favorecen al poseedor:
3. Conforme al artículo 459 del Código Civil, “el poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario”.
4. Conforme al artículo el artículo 466 del Código Civil, “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”.
5. Favoreciendo igualmente la conservación de la posesión de las cosas muebles a través de la previsión del artículo 461 del Código Civil, que dispone que “la posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero”.
6. Determinando quién debe conservar la posesión en caso de contienda entre dos poseedores, disponiendo al respecto el artículo 445 del Código Civil que “la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión. Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores, el más antiguo; si las fechas de las posesiones fueren las mismas, el que presente título; y, si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes”.

Con respecto a este artículo 445, debe señalarse lo siguiente:

1. Las reglas que contiene son aplicables no sólo al hecho sino al derecho de posesión, cuando lo pretendan dos personas y resulte incompatible el derecho de una con el de la otra.
2. La contienda a que el precepto alude puede plantearse en cualquier forma reconocida por el ordenamiento jurídico, extrajudicial o judicialmente;
3. Las reglas de preferencia deben entenderse del siguiente modo:

* Por poseedor actual debe entenderse el que lo sea en el momento de iniciarse la contienda, siempre que el otro poseedor no tenga la misma cualidad, aun cuando hubiese empezado a poseer en fecha anterior.
* Poseedor más antiguo es el que comenzó el ejercicio de la posesión en fecha anterior, siempre que dicha fecha pueda probarse.
* Por título debe entenderse título de posesión, no de propiedad.

**Pérdida de la posesión.**

Según el artículo 460 del Código Civil, “el poseedor puede perder su posesión:

1º. Por abandono de la cosa o del animal.

2º. Por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito.

3º. Por destrucción o pérdida total de la cosa, por muerte o pérdida del animal o por quedar la cosa o animal fuera del comercio.

4º. Por la posesión de otro, aún contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”.

Sin embargo, este precepto omite ejercicio triunfante de la acción reivindicatoria por el propietario.

Sobre estos modos de pérdida puede destacarse lo siguiente:

1. Los tres primeros modos de perder la posesión a que alude el Código son comunes a la propiedad. El cuarto, la posesión del año y el día, es propio de la posesión y tradicional en el derecho español.
2. La pérdida de la posesión por abandono implica una voluntad abdicativa que debe exteriorizarse colocando a la cosa en circunstancias de las que socialmente se deduzca su desapoderamiento o desposesión.
3. La pérdida por cesión es causalizada. El título ha de ser traslativo de la propiedad, pues en los demás casos lo que se da es un cambio de posesión inmediata a mediata.
4. La destrucción o pérdida total de la cosa es evidente que extingue la posesión pues no es posible ejerce ningún señorío sobre ella. Lo mismo sucede con la privación de comercialidad sobrevenida por un cambio en el ordenamiento jurídico.

No obstante, conforme al artículo 461 del Código Civil “la posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero”, lo que habrá de entenderse como hasta que la cosa haya pasado a poder de tercero, pues mientras desconocemos su paradero no sabemos si está bajo nuestra poder o no.

1. La posesión de otro a la que alude el último número debe ser una posesión incompatible con la que pueda perder el actual poseedor. La razón de la brevedad del plazo establecido estriba en que la posesión es un derecho real provisional, de tal forma que si el poseedor no ejercita su derecho durante ese breve tiempo, es que otro lo está ejercitando, y entonces es éste, no aquél, el verdadero poseedor. Este plazo encuentra igualmente reflejo en el plazo anual de prescripción para las acciones posesorias establecido en el artículo 1968 del Código Civil.

Precisamente por esta causa de pérdida de la posesión dispone el artículo 439.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “no se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o del despojo”.

Cuando se trata de la pérdida de la posesión de los inmuebles y de los derechos reales inmobiliarios, para los efectos de la usucapión *contra tabulas*, el artículo 462 del Código Civil dispone que “la posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida, ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción con lo dispuesto en (el artículo 36 de ) la Ley Hipotecaria” de 8 de febrero de 1946.

**Recuperación de la posesión.**

La posesión indebidamente perdida siempre puede recuperarse de forma voluntaria, cuando el nuevo poseedor retorna la cosa al anterior poseedor.

No obstante, la manera común de recuperación de la posesión es por acto de autoridad, la cual presenta las siguientes modalidades:

1. Por ejercicio de la acción reivindicatoria, habiéndose planteado en nuestro Derecho la cuestión de la subsistencia de la acción publiciana, que protege a un poseedor que ostenta un derecho mejor y más probable que el de otro poseedor al que se enfrenta.

Para la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, no siendo precisa la prueba estricta del dominio para ejercitar la acción reivindicatoria, sino sólo la del mejor derecho que el demandado, la acción publiciana está embebida en la acción reivindicatoria.

1. Por ejercicio de una acción de tutela sumaria de la posesión de una cosa que pretenda su recuperación por quien haya sido despojado de ella.
2. Por ejercicio de la acción real derivada del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que dispone que las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente.
3. Conforme al artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deciden por juicio verbal las demandas que, instadas por titulares de derechos reales inscritos, demanden su efectividad contra quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de titulo inscrito que legitime la oposición o perturbación.
4. Por ejercicio de una acción de desahucio por precario, que conforme al artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil también se tramita por juicio verbal, estando legitimado no solo el dueño sino también cualquier persona con derecho a poseer la finca.
5. Por restitución de los efectos o instrumentos del delito, conforme a las previsiones del Código Penal de 23 de noviembre de 1995.

**EFECTOS DE LA POSESIÓN.**

Mientras conserva la posesión, el poseedor tiene dos derechos:

1. El derecho a la protección posesoria, que corresponde a todo poseedor.
2. El derecho a adquirir la propiedad por usucapión, disponiendo el artículo 447 del Código Civil que “sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio.

Además, la protección del poseedor se intensifica por las siguientes presunciones en su favor:

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”.
3. Conforme al artículo 436 del Código Civil, “se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario”.
4. Conforme al artículo 448 del Código Civil, “el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo”. Esta presunción no surte efecto con relación a la usucapión, pues el artículo 1954 del Código Civil dispone “el justo título debe probarse; no se presume nunca”.
5. Conforme al artículo 449 del Código Civil, “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”.
6. Conforme al artículo 459 del Código Civil, “el poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario”.
7. Conforme al artículo 466 del Código Civil, “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”.

Por otro lado, puede ocurrir que el poseedor se vea privado de la posesión al ser ésta recuperada por el propietario o por otro poseedor de mejor derecho. Se hace preciso, en tales casos, proceder a la llamada liquidación del estado posesorio. El Código Civil distingue, para estos casos, los derechos del poseedor sobre los frutos, gastos y mejoras, y la responsabilidad en que ha podido incurrir, sobre la base de atribuir una eficacia distinta a la posesión de buena y de mala fe. De esta forma:

1. En cuanto al régimen de los frutos:
2. El artículo 451 del Código Civil establece que “el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión.

Se entienden percibidos los frutos naturales o industriales desde que se alzan o separan.

Los frutos civiles se consideran producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción”.

Ahora bien, conforme al artículo 452 del Código Civil “si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales o industriales, tendrá el poseedor derecho a los gastos que hubiese hecho para su producción, y además a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión.

Las cargas se prorratearán del mismo modo entre los dos poseedores.

El propietario de la cosa puede, si quiere, conceder al poseedor de buena fe la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece; el poseedor de buena fe que por cualquier motivo no quiera aceptar esta concesión, perderá el derecho a ser indemnizado de otro modo.”

1. En cambio, conforme al artículo 455 del Código Civil, “el poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir”.
2. En cuanto al régimen de gastos y mejoras:
3. El artículo 453 del Código Civil dispone que “los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.

Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa”.

1. El artículo 454 del Código Civil dispone que “los gastos de puro lujo o mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufriere deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado”.
2. Añade el artículo 455 del Código Civil que “los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión”.
3. El artículo 456 del Código Civil dispone que “las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión”.
4. El artículo 458 del Código Civil dispone que “el que obtenga la posesión no está obligado a abonar mejoras que hayan dejado de existir al adquirir la cosa”.
5. En cuanto a la responsabilidad del poseedor en caso de deterioro, del artículo 457 del Código Civil se deriva lo siguiente:
6. “El poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo”, si bien mediando dolo, no se explica cómo se puede mantener la buena fe en el poseedor.
7. “El poseedor de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo”, constituyendo éste uno de los supuestos a que hace referencia el artículo 1105 del Código Civil, que dispone que “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquéllos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

Es, en definitiva, un supuesto análogo al contemplado en el artículo 1096 del Código Civil, que dispone que “si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega”.

José Marí Olano

18 de diciembre de 2021