

DERECHO CIVIL

Capítulo 11

Alfredo Bullard
Gastón Fernández
(Editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1997

FACULTAD DE DERECHO



Primera edición: octubre de 1997

Diseño de Cubierta: AVA diseños

Derecho Civil Patrimonial

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 460-0872 y 460-2291 - 460-2870 anexos 220 y 356.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-029-9

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

CRITERIOS PUNTUALES SOBRE LA POSESIÓN EN EL DERECHO ACTUAL

Luis Guillermo Velásquez Jaramillo

Desde épocas muy remotas, casi desde el nacimiento de la humanidad, el contacto del hombre con las cosas que lo rodean ha merecido por parte de todas las legislaciones una atención especial. La riqueza de contenido patrimonial constituye una de las bases fundamentales para que el ser humano pueda satisfacer sus necesidades elementales, de tal suerte que esta riqueza no permanezca en el espacio como una concepción abstracta y sin sentido finalista. Ese espíritu de servicio que la naturaleza brinda al sujeto de derecho para apropiarse o utilizar las cosas o bienes que lo rodean, constituye la base fundamental para que la organización social se autodetermine y formule normas imperativas que constituyen su ordenamiento superior para evitar así la aplicación de una justicia privada. Los fenómenos sociales esperan turnos muchas veces rigurosos para que el legislador los avise y los transforme en fenómenos o instituciones jurídicas. La posesión ha tenido siempre la fortuna de ser una institución permanentemente estudiada y nunca se ha esperado a que los juristas se pongan de acuerdo o no sobre si es un hecho o un derecho.

Tradicionalmente se ha entendido que no toda relación del hombre con las cosas materiales o físicas de la naturaleza significa una relación posesoria. Un simple contacto físico con ellas sin una manifestación exterior de la voluntad en dirección posesoria genera otro tipo de relaciones que también el Derecho regula pero en esferas o instituciones jurídicas diferentes. El simple contacto físico sin un poder o señorío de la voluntad, la simple precariedad o mera detentación reconociendo un dominio ajeno, la relación del heredero con los bienes relictos denominada impropia posesión legal de la herencia, la relación con un estado

civil determinado denominada posesión notoria del estado civil, la relación que se presenta sobre un derecho independientemente aislado del objeto material sobre el cual recae, la denominada posesión de créditos, etc. Con mayores o menores disquisiciones originadas en diferentes épocas y períodos de la historia de la humanidad, han tenido un espacio concreto en instituciones diferentes a la tradicional teoría posesoria. No obstante ires y venires, las influencias del antiguo Derecho Romano sobre la teoría general de la posesión, rondan campantes sobre el Derecho actual y no es impropiedad sostener que las diferentes épocas de la humanidad comparadas con la del Derecho Romano, se presentan como un par de amantes en sus fases permanentes de ofensas y reconciliaciones. Esta comparación sin embargo, ha decantado la posesión y afirmaciones inexpugnables del Derecho romano han sido totalmente descartadas en el derecho actual. El dogma romanista de considerar, por ejemplo, la posesión como una simple exteriorización del derecho real de propiedad, la sociedad actual lo ha sepultado, permitiéndose de la institución una visión autónoma que puede estar unida a derechos reales de contenido diferente al dominio. Como el pueblo romano tenía características de sociedad doméstica, era para ellos muy fácil concebir la idea de que quien figurara con la posesión coetáneamente portara el dominio. No obstante en el mundo actual (con un perfil de superpoblación y presencia de grandes concentraciones urbanas, lo que crea una noción impersonal del destinatario de las normas jurídicas), resulta difícil aún concebir una posesión sin una serie de presunciones de carácter general o totalmente abstracta sobre un derecho sin conexión física o material con su objeto. La denominada posesión de derechos aunque consagrada legalmente en la mayoría de las legislaciones, es un tema álgido lleno de impropiedades conceptuales y prácticas.

De ser inicialmente la posesión tenencia o contacto, físico o material, del hombre con las cosas de la naturaleza con ánimo de señor y dueño, ha pasado a comprender fenómenos tan antagónicos a su concepción tradicional como el de la tenencia precaria y ha afirmarse sin temores que un arrendatario, por ejemplo, también reciba la calificación de poseedor, aunque con ello la posesión no conduzca a la adquisición de un derecho real. Lo cierto del caso es que en el Derecho actual el fenómeno posesorio está férreamente unido a la teoría de las apariencias jurídicas, calificándose en la legislación universal unas veces como un hecho y otras como un derecho de contenido provisional o interino, y en muchas

de ellas como hecho y derecho a la vez. En la legislación española, por ejemplo, existen disposiciones que la consagran como poder de hecho (se tiene un poder cuando se tiene la cosa materialmente sin mirar si se tiene o no un derecho a poseerla) y como derecho por la protección jurídica que merece. De aquí se concluye, como lo afirma con sapiencia el ilustre tratadista español Manuel Albaladejo, que cuando se trata de un poder jurídico la legislación concede poder y protección, en cambio, cuando se trata de la posesión hay protección más no poder jurídico. Una protección que la hace visible como derecho se presenta en casos como el del poseedor que es despojado del objeto posesorio, el cual tiene un poder jurídico para recuperarlo dentro del año siguiente al despojo, fuera de mantenerse en ella un efecto prescriptivo. Lo anterior en términos simples y llanos no es más que la consagración legal del principio savignyano de que la posesión es un poder de hecho pero que tiene consecuencias jurídicas protegidas por el derecho. Existen legislaciones más atrevidas que le otorgan a la posesión el calificativo de derecho con un contenido provisional o interino, sólo derrumbable cuando el verdadero propietario irrumpe con la acción reivindicatoria y consecuentemente derrota en la litis la aspiración posesoria. Otras legislaciones la incluyen expresamente dentro de los derechos reales como ocurre con la legislación peruana al regularla en los arts. 896 y ss. de su estatuto civil. Sin embargo, en el particular aspecto de la protección posesoria existe un común denominador en todas las legislaciones y los interdictos del derecho romano, con mayor o menor intensidad en su aplicación, siguen trajinando en el mundo actual.

Si bien los diferentes sistemas discuten sobre si la posesión es un hecho o un derecho, todos se unifican en la protección de la posesión y tiende a ser más armónico el que la presenta como un hecho en su concepción o andamiaje sustantivo. No es muy acertado concebir la posesión como un derecho más débil que el derecho real que enfrenta. El derecho real es siempre uno y como poder jurídico de naturaleza real no puede predicarse de él grados de fortaleza o debilidad. La concepción de la posesión como hecho es igualmente fuerte que el concepto de propiedad como derecho. Cada uno en su campo tiene la fuerza inherente que lo caracteriza sin entrar en comparaciones distorsionantes.

Existe una tendencia muy marcada en el mundo actual de considerar dentro la noción posesoria la simple precariedad ya que también

constituye una relación del hombre con las cosas de la naturaleza bajo el imperio de su voluntad. En este sentido, las legislaciones derivadas de la germánica admiten la existencia de la posesión en nombre propio y de la posesión en nombre ajeno. Se **posee a nombre propio** en la denominada posesión de propietario (*civile possessio* del derecho romano) e implica siempre la presencia del *animus domini* o ánimo de señor y dueño. Es una posesión que exterioriza el derecho y como norma general tiene un efecto prescriptivo. La **posesión a nombre ajeno** es la que se ejerce sobre derechos diferentes al dominio, como ocurre con sus desmembraciones y las originadas en derechos personales. Así un arrendatario, un comodatario, un usufructuario, son poseedores a nombre ajeno. Reconocen siempre sobre su propia posesión una de rango superior. En algunas legislaciones se habla también de poseedor mediato e inmediato, en otras de poseedor directo o indirecto.

En las legislaciones de estirpe romanista la posesión, la única y verdadera posesión es la que se presenta, fuera del corpus, un ánimo de señor y dueño. Las relaciones de precariedad, como la que deriva de un contrato de arrendamiento, no constituyen una relación posesoria ya que en ellas falta el deseo de obrar como señor y dueño: todo lo contrario, el arrendatario reconoce desde un principio la temporalidad y precariedad de su estado, reconociendo el dominio del arrendador. Mientras permanezca esa precariedad en su ánimo no es permisible hablar de relación posesoria y por consiguiente de una presencia prescriptiva. Ello no obsta para que esas mismas legislaciones le permitan a ese detentador precario transformarse en poseedor a través del fenómeno conocido como la intervención del título (tenedor que se transforma en poseedor).

La verdadera posesión es la que no está unida a vínculos jurídicos

Si se requiere a un propietario para demostrar la existencia de un poder jurídico de naturaleza real, seguramente responderá sobre su existencia, presentando documentos o testimonios relacionados con la expresión del consentimiento o de la entrega material o tradición simbólica según el caso. Si de inmuebles se trata, recurrirá a escrituras públicas solemnes y a certificados de inscripción. Si a ese mismo propietario se le pregunta: ¿Cómo demuestra usted la existencia de la posesión?. La respuesta tiene que ser diferente de la expresada cuando se le indaga por un

poder jurídico real. Si la posesión estuviera irradiada de un poder jurídico, seguramente quedaríamos satisfechos con la presentación de los documentos o pruebas anteriores. Pero ello no puede ser así. Ese propietario seguramente nos contestará: Yo pago los impuestos, yo reparo el bien, velo por su conservación, etc. Esta sencilla pero expresiva respuesta nos indica que si la posesión fuera un poder jurídico ninguna diferencia tendría con el derecho de propiedad como es el caso que nos ocupa. Y lo más complejo es que, para proteger nuestro bien tendríamos que caminar diariamente con la presencia de la titulación aferrada a nuestro cuerpo presentándola a las autoridades como respaldo frente a las perturbaciones o despojos de terceros. La posesión no puede entonces concebirse como lo es el cordón umbilical entre la criatura y la madre. La verdadera posesión con efecto prescriptivo es la que surge sin ataduras jurídicas. Por ello todas las legislaciones consideran elemento no esencial a la protección de la posesión la presencia probatoria de la titulación. Los títulos ilustran pero no definen. La posesión es sólo corpus y animus. Demostrados estos elementos la protección es innegable. El propietario, titular de la acción reivindicatoria, *requiere siempre para que salga adelante en la litis de la prueba del dominio*. Si en la misma calidad de propietario es perturbado en su posesión la autoridad nunca le va a solicitar los títulos como presupuesto previo para poder protegerlo de la perturbación o el despojo. La prueba de su posesión es suficiente para enervar los actos perturbadores. Cuando se trata del ejercicio de un poder jurídico de naturaleza real o del ejercicio de una facultad jurídica emanada de un derecho personal, la ley otorga a su titular acciones reales o personales. En cambio, el poder de hecho inherente a la posesión, se protege con acciones posesorias o simples querellas o quejas de tipo administrativo.

La posesión unida al derecho, como forma de exteriorización de un poder jurídico, decían los romanos, tiene obviamente una protección legal, pero en sí misma no tiene un efecto prescriptivo como si se pudiera afirmar que su titular adquiere el derecho por prescripción. Esa posesión le sirve al propietario o titular del derecho para defenderse a través de procedimientos de corto trámite o servir de vínculo jurídico en la agregación de posesiones, pero de ninguna manera para prescribir ya que el bien se encuentra en su patrimonio a través de un título o modo de adquirir. La posesión adquiere una dimensión autónoma y su verdadera forma de impacto social y jurídico, cuando no existen de por medio títulos presuntamente atributivos de derecho alguno o existiendo éstos sólo sir-

ven de instrumentos para reducir plazos de prescripción. El poseedor al colocar el sello de su corpus y animus en la posesión, tiene la oportunidad de transformar las apariencias en derechos de carne y hueso, en otros términos, lograr la adquisición del derecho a través de la prescripción. Esta es entonces la verdadera posesión, la que trata de regular la ley para evitar la generación de impactos sociales negativos. Si ello no fuera así, sólo los titulares de poderes jurídicos merecerían la protección legal y la posesión no existiría más que como una entelequia teórica sin ninguna impactación social. Si se predicara la tesis de que el titular de un poder jurídico fuera el único que pudiera ejercer la posesión, la institución sería tan frágil y de tan poco contenido que sobraría en todas las legislaciones, dejando al garete y al vacío (con las peligrosas consecuencias que ello acarrea), las más voluminosas relaciones del hombre con las cosas que lo rodean. Este fenómeno que constituye la verdadera posesión no solo se circunscribe a la oportunidad de lograr a través de la prescripción la titularidad real de un derecho. La doctrina es unánime en considerar al poseedor, como el máximo capitán de las apariencias jurídicas. La apariencia firme pero no definitiva, lo considera aunque sea provisionalmente, como un verdadero titular del derecho, hasta llegar a afirmarse como dueño mientras otra persona no justifique serlo. Si esta persona nunca se presenta, la posesión ha logrado crear una causa jurídica donde no existía. Este fenómeno únicamente lo logra la posesión.

Razones para proteger la posesión

Los fundamentos legales para la protección de una posesión unida a la titularidad del derecho, como ocurre con la posesión del propietario del bien, son de claridad meridiana. Al legislador le satisface que la titularidad del derecho tenga como protagonista en su ejercicio a ese titular, es decir, que el propietario sea a la vez el poseedor. Si su posesión es perturbada o despojada, el poder jurídico de su titular es tan amplio que de él emerge la protección no sólo al derecho sino al hecho de la posesión. El ordenamiento jurídico fundamenta con creces dicha protección y su causa es la razón de ser, la existencia misma del Estado de Derecho. El problema de la razón que asiste al legislador para proteger una relación posesoria adquiere un dimensionamiento distinto cuando se trata de la tutela o protección para un poseedor no titular de un poder jurídico, o para ser más expresivos: ¿por qué se permite a un usurpador, a un la-

drón, al sujeto portador de la mala fe, a quien obra violenta y clandestinamente en ejercicio de la posesión, una protección legal?. Las más variadas posiciones se han presentado para justificar dicha protección jurídicas, basadas ellas unas veces en la posición individual del poseedor y otras en consideraciones de tipo social. Los que se basan en razones inherentes a la protección individual del poseedor, argumentan como tesis central la presunción de legitimidad de la posesión ya que ante los ojos de terceros la institución aparece pública y notoria, en cambio los derechos del respectivo titular son abstractos y no hay posibilidad de detectarlos a simple vista. Hay que presumir como legítima la situación del poseedor. En otros términos, si no existen argumentos de referencia acerca de la legitimidad de una relación posesoria, la posesión se presume legítima, mientras no se demuestre lo contrario. Esa presunción de legitimidad, sin embargo, no puede ligarse específicamente a ningún derecho como lo hacían los romanos respecto al derecho de propiedad. Los romanos tuvieron una propiedad personalizada y fácil de detectar en ella la posesión. Quien poseyera tenía la calidad de propietario. En el mundo actual, en el que prevalece una propiedad capitalista, no se puede deducir la misma apreciación de los textos romanos. En síntesis, existe una presunción de legitimidad de la relación posesoria que no significa necesariamente una unión con el respectivo derecho que puede servirle de origen.

Toda manifestación de voluntad expresada al contexto social merece una atención especial de la norma jurídica. Como la posesión significa una expresión de la voluntad necesita de protección legal.

La posición que ve en la protección de la posesión consideraciones de tipo social, basa su argumento en pautas de tranquilidad y sosiego necesarias para evitar la presencia de la violencia en las relaciones humanas. Al proteger la posesión se protege además un derecho probable de propiedad y si existe como fenómeno de hecho, para cambiarlo por otro o reafirmar un derecho, existen procedimientos o mecanismos generalmente de tipo procesal que deben respetarse por los particulares sin que se vislumbren peligrosas formas de aplicación de la justicia privada. Si a un poseedor, el verdadero propietario o un tercero le controvierten, le violentan o perturban la posesión, él no puede responder con mecanismos individuales ideados por su propia voluntad, para cambiar esa situación. Sólo el poder de imperio del Estado, bien sea a través de instru-

mentos administrativos o judiciales, siguiendo la ritualidad de un procedimiento o un juicio tienen amplitud suficiente para proteger la realidad posesoria. Lo anterior no obsta para que el poseedor pueda desarrollar estrategias de legítima defensa frente a la perturbación, nacidas del instinto natural de protección patrimonial, a lo que los alemanes denominan legítima defensa de la posesión.

El poseedor en sentido general es un actor de la productividad de la riqueza en cualquier sociedad. Si el ideal jurídico de que la titularidad sea en términos generales la que ejerza el poder de hecho que esa relación implica, no se puede cumplir, es necesario admitir que en el caso contrario el poseedor está incorporando un bien al proceso productivo de la sociedad. En otros términos, la pasividad del titular de un derecho, no puede enervar el crecimiento económico ni la movilidad de la riqueza colectiva. Si el poseedor incorpora un bien al proceso productivo de la sociedad a ella misma le corresponde protegerlo sin más consideraciones.

De las argumentaciones expuestas puede concluirse que, tanto consideraciones de tipo individual que atañen a la posesión misma y a la conducta asumida por el poseedor, como consideraciones de tipo social, sirven de fundamento a la protección posesoria. La posesión recoge todos estos argumentos y a cada uno le concede el crédito respectivo.

La posesión como hecho o como derecho

Para Savigny, la posesión considerada en sí misma, como una noción estática de derecho sustantivo, es un hecho; desde el punto de vista de sus efectos, o sea en su función dinámica, es un derecho. En otros términos es un hecho con consecuencias jurídicas. Al tener una consecuencia jurídica, la ubica más bien en el campo de los derechos personales ya que los instrumentos de protección posesoria tienen un sentido teleológico de protección de tales derechos. Esta posición Savignyana, aunque los doctrinarios sostengan lo contrario, no ha perdido del todo su vigencia en el derecho contemporáneo. En principio produce aversión el observar una institución establecida como hecho y como derecho. Si se mira como un hecho, es indudable que el no estar encadenada a un poder jurídico es lo que reafirma su contenido de independencia, lo que conduce a admitir una teoría autónoma de la posesión. De allí que un poseedor

no tenga en principio acciones reales como las establecidas para los titulares del poder jurídico, aunque se reconozca en algunas legislaciones que un poseedor adquirente con justo título y buena fe tenga acceso a una variante de la acción reivindicatoria denominada desde tiempos inmemoriales acción publiciana. La protección posesoria que se impetra tiene rasgos temporarios o provisionales, de ninguna manera definitivos o per se, como ocurriría con los derechos reales frente al ejercicio de la acción reivindicatoria. Por ello la tendencia general, aún en las legislaciones que la admiten como un derecho, no permite que tenga acceso a la institución registral ya que es inherente a su contenido la publicidad, ni sea incluida en la anunciación legal, por lo general de número cerrado, de los derechos reales. Además, los términos transferencia o transmisibilidad persisten adheridos fundamentalmente a la noción de derecho real o personal e irritan el fenómeno posesorio. Nadie discute que la posesión no tenga consecuencias jurídicas, por tal razón, es más bien un hecho jurídico y no simplemente un hecho aislado sin respaldo legal. El poder jurídico predica tanto en los hechos como en el derecho, necesariamente tiene que intercomunicar voluntades no concibiéndose que las relaciones jurídicas se desarrollen entre el sujeto del derecho y un objeto, bien sea intelectual o material. La expresión vínculo jurídico, especialmente en el campo de los derechos personales, ha significado siempre atadura de derecho entre acreedor y deudor, y si bien es cierto en el campo de los derechos reales la expresión del sujeto pasivo universal no obedece a tesis de contenido romanista, al admitir dicha posición, la intercomunicación que se presenta es entre voluntades, entre su respectivo titular y todas las personas que están en la obligación de respetar su derecho. No es concebible y con el respeto que nos merecen ilustres tratadistas, que el sujeto del derecho tenga relación jurídica con los objetos de la naturaleza, siempre, en todos los casos, el sujeto del derecho se relaciona jurídicamente con sus congéneres. No es dable afirmar la existencia de una cosa deudora o una cosa acreedora. Cabría preguntar, en el caso de la posesión con efecto prescriptivo, si se concibe una relación entre el objeto poseído y el poseedor, ¿dónde está la relación jurídica generadora de la posesión?. La relación jurídica existe con el propietario del bien, con el titular del respectivo derecho. Tanto es así, que los titulares de derechos reales sobre un bien objeto de posesión y consecuente prescripción deben citarse al proceso para que defiendan sus derechos. El ladrón o el usurpador tienen una relación de hecho con el titular del derecho que violentan o perturban. La declaración de prescrip-

ción, a la hora de la verdad, no es más que el traslado de un bien de un patrimonio a otro como una forma de enajenación de contenido legal, que la comunidad ejecuta en favor del poseedor. Esa teoría de la voluntad anticipada que señala a través de la ley que estamos otorgando siempre, al reconocer que sino ejercemos nuestros derechos, a los demás se les abre la compuerta de la adquisición, es base sustancial de una relación entre sujetos del Derecho, querámoslo o no.

Una tesis menos afortunada es la de considerar la posesión como un derecho real de contenido provisional o interino. Para sus defensores, mientras la posesión no sea derrotada en juicio por el verdadero propietario, se comporta como si fuera un derecho real de contenido interino o provisional ya que al poseedor se le considera dueño mientras no se le demuestre lo contrario (presunción legal de propietario). Esa presunción de titularidad lo hace ver como un verdadero propietario con un derecho de contenido más débil que el derecho del verdadero titular. Como afirma Ennececcerus: "Tenemos, pues dos derechos de señorío frente a todos, o sea la propiedad y uno relativamente más débil, la posesión". Esa calificación de derecho real provisional o interino de un carácter más débil que el derecho real de propiedad, crea exóticamente la tesis de los derechos fuertes y débiles, tesis de difícil aceptación. El derecho es sólo uno y si bien es cierto la posesión ofrece un altísimo concepto de justicia social, de protección a la parte más débil en una relación poseedor - titular del derecho, ello no quiere decir que se puedan colocar en una balanza y siempre la relación posesoria tendrá el peso más bajo. ¿Que decir entonces del poseedor que logra la adquisición del derecho por prescripción?. ¿Tuvo una situación más débil durante el lapso de tiempo exigido por la ley para prescribir?. Definitivamente no. Más aún, por el efecto retroactivo de la prescripción, adquiere el dominio desde la iniciación de la posesión ya que la sentencia que lo transforma en propietario solo tiene un efecto declarativo. Nunca su posesión fue más débil que el derecho de propiedad del titular sobre el bien. El derecho real con su contenido definitivo, marca la institución jurídica y la posesión, definitiva o no, miréle como estado temporal o no, tiene que diferenciarse del derecho que está al frente esperando el toque final. La posesión, si quiere lograr un contenido autónomo, no debe pedir prestado elementos a la propiedad. Como toda comparación es odiosa, dice el dicho popular, dejemos a la posesión tranquila como hecho o como derecho. Al fin y al cabo todas las legislaciones admiten su protección jurídica.

Clases de posesión

En el Derecho actual predominan diferentes clases de posesión, influenciadas unas por el Derecho Germano que acepta una relación posesoria en situaciones derivadas de la mera detentación del bien o relaciones precarias, y otras que sólo admiten la posesión cuando únicamente se posee con ánimo de señor y dueño, como ocurre con las legislaciones de ascendencia latina.

a. Posesión Regular y Posesión Irregular

Posesión Regular es la que está acompañada de justo título y buena fe. Se presenta en el poseedor no titular del poder jurídico de naturaleza real. Si fuera posesión del titular jurídico, implicaría la adquisición del dominio dentro de los plazos definidos en la ley, en un sujeto que ya es propietario y que ha obtenido su derecho a través del título y/o modo. El justo título así establecido se une necesariamente al concepto de posesión regular. Se deriva de un acto jurídico que implica una propiedad aparente ya que da la impresión de transferencia real de derecho. Hay capacidad y se cumplen en la mayoría de los casos los requisitos formales de ley. Sin embargo, el disponente no tiene aptitud titular o teniéndola el acto adolece de algún defecto. En el Derecho Romano se aplicaba el mismo principio cuando se transfería una *res mancipi* por un medio diferente de la *mancipatio* o se enajenaba un bien por una persona no propietaria (justa causa pro emptore). Si el ordenamiento legal respectivo exige una escritura pública para las compra-venta de un bien inmueble no sería justo el que adolece de un vicio del consentimiento, como sería el error, la fuerza o el dolo. Igualmente el falsificado, el putativo o el expedido por una persona obrando como mandataria de otra sin serlo. Ni tampoco sería justo el título que se origina en simples relaciones precarias, de tal forma que un arrendatario no tiene justo título ya que siempre reconoce dominio ajeno y por tanto su situación no conduce a la posibilidad de adquirir el dominio por prescripción.

La buena fe consiste en la conducta del poseedor que tiene la creencia de haber adquirido por medios legítimos, desprovistos de todo fraude o vicio. Obra como señor y dueño, por los mecanismos establecidos en la ley. Esta buena fe se exige al momento de la iniciación de la posesión, de tal forma que puede presentarse un poseedor regular de

mala fe, cuando esta le sobre viene en un momento posterior al de la iniciación de la posesión. Cuando la posesión está impregnada de mala fe o no existe en ella el justo título, la posesión se denomina **irregular**.

En ambas posesiones existe un efecto prescriptivo con un tiempo menos largo para prescribir en la regular (prescripción ordinaria) y uno más largo en la irregular (prescripción extraordinaria). La mala o la buena fe del poseedor tiene además excepcional importancia para efectos de la restitución de frutos en las prestaciones mutuas o recíprocas que se deben entre sí el reivindicante vencedor y el poseedor vencido.

b. Posesión mediata e inmediata

La posesión **inmediata** es la que se tiene directamente sin la presencia de un intermediario. Es **mediata** la que se ejerce a través de otro. El arrendador tiene una posesión a través del arrendatario. Este último ejerce una posesión inmediata, aquel una mediata. Como dicen los españoles, la posesión se presenta en este caso como derecho en el arrendador y como hecho en el arrendatario.

c. Posesión en nombre propio y posesión en nombre ajeno

Cuando los romanos estructuraron la posesión la concibieron inicialmente como una forma de exteriorización del derecho de propiedad. En otros términos, el derecho se expresa a través de la posesión. Esta es la denominada posesión de propietario que en términos generales no tiene un efecto prescriptivo y que se utiliza por el propietario para defenderse de ataques de terceros contra su posesión. Si un sujeto tiene la calidad de propietario es porque ha adquirido con los formalismos y condiciones sustanciales establecidas en la respectiva legislación. En otros términos, si su derecho se ha adquirido formal y sustancialmente conforme a la ley no necesita de la ayuda de la posesión para reafirmarlo. En tal caso la posesión no tiene un efecto prescriptivo. La pregunta que brota a flor de labios es la siguiente: Para que sirve entonces la posesión de propietario en el derecho actual?. La respuesta es obvia, para interponer los recursos posesorios en caso de ataque de terceros. Puede entonces un propietario con el fin de sanear vicios eventuales o reales en la titulación propia o anterior adelantar un proceso de declaración de pertenencia por medio de la posesión que ejerce? Como por medio de la prescripción

únicamente se obtiene el dominio de cosas ajenas, no es posible que un propietario pueda lograrlo ya que el bien se encuentra en su patrimonio a través de un título y modo de adquirir.

Un concepto de mucho arraigo en el Derecho alemán es el del **servidor de la posesión**. Se presenta cuando un sujeto ejerce por otro un poder físico o directo sobre la cosa, siguiendo en ello las instrucciones del poseedor. En una relación laboral el trabajador sirve a la posesión de su patrono. Este ayudante de la posesión como le dicen algunos autores, no es poseedor en el sentido técnico de la palabra y por tal razón no le corresponde ejercer acciones de protección de la posesión ya que éstas le corresponden al verdadero poseedor, o sea al sujeto que le sirve. No obstante lo anterior, puede en un determinado momento ejercitar lo que los alemanes denominan legítima defensa de la posesión contra ataques de terceros. La posesión, en tal caso, sólo la tiene su titular y existe entre ellos solo una relación de obediencia y subordinación. Como se observa claramente del concepto expuesto, el servidor de la posesión ni siquiera es un representante del titular de la posesión, y sus actuaciones sólo sirven para afianzar o incrementar la posesión existente en su titular.

Adquisición de la posesión

Sobre la adquisición de la posesión no existe un criterio legal ni doctrinario uniforme. Para algunas legislaciones la posesión ni se transfiere ni se transmite. (en los hechos no hay sucesión, decían los romanos). En otras legislaciones, en cambio, se dan parámetros precisos para la transferencia y transmisión de la posesión.

Una posesión se adquiere en forma originaria cuando no existe una manifestación de voluntad precedente. Una *res nullius* o cosa que a nadie pertenece, una *res derelictae* o cosa abandonada por su dueño para que la adquiriera el primer ocupante, se obtienen originariamente a través del modo que se conoce con el nombre de ocupación. También adquiere la posesión de la misma manera un ladrón o un usurpador de tierras ajenas. En este aspecto las legislaciones son uniformes.

Una posesión se adquiere en forma derivada cuando existe una manifestación de voluntad precedente, como la que se presenta cuando el

propietario aparente transfiere al sucesor o la del causante al heredero cuando es a título universal.

Para los que argumentan que la posesión ni se transfiere ni se transmite, especialmente en las legislaciones de arraigo romanista o latino, la posesión siempre comienza en el poseedor, sólo él rubrica con el *corpus* y el *ánimus* el principio de la posesión. El artículo 778 del Código Civil colombiano preceptúa que la posesión principia en el sucesor, sea que se tenga a título universal o singular. Lo anterior no impide que el poseedor actual tenga una opción agregadora, o sea, que puede agregar posesiones anteriores en una decisión unilateral, propia o autónoma. Si este poseedor tiene esa facultad es porque su posesión es propia y totalmente diferente de la posesión anterior. Dicha facultad puede ejecutarse si existe de por medio un vínculo jurídico, y las posesiones anteriores son ininterrumpidas. Además, dicha agregación debe hacerse en estricto orden cronológico o antecedente. Como el vínculo jurídico se exige en la agregación, un ladrón o un usurpador, no tienen la posibilidad de agregar a su propia posesión la de sus antecesores. Sobre la noción de vínculo jurídico existen fuertes discrepancias doctrinarias en dichas legislaciones, ya que en muchas ocasiones para poderse presentar el fenómeno agregativo hay que recurrir, sobre todo tratándose de posesión de inmuebles, a posesiones inscritas o tabulares, con más consecuencias negativas que positivas para la respectiva legislación.

Es indudable que los sistemas derivados de la legislación germana presenta una mejor consistencia en la transferencia posesoria. Al fin y al cabo en ellos, la posesión es más bien un derecho que un hecho, y por ello la suceso es jurídica y no de hechos como se pretende en otros sistemas. Ese derecho posesorio tiene un entorno de debilidad frente al derecho real del titular que es más fuerte y poderoso. En un enfrentamiento, a no ser que se hayan cumplido los requisitos de prescripción, ese derecho débil tiene necesariamente que ceder frente al más fuerte o desarrollado. Como consecuencia de lo anterior, el titular del derecho real de dominio, transfiere al adquirente no sólo el derecho sino también la posesión, que al fin y al cabo constituye el verdadero contacto del adquirente con el bien objeto del negocio jurídico. Esta adquisición es diferente a la adquisición del derecho en la cual opera el principio general de que nadie puede transferir un derecho que no tiene o de mejor calidad al transferido. Cuando se adquiere una posesión, en cambio, la condición

del adquirente puede tener una mejor categoría que la anterior. Quien adquiere de un ladrón de absoluta buena fe, supera en creces la posesión anterior cargada de mala fe. Esa transferencia de la posesión se efectúa entregando la cosa material o físicamente al adquirente. Tratándose de bienes muebles opera mediante las formas conocidas para la tradición (*brevi manu, constitutum posesorio*, entrega entendida, simbólica *longa manu*, etc.). Para los bienes inmuebles, como la tradición es un acto simbólico o formal, la posesión se presenta cuando el inmueble se entrega materialmente al adquirente, no cuando se inscribe el título en el registro correspondiente.

En todas las legislaciones se admite también la **posesión legal de la herencia**, o en otros términos la transmisión de la posesión que tenía el causante en favor del heredero. La característica más sobresaliente de esta figura consiste en que el heredero tiene la condición de poseedor por el solo hecho de la muerte del causante, aunque no tenga conocimiento de tal suceso y no detente materialmente los bienes objeto de la posesión. Figura exótica que no obedece al verdadero concepto de posesión, o como dice algún autor, posesión donada por la ley. La finalidad de la figura es la de inculcar al heredero su papel protagónico en la sucesión y que los bienes no permanezcan expósitos o desprotegidos, presumiéndose que si un tercero extraño a los vínculos de sangre o cognación ejecuta una posesión sobre los bienes relictos, lo está haciendo a nombre del heredero que tiene en su haber la posesión legal siempre que la posesión de este tercero se presente con posterioridad a la muerte del causante y antes de la aceptación por el heredero. En la legislación alemana, el heredero puede ejercer la legítima defensa de la posesión, interponer las acciones posesorias, ya que allí la posesión tiene un poder jurídico visible en sus efectos y no se puede afirmar que el heredero reciba la posesión del causante. Lo que recibe de la ley son los efectos posesorios para tomar los bienes de la herencia y defenderlos; es, al decir de Gierke, la adquisición por el heredero de “los derechos y deberes de un poseedor”. Ello significa que la posesión como poder de hecho o señorío efectivo de la cosa que se le atribuye al heredero, aún sin conocimiento de la muerte del causante y sin tener contacto material con los bienes sucesoriales, sigue con sus tradicionales elementos de *corpus* y *ánimus*, como única y verdadera posesión. Lo que busca la ley en el heredero es que asuma una conducta activa y protagónica en la sucesión, adquiriendo *ipso iure* derechos y deberes de poseedor. A grandes rasgos el sistema francés

de la "sai sane" coincide con la posición germana. La legislación italiana, en cambio, dispone que sólo con la aceptación de la herencia por el heredero, se puede entrar en posesión de los bienes sucesorales. El mero hecho de la muerte de una persona no genera automáticamente el derecho y la posesión atribuibles al causante. El heredero puede ejercitar entonces las acciones posesorias, sin que ostente un poder material sobre los bienes y realizar sobre ellos actos de administración y conservación.

Frente a la transferencia y transmisibilidad de la posesión predomina en el derecho actual la tesis de que la posesión es una misma en el antecesor y el sucesor, operando frente a ella un simple cambio de sujeto. Así la posesión adquiere un hondo contenido patrimonial de derecho provisional similar a los poderes jurídicos de naturaleza real. Lo anterior se entiende lógico si partimos de la base de que lo adquirido por el sucesor son los poderes jurídicos derivados de la posesión más la posesión como hecho no es transferible ni transmisible.

La agregación de posesiones requiere de la existencia de un vínculo jurídico entre agregante y antecesor. El vínculo surge de un negocio jurídico intervivos o en caso de muerte del establecido en cada legislación como serían una partición o el decreto de posesión efectiva de la herencia. Si este vínculo jurídico no se presenta no hay opción agregativa. El ladrón y el usurpador no pueden agregar posesiones anteriores. Este vínculo jurídico merece, como se dice en el argot popular, ser tratado con guantes de seda. Es usual que la transferencia o transmisibilidad de un derecho se someta a estrictos formalismos ya que su carácter definitivo y estable debe gobernar tales relaciones jurídicas. Unir la adquisición de la posesión al formalismo exigido para el poder jurídico puede envolver una desnaturalización de la figura, convertirse ella misma en una entelequia teórica. El vínculo puede tener defectos en la formación del derecho patrimonial, pero no tenerlos en la constitución de la posesión. De allí que los títulos con aptitud agregadora deben tener una capacidad natural para edificar el andamiaje posesorio. En otros términos, servir de soporte a la generación del *corpus* y el *ánimus*. Ojalá algún día el mundo estuviera en condiciones de aceptar como verdadera posesión la que no está unida a títulos ni inscripciones registrales. Todavía hay legislaciones que exigen como título apto para generar una posesión regular sobre bienes inmuebles una escritura pública debidamente registrada.

Se acepta también que la agregación debe ser una decisión autónoma del poseedor actual. La decisión está en sus manos, pero una vez tomada se tienen que aplicar los principios de cada legislación para su regulación. Prima entonces el principio de la autonomía de la voluntad en el primer caso y los de orden público en el segundo. Si se toma la decisión agregativa, el poseedor actual recibe la anterior posesión con sus calidades y vicios (códigos civiles colombiano y chileno). Toda posesión, sin embargo, comienza en el adquirente y es en ese momento en que se valoran la buena o mala fe y sus condiciones objetivas. Siempre, en estos sistemas, la posesión que se inicia es totalmente diferente de la posesión anterior.

En esta materia, la legislación alemana no entra en discusiones sobre si la posesión agregada es nueva o no, simplemente y con un efecto práctico, permite sumar el tiempo del poseedor anterior. Una cosa es agregar una posesión, y otra muy distinta agregar un tiempo de prescripción.

Las anteriores doctrinas, especialmente las establecidas para la sucesión hereditaria, reaccionan en mayor o menor proporción contra el principio Pothieriano de considerar la posesión siempre una, sin modificaciones de ninguna clase en su recorrido temporal. Pothier afirmaba un contenido perpetuo e inmutable en las condiciones generales de la posesión, de tal manera que una posesión violenta, fraudulenta o clandestina así lo será para siempre sin posibilidades de mutación.

El título de la conferencia estima que en una exposición tan corta sólo temas puntuales pueden difundirse y a ello nos hemos visto avocados. Se ha pretendido con esta breve exposición centrar algunos puntos claves de la teoría posesoria en el derecho actual, conscientes que dentro de ella quedan temas fundamentales por tratar, tales como la protección posesoria, la buena y la mala fe, los efectos de la posesión, las relaciones existentes entre la titularidad y la posesión, etc. Sólo me resta felicitar a los organizadores de este Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial, especialmente al Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y congratularlos además porque el Código Civil Peruano ha sobresalido tan brillantemente en su juventud, que las legislaciones maduras como la que represento, se inclinan reverentes ante sus tesis y principios. Recuerdo ahora aquel personaje de la mitología griega que adquiría vigor y fortaleza cuando su cabello estaba en contacto con la tierra. Así nos sentimos hoy en el Perú y aconsejamos a los juristas del Derecho civil que beban de estas fuentes para refrescar con su pureza y juventud los conocimientos adquiridos.