**TEMA 44 DERECHO CIVIL.- LA POSESIÓN. CLASES DE POSESIÓN. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN. EFECTO DE LA POSESIÓN DURANTE SU EJERCICIO Y AL CESAR EN LA MISMA. LA TUTELA DE LA POSESIÓN**.

**LA POSESIÓN**

 La delimitación conceptual de la posesión es extraordinariamente compleja:

 **1.-** Es un **concepto de derecho positivo** que varía de un ordenamiento a otro y en su disciplina normativa confluyen y se aglutinan diversas **concepciones históricas** tales como el Derecho romano, germánico y canónico.

 **2.**- Se refiere al mismo tiempo a una **situación de hecho y a una situación de derecho**.

 **3.-** La posesión, se tenga o no derecho a ella, tiene una función legitimadora en el tráfico que el ordenamiento jurídico debe, en principio, proteger y respetar.

**Régimen jurídico:**

El régimen general de la posesión está regulado en los **artículos 430 a 466** del Código Civil**,** las **leyes 361 a 364** del **Fuero Nuevo de Navarra** y los **artículos 521-1 a 522-8 del Código Civil de Cataluña**

**Naturaleza jurídica:**

a)Algunos autores consideran que se trata de un simple hecho[[1]](#endnote-1). En esta línea, el **Artículo 5 de la Ley Hipotecaria** prevé que “Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles

 b) Otros autores consideran que se trata de un **derecho subjetivo,** concretamente un derecho **real provisional y de energía limitada[[2]](#endnote-2),** que no accede al registro de la propiedad y claudica frente a quien acredite mejor derecho.

 c) SAVIGNY le atribuye un **doble carácter,** nace como un hecho e inmediatamente se convierte en una relación de derecho productora de efectos jurídicos.

**Concepto:** ALBALADEJO define la posesión como:

 a) Un **poder de hecho** por el que una persona sujeta un bien a la acción de su voluntad y que no exige la tenencia material de la cosa ni presupone la existencia del derecho que fundamenta dicha posesión.

 Este poder de hecho fundamenta el **ius****possessionis**o conjunto de facultades que por poseer la cosa y con independencia de la existencia del derecho el ordenamiento atribuye a su poseedor.

 b) Un **poder de jurídico** que el ordenamiento reconoce sobre la cosa, al menos provisionalmente, aún sin existir un poder de hecho o de dominación efectiva sobre la misma, ni siquiera un derecho definitivo a ello, que es el denominado **ius possidendi.**

 El Derecho catalán define la posesión con un hecho y requiere *corpus y animus*.

**Elementos subjetivos de la posesión:**

 a) Pueden ser poseedores tanto las personas físicas como las jurídicas, en relación a estas últimas el artículo 38 del Código Civil establece expresamente que pueden adquirir y poseer bienes de todas clases.

 b) **Capacidad para poseer.-** MERINO GUTIERREZ señala que la posesión como derecho[[3]](#endnote-3) requiere simplemente **capacidad jurídica** y mientras que como hecho exige **capacidad de obrar** y, en su caso, la intervención o asistencia de los representantes legales[[4]](#endnote-4)

c) **Coposesión y pluralidad posesoria:** El **artículo 445 del Código Civil** establece que “La posesión como hecho no podrá reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión…”

 LUCAS ESTEVE destaca que existe coposesión cuando varios poseedores con idéntico concepto posesorio tienen la **voluntad de poseer una misma cosa de forma conjunta y no excluyente**. Si desean poseer la cosa de forma exclusiva y excluyente, no habrá coposesión y se determinará su preferencia en la posesión por las reglas del artículo 445 del Código Civil**[[5]](#endnote-5)**.

 La coposesión presenta los siguientes **caracteres**:

 i) Es una **situación de hecho,** que a diferencia de los derechos, no es susceptible de dividirse en cuotas ni puede reglamentarse por las normas de la comunidad de bienes[[6]](#endnote-6).

 ii) Cada poseedor tiene una relación autónoma con el bien, de forma que unos pueden ser de buena fe y otros de mala fe.

 c) Existe una voluntad de compartir el bien y la forma de hacerlo dependerá de la naturaleza del bien de que se trate.

**Artículo 450 Código Civil.-**

Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiese durante todo el tiempo que duró la indivisión.

 La interrupción en la posesión de todo o parte de la cosa poseída en común perjudicará por igual a todos. [[7]](#endnote-7)

El **artículo 490 del Código Civil** prevé que el dividida la cosa común el usufructo recaerá sobre la parte que se adjudique al codueño.

**Elementos objetivos.-**

**Artículo 437 Código Civil**.-

 Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación.

 a) La mayoría de la doctrina admite la posesión de los **bienes** **inmateriales[[8]](#endnote-8),** o al menos, que les admite que se les aplicable su régimen jurídico.

 El Código Civil admite expresamente la posesión de **derechos** que la mayoría de la doctrina limita **derechos reales de ejercicio reiterado,** que excluye de la posesión[[9]](#endnote-9):

 a) Los **derechos reales de ejercicio instantáneo** o no posesorios (como las hipoteca o los derechos de adquisición preferente…)

 b) Los **derechos de la personalidad y de familia**.

 c) Los **derechos de crédito** que se agotan en una prestación puntual o que consisten en una obligación de hacer o no hacer.

**CLASES DE POSESIÓN**

Partiendo del articulado del Código Civil distinguimos las siguientes clases de posesión:

**1.- POSESIÓN NATURAL Y CIVIL.-**

**Artículo 430 Código Civil.-**

 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 unido a la intención de haber la cosa o derecho como suyos.

 DIEZ PICAZO señala que el poseedor natural no es un mero detentador pues el precepto le atribuye un título jurídico y el articulo 446 Código civil le concede protección jurídica.

 El poseedor civil requiere además un **animus possidendi** o simple voluntad posesoria.[[10]](#endnote-10)

**2.- POSESIÓN EN NOMBRE PROPIO Y AJENO.-**

**Artículo 431 Código Civil.-**

La posesión se **ejerce** en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, o por otra en su nombre.

 O´CALLAGHAN, ALBALADEJO y DIEZ PICAZO consideran que la **posesión en nombre ajeno** constituye un supuesto de **gestión o representación** en la posesión[[11]](#endnote-11).

 PÉREZ GONZÁLEZ y ALGER lo identifican con el **servidor de la posesión[[12]](#endnote-12):** que es un persona que en virtud de una relación de subordinación social o jurídica actúa como mero instrumento o ejecutor material del señorío posesorio del poseedor, siendo este último el que **recibe de forma directa y en nombre propio todos los efectos de hecho y jurídicos de los actos posesorios ejercitados por el servidor** de la posesión.

**3.- POSESIÓN EN CONCEPTO O NO DE TITULAR:**

**Artículo 432 Código Civil.-**

La posesión en los bienes y derechos **puede tenerse** en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona.

 La posesión en **concepto de no titular** exige un **reconocimiento por el poseedor de que la titularidad del bien o derecho poseído corresponde a otra persona**.

**Artículo 463 Código Civil.-**

Los actos relativos a la posesión, ejecutados y consentidos por el que posee una cosa ajena como mero tenedor para disfrutarla o retenerla en cualquier concepto, no obligan ni perjudican al dueño, a no ser que éste le hubiese otorgado a aquél facultades expresas para ejecutarlos o los ratificare con posterioridad.

**4.- POSESIÓN MEDIATA E INMEDIATA.-**

Implica un desdoblamiento de la posesión**,** la **posesión inmediata** es la que se tiene directamente, -como **poder de hecho-,** y la **mediata** a través de otro, **-**como **poder jurídico-**. Esta última implica la existencia de distintos conceptos posesorios compatibles entre sí y una relación jurídica que vincula a los distintos poseedores mediatos con el inmediato.**[[13]](#endnote-13)**

**5.- POSESIÓN VICIOSA O NO VICIOSA y la POSESIÓN JUSTA O INJUSTA.-** [[14]](#endnote-14)

La posesión será **viciosa** cuando se adquiere con **clandestinidad o violencia** e **injusta** cuando no se tiene derecho a poseer.

**6.- POSESIÓN DE BUENA O MALA FE.-**

**Artículo 433 Código Civil.-**

Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista un vicio que lo invalide.

 Se reputa poseedor de mala fe al que se haya en el caso contrario.

 En sede de usucapión el **artículo 1950 de Código Civil** establece:

**Artículo 1950 Código Civil.-**

 La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio.

 DIEZ PICAZO y, en la misma línea el **artículo 522-7 del Código Civil de Cataluña,** señala que dicho error debe ser **excusable[[15]](#endnote-15)**.

**Artículo 434 Código Civil.-**

La buena fe del poseedor se presume siempre y al que afirme la mala fe de un poseedor le corresponde la prueba.

**Artículo 435 Código Civil.-**

 La posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sin en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente. [[16]](#endnote-16).

6.- **LA POSESIÓN PRECARIA.-**

 En sentido amplio comprende cualquier posesión sin título y en **sentido estricto** **la posesión concedida a otro por alguien con reserva del derecho a revocarla a su voluntad[[17]](#endnote-17).** (ALBALADEJO)

**ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN**

**ADQUISCIÓN DE LA POSESIÓN.-**

**Artículo 438 Código Civil**.-

 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. [[18]](#endnote-18)

**Artículo 439 Código Civil.-**

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 cuya nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique.

 I.- ALBALADEJO distingue entre **modos de adquirir la posesión como hecho y como derecho:**

 **1.-** La **posesión como hecho** se adquiere por **“*el hecho de quedar la cosa sujeta a la acción de nuestra voluntad”***, que es una categoría genérica[[19]](#endnote-19) en la que se integra:

 a) Un modo de adquirir originario: la **ocupación**[[20]](#endnote-20)y

 b) Una adquisición derivativa, **mediante la transmisión de la posesión por su anterior poseedor,** seguida de la tradición en cualquiera de sus modalidades.

 2.- La **posesión como derecho**, -según DIEZ PICAZO-, se adquiere por cualesquiera actos, sean o no formales, en cuya virtud **la ley atribuye a una persona la condición de poseedor**.

 Uno de sus más claros exponentes es la posesión civilísima del artículo 440 del Código Civil que tiene su origen en la ***gewere ideal* del derecho germánico** y que **no rige el Derecho catalán ni el navarro:**

**Artículo 440 Código Civil.-** [[21]](#endnote-21)

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 la herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento.

**Artículo 442 Código Civil.-**

 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 de su causante.

 DIEZ PICAZO[[22]](#endnote-22) destaca que el precepto no establece una **successio possessionis** absoluta, ya que purga los vicios relativos a la **clandestinidad o violencia** en la posesión pero no sana la mala fe del causante.

 II.- Algunos autores como O´CALLAGHAN distinguen también una **ADQUISICIÓN JUDICIAL DE LA POSESIÓN**, que está ligada a la conservación y tutela de la posesión que posteriormente analizaremos.

**Artículo 441 Código Civil.[[23]](#endnote-23)-**

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.

**Artículo 443 Código Civil**

Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor. [[24]](#endnote-24)

 Si se requiere, sin embargo, una especial capacidad de obrar para proceder a la reclamación judicial de la posesión. (DIEZ PICAZO).

**PÉRDIDA DE LA POSESIÓN-**

**Artículo 460 del Código Civil [[25]](#endnote-25)**

El poseedor puede perder su posesión:

 1.- Por abandono de la cosa.

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

 3.- Por destrucción o pérdida de la cosa, o por quedar esta fuera del comercio.

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

**Artículo 461 Código Civil.**

La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque se ignore accidentalmente su paradero.

**Artículo 462 Código Civil.-**

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 a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

**Artículo 465 Código Civil.-**

Los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder; los domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos, si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor.-

**Artículo 466 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.

**EFECTOS DE LA POSESIÓN DURANTE SU EJERCICIO Y AL CESAR EN LA MISMA.-**

**EFECTO DE LA POSESIÓN DURANTE SU EJERCICIO.-**

El efecto esencial de la posesión es su **función legitimadora** que se manifiesta en:

1) En la posibilidad de **usucapir** la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho en los términos que se estudian en el tema 36 del programa, al que nos remitimos.

2) En la **presunción de buena fe** **posesoria** (arts. 433 a 435 del Código Civil), anteriormente analizadas.

**Artículo 436 Código Civil.-**

 Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió mientras no se pruebe lo contrario.

3) En la **tutela de la situación posesoria:**

 a) Así respecto a los **actos tolerados y consentidos,** además del **artículo 463 del Código** **Civil** anteriormente citado, el artículo 444 del Código Civil establece:

**Artículo 444 Código Civil.-**

Los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión.

b) El **artículo 445 del Código Civil** en el caso de contienda sobre la posesión hecho o, -como señala con mayor precisión el **artículo 521-4 del Código Civil de** **Cataluña,-** si dos o más personas **pretenden la posesión y los conceptos posesorios no son compatibles,** como será preferido:

 1.- El poseedor **actual**.

 2.- El poseedor **más antiguo**.

 3.- El que presente **título**, entendido, -según ALBALADEJO,- como documento que la justifique.

 Si todas estas circunstancias fuesen iguales, se **constituirá la cosa en depósito o guarda judicial** mientras se resuelve sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes. Es decir, mientras se decide, no ya sobre su posesión sino sobre el derecho a poseerla.

4) El **efecto legitimador de la posesión**:

**Artículo 447 Código Civil.-**

 Solo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio.

**Artículo 448 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.

**Artículo 449 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.

 El **artículo 38 de la Ley Hipotecaria,** presume *iuris tamtum* la posesión del titular del dominio o derecho real inscrito.

**Artículo 464 Código Civil.-**

La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea.

 Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener su restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

 Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.[[26]](#endnote-26)

 En cuanto a las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objeto análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio. (Es decir el propietario desposeído podrá ejercitar las acciones civiles y criminales que pudiesen corresponderle contra el que las vendió indebidamente).

 En relación a su párrafo primero distinguimos básicamente dos posiciones doctrinales, que exponemos de forma sintética:

 a) La “**tesis germanista”** que considera que el precepto contempla una verdadera *adquisición a non dominio* de forma que el propietario sólo podrá reivindicar la cosa en los caso de **extravío, hurto o robo**, supuestos a los que se limita la usucapión mobiliaria del artículo 1955 del Código Civil.

 b) La **“tesis romanista o tradicional”[[27]](#endnote-27),** seguida por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia y que entiende el precepto atribuye al poseedor título para usucapir de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1955 del Código Civil. El propietario, de conformidad con el artículo 348. 2 del Código civil podrá reivindicar la cosa en cualquier supuesto de privación ilegítima, que incluye además del **extravío, hurto o robo,** la **apropiación indebida[[28]](#endnote-28)** y, según algunos autores, los supuestos de **estafa** o cualquier **acto doloso de privación de la cosa**.

 El **artículo** **522-8 C.C.Cat,** según la mayoría de la doctrina, sigue también de facto, la ***tesis romanista***, si bien prevé que los adquirentes responderán de los daños y perjuicios causados al propietario despojado si no facilitan los datos necesarios para identificar a los transmitentes. [[29]](#endnote-29)

**EFECTOS AL CESAR EN LA POSESION.-**

1.-Los efectos que se derivan del cese de la **situación de coposesión** de conformidad con el **artículo** **450 del Código Civil**, anteriormente analizado.

 2.- En cuanto la liquidación de los estados posesorios está regulada en los artículos **451 a 453 del Código Civil** que podemos sistematizar de la siguiente forma:

 **a) Frutos percibidos durante la posesión:** Los frutos los *naturales e industriales* se entienden percibidos desde que se alzan o separa y los *civiles* día por día.

 El *Derecho navarro* establece reglas especiales en relación al momento en que se entienden percibidos determinados frutos. (leyes 353 y 354).

 1) El poseedor de **buena fe** tiene derecho a hacer suyos todos los frutos **percibidos** hasta que se interrumpe la buena fe en la posesión.

 2) El poseedor de **mala fe** no tiene derecho a ningún fruto y deberá restituir al poseedor legítimo los percibidos y los que hubiese debido percibir[[30]](#endnote-30). El *Derecho catalán* el reconoce el derecho a la indemnización de los gastos en que hubiese incurrido para su obtención.

 **b) Frutos pendientes:** Sólo el **poseedor de buena fe** tiene derecho al abono de los frutos **pendientes** y de los **gastos** que hubiese hecho para su para su producción.

 a) Los civiles los percibirá en proporción al tiempo en que ha durado su posesión.

 b) Si son frutos **naturales e industriales** tendrá derecho al **producto líquido de la cosecha** proporcional al tiempo que ha durado su posesión, que se abonarán a elección del poseedor que ha vencido mediante el **abono de su valor o permitiéndole concluir el cultivo y su recolección[[31]](#endnote-31).**

 **3.- Gastos necesarios:** Se abonan a todo poseedor, pero sólo el de buena fe podrá **retener** la cosa hasta que se le satisfagan[[32]](#endnote-32). *Ius retendi* que no contempla el derecho Catalán.

 **4.- Gastos útiles y mejoras:** Se abonan sólo poseedor de buena fe, con el mismo derecho de retención. El que ha vencido en la posesión puede optar entre abonar el importe de lo gastado o el aumento de valor que haya tenido la cosa.[[33]](#endnote-33)

 El *Derecho catalán* no reconoce el *ius retendi* al poseedor de buena fe y el poseedor de mala fe, podrá retirarlos -(*ius tollendii*)-, pero el que ha vencido en la posesión puede quedarse con ellos abonando su valor, opción que no prevé respecto al poseedor de buena fe.

 El *Derecho navarro* reconoce también el *ius tollendii* al poseedor de mala fe y no permite imponer al poseedor de buena fe la compensación de la indemnización de los **gastos necesarios y útiles** con los frutos percibidos

 **5.- Gastos suntuarios o de puro lujo o recreo:** No se abonan a ningún poseedor, pero se les reconoce el *ius tollendi* salvo que el que haya vencido en la posesión opte por quedárselos en cuyo caso deberá abonar:

 a) Al poseedor de *buena fe* el **importe de lo gastado** y

 b) Al de *mala fe* el **aumento de valor** que tenga la cosa en el momento de entrar en la posesión.

 El *Derecho catalán* establece en ambos casos la indemnización de su valor.

**LA TUTELA DE LA POSESIÓN**

**Artículo 446 Código Civil.-**

 Todo poseedor tiene derecho a respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o respetado en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen.

 Por tanto, nuestro ordenamiento rechaza la **autotutela** de la posesión, siendo en la actualidad el cauce procesal para la defensa de la tutela sumaria de la posesión, es decir del mero hecho de poseer, cualquiera que sea su cuantía, el **juicio verbal** (**artículos 250. 1** y **439** de la **Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000[[34]](#endnote-34))** y que podrá instarse dentro del año siguiente a la perturbación o el despojo. (**artículos 460.4 y 1968 del Código Civil**).

 También se sustanciará por los tramites del juicio verbal la tutela posesoria en el caso de perturbación u oposición en el ejercicio de derechos inscritos de conformidad con el **artículo 41 de la Ley Hipotecaria**.

 En la actualidad la mayoría de nuestra doctrina considera que la **acción publiciana** que protegía la *possessio ad usucapionem* en el Derecho romano está subsumida en la acción reivindicatoria. [[35]](#endnote-35)

 Si embargo, el **artículo 522.7 C.C.Cat** regula expresamente la **acción publiciana**, para proteger al poseedor *ad* *usucapionen* que no habiendo ejercitado la tutela sumaria de la posesión carecía de título para el ejercicio de la acción reivindicatoriapor no haber consumado la usucapión. Su ejercitará por los **cauces del juicio verbal u ordinario** en función de su cuantía y prescribe, -según LUCAS ESTEVE-, por el plazo general de diez años (art 121.10 C.C.Cat).

En Playa Blanca, el 17 de marzo de 2019.

Javier Jiménez Cerrajería.

Notario.

(3803 palabras)

# Bibliografía

ALBALADEJO, M. (1994). *Derecho Civil III* (8ª Edición ed., Vol. Volumen primero). Barcelona: Jose María Bosch.

DIEZ PICAZO, L. (1978). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial* (1ª Edición ed., Vol. II). Madrid : Tecnos.

LUCAS ESTEVE, A. (2015). Posesión, detentación y tenencia. La posesión en el Código Civil de Cataluña . *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (757), 2549 y ss.

MIQUEL GONZALEZ DE AUDICANA, J. M. (2012). *Autonomia de la voluntad en el derecho privado; Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (1ª Edicion ed., Vols. Tomo III-2). (Consejo General del Notariado , Ed.) Madid: Wolter Kluwer España, S.A.

O´Callaghan, X. (1997). *Compendio de Derecho Civil, tomo III Derechos Reales e Hipotecario* (3ª Edición ed.). Madrid: ERDESA .

RODRIGUEZ-PALMERO SUEMA, P. (2008). En Cataluña, la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe, no equivale al título. *La Ley www.diariolaley.es* (39132), 9 y ss.

**Notas**

1. BONFANTE O FERRINI consideran la posesión como un simple hecho pues se basa en circunstancias puramente materiales con independencia de que haya no derecho. [↑](#endnote-ref-1)
2. IHERING considera que la posesión es un **derecho subjetivo** pues constituye un interés jurídicamente protegido por la ley aún contra el propietario de la cosa. FERRARA precisa que es un **derecho real provisional y de energía limitada**, que, según LACRUZ, no accede al registro de la propiedad y claudica frente a quien acredite mejor derecho. [↑](#endnote-ref-2)
3. La posesión entendida como un derecho puede ser ostentada por cualquier persona puesto que es la aptitud para la tenencia de derechos está ligada a la personalidad. [↑](#endnote-ref-3)
4. DIEZ PICAZO señala que la posesión es ante todo una situación jurídica. Basta la mera **capacidad jurídica para ser titular de situaciones posesorias**, sin perjuicio de que el ejercicio de determinadas facultades posesorias requieran **capacidad de obrar** y en su caso, la correspondiente intervención o asistencia de los representantes legales. [↑](#endnote-ref-4)
5. LUCAS ESTEVE señala que la pluralidad de poseedores implica que estos no tiene voluntad de no compartir el concepto en el que poseen la cosa, de forma que si sus conceptos posesorios son incompatibles se resolverá sobre su posesión conforme a la prelación del artículo 445 del Código Civil; HERNANDEZ GIL, señala que la coposesión comprende una **unidad de objeto y homogeneidad en el poder, que se ejerce de forma conjunta y no exclusiva sobre la misma cosa**. Es decir, existen varias personas que poseen la cosa en un mismo concepto posesorio y sin voluntad de poseer la cosa de forma exclusiva y excluyente; ALBALADEJO destaca que la coposesión no comprende por tanto los supuestos de división en grados de la posesión, -poseedor mediato e inmediato-, o de posesiones compatibles entre sí. [↑](#endnote-ref-5)
6. O´CALLAGHAN destaca que en la coposesión **no hay división por cuotas**, por lo que, -como señala MERINO GUTIERREZ- no son aplicables la reglas de la comunidad de bienes que van dirigidas a reglamentar la cotitularidad del derecho pero no responden a las necesidades del ejercicio conjunto del señorío de hecho posesorio. [↑](#endnote-ref-6)
7. El **artículo 521-5 del Código Civil de Cataluña** establece una regulación similar. [↑](#endnote-ref-7)
8. ALBALADEJO considera que pueden ser objeto de posesión los bienes inmateriales. LUCAS ESTEVEZ, destaca que estos pueden presentar ciertas características especiales que permiten su posesión simultánea por varias personas (por ejemplo una canción). DIEZ PICAZO entiende que no son objeto de posesión en sentido estricto, aunque le sea aplicable su régimen jurídico. [↑](#endnote-ref-8)
9. ALBALADEJO considera que pueden ser objeto de posesión todos los derechos privados patrimoniales a excepción de los de la personalidad y los de familia. [↑](#endnote-ref-9)
10. DIEZ PICAZO señala que no requiere **animus domini** que coincidiría con la posesión en concepto de dueño del **artículo 432 del Código Civil.**  [↑](#endnote-ref-10)
11. ALBALADEJO precisa que dicha la representación no se refiere a la posesión en sí, sino al ejercicio de facultades que derivan del poder de jurídico o del poder de hecho en que la misma consiste [↑](#endnote-ref-11)
12. Figura que tiene su origen en el Derecho alemán y que no está expresamente reconocida por nuestro Código Civil. [↑](#endnote-ref-12)
13. *La posesión mediata puede admitir varios grados, por ejemplo arrendador, subarrendador, subarrendatario; todos menos el último serán poseedores mediatos. Es una distinción doctrinal que tiene su origen en el derecho alemán. No debe confundirse el poseedor mediato con el poseedor en concepto de no titular ni con el servidor de la posesión.*  [↑](#endnote-ref-13)
14. El **artículo 521-2 del Código Civil de Cataluña** prevé que la posesión no puede ser clandestina ni adquirirse con violencia mientras el poseedor anterior se oponga; ALBALADEJO.- Se tiene una posesión justa pero viciosa cuando el dueño recupera violentamente la posesión de la que había sido privado. [↑](#endnote-ref-14)
15. ABALADEJO considera que mera existencia del error, aunque sea excusable determina la buena fe del poseedor. DIEZ PICAZO considera que hay que añadir un matiz ético ya que existe un deber de actuar diligentemente por lo que sólo el **error inexcusable**, es decir, el que una persona medianamente diligente no hubiese sufrido,-podrá fundar la buena fe. Recoge este matiz ético el artículo 522-7 del Código Civil de Cataluña define la buena fe en la posesión la creencia justificable de la titularidad del derecho, mientras que la ley 357 del Fuero nuevo de navarra, en sede de usucapión establece que se entiende por buena fe la creencia de poder poseer como titular del derecho. [↑](#endnote-ref-15)
16. En esta línea el artículo 522-7 del Código Civil de Cataluña considera que la buena fe cesa desde que los poseedores saben o pueden saber razonablemente que no tienen derecho a poseer. ALBALADEJO considera que una vez exteriorizado el acto los efectos de la mala fe se retrotraen al momento en que tuvo conocimiento de que poseía indebidamente y señala además, que la buena fe se interrumpe cuando, aún sin cesar la posesión, ni la buena fe: a) Se contesta a la demanda sobre la posesión, en virtud de la interpretación jurisprudencial del artículo 1945 del Código Civil- b) Cuando celebrado el acto de conciliación se presenta dentro de los dos meses siguientes demanda sobre la posesión o el dominio de la cosa (art 1947 Código Civil). [↑](#endnote-ref-16)
17. Entiende dicho autor que el poseedor que tolera o concede la posesión precaria pierde la posesión de la cosa ya que ésta es adquirida por el precarista (art 446 del Código Civil) y si el éste se niega a restituirla sólo podrá serle arrebatada mediante la correspondiente decisión judicial. (art 441 Código Civil).- [↑](#endnote-ref-17)
18. El **artículo 521- 2 del Código Civil de Cataluña** prevé que la posesión se adquiere cuando los poseedores **sujetan** la cosa o derecho al ámbito de su poder o cuando la cosa o derecho ha sido puesto a disposición del nuevo poseedor según se deduce de una relación jurídica existente entre los antiguos poseedores. [↑](#endnote-ref-18)
19. MARTIN PÉREZ y MORALES MORENO [↑](#endnote-ref-19)
20. La ocupación que es un modo de adquirir originario, no sólo la posesión sino también el dominio (art 609 cc), que consiste en la aprehensión material de la cosa y que por su propia naturaleza no es apta para adquisición de derechos. Señala ALBALADEJO que dicha aprensión requiere también un animus de señorear la cosa ya que de lo contrario nos encontramos ante un mero contacto físico. En sede de posesoria la ocupación es también aplicable los bienes inmuebles y no está limitada a las res nullius como ocurre en sede de dominio. Como modo de adquirir el dominio la ocupación no es predicable de los bienes inmuebles ya que la ley de patrimonio del estado prevé que cuando estos carezcan de dueño pertenecen al estado. [↑](#endnote-ref-20)
21. DIEZ PICAZO señala que es heredero del artículo 724 del Código Civil francés que se inspira en el derecho consuetudinario de dicho país y recoge la figura de la Gewere ideal del Derecho Germánico y trata de evitar la interrupción en la posesión como consecuencia del fallecimiento del causante atribuyendo ope legis al heredero una posesión ideal y aún ficticia que permite le permite tomar y reclamar en su caso la posesión efectiva de la cosa. [↑](#endnote-ref-21)
22. En los supuestos de adquisición inter-vivos o mortis causa a título singular de la posesión no se da una successio sino una **accessio possessionis** de forma que la nueva posesión se una a la anterior. Así el **Artículo 1960.1 del Código Civil** prevé que podrá completar el tiempo necesario para la prescripción uniendo el suyo al de su causante. [↑](#endnote-ref-22)
23. El **artículo 521-2 párrafo 2 del Código Civil de Cataluña** prevé que la posesión no puede ser clandestina y no puede adquirirse nunca con violencia mientras los poseedores anteriores se opongan. [↑](#endnote-ref-23)
24. En términos análogos **el artículo 521-3 del Código Civil de Cataluña**. [↑](#endnote-ref-24)
25. En términos análogos al artículo 460 del Código Civil se pronuncia el **artículo 521.7 del Código Civil de Cataluña.**  [↑](#endnote-ref-25)
26. En relación al párrafo 2º del artículo 464 DIEZ PICAZO señala que el reembolso del precio como carga de la reivindicación respecto a las cosas perdidas y sustraídas adquiridas de buena fe en venta pública constituye una medida de protección del comercio y señala que el reivindicante que paga el precio dispondrá de una acción de enriquecimiento sin causa contra el vendedor que realizó la indebida transmisión. [↑](#endnote-ref-26)
27. Se recomienda la lectura del trabajo de (MIQUEL GONZALEZ DE AUDICANA, 2012) que se cita en la bibliografía y (DIEZ PICAZO, 1978). A modo orientativo señalaremos que en el Derecho Romano regía el principio fundamental de que nadie puede transmitir más de lo que tiene, regulando ampliamente los supuestos de reivindicación mobiliaria, sin embargo, en el derecho germánico rige el principio de que el propietario debe buscar la confianza allí donde la hubiese depositado, por lo que no cabía la reivindicación mobiliaria en los casos de apropiación indebida, es decir en los casos en los que el propietario entregó voluntariamente a una persona la posesión de una cosa y esta abusando de su confianza la transmitió a un tercer. [↑](#endnote-ref-27)
28. Es decir aquellos supuestos persona a la que voluntariamente se entregó la posesión transmite la cosa a un tercero. [↑](#endnote-ref-28)
29. El artículo 522-8 C.C.Cat parece establecer el sistema germánico de adquisición a non dominio similar a la contempla el Art. 34 de Ley Hipotecaria respecto de los bienes inmuebles al determinar que la adquisición de la posesión de un bien mueble de buena fe y a título oneroso comporta la adquisición del derecho en que se basa el concepto posesorio, aunque los poseedores anteriores no tuviesen poder de disposición suficiente sobre el bien o el derecho, sin embargo regula de forma tan amplia los supuestos en que el propietario despojado puede reivindicar que la mayoría de la doctrina (MIQUEL, LUCAS ESTEVE, entre otros) consideran que de facto recoge el sistema romano. [↑](#endnote-ref-29)
30. DIEZ PICAZO señala que se trata ante todo de un deber de restitución en especie y sólo cuando los frutos no estén en poder del poseedor de mala fe deberá este indemnizar su valor. El fundamento de esta restitución es indemnizar al poseedor legítimo el lucro cesante entendiendo que este existe siempre que mediante dolo o culpa haya disminuido la rentabilidad de los bienes. [↑](#endnote-ref-30)
31. No obstante, DIEZ PICAZO considera que este criterio basado en un economía agraria difícilmente se adapta a una economía mercantil e industrial por lo que considera extensible el criterio previsto para los frutos civiles, es decir, que se deben entender percibidos día por día.

El poseedor de mala fe no tiene derecho a los frutos pendientes pero en cuanto a los gastos de producción de dichos frutos pendientes el Código Civil guarda silencio, por lo que ALBALADEJO y O´CALLAGHAN consideran que el artículo 356 del Código Civil que establece que “el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación” no distingue entre el poseedor de buena o mala fe, por lo que el poseedor de mala fe tendrá derecho a su indemnización, en la línea que contempla, por otra parte el artículo 522.3 párrafo 1º del Código Civil de Cataluña.

Ambos autores consideran que estos gastos pueden considerarse como gastos necesarios para la conservación de la cosa en papel productivo y por tanto encuadrables en el régimen de los gastos necesarios que prevé el artículo 455 del Código Civil. [↑](#endnote-ref-31)
32. ALBALADEJO entiende que se enmarcan en esta categoría: a.- Los gastos de conservación y reparación: Tal y como establece el artículo 500 del Código Civil, en sede de usufructo, son los exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de la cosa y sean indispensables para su conservación; b.- Los de custodia; c.- Contribuciones y gastos inherentes al goce de la cosa; d.- Considera también gastos necesarios, -especialmente en relación al poseedor de mala fe-, los obtención de frutos o costes de producción en los términos anteriormente analizados. [↑](#endnote-ref-32)
33. DIEZ PICAZO señala que esta opción se basa en que el gasto implica un mero desembolso pecuniario y la mejora un incremento de valor en la cosa que no tiene ser necesariamente correlativo al gasto o incluso puede ser independiente de él.

Ante el silencio del Código Civil ALBALADEJO, por analogía a los gastos de puro lujo o recreo, el poseedor de mala fe tendrá derecho a retirarlos si la cosa no sufre deterioro. Por el contrario DIEZ PICAZO considera que la mejora útil, a diferencia de la suntuaria o de mero recreo debe mantenerse en aras del interés económico y social, de ahí que el artículo 453 del Código Civil prevea el abono de dichos gastos al poseedor de buena fe pero no permita su retirada, por lo que tampoco debe reconocerse el ius tollendi al poseedor del mala fe. [↑](#endnote-ref-33)
34. Tradicionalmente la tutela sumaria de la posesión se tramitó a través de los ***interdictos de recobrar y de retener*** que regulaban los **artículo 1631 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1889,**  [↑](#endnote-ref-34)
35. A la hora de abordar el estudio de la tutela posesoria es tradicional analizar la subsistencia en nuestro ordenamiento de la denominada **acción publiciana** que tutelaba la possessio ad usucapionen de aquel adquirente que por no haber cumplido las solemnidades previstas en el Derecho romano para adquirir la propiedad no tenía plenamente la misma (*dominum ex iure Quiritum*), permitiéndole reclamar la posesión frente a un poseedor de inferior título. Algunos autores como DIEZ PICAZO admite la subsistencia de esta acción en nuestro derecho, mientras que otros como CASTÁN la consideraban embebida en la acción reivindicatoria. O´CALLAGHAN considera que en nuestro derecho no es necesaria la identificación de la acción por lo que la tutela del poseedor se obtendrá alegando y probando un mejor derecho a poseer y no mediante el ejercicio de una acción especial ni de una acción subsumida en la revocatoria. [↑](#endnote-ref-35)