

La Posesión en el Código Civil Peruano

Por: Martín Mejorada C.
Profesor de Derecho Civil de la PUC, UP y UNMSM

RESUMEN:

La posesión como derecho es la consecuencia jurídica de la posesión como hecho, es decir, la posesión se sustenta en la apariencia de un derecho frente a terceros (conducta posesoria). El fundamento de la posesión en la doctrina difiere, sin embargo, como señala el autor, en nuestro país el Código Civil ha adoptado uno, el cuál debe ser adecuado acorde al tiempo y al sistema registral. La posesión se configura como un sustituto de la prueba de propiedad ante la dificultad que significa acreditar el dominio en cada momento, aunque ilegítimos (no propietarios) se beneficien de ello; por ello la aspiración es perfeccionar la prueba de la propiedad. Es decir, la posesión es ahora sólo la mejor fórmula que existe para resolver el problema de las dificultades probatorias.

PALABRAS CLAVE:

Derecho de Posesión - Derecho a la Posesión - Dominio - Título de Propiedad - Conducta Posesoria - Posesión como Hecho - Posesión como Derecho - Sistema Registral - Posesión Ilegítima.

SUMARIO:

El Derecho de Posesión en el Código Civil Peruano.

* Profesor de Derecho Civil de la PUC, UP y UNMSM

Dice el artículo 896 del Código Civil que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Los atributos típicos de la propiedad son el uso, disfrute, disposición y reivindicación (artículo 923 del Código Civil), pero no son todos. En realidad el propietario puede actuar sobre el bien del modo más amplio imaginable, siempre que no contravenga una norma prohibitiva, puede hacer todo lo que no le esté prohibido. Habrá posesión, cualquiera sea la conducta sobre el bien, en tanto el comportamiento de la persona corresponda al ejercicio de algún atributo del dominio. De ahí que la posesión no solo se genera para quien actúa como dueño, sino también para cualquiera que realiza la explotación económica del bien, incluso como acto temporal desmenbrado de la propiedad.

Se trata de un derecho real autónomo, el primero del Libro de Reales, que nace por la sola conducta que despliega una persona respecto a una cosa, sin importar si tiene derecho o no sobre ella. La posesión es el derecho que surge del propio comportamiento y del impacto de éste sobre los terceros ajenos a la situación posesoria. El actuar del poseedor genera la apariencia de que estamos ante una persona con derecho a poseer.

Así, es poseedor quien actúa sobre el bien de la forma como lo haría el propietario, el copropietario, el usufructuario, el usuario, el titular de una servidumbre, el superficiario, el arrendatario, el comodatario o cualquier titular de derecho patrimonial sobre el bien, sea éste real o no.

Es un derecho real autónomo, diferente a la titularidad que se refleja en el comportamiento del poseedor. Aquí vale la pena acuñar una diferencia entre el derecho de posesión y el derecho a la posesión, entendiendo al primero como el que deriva de la conducta y al segundo como el que proviene de un título. No todo el que tiene derecho de posesión ostenta título para poseer, y no todo el que cuenta con título posee el bien.

El contenido del derecho de posesión es uno de los más complejos, pues surge de medios singulares y genera una serie de consecuencias en diversos ámbitos. Menciono las más importantes:

i) la adquisición de la posesión no solo se produce de manera originaria con el despliegue de la conducta exigida por la ley para calificar al poseedor, sino también a través de mecanismos ficticios a los que se denomina *adquisición ficta* (artículos 902 y 903), ii) el poseedor tiene derecho a sumar el plazo posesorio de anteriores poseedores (artículo 898), iii) tiene derecho a conservar la calidad de poseedor aun cuando no

esté ejerciendo de hecho ninguna conducta sobre el bien (artículo 904), iv) también goza del derecho a ser considerado poseedor (mediato) por el sólo hecho de haber conferido un título temporal para que otro posea de manera inmediata (artículo 905), v) goza de beneficios especiales si posee creyendo que tiene derecho sobre el bien (buena fe) y soporta cargas también especiales si posee de mala fe, es decir a sabiendas que carece de derecho sobre el bien (artículos 906 al 910), vi) se han previsto presunciones legales que ante situaciones de controversia invierten la carga de la prueba a favor del poseedor (artículos 912 al 915), vii) el poseedor tiene derecho al reembolso de las mejoras realizadas en el bien ajeno (artículos 916 al 919), viii) cuenta con el derecho a mantenerse en la situación posesoria, para lo cual se le ha dotado de medios extrajudiciales y judiciales de defensa (artículos 920 y 921), ix) la posesión prolongada que cumple ciertos requisitos puede conducir a la adquisición de los derechos de propiedad o servidumbre (artículos 950 y 1040) y x) finalmente, la posesión es el modo de adquirir o ser preferido para la adquisición de algunos derechos patrimoniales (artículos 947, 948, 1058 inciso 2 y 1136).

Ahora bien, ¿Para qué sirve la posesión? ¿Porqué se protege a quien ejerce de hecho algún atributo de la propiedad, aunque en realidad no sea propietario?. Estas son las preguntas más frecuentes que surgen luego de una primera mirada al articulado del Código Civil. A lo largo de la historia se han intentado una serie de respuestas, las más importantes formuladas a partir de la posesión en el Derecho Romano. Diez-Picazo y Gullón describen de manera resumida el panorama de los fundamentos más saltantes en la doctrina clásica.

Para Savigny la posesión busca proscribir la violencia entre privados que debaten sobre el derecho a poseer los bienes, por ello hay que proteger a quien tiene los bienes en su poder mientras los jueces resuelven sobre el mejor derecho. Según Thibaut la posesión es el respaldo a la permanencia del estado de cosas, hasta que no se den motivos determinantes para alterarlas. Para Röder y Arehens el fundamento se encuentra en la presunción de probidad, según la cual se debe presumir que toda persona es proba y honrada de modo que si explota un bien es porque tiene algún derecho sobre él. Por su parte Gans señala que la posesión se protege porque es el comienzo de la propiedad a la que se puede acceder por vía de la usucapión. Puchta y Bruns señalaron que la posesión era la protección de la voluntad de la persona que posee, lo cual a su vez es una manifestación de su personalidad por tanto la posesión protege la personalidad del poseedor. Sthal indica que la posesión debe

protegerse de modo distinto a la propiedad porque finalmente se trata de un comportamiento tendiente a la explotación patrimonial de los bienes, lo cual satisface necesidades humanas y ello debe tutelarse. Finalmente Ihering, quien ha tratado más extensamente este tema, señala que la posesión es la exteriorización de la propiedad y debe ser protegida porque los propietarios no siempre pueden probar el dominio¹.

En la mayoría de los casos estas explicaciones no derivan de los sistemas jurídicos correspondientes a los autores citados, sino de la lectura de un solo derecho: el Derecho Romano. Al no hallarse con facilidad textos de doctrina y legislación romanas, los más importantes juristas de los siglos XVIII y XIX hicieron gala de erudición para desentrañar los misterios del Derecho Romano en materia de posesión. Lo central para ellos no fue evaluar la utilidad o pertinencia de las instituciones romanas en sus respectivas sociedades, sino rescatar la «esencia» del derecho posesorio, lo que supone por cierto la curiosa idea de que los conceptos jurídicos son universales y eternos.

Este solo hecho es suficiente para dudar de los fundamentos que exhibe la doctrina clásica. Debemos hallar un fundamento que explique qué queremos nosotros (en Perú) de los derechos sobre las cosas, y de qué modo se debe enfrentar la situación de las personas que de hecho desarrollan conductas sobre los bienes. Aquí debemos distinguir entre la *posesión como hecho*, que es el comportamiento económico sobre los bienes, y la *posesión como derecho* que es la consecuencia jurídica atribuida por el artículo 896 del Código Civil. No olvidemos que la posesión como hecho precede a la regulación jurídica. Las personas no poseen porque exista un derecho real llamado posesión o porque el Derecho Romano lo desarrolló ampliamente. La conducta posesoria es un hecho fundamentalmente económico, un hecho de la realidad al que hay que juzgar conforme a las particulares características de cada sociedad y atribuir consecuencias según lo que más convenga a la justicia y valores imperantes.

En el Perú se ha regulado la posesión de manera consecutiva desde el Código Civil de 1852 hasta la actualidad. En cada oportunidad el legislador ha consagrado una definición del derecho posesorio partiendo principalmente de la doctrina clásica a la que me referí antes. Desde el Código Civil de 1936 la posición preponderante en el Perú sobre el fundamento de la posesión y sus alcances, ha acogido expresamente la tesis doctrinal del maestro alemán Rudolf Von Ihering.

A pesar que las reflexiones de Ihering son probablemente las de mayor asidero en el balance de los estudios sobre esta materia, no se debe perder de vista que en definitiva se trata de reflexiones referidas al Derecho Romano, por tanto a una realidad que desapareció hace siglos. ¿Es esa nuestra realidad?. Ciertamente no, pero veamos si existe algún fundamento que trascienda los tiempos y que arroje un resultado por coincidencia concordante con las necesidades actuales.

El siguiente párrafo revela en síntesis el pensamiento de Ihering sobre el fundamento de la posesión:

«... la protección posesoria en el Derecho Romano (...) ha sido instituida a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. En vez de la prueba de propiedad que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (reivindicatio), le bastará la prueba de la posesión (...)

*¿Puede según esto la posesión representar la propiedad? Si, porque es la propiedad en su estado normal. La posesión es la exterioridad, la visibilidad de la propiedad. Estadísticamente hablando, esta exterioridad coincide con la propiedad real en la infinita mayoría de los casos. Por lo regular el poseedor es al mismo tiempo el propietario (...). Podemos pues designar al poseedor como el propietario presunto (...)*².

Es decir, la posesión se configura como un sustituto de la prueba de propiedad ante la dificultad inevitable que significa acreditar el dominio en cada momento. Si los propietarios tuviesen que demostrar su derecho cada vez que interactúan se generarían complicaciones prácticas insolubles. Todo el tiempo los dueños tendrían que cargar con sus títulos de propiedad desplegando un enorme esfuerzo probatorio, que en algunos casos es muy difícil de superar e incluso imposible. Por ello, en base a un análisis de probabilidades se observa que en la realidad las personas que actúan sobre los bienes como si fuesen dueñas (*apariencia de dominio*), casi siempre lo son.

Se justifica perfectamente que a partir de esa apariencia surja un derecho autónomo que da lugar a una serie de consecuencias, que aseguran el ejercicio pacífico de la propiedad en escenarios sencillos donde no se debate sobre el derecho a poseer. En el Derecho Romano el reconocimiento de esta titularidad autónoma estuvo referida exclusivamente a la apariencia de la propiedad. Empero, es claro que si se trata de resolver dificultades probatorias, tanto sufren de ellas los

1 DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen III (Derecho de Cosas, Derecho Inmobiliario y Registral). Tercera Edición Revisada y Puesta al Día. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1987. p. 101.

2 IHERING, Rudolf. Tres Estudios Jurídicos. Bibliografía Omeba. Buenos Aires, 1960. p. 114 y 116.

propietarios como los titulares de otros derechos patrimoniales. Por tanto, alejándonos del Derecho Romano y de la mano de Ihering, es comprensible que la posesión no se limite a la apariencia de la propiedad sino que se extienda a la apariencia de cualquier derecho patrimonial sobre bienes.

Por supuesto habrán situaciones en las que es necesario establecer quién es el real propietario o titular del bien, a cuyo efecto el despliegue probatorio, por complejo y difícil que sea, será inevitable. Son las situaciones en las que se discute el mejor derecho a poseer. Es el caso de la acción reivindicatoria y las acciones posesorias.

El fundamento desarrollado por Ihering es claramente atemporal y útil especialmente para nuestra realidad. En el Perú existen dificultades probatorias de la propiedad y otros derechos, y seguramente existirán por mucho tiempo más debido a la informalidad y a las imperfecciones de nuestro sistema registral. En nuestro país existe un enorme porcentaje de predios cuyos propietarios no cuentan con títulos que los acrediten como tales. No me refiero a los llamados Pueblos Jóvenes o Asentamientos Humanos, sino a los predios rurales y a algunos bienes ubicados en sectores marginales, en los que los poseedores son normalmente propietarios pero no cuentan con documentos y registro de sus titularidades. El excesivo costo de la legalidad ha sido la causa principal de que los propietarios y otros titulares permanezcan únicamente en la esfera de la apariencia: la esfera de la posesión. Mientras dichas dificultades no se superen la posesión cumple un rol fundamental para nuestros propietarios, pues no solo es un sustituto ocasional para la prueba de la propiedad, sino en muchos casos la única forma de ejercer el dominio pacíficamente.

Por supuesto, tratándose de bienes muebles no identificables la posesión cumple un rol probatorio impresionante. Virtualmente la posesión se equipara a la propiedad: si se observa a una persona poseer un teléfono celular, difícilmente se podrá demostrar que el teléfono pertenece a persona distinta.

Si en el futuro se lograra una formalización absoluta y un mecanismo de prueba sin errores sobre la existencia de los derechos, la posesión ya no tendría sentido, por lo menos no con la justificación que hoy es su principal fundamento. La aspiración es perfeccionar la prueba de la propiedad, para lo cual la tecnología es de gran ayuda. La posesión no es la meta, es solo la mejor fórmula que existe actualmente para resolver el problema de las dificultades probatorias, a pesar de que algunos ilegítimos se beneficien de ello.

De otro lado, el análisis de probabilidades sobre los poseedores que son propietarios en el Perú sigue siendo favorable para justificar la existencia de la figura, aun a riesgo de que poseedores no propietarios se hagan pasar por tales. Como decía Ihering:

Si para ser protegido como poseedor basta demostrar su posesión, esta protección aprovecha lo mismo al propietario que al no propietario. La protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituido. Tal consecuencia es absolutamente inevitable. El Derecho debe aceptarla por encima de todo, para alcanzar su fin de facilitar la prueba de la propiedad»

La aparente resignación del maestro no es más que un análisis funcional de costos y beneficios. Sustituir la prueba del derecho por el ejercicio de hecho es un medio para que las relaciones sean pacíficas y más baratas. La posesión es pues un derecho cuya importancia no se centra en la esfera espiritual del poseedor. No es una herramienta que busque la satisfacción individual como propósito primero, sino la facilitación de los intercambios y la interacción en general. Considero que el núcleo de este singular derecho está en la apreciación de las personas ajenas al poseedor. Se trata de un derecho privado de clara función pública.

Si la posesión se sustenta en la apariencia de un derecho, sólo habrá posesión cuando los terceros (espectadores de la apariencia) crean que quien está desplegando la conducta sobre el bien es titular de un derecho. Es decir, no se trata solo de usar, disfrutar o disponer de hecho de un bien, sino de que a partir de esas conductas se genere la señalada *apariencia*. Si a pesar de existir ejercicio de hecho no es posible generar esa *apariencia* (porque se sabe públicamente de la ausencia del derecho), no debería existir posesión.

De ahí por ejemplo que en aquel lamentable incidente en el que un grupo de terroristas tomó la casa del Embajador de Japón, situación en la que todo el mundo sabía de la ilegitimidad de los delincuentes, no podía hablarse de posesión a favor de ellos, a pesar de que usaron el inmueble por varios meses. En el mismo sentido, si el ejercicio de los atributos de la propiedad se realiza de manera clandestina, de modo que no es posible advertir dicho ejercicio, no habrá posesión. Lo dicho no significa que la posesión deba ser expuesta a los ojos del mundo para ser tal, pues es evidente que existen bienes cuya explotación es por naturaleza reservada, como por ejemplo el uso de ropa interior (en la mayoría de los casos) o

el uso de una prótesis instalada en el interior del cuerpo humano.

Estas reflexiones no contradicen la existencia legal de la *posesión ilegítima*³, ya que la ilegitimidad no es apreciable con facilidad por los terceros. Un ladrón que usa con total desparpajo el reloj robado, es poseedor ilegítimo, pero es poseedor porque no se puede advertir de su conducta que el bien fue robado. Si el ladrón fuera capturado en el mismo acto del robo y mientras toma «posesión» del bien, claramente no se generaría posesión aun cuando de hecho el bien ya estuviese en su muñeca.

El Código Civil regula la situación del poseedor ilegítimo y establece una serie de consecuencias. Sin embargo, dichas consecuencias sólo surgen cuando se ha concluido el examen sobre el derecho a poseer y se ha establecido la ausencia del derecho, luego de la actividad probatoria. Precisamente la actividad probatoria cuya dificultad justifica la existencia de la posesión como derecho autónomo. En consecuencia, en estos supuestos (consecuencias de la posesión ilegítima) la posesión ya no está en funcionamiento como institución jurídica. Se ha prescindido del ejercicio de hecho y se ha identificado al verdadero titular del bien.

Habiendo identificado el rol principal de la posesión y por tanto el alcance guía del concepto legal, debo hacer mención a algunas normas del Código Civil que describen efectos de la posesión, pero que prescinden del concepto guía y por tanto parecen contradecir su fundamento.

El artículo 905 del Código se refiere a la posesión inmediata y a la posesión mediata. La primera corresponde al que posee en virtud de un título temporal (por ejemplo el aparente usufructuario) y la segunda al que confirió el título (por ejemplo el aparente propietario). El poseedor inmediato será tal si ejerce de hecho la conducta que permite apreciarlo como un usufructuario (siguiendo el ejemplo) y no hay duda que es fácil identificar a una persona en dicha actitud, pero ¿qué ejercicio de hecho apreciable con facilidad realiza el poseedor mediato?. En el esfuerzo por aplicar de modo literal la definición de posesión y justificar la calificación posesoria en favor del mediato, se han ensayado diversas respuestas. Por ejemplo se ha dicho que el mediato ejerce de hecho el atributo de la *disposición*, o que ejerce el *disfrute* pues eventualmente percibe rentas del usufructuario.

En mi opinión la conducta del poseedor mediato es difícilmente aparente a los ojos de los terceros, por

tanto desde la definición y fundamento principal de la figura legal, no debería gozar de calificación posesoria. Empero, la ley le ha atribuido dicha calidad y eso es suficiente para aceptarla. Se trata de una excepción a la regla cuyo propósito resulta apreciable en el plano práctico, ya que por esa vía se genera una persona adicional legitimada para utilizar los efectos de la posesión, por ejemplo para la defensa posesoria. En realidad, con el pretexto de la posesión se ha instituido a un ayudante para la defensa del poseedor inmediato, único titular aparente. La prueba de que estamos ante un artificio es que la ley ha establecido la clasificación de poseedor mediato e inmediato sin señalar consecuencias (como si lo hace con la posesión ilegítima). Si el poseedor mediato fuera poseedor por definición, no requeriría de una norma especial que lo diga, bastaría el concepto general de posesión.

Otra excepción está en el artículo 904 del Código Civil, conforme al cual quien se encuentra impedido temporalmente de acceder al bien que venía poseyendo, conserva la posesión. Es el caso de quien no puede llegar a su predio porque debe atravesar un río y el puente que permite cruzarlo se encuentra en mantenimiento. Si no existiera esta norma las personas que no pueden mantener la conducta posesoria dejarían de ser poseedoras, sin importar la causa. El artículo 904 es otra excepción que se establece con el propósito de mantener los efectos de la posesión a favor de una persona, cuyo comportamiento patrimonial se ha visto suspendido por una causa ajena y temporal.

De otro lado, el fundamento que he señalado para la posesión no descarta la existencia de otros fundamentos concurrentes y que aparentemente contradicen el principal, por ejemplo en el tema del derecho al reembolso de mejoras (artículo 917) y en la defensa posesoria (artículos 920 y 921).

La ley le otorga derecho al pago de mejoras a todos los poseedores, incluyendo a los ilegítimos de mala fe, generando un crédito contra el verdadero propietario. Así también la defensa interdictal puede ser usada por el ilegítimo de mala fé contra el verdadero propietario. ¿Qué relación hay entre estas consecuencias legales y el rol de la posesión?. ¿Si se demuestra que no existe derecho a poseer, por qué razón se beneficia al poseedor injusto frente al verdadero titular?. Las razones no tienen que ver con la apariencia del derecho, pues en las dos situaciones mencionadas estamos ante consecuencias que en nada afectan a los terceros que apreciaron la posesión y que actuaron en función a ella. Son dos situaciones en las que se enfrentan el titular aparente y el

3 Los poseedores que ejercen de hecho atributos de la propiedad pero si tener ningún derecho sobre el bien. Si saben de su ilegitimidad son poseedores de mala fe. Si ignoran dicha situación son ilegítimos de buena fe.

verdadero titular. Las razones tienen que ser otras, como evitar el enriquecimiento del propietario con las mejoras o evitar la convulsión que se produciría si los propietarios pudieran recuperar sus bienes empleando violencia.

La regulación normativa no debería perder de vista el fundamento principal de la posesión, pues de lo contrario se genera cierto desorden. Si el propietario no debe enriquecerse con las mejoras realizadas en su bien o si la violencia debe ser proscrita, no tiene nada que ver con la posesión y su rol en la sociedad. La regulación de estos temas conjuntamente con la posesión no debe confundirnos ni desviar el fundamento de la institución jurídica.

Finalmente, la primacía del fundamento descrito permite priorizar la función señalada por sobre otras, atribuyendo calidad posesoria a los hechos que mejor cumplen el fundamento y no a aquellos

que aunque se ajusten a la definición legal, no son del todo satisfactorios en términos de apariencia e información hacia los terceros. Este ejercicio se realiza en situaciones donde concurren conductas posesorias. Por ejemplo, si el predio es usado por un ilegítimo, quien actúa como si fuera dueño a los ojos de todos, pero el verdadero propietario viene pagando los tributos municipales y algunos servicios públicos, ¿quién es el poseedor?. Los dos ejercen de hecho algún atributo de la propiedad, sin embargo los dos no pueden ser poseedores al mismo tiempo. Considero que recurriendo al fundamento de la posesión se puede responder a esta pregunta, atribuyendo posesión a quien mejor genera la apariencia de titularidad frente a terceros.

Simplemente he querido plantear el tema del fundamento de la posesión porque creo que ofrece un enorme espacio para la reflexión. Lo expresado aquí está sujeto a crítica y si eso ocurre se habrá cumplido mi propósito. 📧