

Unidad 10

- La posesión

“La posesión implica en principio, la detentación directa de una persona respecto de una cosa, es decir, se presenta como la situación objetivamente apreciable, por la que alguien tiene algo en su poder, tal manera que esta consigo y lo usa con exclusividad porque lo tiene físicamente.”

I. COMENTARIOS PRELIMINARES

Corresponde ahora comentar la posesión. Se trata de una de las instituciones más complejas e interesantes, blanco de una atención especial y directa por la literatura jurídica, de la que muchas opiniones han surgido, las más de las veces encontradas.

La posesión implica en principio, la detentación directa de una persona respecto de una cosa, es decir, se presenta como la situación objetivamente apreciable, por la que alguien tiene algo en su poder, de tal manera que está consigo y lo usa con exclusividad porque lo tiene físicamente.

La primera perspectiva que de la posesión puede así observarse, permitiría inferir de ella una tarea relativamente accesible en su desarrollo. Sin embargo, la realidad dista mucho, pues los supuestos en los que alguien posee algo son muy variados y cada uno de ellos se hace merecedor de un tratamiento especial amén de que esa variedad provoca soluciones paralelas y contradictorias y llega incluso a motivar que desde los cimientos mismos de la construcción de la figura se ofrezcan soluciones con orientaciones diversas y hasta opuestas.

En efecto, se puede poseer por ser propietario y precisamente ese derecho de propiedad permite poseer; es posible también que el propietario a su vez, transmita contractualmente la posesión y conserve la propiedad, como acontece en el usufructo, el arrendamiento, la compraventa con reserva de dominio, el comodato, etc., o bien inclusive, puede poseerse sin tener derecho a ello con una posesión motivada por el apoderamiento de una cosa que legalmente sea calificado como ilícito.

Más aún, de las posibilidades apuntadas derivan otras que hacen más complejo el contenido de la figura ahora comentada. Así por ejemplo, hay quien está poseyendo algo por encargo del propietario, hay también quien posee una cosa porque cree que le transmitieron la propiedad de la misma y en realidad su propiedad es sólo aparente pues quien supuestamente le transmitió no estaba legitimado para hacerlo.

En esas condiciones, el punto de partida de nuestros comentarios se ubica en esta situación fáctica de poseer, es decir, que alguien tenga de hecho algo en su poder. La complejidad está en determinar el tratamiento a darse a los distintos casos que derivan de la diversidad de causas por las que ese poder de hecho se ejerce, bien por la titularidad de un derecho, bien por la apariencia de esa titularidad, o bien, inclusive, ante la ausencia de causa alguna.

Es más, como apuntaremos posteriormente, de la propia ley se desprenden situaciones en las cuales, sin que alguien tenga físicamente la cosa en su poder, se le considera poseedor de la misma y por el contrario, quien de hecho la tiene, carece del carácter de poseedor de acuerdo también con la ley.

Toda consideración en torno a la posesión debe partir de que el contenido de ésta es el ejercicio directo del poder de hecho que una persona lleva a cabo sobre una cosa. Ese poder se manifiesta con el apoderamiento de aquélla, con tenerla y conservarla para sí, comprendida en lo suyo, todo lo cual se patentiza con la detentación de la cosa factible de ser apreciada por los sentidos.

Ahora bien, no obstante que en efecto toda consideración respecto de la posesión debe partir de lo anterior, la detentación señalada es precisamente un mero punto de partida, tal como la hemos calificado e insistimos, sin que con ello se agote el contenido de la figura. En efecto, lo primero a observarse para cualquier consideración subsecuente y complementaria, es que el sujeto tenga la cosa en su poder, es decir, la detente y con ella lleve a cabo una serie de actos reveladores del ejercicio y de la dinámica de ese poder.

La verificación de la situación objetiva planteada dista mucho de ofrecer por sí la solución íntegra de la posesión para que ello redundare en un tratamiento legal uniforme. Hay una variedad enorme de supuestos coincidentes alternativamente con esa detentación y que por su diversidad traen consigo consecuencias diferentes.

En efecto, en relación con lo anterior podríamos plantear lo siguiente:

1.- La posesión es un elemento de la propiedad y así el propietario es al mismo tiempo poseedor precisamente por ejercer su propiedad sobre la cosa, o por el contrario, la posesión es independiente de la propiedad.

2.- El tratamiento exigido por la posesión debe circunscribirse únicamente al poder que el poseedor de la cosa ejerce objetivamente sobre ella por su apoderamiento físico o hemos de estar en todo caso al acto o hecho que dio lugar a ese apoderamiento.

3.- El propietario conserva su posesión cuando por cualquier acto jurídico transmite la tenencia de lo que le pertenece o por dicha transmisión pierde aquélla.

4.- El arrendatario, el usufructuario, el comodatario o el depositario son poseedores por tener la cosa en su poder al habérselas transmitido el propietario o éste conserva la posesión.

5.- Más aún, hay varios supuestos en los que alguien detenta algo por encargo del propietario, sea por mandato, por subordinación de trabajo o por cualquier otra causa. En estos supuestos, quienes tienen la cosa en su poder, ¿son o no poseedores?

Pues bien, como veremos en el transcurso de las consideraciones posteriores, la doctrina y especialmente la ley ofrecen diversas soluciones opuestas muchas de ellas, pues el significado atribuido a la posesión puede variar constantemente; para unos se limita al poder de hecho que se ejerce sobre una cosa; otros la consideran como un derecho real motivador de ese poder de hecho; hay quien considera debe hacerse plena abstracción del origen del poder que implica; por contra, también hay quien invoca a la juridicidad de ese origen para darle solidez al poder de hecho manifestado en la posesión. En la misma ley

encontramos por su parte, situaciones en las que el propietario, por el mero hecho de serlo, tiene la posesión como parte integrante de su propiedad.

II. OPINIONES DOCTRINALES TRADICIONALES

Los puntos de vista que sobre la posesión se han vertido giran en torno a sus dos componentes. Se trata del *corpus* y del *animus*. El primero es considerado como el poder físico o de hecho que se ejerce directamente sobre una cosa; su presencia aislada no configura la posesión misma pues sus alcances quedan limitados únicamente a la detentación de la cosa. El *animus* es el elemento psicológico de la posesión y consiste en la intención del sujeto de poseer para sí.

El *corpus* es ciertamente la base de la posesión; es su presupuesto directo y el *animus* por su parte, representa la participación subjetiva proveniente de la voluntad del interesado en poseer.

Ahora bien, planteado así el contenido de la posesión no demuestra la serie de cuestiones y diversidad de pareceres que la figura ha desatado, pues aún en lo relativo a su estructura misma, ha dado lugar a considerable número de opiniones en sentidos opuestos, lo que ha traído como consecuencia resultados encontrados y provocar con ello una mayor complejidad que dificulta la tarea de conceptuar y estudiar dicha figura.

En efecto, como se desprenderá de consideraciones posteriores, aún en los puntos de vista provenientes de quienes han ganado ser calificados como expositores de las opiniones más autorizadas al respecto, el *corpus* y el *animus* no son uniformemente conceptuados, lo que ha provocado resultados distintos.

1. Opinión de SAVIGNY

La posesión en el pensar de SAVIGNY engloba al *corpus* y al *animus*; el primero como elemento material o físico de la posesión y el segundo como el que contiene la intención de poseer.

El *corpus* representa el contacto directo del sujeto con la cosa; es el punto de partida de la posesión pues con él se inicia aquélla, sin que haya necesidad de mantenerla físicamente durante su desplazamiento en el tiempo. Lo que mantiene al sujeto en la posesión es la posibilidad de tener ese contacto cuando se quiera, aun cuando no se tenga de manera constante.

Este elemento, el *corpus*, no se identifica por sí solo con la posesión misma; se traduce únicamente en la detentación de la cosa.

Para tener la posesión se requiere la participación del *animus*, como segundo elemento; es la voluntad, la intención del sujeto de poseer para sí, lo que en el parecer de SAVIGNY debe ser considerado como *animus domini*.

“Para SAVIGNY -reseña ROJINA VILLEGAS- la existencia del *animus* no implica una intención arbitraria de conducirse como propietario en contra de una

situación legal; es decir, no es la voluntad arbitraria, sino la voluntad legal la que debe tomarse en cuenta. Ésta deriva del título de posesión; la arbitraria del capricho del poseedor. Si el arrendatario pretende ostentarse como poseedor, este capricho no es bastante para fundar su posesión. La voluntad en que se apoye el *animus dominii* supone un título bastante para transferir el dominio, o que se reputa como suficiente para transmitirlo. Por esto, todo cambio de *animus* supone un cambio de título. Para que el arrendatario se convierta en poseedor, es necesario que haya cambiado el título, por ejemplo, porque adquiera el bien por un contrato traslativo de dominio.”¹

2. Opinión de IHERING

Si bien la concepción de IHERING respecto de la posesión hace participar también al *corpus* y al *animus*, el contenido de éstos y por ello su medida, alcances y forma de participación en dicho concepto son diversos a como SAVIGNY los considera.

El *corpus* para IHERING es el medio por el que el *animus* se exterioriza; implica una serie de hechos demostradores de una explotación económica de la cosa; no es una relación meramente de hecho consistente en un contacto entre el hombre y la cosa y a la que no se le reconoce juridicidad, pues puede haber esa inmediatez sin haber posesión. Para ésta se requiere el interés del sujeto para alcanzar la explotación de la cosa.

El *animus* para IHERING es el propósito de explotar económicamente la cosa y está bien ligado al *corpus*.

Ambos conceptos están relacionados indisolublemente como un todo indivisible y su conjunto se traduce en la posesión.

“IHERING considera -apunta ROJINA VILLEGAS- que es un error divorciar ambos elementos. Una consecuencia de interpretar el *animus* a que se referían los romanos, en forma muy diversa de la que los propios textos implicaban. Evidentemente que si se considera el *animus* como *dominii* sí se puede desligar del *corpus*; pero si se comprende como el simple propósito de explotación económica de una cosa, y el *corpus* como el conjunto de actos que permiten esa explotación, habrá una liga constante entre el *corpus* y el *animus*. Estos dos elementos constituirán un todo indivisible de tal manera que -dice IHERING- del *corpus* se infiere el *animus*, y por eso concluye considerando que todo fenómeno de detentación es un fenómeno de posesión, pues en toda persona consciente el hecho de explotación económica, de una cosa, implica un propósito.”

¹ Derecho... cit., t. III, p. 589.

“De aquí afirma que los romanos presumieron siempre el *animus* del *corpus*; que por esta razón puede considerarse que, salvo excepción expresa de la ley, todo detentador es un poseedor.”

“En la teoría objetiva el *animus* tiene una significación económica, es decir, revela un propósito de simple explotación lucrativa, y esto se presenta en los diversos casos de detentación; pero advierte IHERING que por determinadas razones que no se justifican jurídicamente, los romanos admitieron excepciones en ciertos casos muy bien conocidos, pues no obstante la detentación y la explotación económica, no se consideraba al detentador como poseedor. Esto ocurrió con el arrendatario, el comodatario, el depositario, el mandatario, el sirviente, etc.”

“Con estos antecedentes, IHERING concluye que en tanto que no exista un texto expreso que declare que un caso de detentación no es de posesión, debe reputarse al detentador como poseedor; todo caso de duda debe considerarse como de posesión, y sólo cuando por determinadas razones el legislador dispone expresamente que el detentador no será poseedor, entonces habrá que someterse al texto de la ley.”²

“Hay casos -enseña IHERING- en que una fórmula algebraica puede contribuir adecuadamente a aclarar y poner de manifiesto las relaciones teóricas. Paréceme que el caso presente es uno de esos, y así pido venia para recurrir a ese medio, que por otra parte nos permitirá indicar con una sola letra los dos elementos en que se apoya la diferencia entre ambas teorías.”

“Designaré:

- la posesión con x .
- la tenencia con y .
- el *corpus* con c .
- el *animus*, que debe tener también el tenedor según la teoría objetiva (IV), con a .

el elemento de más que según esta teoría se añade en la posesión, con a .

- y la disposición de la ley, que según mi teoría niega la posesión en ciertas relaciones, con n .

Según esto, la fórmula para la teoría subjetiva sería:

$$x = a + a + c$$

$$y = a + c$$

y para la teoría objetiva será:

$$x = a + c$$

² Derecho ... cit., t. III, p. 599 y s.

$$y = a + c - n$$

“Veamos esas fórmulas un poco más cerca. Las dos teorías toman como base las condiciones necesarias, según su común sentir, para toda relación posesoria: esto es: $a + c$. Lo que hay aquí, según la teoría objetiva, es que la reunión de esas condiciones, engendra ya la posesión, mientras que, según la subjetiva, no engendra más que la tenencia. Según ambas, la descomposición de la acción posesoria, en posesión y en tenencia, resulta de la unión de otro elemento. Según la una, es éste un factor *negativo*: $- n$; según la otra, es *positivo*: $+ a$. La primera tiene por punto de partida la posesión; la segunda la tenencia; para aquélla, la adición del elemento diferencial cambia la posesión en tenencia, la relación posesoria *desciende* del grado en que se encontraba en un principio: para ésta, la detención es la que se convierte en posesión, la relación posesoria *sube* del grado inferior, la tenencia se *eleva* así a posesión. (I) . El movimiento dialéctico de la noción de posesión es, por tanto, diametralmente opuesto en ambas teorías; en uno se produce de abajo a arriba, de lo menos a lo más; en el otro de arriba abajo, de lo más a lo menos.”

“La consecuencia para la construcción *sistemática* de la doctrina de la posesión estriba, en que la teoría subjetiva deberá comenzar la *doctrina de la posesión*, con la noción de la tenencia, mientras que la objetiva, en consonancia con su concepción de la relación posesoria, encuentra como punto de partida ya la posesión. Realmente, aquel método didáctico es impracticable, pues, en definitiva, la exposición de la doctrina de la posesión, para ser clara, no puede comenzar sino por la posesión elevándose de ella a la tenencia.”

“Los elementos capitales deben ser demostrados por quien necesita hacerlos valer. Según la teoría subjetiva, aplícase esto al demandante que sostiene tener la posesión en lo tocante al elemento: a ; la simple prueba de $a + c$ sólo basta para y , para la tenencia; para la de x es preciso además a , esto es, el demandante debe probar el *animus rem sibi habendi*. Según la teoría objetiva, para x basta $a + c$, esto es. el demandante cumple con probar la existencia exterior de la relación posesoria (III); corresponde al demandado probar la *negación*, esto es, demostrar que una *causae de detentionis* legal, priva en tal caso, de su efecto ordinario, a las condiciones aparentes de la posesión.”

Según nuestra teoría, en cada caso *concreto*, se debe admitir x , mientras no se procure la prueba de n ; ahora bien: si es exacto, es preciso admitir esto de un modo absoluto aun para la teoría *abstracta* de la posesión; esto es, que donde quiera que el derecho romano no ha decidido referir una solución dada a la posesión o a la tenencia, debemos inclinarnos a la primera. En su virtud podemos formular esta regla capital: *la noción de la tenencia en el derecho romano no debe aspirar a función alguna que no le esté asignada en las fuentes*. Según la teoría subjetiva, será necesario admitir la tenencia en todos esos casos que denominaré

*problemática; faltando in concreto o in abstracto la prueba de a, no puede haber, según ella, más que y.*³

3. Teoría de SALEILLES.

Con la presencia y participación también del *corpus* y del *animus*, SALEILLES considera la posesión como la realización conciente y voluntaria de la apropiación económica de las cosas y por ello, el poseedor -según afirma-, será aquél que en el mundo externo aparezca como dueño de hecho y con el propósito de serlo de la cosa.

Para ofrecer estos conceptos, SALEILLES se funda en lo que el *corpus* y el *animus* significan para él. Respecto del primero, manifiesta que está constituido por un conjunto de hechos susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica en vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo, entre aquél a quien dichos actos se refieren y la cosa que éstos tienen por objeto; el *animus* en tanto, es el propósito de realizar una apropiación simplemente económica de la cosa obrando como si se fuera el dueño material de la misma.

“Puedo, por lo tanto -concluye SALEILLES- definir la posesión: *Efectividad conciente y querida de apropiación económica de las cosas*. Estará constituida por el simple hecho de aparecer el detentador como dueño de la cosa desde el punto de vista económico; el título de toma de posesión habrá que tomarlo en consideración sólo en tanto que contradiga las apariencias que revela el acto de la detentación, y también en tanto que imprima a la posesión del detentador un carácter de dependencia económica que excluya toda idea de posesión jurídica”.⁴

³ La posesión, trad. Esp. 2ª ed. Madrid, 1926, p. 306 y ss.

⁴ Cit. Por Rojina Villegas, Derecho... cit., t. III, p. 608 y s.

III. REGULACIÓN LEGAL

1.- Su concepto en los Códigos de 70 y 84.

El Código Civil de 1870, en su artículo 919, definió a la posesión como "...la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre".

La comisión redactora de dicho ordenamiento consideró que si bien el concepto vertido estaba lejos de ser plenamente adecuado, ofrecía por lo menos un menor número de dificultades.

"El título de posesión, de suyo tan difícil -se lee en la parte expositiva del ordenamiento que nos ocupa- fije objeto de largas y maduras discusiones. Es ya casi un principio de buena jurisprudencia el de omitir las definiciones, que siempre son peligrosas, y de cuyos términos suelen deducirse consecuencias tan arbitrarias cuanto perjudiciales. Por esta causa se inclinó la comisión a omitir la de la posesión, que especialmente considerada, es hasta hoy un verdadero escollo para todos los jurisconsultos. Pero considerando, que de no definir la posesión, pudieran también deducirse otras consecuencias que por distintos caminos condujeran a extravíos en materia tan grave, se decidió por la que consta en el artículo 919. Muchas, tanto antiguas como modernas, fueron detenidamente examinadas; encontrándose en todas gravísimos inconvenientes; y aunque la que se propone, está muy lejos de llenar su objeto, cree la comisión que tal vez será la que ofrezca menos dificultades. Aunque en sus términos no aparece considerado más que el hecho, los artículos que inmediatamente la siguen, explican las calidades que debe tener la posesión como medio de adquirir. El título de que se trata, debe ser considerado en su conjunto, para juzgar con más probabilidad de acierto; porque la definición aislada siempre deja notables vacíos. Su verdadero complemento se encuentra en los artículos 920 y 1187, en los que se fijan las calidades que la posesión debe tener, para que sirva de base al derecho de adquirir por prescripción".

"Se procuró también fijar de un modo claro el distinto carácter de los poseedores; decidiéndose otras varias cuestiones relativas al tiempo y a la manera de poseer. Conforme la comisión con los principios generales del derecho, ha declarado: que al poseedor de buena fe pertenecen los frutos naturales e industriales ya percibidos. Respecto de los pendientes se examinó bajo todos sus aspectos la cuestión gravísima que resulta al considerar el principio que establece, que la cosa fructifica para su dueño, contrapuesto al que reconoce como propietario legítimo al poseedor de buena fe, mientras ésta no se interrumpa legalmente. Razones esencialmente justas y sólidas apoyan ambos principios: la dificultad consiste en combinarlos de modo que no se lastime ningún derecho.

Teóricamente pudiera admitirse el pensamiento de dar al poseedor de buena fe la parte de los productos correspondientes al tiempo que medie entre el nacimiento de los frutos y la interrupción de la buena fe; pero en la práctica

encontraría acaso este sistema dificultades de tal tamaño, que en vez de ser fuente de bien, sería un manantial de disputas y de consiguientes perjuicios. En efecto: siendo muy difícil fijar de una manera positiva el día en que el fruto nace y el grado de madurez a que haya llegado en el momento de interrumpirse la buena fe, lo sería también calcular la parte que al poseedor debía corresponder en el producto.

A estas graves consideraciones se agrega otra de no menos peso, fundada ya en la dificultad de arreglar el resto del cultivo y la manera de cubrir los gastos que para él fueren necesarios, ya en los peligros de la intervención que justamente debería tener el que no administrara, mientras se cosechaban los frutos; puesto que sería casi imposible que el propietario y el poseedor obrasen de acuerdo tanto en la dirección de la finca, como en la venta de los frutos”.

“Más si por estos motivos la comisión sostiene la ley vigente, que sólo concede al poseedor de buena fe el derecho a los gastos necesarios para la producción de los frutos, cree también de clara justicia, que además se le abone el interés legal sobre el importe de los gastos referidos. Y la razón es muy obvia: la suma que importaron los gastos, cuyo fruto va a ser de otro, pudo ser empleada en otra negociación, que produjera igual o mayor utilidad. Esa suma además era un capital propio, que de buena fe se invirtió en un negocio que sin culpa del poseedor, pasa a ser propiedad ajena. Y como nadie debe enriquecerse a costa de otro, es justo que el que recibe la utilidad, abone el interés. Más como éste varía diariamente, ya por las circunstancias generales del mercado; ya por las particulares de las personas, no puede fiarse su monto a la voluntad de los interesados. Por lo mismo se previene que se abone el interés legal.”

“Se creyó también muy conveniente establecer de un modo claro la diferencia que en lo civil debe haber entre el que adquiere la cosa por medio de robo y el que, aunque de mala fe, la posee en virtud de un título que baste para transferir el dominio. Uno y otro son poseedores de mala fe; pero moral y legalmente hablando, es mucho más culpable el primero. Por lo mismo debe ser distinta la obligación de restituir; salvos ciertos casos que menciona el artículo 938, y en los cuales el segundo poseedor queda equiparado al primero.”

“Los demás puntos que se tratan en este título, no requieren explicación especial: solo se indicará la conveniencia de los artículos 957 y 958. El primero dispone que solo haya lugar a la restitución en la posesión de menos de un año respecto de aquellos cuya posesión no sea mejor que la del reclamante. Fue, pues, necesario declarar cuál posesión se reputa mejor; la graduación que contiene el artículo 958 parece justa, y fija una regla cierta y fácil para evitar las difíciles controversias que tan frecuentemente se suscitan en esta delicada materia.”

Del texto del artículo 919 aludido se desprende un apego razonable a la teoría objetiva de la posesión, al establecer que se trata ciertamente de un claro poder de hecho ejercido sobre la cosa o el derecho, pues consiste en la tenencia de una u otro; sin embargo, la parte complementaria del concepto contenido en dicho precepto, al indicar que esa tenencia también puede haberla “por otro en

nuestro nombre” le hace perder, según observa JERÓNIMO DÍAZ, una buena porción del mérito logrado por su parte inicial, dada la contradicción que ello implica, pues el que alguien tenga la cosa en su poder, si la posesión es ese poder de hecho, hace poseedor a aquél y en ese orden de ideas no puede poseerse en nombre de otro ni otro puede poseer en nuestro nombre.

“La primera parte de la definición del Código de 1870 -apunta JERÓNIMO DÍAZ- es correcta: La posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho. En otros términos, es poseedor de una cosa el que la tiene en su poder. Más claro todavía: la posesión es un mero hecho.”

“Sin embargo los autores de ese buen Código no se atrevieron a llevar la idea expresada, tanto en la redacción del artículo, cuanto en la Exposición de Motivos, a todas sus consecuencias. Hay que tener en cuenta, sin embargo, la época y el medio en que actuaron esos grandes juristas.”

“Si la definición se hubiera limitado a decir que la posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho, sería impecable. Pero al añadir que ‘por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre’ desvirtuaron por completo el innegable acierto de la primera parte de la definición. Si otro puede poseer ‘en nuestro nombre’, eso significa que no es verdad que posesión es la tenencia de una cosa. Cuando en los términos de ese artículo, alguien posee a nombre de otro, el realmente poseedor es el que tiene materialmente la cosa en su poder.”

“Los legisladores de 1870 remacharon su error (o si se quiere, hicieron nueva concesión a las galerías) al decir en el artículo 923:”

“ART. 923.- El que posee a nombre de otro no es poseedor en derecho.”

“Es una perogrullesca verdad que es poseedor de una cosa el que la tiene en su poder o posesión. Decir que el que posee a nombre de otro no es poseedor en derecho, equivale a decir: el que tiene una cosa en su poder, no la tiene en su poder, si la tiene a nombre de otro.”⁵

El artículo 822 del Código de 84 reproduce literalmente el concepto contenido para la posesión en el artículo 919 de su antecesor, y, en general, el texto del título destinado a la regulación de la figura copia también a la letra el articulado del Código de 70, salvo raras excepciones, por lo que en tal caso el concepto del segundo de dichos ordenamientos puede hacerse acreedor a idéntica glosa.

⁵ La posesión en el Derecho y en la Jurisprudencia Mexicanos, en Rev. De la Fac. de Derecho de México, Tomo 16, No 62, México, ab.-jun.- 1966, p. 323 y s.

2. Código Civil vigente

a) *Motivos y revisión del proyecto*

A reserva de comentar la regulación del Código Civil actual a propósito de la posesión, parece aconsejable, dada la complejidad del tema, traer a nosotros lo contenido al respecto en la exposición de motivos del ordenamiento, así como las ideas vertidas por la comisión redactora después de revisado el proyecto y le fueron incluidas las observaciones consideradas convenientes de las hechas al texto original.

En la exposición de motivos de nuestro ordenamiento vigente se lee lo siguiente:

“Se ensayó implantar la teoría objetiva de la posesión, llegándose más lejos de donde habían llegado los códigos alemán y suizo. En el Proyecto no se exige para conceptuar poseedora a alguna persona el *“animus domini”* de la escuela clásica, ni siquiera el *“animus possidendi”* de la escuela de transmisión, aceptado por el Código japonés, sino que basta para adquirir la posesión que se ejerza un verdadero poder de hecho sobre la cosa, en provecho del que la tiene, sin perjudicar a la colectividad, y por eso se reconoce como poseedor al arrendatario y a todos los que conforme a la antigua escuela poseían a nombre de otro. De acuerdo con el proyecto, los llamados detentadores serán poseedores, porque hay que proteger un estado de hecho que tiene valor social y económico por sí mismo. La posesión es la consagración que el derecho hace de una situación de hecho y no se necesita averiguar, desde el punto de vista puramente individualista, lo que quiere y piensa el beneficiario de esta situación de hecho, sino como afecta a la colectividad a la que aquél pertenece como miembro. Más, según que el poseedor reconozca o no en otro el derecho de propiedad de lo poseído, producirá la posesión diferentes efectos, sobre todo, en lo relativo a la prescripción.”

“Por no chocar con un precepto constitucional (art. 17), no se concedió a la posesión el procedimiento de defensa de otros códigos entre los que se cuentan el alemán, el suizo y el brasileño, le conceden: el de la defensa privada; sólo se concedieron las acciones tradicionales de retener y recobrar la posesión.”

“Se estudió la posesión independiéndola del derecho de propiedad y de cualquier otro acto jurídico que le sirviera de título.”

“Por eso se estableció que cuando la posesión no era más que la manifestación del derecho de propiedad, el poseedor gozaba de los derechos del propietario, y que cuando la posesión se adquiría del dueño, en virtud de un acto jurídico que transmitiera el poder de hecho sobre una cosa, el poseedor tenía el derecho que le confería el título constitutivo de la posesión, y ésta se regía por las disposiciones legales que reglamentaban el acto jurídico que le dio nacimiento, ya fuera usufructo, arrendamiento, prenda, etc. Pero independientemente de esas posesiones, se reglamentó la posesión sin título, es decir, el poder de hecho que

se adquiere sobre una cosa independiente de toda autorización de su dueño. Esta posesión fue garantizada, cuando el poseedor hacía producir la cosa poseída, pues el beneficio que con esto recibe la colectividad amerita que reconozca esa posesión como capaz de producir efectos jurídicos. Consecuente con este criterio, la Comisión estableció la posesión útil, es decir, la de aquél que hace producir la cosa, rodeando a esta posesión de más garantías y reconociéndole mayores efectos jurídicos. En concepto de la Comisión, merece más protección el individuo que, aunque sin ser el propietario, tiene una cosa en su poder, la beneficia debidamente y la hace producir para satisfacer necesidades sociales, que el propietario indolente que mantiene ociosa su propiedad, la abandona o impide que la sociedad obtenga de ella el aprovechamiento que la colectividad reclama.”

“Se cambió el criterio establecido en el artículo 830 del Código Civil de 84 para juzgar cuándo hay posesión de buena fe, substituyendo el elemento subjetivo y vago adoptado por este artículo: “La creencia fundada de tener título bastante para transferir el dominio”, por un elemento objetivo y de fácil demostración: el haber adquirido la posesión de los bienes inmuebles de aquél que los tiene inscritos a su favor en el Registro de la Propiedad o de quien, autorizado por aquél, transmite esa posesión. También se presume de buena fe la posesión que se inscribe en el Registro y que se refiere a inmuebles que no están inscritos en favor de otra persona, con lo que se le da mayor importancia al Registro, puesto que se le hace producir efectos jurídicos que hasta ahora no habían sido reconocidos.”

“Por otra parte, juzga la Comisión que la creencia, aunque fundada, pero errónea, de tener título bastante para transferir el dominio, en realidad no constituye un verdadero título y que la posesión en tal caso debe ser considerada como posesión sin título.”

“La frecuencia y rapidez con que se hacen las transacciones sobre muebles impiden que éstas se sujeten a una publicidad formalista y complicada, por lo que no puede establecerse para ellas, como regla general, el sistema de inscripción en el Registro Público. Por eso, tratándose de muebles, la publicidad que resulta del hecho de la posesión substituye a la acción protectora que en materia de inmuebles realiza la inscripción en el Registro, y la Comisión aceptó el principio de que el poseedor de una cosa mueble se presume propietario de ella.”

“Una consecuencia de esta presunción, necesaria para que la circulación de los muebles fuese rápida, fácil y segura, ya que el comprador en cada caso no exige al vendedor la comprobación de la legitimidad de su derecho, fue que se garantizara al comprador la buena fe contra la pérdida del precio pagado, cuando adquiriera la cosa en almoneda o de un comerciante que se dedique a la venta de objetos de la misma especie. Se estimó que los perjuicios que por este motivo llegara a sufrir el propietario de la cosa perdida o substraída, pueden ser evitados por el mayor cuidado que tomen las autoridades para impedir que en almoneda o mercados públicos se vendan cosas robadas.”

“Por otra parte, esta reforma figura ya en varias legislaciones, pudiendo citarse, entre otras, la francesa, inglesa, canadiense, alemana, suiza, española y brasileña.”

“Al que posee por más de un año, pacífica, continua y públicamente, aunque su posesión sea de mala fe, con tal de que no sea delictuosa, se le conceden dos terceras partes de los frutos industriales que haga producir a la cosa poseída, perteneciendo la otra tercera parte al propietario, porque se cree de justicia que su esfuerzo productor sea remunerado y que no debe pertenecer exclusivamente al propietario indolente el producto del trabajo de otro, sólo por ser dueño de la cosa que fructifica. Como puede observarse, las directrices que se desprenden de la exposición de motivos para el tratamiento de la posesión son entre otras las siguientes:

Primera. Se pretendió implantar la teoría objetiva de la posesión;

Segunda. No se exigió para el poseedor el *animus domini* de la escuela clásica ni siquiera el *animus possidendi*;

Tercera. Para adquirir la posesión bastó el ejercicio de un poder de hecho;

Cuarta. Los detentadores serían poseedores porque se requería proteger un estado de hecho con valor social y económico, por sí mismo;

Quinta. La posesión representa una consagración que el Derecho hacía de una situación de hecho.

Sexta. La posesión se analizó independientemente del derecho de propiedad;

Séptima. Se reglamentaba la posesión sin título; y

Octava. Se incluía el criterio de la buena fe pero más objetivo que el de una creencia fundada de tener título bastante para transmitir el dominio.

Por su parte, a consecuencia de las observaciones hechas al proyecto original, la comisión redactora consideró adecuado emitir lo siguiente:

“A partir de la publicación del genial libro de IHERING, denominado ‘Teoría de la Posesión’, fue paulatinamente abandonándose la doctrina clásica que exigía dos elementos para que la posesión existiera; el *corpus* y el *animus*, o sea la tenencia de la cosa y el propósito de tenerla para sí.”

“Los Códigos Civiles promulgados después de la publicación de la citada obra de IHERING, y que son: el Alemán, el Austro-húngaro, el Suizo y el Brasileño, francamente abandonaron la escuela subjetiva y sólo tuvieron en cuenta el *animus* como un elemento revelador de dependencia en que se encuentra la cosa poseída respecto del poseedor, elemento que consideraron también desde un punto de vista netamente objetivo”.

“Con tales precedentes, la Comisión se separó de la doctrina subjetiva que en materia de posesión campea en el Código Civil de 1884 y procuró cristalizar en preceptos legislativos los postulados básicos de la escuela objetiva. Por eso el

artículo 778 del Proyecto dice que es poseedor de una cosa el que la tiene efectivamente en su poder, y que posee un derecho el que goza de él.”

“La doctrina contenida en el Proyecto ha provocado una seria oposición de la mayor parte de los abogados pertenecientes a la Barra y que se han mostrado partidarios acérrimos de la doctrina clásica.”

“La acre censura que en esta parte se ha hecho al Proyecto ha servido para descubrir algunos de los errores que contiene y la Comisión con toda buena fe ha procurado corregirlos, pero sin abandonar la doctrina objetiva, sostenida por casi todos los modernos tratadistas y que, como ya se dijo, la han aceptado los cuatro Códigos Civiles últimamente promulgados: el Alemán, el Austrohúngaro, el Suizo y el Brasileño.” El Código Civil de 84 no considera al usufructuario, al arrendatario, al acreedor prendario, etc., como poseedores, y sin embargo con notoria inconsecuencia, les concede las acciones posesorias.”

“El Proyecto considera como poseedores a los mencionados; pero en su afán de no separarse de los postulados de la escuela objetiva, no reconoció ese carácter al propietario de las cosas dadas en usufructo, arrendamiento, prenda, etc., incurriendo así en el error opuesto al en que habían incurrido el Código de 84.”

“Advertido el error se hizo la corrección correspondiente y el Proyecto quedó modificado, reconociéndose como poseedores tanto al dueño de las cosas dadas en usufructo, arrendamiento, prenda, etc., como al usufructuario, arrendatario, acreedor prendario, etc., tal como lo establecen los Códigos Civiles Alemán y Suizo.”

“También se corrigió el artículo 793 del Proyecto que causó alarma porque podría dar lugar a que sin conocimiento del propietario se cambiara la causa de la posesión, convirtiéndose en apta para prescribir la que al principio no podría producir la prescripción.”

“Las disposiciones terminantes que ahora contiene el Proyecto de que sólo es apta para prescribir la posesión que se tiene en concepto de propietario, y de que se presume que el que comenzó a poseer con un título continúa poseyendo con el mismo título mientras que no demuestre que ha mudado la causa de la prescripción, alejan todo peligro para los propietarios.”

“Se completó también el concepto que para tener como poseedor de buena fe daba el artículo 797 del Proyecto, porque se consideró estrecho el criterio que con tal objeto fijaba el mencionado artículo, y la corrección se hizo tomándose como modelo los Códigos Civiles más avanzados.”

“En fin, en el título de la Posesión se hicieron algunas otras reformas que se imponían en vista de los cambios de que se ha hablado.”

b)Parte dispositiva

Concepto.- El Código Civil no define a la posesión sino al poseedor y lo hace en su artículo 790; según su texto, “es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él.”

La disposición transcrita invita a varios comentarios, por ejemplo:

1º. De dicho precepto se infiere ciertamente que la posesión es el poder de hecho ejercido por una persona sobre una cosa; o en su caso el goce de un derecho; por ello, la posesión consiste y se manifiesta en un poder fáctico objetivo, que un sujeto tiene directamente sobre una cosa, sin alusión alguna, según su texto, a cualquier situación que se refiera a la causa de ese poder; se da más bien por el mero hecho de que la cosa esté bajo el control fáctico del sujeto o en su caso, si de un derecho se trata, éste lo goce directamente.

2º Ahora bien, el propio precepto señala expresamente una salvedad; a pesar de que alguien ejerza un poder de hecho sobre una cosa, no tiene por ello el carácter de poseedor. Es el caso del artículo 793 del propio ordenamiento.

De conformidad con este último precepto, “cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor”.

Como puede observarse, no todos los casos de tenencia fáctica implican posesión, pues cuando alguno ostenta la cosa, es decir, la tiene en su poder, pero ello reconoce su origen en alguna orden o instrucción del propietario, priva al primero del carácter de poseedor en términos de ley.

Ahora bien, el caso apuntado en los párrafos anteriores no es el único contra el enunciado general del artículo 790 transcrito; hay otros más de los cuales se desprende que se es poseedor de la cosa sin tenerla físicamente y por el contrario, que no obstante tenerla físicamente no se tiene el carácter de poseedor.

El artículo 791 concede el carácter de poseedor al propietario que dio su cosa en usufructo, arrendamiento o situaciones análogas, a pesar de no tener la cosa en su poder por haberla entregado por esos títulos a otro. Según el texto de dicho precepto, “cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio depositarlo u otro título análogo, *los dos son poseedores de la cosa*. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada”.

En el caso, el propietario de la cosa, no obstante no tenerla físicamente, al haberla entregado a un tercero, continúa siendo su poseedor, específicamente calificado por la ley como poseedor originario; quien la detenta es poseedor derivado.

La situación contraria, esto es, que a pesar de que alguien tenga una cosa físicamente bajo su control, ello no le da el carácter de poseedor, tiene algunas otras manifestaciones en la ley además de la contenida en el artículo 793 ya comentado; esa es la situación derivada de los artículos 794 y 795 de nuestro ordenamiento civil.

Según el artículo inicialmente señalado, "sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación"; así, alguien puede tener una cosa en su poder lo que en condiciones normales implicaría la posesión y por ende tener aquél el carácter de poseedor, pero si se trata en el caso concreto de una cosa que está fuera del comercio al no ser susceptible de apropiación no podrá poseerse y el que la tenga no se considerará poseedor por más que la detente.

El artículo 795 por su parte establece que la posesión puede adquirirse por quien va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario o inclusive por un tercero sin mandato, que podría ser un gestor por ejemplo; la posesión se entenderá adquirida en este caso ratificada que sea. En efecto, no obstante que la cosa esté en poder de quien tenga el carácter de representante legal o de mandatario del poseedor, éste es quien tiene tal carácter y no quienes de hecho la detentan.

Si se observa inclusive la posición legal de quien posee por delito, resulta también que en ese supuesto, a pesar de que el delincuente tenga la cosa en su poder, con lo que se daría el supuesto planteado por el artículo 791 del código, no se le reconoce efecto alguno favorable al detentador, sino precisamente por el contrario, pues en aplicación del artículo 814 está obligado a restituir todos los frutos producidos por la cosa y a responder de su pérdida. Además, su posesión con efectos favorables se le reconoce sólo a partir de que la pena aplicable haya quedado extinguida o la acción penal prescrita; además, esa posesión será calificada de mala fe (artículo 1155).

Podemos desprender de todo lo anterior que el enunciado general contenido en el artículo 791 del código, en el sentido de que el poseedor es quien tiene físicamente la cosa dista mucho de tener una aplicación definitiva no obstante lo terminante de su enunciado, pues son varias las excepciones y ello le hace perder consistencia.

Ahora bien, de lo comentado también podemos derivar que el poseedor es, en principio, quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa o goza de un derecho; no tiene ese carácter quien detenta la cosa porque otra persona se lo haya encarado u ordenado; no obstante esto último, el propietario que sin tener físicamente la cosa, la haya entregado a otro en comodato, arrendamiento, usufructo u otra situación análoga, es también poseedor con una posesión originaria; quien la tiene físicamente por su parte, también es poseedor, sólo que a título derivado y en ese orden de ideas, quien a pesar de no tener físicamente la cosa en su poder, igualmente tiene el carácter de poseedor cuando su representante legal, su mandatario o hasta su gestor, la están poseyendo en su nombre y por su cuenta.

Podemos agregar que la ley civil prevé la posibilidad de la coposesión, esto es, dos o más poseedores de una sola cosa. Al respecto, conforme al artículo 796, cuando varias personas poseen una sola cosa, cada una podrá ejercer los actos posesorios si con ello no perjudica los derechos de sus coposeedores; además, según el artículo siguiente, de dividirse la cosa, se entiende que el coposeedor poseyó en exclusiva lo aplicado a él.

Cabe además preguntarnos cual es la situación jurídica del poseedor y qué obligaciones y qué derechos genera la posesión para él. A ello se aludirá en los incisos siguientes.

Objeto de la posesión:- “Sólo pueden ser objeto de posesión -establece el artículo 794 del Código Civil- las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación”; ello significa a su vez que cualquier cosa susceptible de apropiación puede ser objeto de posesión. Para explicar uno y otro sentido del precepto transcrito, se requiere estar a lo previsto por los artículos 747, 748 y 749 del Código Civil ya comentados con anterioridad (supra p. 302 y ss.) el que una cosa sea susceptible de apropiación equivale, según veíamos en ese entonces, a afirmar que esté en el comercio y al mismo tiempo se trata de un bien desde el punto de vista jurídico.

En efecto, si por una parte por bien jurídicamente hablando se entiende todo aquello susceptible de apropiación particular y esa susceptibilidad implica que la cosa correspondiente está en el comercio, las tres fórmulas, *susceptibilidad de la cosa de ser objeto de apropiación particular, bien y estar en el comercio*, tienen un significado idéntico. Hablar de bien es referirse a algo que pueda ser objeto de apropiación particular y consecuentemente que está en el comercio.

Por ello, podemos concluir que sólo los bienes pueden ser objeto de posesión o dicho de otro modo, sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de posesión.

Más aún, en el mismo orden de ideas y congruentemente con lo anterior, la fracción III del artículo 828 del Código Civil establece que la posesión se pierde por la destrucción o pérdida de la cosa o porque ésta *quede fuera del comercio*; ello es igual a que la pérdida de la posesión tiene lugar porque la cosa deje de ser susceptible de apropiación o en su caso deje de ser un bien; es lo mismo.

En este supuesto, la posesión se pierde no obstante la continuación en su detentación.

c) Status del poseedor

Protección legal.- La posesión genera una serie de derechos para el poseedor; podemos señalar en términos generales, que la ley protege al poseedor para preservarlo y mantenerlo en su situación como tal; la posesión se hace acreedora inclusive de hasta protección constitucional como garantía individual, en consideración al contenido de los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna.

Según establece el primero de dichos preceptos "...nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..." De conformidad con el segundo de los preceptos indicados, por su parte, "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento..."

Nuestro Código Civil ordena que todo poseedor debe ser mantenido o restablecido en la posesión contra quienes no tengan un mejor derecho para poseer (artículo 803). Aclara que para poder promover un interdicto para recuperar la posesión, debe no haber pasado un año a partir del despojo sufrido por el interesado (artículo 804).

Consecuencias de la buena o mala fe del poseedor.- La situación en concreto de un poseedor en cuanto a los derechos generados a su favor por la posesión, varía según sea poseedor de buena fe o poseedor de mala fe.

En términos del artículo 806 del código, un poseedor es de buena fe cuando entra en posesión de la cosa o del derecho en su caso por virtud de un título suficiente para tener derecho de poseer, o bien aun cuando éste sea insuficiente, el poseedor ignora los vicios del título que le impiden poseer con derecho.

Por contra, un poseedor es de mala fe cuando entra en posesión sin título alguno para poseer, o bien, cuando conoce los vicios del título por el que posee y éste no le permite poseer con derecho. El mismo precepto señala que por título debe entenderse " la causa generadora de la posesión".

En esas condiciones, para la calificación de la buena o de la mala fe del poseedor, habremos de tener en cuenta por una parte que acontecimiento jurídico, sea hecho o acto, o en su caso, la falta de él, motivó la entrada en posesión del poseedor, para considerar si ese suceso permite a éste poseer con derecho y por la otra, el conocimiento o al contrario, la ignorancia del poseedor respecto de los vicios y deficiencias que pudiera haber en el acontecimiento por cuya realización dicho sujeto entró en posesión.

El título de la posesión es ciertamente el hecho o acto que la origina; puede tratarse de un acontecimiento traslativo de propiedad, sea entre vivos o por causa de muerte; puede tratarse también de un acontecimiento por el que se transmita

únicamente el uso, como un arrendamiento, un comodato o la constitución del usufructo; puede en tercer lugar adquirirse la posesión por un hecho que sólo ésta transmita, o bien la causa de la posesión pudiera ser inclusive la mera ocupación y hasta el despojo.

De conformidad con el artículo 807 del Código Civil, la buena fe siempre se presume; quien endilgue mala fe en el poseedor, le corresponde probarlo y no sólo eso, sino además, según el artículo siguiente, cuando la posesión se adquirió de buena fe, ésta no se pierde sino sólo en el caso y a partir de cuando se demuestre la existencia de actos reveladores de que el poseedor no ignora lo indebido de su posesión.

Ahora bien, la buena ola mala fe influyen determinadamente en la situación guardada por el poseedor, tanto para analizar su situación en sí misma como por el plazo para que su titular llegue a convertirse en propietario por prescripción.

En efecto, hecha la aclaración previa de que el concepto legal de los gastos necesarios, útiles y voluntarios están contenidos respectivamente en los artículos 817, 818 y 819 de nuestro Código Civil y que según dichos preceptos, los primeros son los previstos por la ley y los que sin ellos la cosa se pierde o deteriora, en tanto que los segundos son los no necesarios, pero que aumentan el valor de la cosa y los terceros por su parte sirven sólo de ornato de la cosa o de placer o comodidad para el poseedor, el que lo es de buena fe y por título traslativo de propiedad, según lo dispone el artículo 810, tiene derecho a hacer suyos los frutos percibidos, mientras su buena fe no sea interrumpida; también tiene derecho a que se le abonen los gastos necesarios y útiles hechos por él y podrá retener la cosa mientras no se le paguen tales gastos. Puede retirar las mejoras voluntarias cuya separación sea sin deteriorar la cosa y tiene derecho por otra parte a que se le paguen los gastos hechos por la producción de frutos naturales e industriales pendientes de producirse.

Además, el poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, aunque hubiere ocurrido por hecho propio de su parte, pero sí responde de la utilidad obtenida de la pérdida o deterioro (artículo 811) .

Al poseedor de mala fe por su parte, le es aplicable un régimen diverso, según sea que tenga menos o más de un año como poseedor. Si tiene menos de un año en posesión de mala fe pero a título traslativo y siempre y cuando no la haya obtenido por un medio delictuoso, debe, según el contenido del artículo 812 del Código Civil, restituir los frutos percibidos y responder de la pérdida o deterioro de la cosa que hubieren sobrevenido por su culpa o por caso fortuito o fuerza, mayor, a no ser que pruebe que la pérdida o el deterioro se hubieren causado aunque la cosa hubiere estado poseída por su propietario.

El poseedor en tales condiciones no responde, por contra, de acuerdo con el mismo precepto, de la pérdida sobrevenida natural e indefectiblemente por el transcurso del tiempo. Tiene derecho además a que se le reembolsen los gastos necesarios que hubiere hecho.

Quien posee por más de un año, pacífica, continua y públicamente, aunque, su posesión sea también de mala fe, mas no delictuosamente, tiene derecho a que

se le reconozcan las dos terceras partes de los frutos industriales logrados de la cosa poseída, en el concepto de que la otra tercera parte pertenece al reivindicante. El así poseedor tiene derecho a que se le abonen sus erogaciones en gastos necesarios y podrá retirar las mejoras útiles, siempre y cuando éstas puedan separarse de la cosa poseída sin deterioro.

Este poseedor no tiene derecho en cambio a los frutos naturales y civiles y además, responderá de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenidos por su culpa (artículo 813 del Código Civil).

En el artículo 814 de nuestro ordenamiento se alude expresamente a la situación particular del poseedor por hecho delictuoso; lo obliga a restituir todos los frutos producidos por la cosa y los que hubiere dejado de producir por su culpa. Además, este poseedor tiene la obligación de responder de pérdidas y menoscabos sobrevenidos provocados por su culpa o por caso fortuito o fuerza mayor, en las mismas condiciones que el poseedor de mala fe por menos de un año.

Pérdida de la posesión.- El artículo 828 del Código Civil, en sus siete diversas fracciones, indica cuales son las causas por la que la posesión se pierde. Su texto es el siguiente:

“ART. 828.-La posesión se pierde:

“I. Por abandono;

“II. Por cesión a título oneroso o gratuito;

“III. Por la destrucción o pérdida de la cosa o por quedar ésta fuera del comercio;

“IV. Por resolución judicial;

“V. Por despojo, si la posesión del despojado dura más de un año;

“VI. Por reivindicación del propietario;

“VII. Por expropiación por causa de utilidad pública.”

Las causas anteriores de pérdida de la posesión ponen claramente de manifiesto la falta de conexión del sujeto con la cosa. En efecto, si la posesión es ese poder de hecho cuyo punto de partida es que el sujeto entre en posesión de la cosa y la situación así se conserve, cuando el sujeto deja de tenerla, es cuando la posesión se pierde para él.

Entre dichas causas están, por una parte, situaciones dependientes del sujeto, bien sea porque abandona la cosa, la transmite, la destruye, etc. y por la otra, situaciones correspondientes a la cosa misma, como su pérdida, su destrucción involuntaria, que deje de estar en el comercio, etc., pero en casi todo caso, el poseedor dejará de serlo por el desprendimiento respecto de la cosa.

La primera causa señalada es el abandono de la cosa por el poseedor. Ello se traduce en un desprendimiento voluntario. No hay necesidad de una manifestación expresa del que posee, sólo que su voluntad sea en ese sentido y ello resulte de los hechos que originan ese desprendimiento.

Si otro entra en posesión de la cosa por el abandono indicado, éste pasa a ser el poseedor por el título que en el caso fuere aplicable y aquél pierde su lugar.

Ceder la cosa, que es la causa señalada en la fracción II del artículo 828, también implica un acto voluntario del poseedor, quien con la posibilidad legal de disposición tenida sobre aquélla y sobre la posesión misma, puede enajenar la primera por ser a la vez el propietario de la misma, o puede ser que no siéndolo, ceda los derechos que su posesión comprende.

Los efectos aquí producidos son como los de todo acto traslativo pues al mismo tiempo que el enajenante pierde la posesión, otro, en favor de quien se enajena, adquiere aquélla; así, uno la pierde y otro la gana.

La destrucción o pérdida de la cosa, o que ésta deje de estar en el comercio, implican en todo caso esa separación del sujeto respecto de la cosa, si bien en principio parecen contener sólo causas ajenas a la voluntad de quien poseía, también puede presentarse el supuesto voluntario de destrucción o pérdida de la cosa, esto es, que el poseedor voluntariamente la destruya o pierda; esto implica, como lo apunta HERNÁNDEZ GIL, una manifestación de abandono de la misma.

“La pérdida o destrucción por culpa -indica HERNÁNDEZ GIL- puede ser pérdida o destrucción voluntaria. En definitiva, se trata de un modo de perder la posesión que si bien normalmente será involuntario, también cabe que se produzca en razón de la voluntad. En esta hipótesis la destrucción funciona como un medio de materializar la voluntad de abandono.”⁶

Que la cosa se pierda o se destruya, son periclitamientos por los que el sujeto pierde la posesión; el que la cosa quede fuera del comercio es, como se recordará, por haberlo tratado con anterioridad, una imposibilidad jurídica para el derecho de propiedad, y en su caso para la posesión de la cosa. En efecto, como recordamos y a reserva de referirnos a ello como uno de los requisitos que debe reunir para su posibilidad jurídica como objeto material sobre el que recaen los efectos de los contratos y de los actos jurídicos en general, que la cosa esté en el comercio, por así disponerlo a *contrario sensu* el artículo 749 del código, significa que sea susceptible de apropiación particular. Así, que una cosa quede fuera del comercio es interdependiente a que deje de tener esa susceptibilidad, por más que como señalamos la cosa siga detentándose.

Por otra parte, además, la pérdida de la cosa es, porque el artículo 2021 del código así lo señala, el común denominador a la pérdida o desaparición propiamente dicha y a su destrucción y exclusión del comercio.

En efecto, de conformidad con el precepto indicado, la pérdida de la cosa puede verificarse al perecer o quedar fuera del comercio, lo que implica su pérdida física y jurídica, pero es factible que tenga lugar por su desaparición de modo que se ignora lo relativo a ella o aun cuando se tengan noticias no se pueda recobrar.

⁶ La posesión, Madrid, 1980, p. 354.

La resolución judicial, también causa de pérdida de la posesión por sí sola se explica; es decir, que de la controversia en juicio respecto de la posesión, el poseedor resultara perdidoso y perdiera ésta, por así ordenarlo la resolución dictada.

Según la fracción V del artículo 828 del código, “el despojo si la posesión del despojado dura más de un año”, también es causa de pérdida de la posesión.

Este es un caso de pérdida estrictamente física de la Posesión pues debe entenderse consecuencia de un desapoderamiento de parte del despojante contra el poseedor y que la desposesión de éste dure más de un año. Su visión debe ser contemplada aunadamente con el plazo de un año que de conformidad con el artículo 804 de nuestro código, el despojado tiene para promover el interdicto de recuperar la posesión; si el interdicto no se promueve en ese plazo su derecho y la posesión misma se pierden.

Otra causa de pérdida de la posesión, la prevista en la fracción VI, consiste en la reivindicación por parte del propietario; impone asimismo que el Poseedor fuera únicamente tal y no propietario. Deberá estar fincada también en una resolución judicial.

Por último, la expropiación de la cosa poseída como causa de pérdida de la posesión señalada en la fracción VII del artículo comentado, no prejuzga sobre la mera posesión o la posesión por propiedad del poseedor.

d) La posesión como presupuesto de la prescripción adquisitiva.

Prescripción positiva.- Cuando los medios para adquirir la propiedad fueron objeto de comentarios (supra p. 348 y ss.) aludimos a que la prescripción, concretamente la prescripción positiva, es uno de ellos.

De conformidad con el artículo 1135 del código, “posesión es un medio para adquirir...” en tanto que según lo dispuesto por el artículo 1136 del propio ordenamiento, “la adquisición de bienes en virtud de la posesión se llama prescripción positiva...”

Ahora bien, la posesión está íntimamente relacionada con la prescripción porque el tiempo necesario para que el interesado adquiera por prescripción, debe ser precisamente estando aquél en posesión del bien objeto de dicha adquisición. La posesión sobre el bien de que se trate debe ser durante el transcurso del tiempo que en cada caso es indispensable para que la prescripción opere; en efecto, amén de otros requisitos para señalarse y comentarse más adelante, el sujeto debe estar en posesión del bien durante un tiempo determinado para alcanzar su adquisición por prescripción.

Conforme al artículo 1151 del código, ubicado en el capítulo de la prescripción positiva,

“la posesión necesaria para adquirir debe ser:

- “I. En concepto de propietario.
- “II. Pacífica.
- “III. Continua.
- “IV. Pública.”

Estos requisitos a los que se les suma el tiempo de duración de la posesión, según se trate de bienes muebles o de inmuebles y de buena o mala fe del poseedor, son indispensables para que una posesión devenga en una adquisición por prescripción. Todos ellos serán objeto de los comentarios inmediatos siguientes, no sin antes advertir que sólo el primero, o sea, poseer en concepto de propietario, debe serlo desde el principio y perdurar durante todo el tiempo de la posesión, pues el título por el que se posee debe ser traslativo de propiedad; así, el plazo para la prescripción no correrá sino hasta que ese sea el título por el que se esté poseyendo y se verá interrumpido si el título cambia.

Posesión en concepto de propietario.- En esas condiciones, debemos imponernos la tarea de dar con el significado y alcances de la fórmula indicada, pues las interpretaciones y sus antecedentes ofrecen soluciones plurales, y en su conjunción está, en nuestra opinión, el sentido adecuado de dicha fórmula.

El significado ordinario de “en concepto de” está señalado en el diccionario de la lengua como una locución en la que “concepto” se considera equivalente a “calidad” o sea, “en calidad de”; para nuestros propósitos serían “en calidad de

propietario". Ello se confirma con vistas a lo señalado al respecto para el vocablo "calidad" en la fórmula "en calidad de" la que significa "con el carácter de" todo lo cual se concluye que "en concepto de propietario" gramaticalmente es "con el carácter de propietario". A su vez, en cuanto a "carácter" se refiere, encontramos en su acepción aplicable "con, o en, carácter de,...con la función, el papel o significado que se indica" que en el caso es precisamente de propietario, o sea, con la función o el papel de propietario. Para cerrar el círculo, "función" usada relacionadamente se traduce en la sustitución de quien corresponde el ejercicio de su cargo; en el caso sería el de propietario.

Trasladado lo anterior a las consideraciones jurídicas, en mayor o menor medida suele señalarse para la fórmula que nos ocupa un significado compuesto. Se considera, y así lo entendemos, que poseer en concepto de propietario abarca por una parte, que la función del poseedor en ese concepto debe ser la de un propietario, o sea, que el poseedor lleve a cabo actos dominicales sobre la cosa con un comportamiento y conducción de dueño de la misma, de tal manera que su intención de poseer con ese carácter, es decir, como propietario, se traduzca. y trascienda en hechos objetivos realizados por el poseedor como si ejerciera el derecho de propiedad sobre lo poseído.

A esta conducta y actuación dominicales, habrá de agregar como condicionante, por una segunda parte, el haber iniciado la posesión como consecuencia de un título traslativo de propiedad y no por cualquiera de las causas generadoras de la posesión derivada, independientemente de que por cualquier vicio de dicho título, no se adquiriera precisamente la propiedad.

Así por ejemplo, el comprador en una compraventa nula o el heredero testamentario por testamento también nulo, no adquieren propiedad sino acaso posesión por ejercerla, pero en todo caso el título así fuere viciado, en condiciones normales sería traslativo de propiedad. Por contra, el arrendatario, el usufructuario y el comodatario entre otros, nunca se convertirán en propietarios por prescripción, pues su título no es traslativo de dominio si no sólo de uso y goce o disfrute en su caso.

Posesión pacífica.- "Posesión pacífica. -establece el artículo 823 del Código Civil- es la que se adquiere sin violencia." Lo contrario es una posesión violenta, es decir cuando se adquiere con violencia.

La determinación de si una posesión es o no pacífica depende, según la ley vigente, del momento de la adquisición; ello no afecta a que el poseedor lleve a cabo posteriormente actos violentos para mantenerse en posesión y defender ésta.

Además, por el contrario, si la posesión se adquirió con violencia, al cesar ésta, aquélla pasa a ser pacífica, con la única salvedad de que conforme al artículo 1154 del código "...el plazo para la prescripción será de 10 años para los inmuebles y de 5 años para los muebles, contados a partir de que cese la violencia". Estos plazos son los señalados para la adquisición por prescripción derivada de una posesión de mala fe.

Posesión continua.- En relación con el 1168 del mismo ordenamiento, una posesión continua es la que no se ha interrumpido porque el poseedor sea privado de la posesión de la cosa o del goce del derecho por más de un año, por una demanda o cualquier otro género de interpelación judicial notificada al poseedor, o porque persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresa o tácitamente el derecho de la persona contra quien prescribe, de tal manera que a partir de cualquiera de esos hechos, nace el nuevo término para la prescripción.

“El efecto de la interrupción -señala el artículo 1175 del código- es inutilizar para la prescripción, todo el tiempo corrido antes de ella.”

Posesión pública.- La posesión pública, “es la que se disfruta de manera que pueda ser conocida por todos. También lo es la que está inscrita en el Registro Público de la Propiedad”. Así lo establece el artículo 825 del Código Civil. Lo contrario de la posesión pública es la llamada clandestina y consiste precisamente en no poseer públicamente.

De conformidad con lo establecido por el artículo 824 del Código Civil, una posesión es pública cuando el poseedor no se esconde en el uso de la cosa; ésta es normal; no es requisito que se exhiba a todos, más bien que pueda ser razonablemente conocida por la generalidad al no llevarse a cabo de manera oculta.

Plazos para la prescripción.- Los artículos del 1152 al 1155 del Código Civil señalan los distintos casos de plazos aplicables a la prescripción, tratándose de bienes muebles o de inmuebles y según haya habido buena o mala fe del poseedor o inclusive violencia y hasta delito, para adquirir por prescripción a consecuencia de haber poseído durante el plazo respectivo. Así, sin mención ahora de otros requisitos ya comentados, en cuanto a tiempo se refiere, de dichos preceptos se desprende que los bienes inmuebles prescriben en cinco años de posesión si hay buena fe del poseedor o a partir de la inscripción registral de aquélla, en tanto que en diez años si hubo mala fe del poseedor; si el predio poseído es rústico y no se ha cultivado durante cierto lapso, el plazo señalado aumentará en una tercera parte. Los bienes muebles, por su parte, prescriben en tres años si hubo buena fe y en cinco si no la hubo.

Cuando hubo violencia en la adquisición de la posesión el plazo será de diez años para los inmuebles y cinco para los muebles desde que dejó de haber aquélla; cuando la posesión se adquiere por delito, el término para la prescripción correrá a partir de que prescribe la acción penal o se extingue la pena.

IV. LA POSESIÓN COMO DERECHO EN OPINIÓN DE OSCAR MORINEAU.

La inconsistencia padecida tanto por el enunciado inicial del artículo 790 del Código Civil, al señalar como un principio general que el poseedor de una cosa es “el que ejerce sobre ella un poder de hecho...”, como por su contenido observado en relación con otros preceptos del capítulo relativo a la posesión, concretamente los artículos 791, 792, 793, 794, 795, 797 y otros del mismo ordenamiento civil, orillan a MORINEAU, con una agudeza y profundidad poco comunes, así como con gran elocuencia, a considerar que en realidad la posesión no es un poder de hecho, sino más bien un derecho respecto de la cosa.

En efecto, como lo hemos comentado, de los preceptos citados se desprende por una parte que el carácter de poseedor se tiene aun cuando no se esté en contacto directo e inmediato con la cosa y por la otra, por el contrario, que aun cuando alguien tenga físicamente una cosa en su poder, no tiene ese carácter, pues la propia ley se lo desconoce.

El primer supuesto apuntado se observa en la figura del poseedor originario prevista en los artículos 731 y 792 señalados, según los cuales, aquél es poseedor a pesar de que al poseedor derivado se le haya concedido el derecho de retener la cosa temporalmente. El segundo supuesto, o sea el que igualmente alguien puede tener la cosa en su poder y no ser poseedor de ella, será de acuerdo con la ley porque esa detentación es por órdenes e instrucciones de quien realmente la posee en consideración a una relación de dependencia y subordinación de aquél con éste, quien no obstante no tenerla en su poder, es precisamente el considerado por la ley como el poseedor (artículo 793). Además, por contra, si la cosa no es susceptible de apropiación, no puede ser objeto de posesión, no obstante que fácticamente se le esté detentando (artículo 794).

Por ello, de la regulación de la posesión se desprende una realidad distinta a la contenida en el enunciado que señala el artículo 790 del Código Civil. Esa realidad es bien clara, o sea, la ley confiere en primer lugar, el carácter de poseedor a quien bajo ciertas circunstancias no está en contacto directo con la cosa y en segundo término, niega ese carácter a algunos sujetos a pesar de su detentación directa.

Con ese planteamiento, MORINEAU concluye que la posesión no es un mero hecho sino todo un derecho *que atribuye a su titular la posibilidad de ejercer un poder de hecho sobre una cosa.*

“Hemos rechazado, por ser inaplicable a México -advierte MORINEAU- la doctrina que sostiene que la posesión no es un derecho sino un hecho con consecuencias jurídicas. Hemos establecido en forma plena que la posesión es un derecho subjetivo, supuesto que es el otorgamiento de una facultad a una persona determinada y la obligación correlativa de respeto impuesta al resto de las personas. Es, además, un derecho subjetivo absoluto dotado de sanción jurídica: los interdictos. Aún no sabemos exactamente cuál es su esencia, pero sabemos

que no es un simple hecho con consecuencias jurídicas, sino un derecho. De aquí en adelante debemos entender la definición del artículo 790 del Código Civil como sigue: es titular del *derecho de posesión* el que está facultado a ejercer un poder de hecho sobre la cosa (bienes). Es poseedor de un derecho el que goza de él; el derecho de posesión es la atribución del ejercicio del poder de hecho sobre las cosas (bienes) y el goce de los derechos.”⁷

⁷ Los derechos reales y el subsuelo de México, 1ª ed. México, 1948, p.54.