

# Posesión, detentación y tenencia. La posesión en el Código Civil de Cataluña

## *Possession, precarious possession and holding: Possession in the Civil Code of Catalonia*

por

ADOLFO LUCAS ESTEVE

*Doctor en derecho.*

*Profesor agregado, director de estudios de derecho en la Universitat Abat Oliba CEU y  
Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona.*

**RESUMEN:** La tenencia física de un bien comporta unas consecuencias jurídicas diferentes atendiendo al tipo de poder que el tenedor ostenta sobre ese bien y permite distinguir tres figuras diferentes: la posesión, la detentación y la tenencia no posesoria. La posesión comporta unos efectos máximos: presunciones posesorias, usucapión, protección posesoria, adquisición de los frutos y adquisición *a non domino*; la detentación representa una situación intermedia y permite solamente la protección mediante las acciones de protección posesoria, y la tenencia no posesoria supone una situación de contacto con el bien que no está protegida por el ordenamiento jurídico y que no tiene consecuencias jurídicas. De este modo, aquel que tiene un bien en su poder no necesariamente debe ser calificado como poseedor, sino que también puede ser un detentador o un simple tenedor.

En este estudio, una vez analizados los conceptos de posesión, detentación y tenencia, se examina sus formas de adquisición y sus efectos. En este

sentido, las principales novedades de la legislación catalana son la regulación de la acción publiciana y la diferente configuración de la adquisición *a non dominio* de bienes muebles por un poseedor de buena fe y a título oneroso. Finalmente, se plantea el enorme poder del poseedor sin derecho frente al propietario y se cuestiona la conveniencia de mantener ese poder en la actualidad.

**ABSTRACT:** *Physical possession of a thing has different legal consequences depending on the type of power that the holder exercises over it. Physical possession can be divided into three different categories: possession, precarious possession and non-possessory holding. Possession has the maximum effects: possessory presumptions, usucaption, possessory protection, acquisition of the fruits and acquisition a non domino. Precarious possession represents an intermediate situation and allows possessory protection. Non-possessory holding involves contact with the thing that is not protected by law, and has no legal consequences. Thus, one who has a thing in his/her possession should not necessarily be regarded as the possessor, but can also be a precarious possessor or a simple holder.*

*After analyzing the concept of possession, precarious possession and holding, this study examines their form of acquisition and effects. In this regard, the main innovations in the Catalan legislation are the regulation of the actio publiciana and the different configuration of the acquisition a non domino of chattels for good and valuable consideration by a bone fide possessor. Finally, the enormous power of the possessor who enjoys no rights vis-à-vis the owner and the desirability of currently maintaining that power are explored.*

**PALABRAS CLAVE:** Posesión. Detentación. Tenencia. Derechos reales. Código Civil de Cataluña. Acción publiciana. *Possessio vitiosa*.

**KEY WORDS:** *Possession. Precarious possession. Holding. In rem rights. Civil Code of Catalonia. Actio publiciana. Vitiosa possessio.*

**SUMARIO:** I. LA POSESIÓN: 1. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA JURÍDICA. 2. CONCEPTOS POSESORIOS. 3. CLASES DE POSESIÓN. 4. PLURALIDAD DE POSEEDORES Y COPOSESIÓN.—II. LA DETENTACIÓN.—III. LA TENENCIA NO POSESORIA.—IV. ADQUISICIÓN Y FINALIZACIÓN DE LA POSESIÓN: 1. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN 2. FINALIZACIÓN DE LA POSESIÓN.—V. EFECTOS DE LA POSESIÓN: 1. LAS PRESUNCIONES POSESORIAS. 2. LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN. 3. LA USUCAPIÓN. 4. LA ADQUISICIÓN DE BIENES MUEBLES. 5. LA LIQUIDACIÓN POSESORIA.—VI. VISIÓN CRÍTICA DE LA POSESIÓN.

La tenencia física de un bien comporta unas consecuencias jurídicas que pueden variar atendiendo al tipo de poder sobre ese bien. Por ejemplo: una persona es propietaria del piso en el que vive; un administrativo utiliza el ordenador de la empresa donde trabaja; una persona se sienta en una silla en casa de un amigo; alguien compra un reloj, pero el vendedor no es el verdadero propietario; una persona ha robado una cosa con violencia, etcétera. En estas situaciones hay tenencia de un bien, pero la relación de poder con ese bien es diferente en cada caso y el Código Civil de Cataluña otorga unas consecuencias jurídicas diferentes a cada situación.

Estas situaciones permiten distinguir tres tipos de tenencia: posesión, detentación y tenencia no posesoria. La posesión implica unos efectos máximos (presunciones posesorias, usucapión, protección posesoria, adquisición de los frutos y adquisición *a non domino*), la detentación representa una situación intermedia (protección posesoria) y la tenencia no posesoria supone una situación de contacto con el bien que no está protegida por el ordenamiento jurídico y que no tiene consecuencias jurídicas. De esta manera, aquel que tiene un bien en su poder no necesariamente es poseedor, sino que también puede ser calificado como detentador o como simple tenedor.

## I. LA POSESIÓN

El libro V del Código Civil de Cataluña (en adelante *Codi*) ha regulado de forma completa y sistemática la posesión en los artículos 521-1 a 522-8 CCCat, impidiendo la aplicación supletoria del Código Civil español.

La posesión es un concepto que ha sido históricamente discutido<sup>1</sup> y que el *Codi* define como un hecho, no como un derecho. La posesión es la tenencia de una cosa o un derecho. Se trata de un concepto aparentemente sencillo: una persona tiene un bien en su poder. Es una realidad física y tangible que se puede percibir por los sentidos: se ve y se puede tocar. Esta tenencia material está protegida por la Ley y comporta unas consecuencias jurídicas, ya que la posesión tiene «como efecto principal el derecho a continuar poseyendo» (preámbulo) y nadie puede arrebatarse la posesión por la fuerza ni siquiera el propietario.

### 1. CONCEPTO, REQUISITOS, CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA JURÍDICA

#### A) *Concepto*

El artículo 521-1 CCCat define la posesión como un poder de hecho sobre una cosa o un derecho, ejercido por una persona, como titular, o por medio de

otra persona. De esta definición destaca que la posesión es un poder de hecho, es decir, un dominio fáctico sobre un bien. Según LACRUZ BERDEJO, «posesión es la dominación de una cosa que se *tiene*. Un contacto físico autónomo y visible<sup>2</sup>». Para FERRER RIBA, «la posesión es una situación de hecho en la cual una persona sujeta un bien a la acción de su voluntad<sup>3</sup>». Así pues, en todas las definiciones destaca la existencia de un poder de hecho sobre el bien, un poder que implica un control físico y visible.

El sentido etimológico de la palabra «posesión» también nos permite profundizar en su significado. Según recuerda PANERO GUTIÉRREZ, el término posesión (poseer —*possidere*— posesión —*possessio*—) deriva de *sedere* (sentarse, estar sentado) y del prefijo *post* que proviene de *posse* (poder). Este autor considera que «de esta etimología derivan dos notas: que la posesión comporta una relación de hombre-cosa y, al tiempo, una idea de poder, que aquel ejerce sobre esta<sup>4</sup>».

Este poder de hecho es independiente de los derechos sobre el bien. La posesión es un poder que no necesariamente está vinculado a un derecho real o personal que faculte para poseer el bien, ya que solamente se precisa sujeción a la voluntad del poseedor. En consecuencia, se puede poseer en virtud de algún título que faculte para poseer la cosa (por ejemplo, la propiedad), pero también se puede poseer sin derecho, por ejemplo cuando el título adquisitivo es ineficaz o en caso de hurto. De este modo, se distingue entre *ius possidendi* e *ius possessionis*: el *ius possidendi* es la posesión derivada de un derecho real o personal; en cambio, el *ius possessionis*, es la posesión que no deriva de ningún derecho real ni personal. La SAPB de Barcelona de 18 de mayo de 2010 define «el *ius possessionis*... como (un) poder independiente de cualquier clase de titularidad o derecho que pudiera existir sobre la cosa a la que afecta esa situación de poder, frente al *ius possidendi*, entendido como facultad que integra el contenido del derecho de dominio u otros derechos reales, así como también otros derechos personales que implican normalmente la facultad de poseer». A pesar de esta distinción, ambos son posesión y producen los mismos efectos jurídicos.

La tenencia de un bien puede derivar de un derecho (*ius possidendi*) o ser independiente de cualquier derecho (*ius possessionis*). Por tanto, cuando analizamos la posesión hacemos referencia a un hecho (la tenencia material de una cosa o un derecho) y es importante estudiarla con independencia de los derechos. El hecho y el derecho son cuestiones diferentes y, a pesar de que la posesión puede coexistir con la propiedad (o con algún otro derecho posesorio), se pueden dar casos de propiedad sin posesión y de posesión sin propiedad (por ejemplo, si alguien se apropia de un bien sin permiso: el propietario no tendrá la posesión y el *accipiens* será un poseedor no propietario).

## B) Requisitos

La posesión requiere la conjunción de dos elementos: el *corpus* y el *animus*, es decir, la tenencia material y la voluntad de tener el bien. Por tanto, si solamente concurre uno de ellos, el *corpus* o el *animus*, no hay posesión.

a) *Corpus*. El *corpus* es la tenencia material de un bien. Este requisito deriva directamente de la definición de la posesión en el *Codi* como un «poder de hecho sobre una cosa o un derecho» (art. 521-1 CCCat) y supone que una persona tiene el control material y físico de un bien y que actúa sobre dicho bien de forma exclusiva y excluyente.

Ahora bien, el *corpus* no requiere un contacto físico permanente con la cosa, sino que requiere el control de la misma, o sea, la posibilidad de establecer contacto con la cosa cuando se quiera, con independencia de otras personas. El contacto físico con el bien no es imprescindible, puesto que la posesión no requiere un contacto físico permanente y continuo. Si la posesión se perdiera en el momento en que el poseedor se separara un centímetro de la cosa, estaríamos ante un concepto jurídicamente inútil, carente de la estabilidad necesaria y que reduciría la posesión a los objetos que estoy tocando en cada momento. Por tanto, la posesión no requiere un contacto físico continuo, sino el poder y el control sobre la cosa<sup>5</sup>. Este poder se manifiesta en la posibilidad de recuperar el contacto físico con el bien de manera directa, inmediata y autónoma, sin la intervención de otras personas<sup>6</sup>. Por ejemplo: soy poseedor de mi apartamento en la playa, aunque haga 3 años que no voy, simplemente porque puedo ir cuando quiera sin permiso de nadie, también soy poseedor del coche que tengo en la calle o de la ropa que tengo en el armario y que hace tiempo que no me pongo. En este sentido, tenemos que recordar con ALBALADEJO que «tenencia de un poder o ejercicio o uso del mismo son cuestiones diferentes<sup>7</sup>», es decir, puedo tener poder sobre un bien aunque no esté haciendo uso actualmente de él.

El hecho de no considerar la tenencia física de un bien como el criterio para determinar si hay *corpus*, comporta que tenemos que establecer otro criterio de referencia. Así pues, el criterio para determinar cuando hay *corpus* es la existencia de un poder sobre el bien, que se ejerce en la forma en que la sociedad considera habitual que haya un poder sobre dicho bien. Se requiere que la posesión del bien cumpla con su destino habitual y que esa forma sea reconocida y respetada por la sociedad. Por tanto, la forma de tener un bien puede variar atendiendo a los objetos concretos y a los usos que la sociedad confiere a cada objeto. Por ejemplo, puedo dejar una toalla en la playa —y se considera que tengo la posesión—, pero no puedo dejarla en la calle; o puedo dejar el coche en la calle, pero no puedo dejar mi ordenador. De este modo, el *corpus* es el poder sobre un bien que se manifiesta ante los demás en la forma en que la sociedad reconoce habitualmente que una persona tiene poder sobre ese bien.

El *corpus* supone un poder sobre el bien que se caracteriza por una cierta estabilidad, puesto que un contacto breve no tiene relevancia jurídica. Este control sobre el bien se puede tener personalmente, pero también se puede tener por medio de otra persona (un empleado) o, incluso, de una cosa (un buzón).

b) *Animus*. Es la intención, la voluntad de tener el bien bajo control y ejercer un poder sobre él. Este requisito se desprende indirectamente del *Codi* que define la detentación como el poder de hecho sobre una cosa o derecho «sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho» (art. 521-1.2 CCCat); y, por tanto, *a sensu contrario*, se puede afirmar que la posesión requiere la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho, es decir, la intención o *animus*. Hay que destacar que este precepto utiliza la expresión «actuar como titular del derecho» y, en consecuencia, hace referencia a cualquier tipo de derecho posesorio, sin restringirlo al derecho de propiedad. El poseedor tiene que querer tener el bien y puede hacerlo como propietario o en cualquier otro concepto posesorio, incluyendo los derechos reales limitados posesorios (por ejemplo: usufructo) y los derechos personales posesorios (por ejemplo: arrendamiento). Ahora bien, el poseedor no necesita creer que él es el titular del derecho, puesto que solamente se requiere la voluntad de controlar el bien y, en este sentido, el concepto de *animus* y el de buena fe son diferentes.

El *animus* tiene que ser autónomo, sin que el poseedor esté sometido completamente a las órdenes de otra persona.

Estos dos elementos, *corpus* y *animus*, son imprescindibles para poder hablar de posesión, puesto que el *animus* sin *corpus* no es posesión ni tiene ninguna relevancia jurídica; y el *corpus* sin *animus* tampoco es posesión: en algunos casos puede ser detentación (art. 521-1 CCCat) y en otros casos es un simple contacto físico sin relevancia jurídica (por ejemplo, estoy sentado a la silla del dentista o me apoyo en la pared de la universidad).

El origen de estos dos requisitos se remonta a la tradición romanística y ha dado lugar a dos concepciones sobre la posesión: la subjetiva y la objetiva. Por un lado, la concepción subjetiva, defendida por SAVIGNY, señala el *animus*, como un elemento esencial y específicamente considera que ese *animus* se refiere a la propiedad<sup>8</sup>. Por otro lado, la concepción objetiva, defendida por IHERING, afirma que la posesión no es la simple reunión del *corpus* y el *animus*, lo que implicaría para cada una de las dos una existencia previa, sino que el *corpus* es el hecho de la voluntad; no existe en el pasado, igual que la palabra no existe antes de ser pronunciada. Para este autor no hay dos requisitos diferentes, sino un fenómeno externo que manifiesta una voluntad subyacente. Por tanto, lo más importante para esta concepción es el *corpus*, de forma que el *animus* pasa a ser secundario o, incluso, desaparece<sup>9</sup>. Ahora bien, a pesar de esta referencia histórica, el *Codi* establece ambos requisitos, *corpus* y *animus*. Un *animus* que puede ser en concepto de propietario o en concepto de titular de cualquier otro derecho posesorio.

No se considera posesión la detentación (art. 521-1.2 CCCat) ni la tenencia clandestina del bien, ni tampoco se puede adquirir nunca con violencia mientras los poseedores anteriores se opongan (art. 521-2.2 CCCat).

### C) Características

Partiendo del concepto de posesión, podemos adelantar sus características principales:

- Tiene que ser estable. No se protege un contacto físico esporádico sobre un bien, sino que se requiere una permanencia en el tiempo. Los contactos instantáneos no son posesión, puesto que no permiten hablar de un control sobre los bienes. LACRUZ BERDEJO considera que esta estabilidad configura un *estado* que genera el derecho a su continuación: el derecho a seguir poseyendo<sup>10</sup>.
- Tiene que permitir un uso reiterado y repetido sobre el bien (o al menos la posibilidad de hacerlo).
- Tiene que ser exclusiva y excluyente: la exclusividad supone la posibilidad de excluir otras personas. Así, por ejemplo: no puedo poseer un autobús ni la universidad en la cual estoy estudiando, porque mi uso está compartido con los demás (aunque tenga *corpus* e incluso *animus*), ya que no puedo impedir el uso del resto. De todas formas, es posible actuar de forma concurrente en los casos de coposesión o de pluralidad de posesiones, que veremos más adelante.
- Tiene que ser autónoma: sin someterse a la voluntad de otra persona. El poder que se ostenta sobre el bien tiene que ser el reflejo de una voluntad propia y libre. No hay autonomía si el tenedor es un simple instrumento de otra persona; por ejemplo, el piloto de un avión.
- Es un mecanismo primario de publicidad de los derechos. La posesión implica un poder sobre una cosa que el resto de la sociedad puede percibir por los sentidos y permite presumir que la persona que tiene una cosa, normalmente, tiene un derecho sobre ella.

### D) Naturaleza jurídica

En el Código Civil español, la discusión sobre la naturaleza jurídica de la posesión, entre los defensores de la posesión como un hecho o como un derecho, ha sido larga y todavía continúa. Sin embargo, el Código Civil catalán se ha decantado claramente por la consideración de la posesión como un hecho<sup>11</sup>, finalizando la discusión sobre la naturaleza jurídica de la posesión. Las razones de esta consideración son diversas:

a) El concepto legal de posesión es claro y concluyente y define la posesión como un poder de hecho (art. 521-1 CCCat).

b) La ubicación sistemática de la posesión en un título separado, el título II, situado antes de la regulación de los derechos reales, comporta una clara distinción con los derechos reales.

c) El legislador catalán ha sido coherente con la definición de la posesión y desde esta perspectiva exige que exista un poder de hecho para adquirir la posesión. El caso paradigmático es la adquisición de la posesión por el heredero regulada en el artículo 411-6 CCCat que establece: «El heredero que acepta la herencia solo tiene su posesión si la toma, y se entiende que continúa la del causante sin interrupción»<sup>12</sup>. Aquí la herencia tiene que ser entendida como *una universitas iuris*, como un todo, por tanto, no es necesaria la toma de posesión individual de todos y cada uno de los bienes que la integran, sino que se realiza una adquisición global. En este caso, la necesidad de adquirir la posesión físicamente se aparta de la legislación española basada en la posesión civilísima que establece que la posesión se considera adquirida de forma automática en caso de adición de la herencia (art. 440 del Código Civil).

d) El artículo 5 LH establece expresamente que «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles» en el Registro de la propiedad. Por tanto, por un lado define la posesión como un hecho y por otro niega la posibilidad de inscribirla en el Registro de la propiedad que tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y otros derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 1 LH).

e) El artículo 521-8.e CCCat presenta un supuesto que para muchos autores no encaja en la consideración de la posesión como un hecho. Este precepto hace referencia al poseedor que ha perdido la cosa en contra de su voluntad porque otra persona se la ha arrebatado. En este caso, el *Codi* considera que el poseedor originario continúa siendo poseedor durante un año a contar desde la pérdida del bien, a pesar de que ya no tenga poder sobre dicho bien y de que haya otra persona que ha adquirido la posesión. Así, esta posesión sin poder sobre el bien parece contradictoria con la concepción de la posesión como un hecho.

Sin embargo, en este caso, también se puede considerar que continúa existiendo un cierto poder sobre el bien, ya que el poseedor originario tiene la posibilidad de recuperarlo mediante las acciones de protección posesoria y, por tanto, en un sentido amplio se puede afirmar que tiene un poder sobre el bien: el poder de recuperarlo. En este sentido, el artículo 121-22 CCCat establece lo siguiente: «Las pretensiones protectoras exclusivamente de la posesión prescriben al cabo de un año», que es el plazo durante el cual se considera que el anterior poseedor mantiene la posesión del bien. Es cierto que la posesión requiere una base física real, en cambio, en el artículo 521-8.e CCCat esta base física es eventual, pero a pesar de ser eventual, existe y confiere el poder de recuperar el bien con las

acciones de protección posesoria. En consecuencia, en este supuesto también se puede afirmar que existe un poder de hecho sobre el bien.

## 2. LOS CONCEPTOS POSESORIOS

El concepto posesorio es el derecho que se exterioriza al ejercer un poder de hecho sobre un bien y supone determinar qué tipo de poder ostenta el poseedor<sup>13</sup>. Por tanto, existen diferentes conceptos posesorios: posesión en concepto de propietario, posesión en concepto de usufructuario, posesión en concepto de arrendatario, etc.<sup>14</sup>.

El *Codi* utiliza repetidamente la expresión «conceptos posesorios» y los utiliza de manera diversa: en el artículo 521-4 CCCat cuando habla de conceptos posesorios compatibles e incompatibles; en el artículo 521-6.2 CCCat cuando se presume la continuidad del concepto posesorio; en el artículo 522-1.1 CCCat cuando se presume la titularidad del derecho en concepto del cual se posee el bien; en el artículo 522-8 CCCat cuando señala que la adquisición de la posesión de un bien mueble de buena fe y a título oneroso comporta la adquisición del derecho en que se basa el concepto posesorio, o en el artículo 531-24.1 CCCat que establece que para usucapir la posesión tiene que ser en concepto de titular del derecho.

La posesión es un hecho, por tanto, al hablar del tipo de poder sobre un bien no hacemos referencia a los derechos (propiedad, usufructo, comodato o arrendamiento), sino que hablamos de conceptos posesorios. Los conceptos posesorios suponen la traslación del mundo de los derechos al mundo de los hechos, es decir, el hecho posesorio se ejerce en un determinado concepto, y este concepto está predeterminado por los diferentes derechos que reconoce el ordenamiento jurídico<sup>15</sup>. En este sentido, el poseedor puede poseer de formas diferentes: puede comportarse como un propietario (si demuestra un poder absoluto sobre una cosa) y, en este caso, hay una posesión en concepto de propietario. Pero el poseedor también se puede comportar como titular de un derecho que faculta para poseer el bien, ya sea un derecho real limitado (usufructo, uso, habitación, servidumbre, derecho de aprovechamiento parcial, prenda, anticresis, etc.), o un derecho de crédito (arrendamiento, depósito, comodato, etc.), y en estos casos hay posesión en concepto de usufructuario, arrendatario, depositario, etc. El concepto posesorio refleja un hecho, porque la posesión lo es, y exterioriza un determinado tipo de poder sobre la cosa.

El concepto posesorio se define por la actuación que el poseedor exterioriza ante la sociedad. Esa exteriorización es un elemento fundamental: no es una actitud interna, sino una actuación, visible por la comunidad, que muestra el tipo de poder sobre la cosa. Además, tampoco se trata de un acto individual, sino de una manera habitual de actuar.

El concepto posesorio manifiesta la relación del poseedor con el bien y esta relación es independiente de la efectiva existencia de un derecho. Por ejemplo: posee en concepto de usufructuario aquel que ha adquirido el derecho de usufructo; pero, también, posee en concepto de usufructuario el que ha adquirido la cosa como usufructuario por un testamento nulo y, por tanto, no ha adquirido el derecho, pero su relación con la cosa es en concepto de usufructuario.

El concepto posesorio se tiene que diferenciar de otras figuras:

a) De la buena o mala fe. El concepto posesorio es el tipo de poder que se ejerce sobre un bien; en cambio, la buena o mala fe es la creencia de que, efectivamente, soy titular de ese poder. Así pues, puedo tener buena o mala fe con independencia del concepto posesorio y, por ejemplo, puedo ser poseedor en concepto de usufructuario y lo puedo ser de buena o de mala fe.

b) Del *animus*. El *animus* es la voluntad de tener el bien; en cambio, el concepto posesorio no es únicamente la voluntad de poseer, sino que es la confluencia del *corpus* y el *animus* en un determinado concepto. En el concepto posesorio hay posesión y, por tanto, hay *corpus* y *animus* que exteriorizan un determinado poder sobre el bien. Por ejemplo, el arrendatario posee en concepto de arrendatario tanto porque se considera arrendatario (*animus*), como porque su poder sobre la cosa es el de un arrendatario (*corpus*).

El concepto posesorio se establece al adquirir la posesión y se presume su continuidad mientras dure la posesión (art. 521.6-2 CCCat). No obstante, el concepto posesorio puede cambiar posteriormente. Este cambio se denomina inversión del concepto posesorio (o interversión) que se define como un cambio en el *animus* que tiene que ser convenientemente exteriorizado. Por consiguiente, para que exista inversión posesoria son necesarios dos requisitos: a) un cambio del *animus* y b) la exteriorización de esa nueva voluntad mediante la actuación sobre el bien. El cambio del concepto posesorio tiene importantes consecuencias jurídicas, por ejemplo a efectos de usucapión: si una persona adquiere una cosa en concepto de arrendatario o de usufructuario, para poder usucapir la propiedad tiene que existir un cambio en el concepto posesorio para poseer en concepto de propietario y, desde este nuevo concepto posesorio, empezar a usucapir la propiedad.

### 3. CLASES DE POSESIÓN

#### A) *Posesión de una cosa o un derecho*

Esta división se fundamenta en el objeto de la posesión: los bienes. Los bienes son una categoría genérica que engloba las cosas y los derechos patrimoniales, las cosas son corporales y los derechos patrimoniales son incorpóreos (art. 511-1 CCCat). Desde esta perspectiva, el artículo 522-1 CCCat establece

expresamente que la posesión se ejerce sobre una cosa o derecho, ya que ambos son susceptibles de apropiación y de posesión.

a) Posesión de cosas

La posesión de una cosa se refiere a los bienes corporales y, por tanto, hablamos de una posesión material, física e inmediata sobre la cosa. La posesión de cosas requiere un poder sobre la totalidad de la cosa y este poder puede derivar de un derecho real posesorio (por ejemplo: la propiedad o el usufructo), de un derecho de crédito posesorio (por ejemplo: el arrendamiento) o de la posesión sin derecho. No obstante, los derechos de crédito son especiales porque no se pueden usucapir y, por tanto, la posesión de estos derechos solamente permite algunos de los efectos típicos de la posesión (protección posesoria, presunciones, adquisición *a non domino* y, si no hay una regulación específica, liquidación de los frutos).

b) Posesión de derechos (o *quasi possessio*)

La posesión de derechos supone el ejercicio y el disfrute de esos derechos<sup>16</sup>. Este tipo de posesión merece un estudio detallado para desglosar los diferentes derechos objeto de posesión:

a') *La posesión de bienes inmateriales*: la propiedad intelectual e industrial. Se refiere a la posesión de aquellos bienes que no recaen sobre un objeto material y corpóreo. La posesión de estos derechos se manifiesta con los actos de ejercicio del poder sobre estos derechos (por ejemplo: el cobro de los derechos de propiedad intelectual o la posibilidad de oír canciones y ver películas). Ahora bien, los bienes inmateriales tienen unas características especiales, ya que permiten, en algunos casos, la posesión simultánea por muchas personas al mismo tiempo; por ejemplo, se puede oír una canción en varios lugares a la vez, en cambio, solamente el autor puede cobrar los derechos patrimoniales derivados de la creación de una obra.

b') *La posesión mediata*. En este supuesto distinguimos entre posesión inmediata y mediata. La posesión inmediata supone un contacto físico directo sobre la cosa (es posesión de cosas); en cambio, en la posesión mediata se tiene la cosa a través de la posesión de otra persona y se tiene poder sobre la cosa por medio de esa persona (es posesión de derechos). La posesión inmediata supone la posesión de una cosa, la posesión mediata es la posesión de un derecho<sup>17</sup>. Por ejemplo: el arrendador tiene la posesión mediata, es decir, la posesión de un derecho que se manifiesta en la posibilidad de actuar contra quien perturbe la

posesión (art. 1560 del Código Civil) o en el cobro del alquiler y el arrendatario tiene la posesión inmediata.

c') *Los derechos reales limitados que comportan una utilización parcial del bien.* Hay derechos que no comportan un poder sobre la totalidad del bien, sino que confieren una facultad concreta o se limitan a una parte de este bien. Por ejemplo, las servidumbres o los derechos de aprovechamiento parcial. En estos casos, los titulares no tienen un poder sobre la totalidad del bien, sino un poder limitado y, por tanto, no hay posesión de una cosa, sino posesión de un derecho, ya que este derecho solamente permite una utilización parcial de la cosa.

Ahora bien, hay derechos que no pueden ser objeto de posesión: a) no se pueden poseer los derechos no patrimoniales, por ejemplo, los derechos familiares o los derechos de la personalidad; b) tampoco se pueden poseer los derechos reales no posesorios: la hipoteca o los derechos de adquisición preferente (que según el *Codi* son derechos reales), y c) tampoco se puede poseer un derecho de crédito que agote su contenido en una única prestación puntual<sup>18</sup> o aquellos que consistan en hacer o no hacer, puesto que la prestación del deudor no es objeto de la posesión del acreedor.

## *B) Posesión como titular o por medio de otra persona*

El artículo 522-1.1 CCCat distingue entre posesión como titular y posesión por medio de otra persona. Esta distinción se refiere a la forma de ejercer la posesión por un mismo (como titular) o por medio de otra persona en nombre suyo:

- La posesión como titular es la posesión por un mismo, en nombre propio y supone que el poseedor tiene el control y el poder sobre el bien. Se trata de una posesión como titular y, por consiguiente, no se limita al derecho de propiedad, sino que incluye cualquier concepto posesorio (usufructuario, arrendatario, comodatario...) <sup>19</sup>.
- La posesión «por medio de otra persona» supone que se interpone una persona entre el poseedor y el bien, y el poseedor ejerce su poder sobre el bien a través de esa persona. En este supuesto intervienen dos personas: el poseedor y la persona por medio de la cual se posee. Esta persona por medio de la cual se posee tiene el bien materialmente y, a su vez, puede ser poseedor si concurren los requisitos para serlo (*corpus, animus* y autonomía respecto al poseedor).

La posesión por medio de otra persona se puede producir en tres casos: a) en caso de representación, b) en situaciones de posesión mediata e inmediata y c) en el caso del servidor de la posesión.

a) *La representación.* La posesión se puede ejercer por medio de representante, ya sea un representante legal (administrador de una sociedad, tutor, titular de la patria potestad,...), ya sea un representante voluntario o ya sea un tercero sin mandato que actúa en nombre del poseedor que tendrá que ratificar esta actuación para que sea válida<sup>20</sup>. El representante actúa en nombre del representado y este recibe las consecuencias jurídicas de los actos realizados por el primero. Por su parte, el representante puede ser poseedor si tiene *corpus* y *animus* y autonomía en la gestión, en caso contrario, no. Por ejemplo, si se trata de una representación para comprar una cosa y entregarla al comprador parece difícil hablar de autonomía y considerar que el representante es poseedor; en cambio, si tiene facultades para administrar libremente, sí se podría hablar de posesión del representante si cumple los demás requisitos. Hay que destacar que el representado es poseedor en ambos casos, puesto que posee «por medio de otra persona».

b) *La posesión mediata e inmediata.* La posesión mediata e inmediata la hemos estudiado al hablar de la posesión de un derecho. Este tipo de posesión, además, crea una situación en la que hay un poseedor «por medio de otra persona». La posesión inmediata supone un contacto físico directo sobre la cosa; en cambio, en la posesión mediata se tiene la cosa a través de la posesión de otra persona. Ambos son poseedores: por un lado, el poseedor inmediato porque tiene contacto físico con el bien (*corpus*) y voluntad y autonomía para utilizar este poder (*animus*); por otro lado, el poseedor mediato tiene un poder sobre el bien que ejerce a través del poseedor inmediato (*corpus*) y también tiene la voluntad de poseerlo (*animus*).

Por ejemplo, en caso de arrendamiento, el propietario posee por medio del arrendatario, el primero en concepto de propietario y el segundo en concepto de arrendatario. El poseedor mediato, el arrendador, continúa teniendo un poder de hecho sobre el bien y, por ejemplo, puede actuar contra quien perturbe la posesión (art. 1560 del Código Civil). Además, el poseedor inmediato lo reconoce como propietario y admite su poder «mediato» sobre el bien. El poseedor inmediato no puede desvincularse de ese poder mediato —y, por ejemplo, vender la cosa— y si lo hace, el poseedor mediato puede defender su *statu quo*. Otro ejemplo: el propietario puede entregar la cosa en usufructo, el usufructuario lo arrienda y el arrendatario la cede en subarrendamiento. En este caso, el propietario tiene la posesión de un derecho (posesión mediata), el usufructuario tiene la posesión de un derecho (posesión mediata), el arrendatario tiene la posesión de un derecho (posesión mediata) y el subarrendatario tiene la posesión de la cosa (posesión inmediata). Así, la posesión mediata permite grados y se puede hablar de posesión mediata de primer grado, de segundo grado, etc.<sup>21</sup>.

Normalmente, la posesión mediata e inmediata se tiene que iniciar con un negocio jurídico entre las partes, pero no es imprescindible. Por ejemplo, en un caso real, una persona le pidió a otra que le dejara vivir en un piso vacío

durante unos días mientras solucionaba un problema personal. Una vez ubicado en el piso realizó una transferencia al propietario de 300 euros en concepto de arrendamiento (cantidad que era inferior al precio de mercado). En este caso, encontramos un poseedor en concepto de propietario (poseedor mediato) y un poseedor en concepto de arrendatario (poseedor inmediato) sin la existencia de negocio jurídico entre ellos. Evidentemente, el poseedor en concepto de arrendatario no tiene derecho y, además, actúa de mala fe.

c) *El servidor de la posesión.* La figura del servidor de la posesión tiene origen alemán, ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia españolas y ha sido recogida por el *Codi* que califica al servidor de la posesión como detentador (art. 521-1.2 CCCat). El servidor de la posesión tiene el bien, pero bajo una relación de dependencia respecto del poseedor, actúa por cuenta del poseedor y siguiendo sus instrucciones.

El servidor de la posesión no es poseedor, ya que no tiene autonomía ni la voluntad de actuar como titular, es un simple instrumento por el cual el poseedor ejerce su dominio sobre la cosa. Por ejemplo: el administrativo que utiliza el ordenador y la mesa de la oficina donde trabaja o el comandante que pilota un avión de unas líneas aéreas. El servidor de la posesión, a pesar de tener la cosa, no es poseedor sino detentador; en cambio, sí es poseedor aquel que da instrucciones al servidor de la posesión, puesto que tiene un poder de hecho sobre el bien por medio de otra persona.

### C) *Posesión de buena o mala fe*

Para estudiar la diferencia entre posesión de buena fe y de mala fe, primero tenemos que distinguir entre posesión justa e injusta. La posesión justa es aquella que se ajusta a derecho y supone la adquisición de la posesión y del derecho a poseer, es decir, la posesión es justa cuando coinciden el hecho y el derecho. En cambio, es injusta la posesión contraria a derecho, o sea, aquella en la que se ha transmitido la posesión, pero el acto que transmitía el derecho no se ha producido o no se ha producido correctamente, ya sea porque el título traslativo es ineficaz o porque el transmitente no es el titular de la cosa o porque no tiene poder de disposición o porque no ha habido consentimiento del *tradens*. Por ejemplo, en una compraventa: si la cosa se ha vendido por un título eficaz, se adquiere la posesión y el derecho y, por tanto, hablamos de posesión justa; en cambio, si la cosa se ha vendido por un título ineficaz, se adquiere la posesión pero no el derecho y, por tanto, hablamos de posesión injusta y, en consecuencia, nos interesa saber si el adquirente es de buena o de mala fe.

La posesión es de buena fe cuando el adquirente ignora excusablemente que su posesión es injusta, es decir, tiene una «creencia justificable de la titularidad del derecho» (art. 521-7 CCCat). Por tanto, se necesitan tres requisitos: 1) creer

que existe un título válido y eficaz; 2) ignorar que existe un defecto que ha impedido la transmisión del derecho, y 3) que esta creencia sea razonable. La creencia tiene que ser excusable y, en este sentido, no se trata de una percepción psicológica interna, sino que esta percepción tiene que ser objetivamente razonable. Según LACRUZ BERDEJO, «al poseedor se le debe exigir una justificación socialmente satisfactoria de su creencia o ignorancia. Su estado subjetivo debe obedecer a una apariencia objetiva razonable<sup>22</sup>». En caso contrario, si no se dan estos requisitos y el poseedor conocía (o podía conocer) la falta de titularidad del derecho, la posesión es de mala fe. Ahora bien, el *Codi* utiliza alguna vez el concepto de buena fe en casos de posesión justa, por ejemplo, al tratar el derecho de retención (art. 569-3 CCCat).

La buena fe se presume siempre y quien afirma la mala fe del poseedor tiene que probarla (art. 521-7.2 CCCat). Aun así, la buena fe puede cambiar a mala fe, ya que los efectos de la buena fe cesan a partir del momento en que los poseedores saben, o pueden saber razonablemente, que no tienen derecho a poseer (art. 521-7.3 CCCat). Con esta norma se recoge la tradición del derecho canónico que consideraba que la mala fe sobrevenida perjudicaba al poseedor (*mala fides superveniens nocet*), a diferencia del derecho romano que tan solo requería buena fe inicial y si el poseedor descubría posteriormente que poseía indebidamente no dejaba de ser poseedor de buena fe (*mala fides superveniens non nocet*). En todo caso, la mala fe no tiene efectos retroactivos y no perjudica el periodo en que se poseía de buena fe.

La distinción entre buena y mala fe tiene consecuencias jurídicas importantes, puesto que los efectos de la posesión y de algunos derechos reales posesorios varían dependiendo de la buena o mala fe, por ejemplo en la liquidación posesoria, en la adquisición de bienes muebles, en el derecho de retención o en la accesión. No obstante, hay otros efectos posesorios que no están ligados a la buena o mala fe, por ejemplo la usucapión, las acciones de protección posesoria o la acción publiciana.

#### 4. PLURALIDAD DE POSEEDORES Y COPOSESIÓN

La posesión es un poder de hecho que puede corresponder a una persona o a varias personas. Cuando varias personas comparten la posesión de un bien se puede hablar de pluralidad de posesiones (cuando las posesiones son exclusivas y excluyentes) o de coposesión (cuando las posesiones no son exclusivas, sino compartidas).

##### A) Pluralidad de posesiones

La pluralidad de posesiones supone que existen varios poseedores sobre un mismo bien, con voluntad de no compartir su concepto posesorio. Son poseedo-

res con carácter exclusivo y excluyente y, por tanto, existen varias posesiones sobre el bien. Estas posesiones pueden ser compatibles o incompatibles: son compatibles cuando los conceptos posesorios son diferentes y pueden concurrir simultáneamente sobre un mismo bien (por ejemplo, en el caso de posesión mediata e inmediata); en cambio, son incompatibles cuando los conceptos posesorios son idénticos y excluyentes y comportan la necesidad de decidir quién tiene preferencia para poseer el bien.

a) Conceptos posesorios compatibles

El artículo 521-4.1 CCCat establece lo siguiente: «Diferentes personas pueden poseer un mismo bien si los conceptos posesorios son compatibles». Este artículo hace referencia a la coexistencia en armonía de una pluralidad de poseedores sobre un mismo bien. Se trata de múltiples posesiones de carácter exclusivo, pero cada poseedor tiene un concepto posesorio diferente y compatible con los demás. Por ejemplo, sobre un mismo bien, una persona puede poseer en concepto de propietaria, otra en concepto de usufructuaria, otra en concepto de arrendataria y otra en concepto de comodataria. Los diferentes poseedores no tienen la intención de compartir su concepto posesorio, pero el bien permite la coexistencia de diferentes poseedores porque los conceptos posesorios son diferentes y compatibles. Todos son poseedores del mismo bien, unos poseen de forma mediata y otro de forma inmediata.

Cuando coinciden diferentes conceptos posesorios compatibles sobre el mismo bien, estos conceptos posesorios pueden ser de mejor o de peor derecho a poseer. En este sentido, el *Codi* (por ejemplo: en el art. 522-7.2 CCCat) utiliza a menudo las expresiones «mejor derecho a poseer», «peor derecho a poseer» o, simplemente, «poseedores sin derecho». En caso de conceptos posesorios compatibles tendremos que analizar las relaciones jurídicas entre los diferentes poseedores para determinar quién tiene derecho a la posesión física o inmediata del bien; por ejemplo: entre el propietario y el arrendatario, el segundo tiene mejor derecho a poseer y le corresponde la tenencia física del bien.

b) Conceptos posesorios incompatibles

En este caso, hay varias personas que pretenden la posesión de un bien en el mismo concepto posesorio de forma exclusiva y excluyente, es decir, sin voluntad de compartir su concepto posesorio. Además, los conceptos posesorios no son compatibles y no pueden coexistir sobre un mismo bien, por ello, el ordenamiento jurídico debe elegir a quién corresponde la posesión del bien. Para determinarlo, el *Codi* establece unos criterios de preferencia: 1) En primer

lugar, la persona que tiene la posesión en el momento de la pretensión; 2) en segundo lugar, si existen dos o más poseedores, corresponde al más antiguo; 3) en tercer lugar, si las fechas de las posesiones coinciden, corresponde a quien presente un título, y 4) finalmente, si todas estas condiciones son iguales, el objeto de la posesión se deposita judicialmente mientras se decide la posesión o propiedad de acuerdo con lo establecido por las leyes (art. 521-4.2 CCCat).

### B) Coposesión

La coposesión supone que hay varias personas que tienen un poder sobre el bien, de forma simultánea y en el mismo concepto posesorio, pero con voluntad de compartirlo y utilizarlo conjuntamente. En la coposesión no existen diferentes conceptos posesorios ni tampoco una voluntad de poseer de forma exclusiva y excluyente, sino que nos encontramos con varias personas que poseen de forma simultánea y concurrente en el mismo concepto, por ejemplo en concepto de copropietario.

La posesión es un hecho, no un derecho, por tanto no pueden existir cuotas indivisas en la posesión. El poder de hecho de cada poseedor recae sobre la totalidad del bien, pero no se trata de una posesión exclusiva, sino compartida y la actuación de cada poseedor está limitada por la posesión de los demás. En este caso, hay varias posesiones, porque cada poseedor tiene un poder de hecho sobre todo el bien y los hechos, por definición, son independientes los unos de los otros. Cada poseedor tendrá su propia relación con el bien y, por ejemplo, unos poseedores pueden ser de buena fe y otros de mala fe.

En la coposesión, existe una voluntad de compartir el bien y la forma de compartirlo dependerá del tipo de bien (un piso se puede utilizar simultáneamente, en cambio una bicicleta tendrá que utilizarse por turnos). Sin embargo, si uno de los coposeedores se apropia de todo el bien se produce una privación de la posesión de los demás que pueden defenderse a través de las acciones de protección posesoria<sup>23</sup>.

## II. LA DETENTACIÓN

La detentación es el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa o un derecho sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho o la tenencia con la tolerancia de los titulares (art. 521-1.2 CCCat). Si la posesión era la conjunción del *corpus* y del *animus*, la detentación supone la existencia de *corpus*, pero sin *animus*<sup>24</sup>. Ahora bien, en la detentación hay una cierta apariencia y estabilidad que permite conferir algunos efectos a la detentación, singularmente, su protección a través de las acciones de protección posesoria.

La detentación no es posesión ni produce sus efectos. Los efectos típicos de la posesión son: presunciones posesorias, usucapión, protección posesoria, adquisición de los frutos y adquisición *a non domino*. Sin embargo, el detentador únicamente disfruta de las acciones de protección posesoria (art. 522-7.1 CCCat), y no puede servirse de los otros efectos de la posesión ni tampoco puede interponer la acción publiciana.

El detentador puede proteger su tenencia con las acciones de protección posesoria, incluso frente a la persona que le ha entregado el bien (art. 522-7.1 CCCat). Así pues, el titular del derecho y/o poseedor no puede recuperar el bien en manos del detentador por la fuerza, sino que tiene que recuperarlo con las acciones que le ofrece el ordenamiento jurídico como titular de un derecho o como poseedor. En este sentido, el artículo 250.1.2.º LEC establece que «se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 2.º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca».

El *Codi* establece que hay detentación en los siguientes supuestos:

A) *Falta de voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho (art. 521-1.2 CCCat)*

El detentador tiene contacto físico con el bien, pero no es poseedor porque no tiene la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho. La tenencia se manifiesta exclusivamente en *el corpus*, sin que exista *animus* ni intención de actuar como titular. En este sentido, el *animus* no es algo interno que se mantiene únicamente en la mente del detentador sino que requiere una «apariencia externa», por tanto, la falta de *animus* tiene que exteriorizarse y ser visible por los demás. En este caso, se requiere la falta de voluntad de poseer como titular del derecho, ya que el detentador tiene físicamente el bien, pero sin un poder autónomo sobre él. Por ejemplo:

- El servidor de la posesión. El servidor de la posesión tiene el bien, pero bajo una relación de dependencia con el poseedor y siguiendo sus instrucciones, es decir, tiene el bien sin autonomía y responde a las órdenes e instrucciones del poseedor. Es un simple instrumento por medio del cual el poseedor ejerce su dominio sobre la cosa. Por ejemplo: el soldado que utiliza un fusil, el conductor del autobús o el cirujano que utiliza los materiales del hospital.
- El representante que posee un bien del representado en aquellos casos en los que no tenga autonomía de gestión.

Se trata de supuestos en los que el tenedor es un simple instrumento del poseedor, y no tiene la voluntad ni la intención de disfrutar la cosa como propia. El detentador actúa bajo la dependencia de otra persona, siguiendo sus indicaciones y sin la autonomía necesaria para ser considerado poseedor.

*B) Tenencia con la tolerancia de los titulares (art. 521-1.2 CCCat)*

En este supuesto, hay una relación jurídica previa entre los titulares y los detentadores en la que los primeros transmiten a los segundos la tenencia física del bien, pero no existe la voluntad de transmitir el derecho ni tampoco la posesión: son actos realizados con la condescendencia de los titulares. Estos actos no afectan a la posesión, ya que se basan en la tolerancia del titular.

El ejemplo típico es el precario, que implica la tenencia del bien con una voluntad libremente revocable por parte de aquel que tiene derecho a poseer. La STS de 19 de septiembre de 2013 define el precario como «una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho» y añade que «el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga».

En el *Codi*, el precario es un caso de detentación, ya que el detentador no tiene un poder autónomo sobre el bien ni tampoco intención de poseer. Se trata de actos tolerados que no pueden fundamentar una posesión, porque se reconoce la absoluta dependencia a la voluntad del poseedor. Por ejemplo: un padre deja el piso que tiene vacío a su hija y a su pareja para que vivan mientras el padre no lo necesita.

*C) El fiduciario que no entrega la posesión en el plazo establecido (art. 426-45 CCCat)*

El *Codi* establece otro supuesto de detentación en el artículo 426-45.2 CCCat que regula el fideicomiso y establece que si el fiduciario o sus herederos no entregan la posesión dentro del plazo fijado por la Ley tienen la consideración de meros detentadores y dejan de hacer suyos los frutos. En este caso, el legislador considera al fiduciario como detentador, a pesar de que con una mejor técnica jurídica tendría que ser considerado como un poseedor de mala fe. Tendría que

ser considerado como poseedor porque tiene *corpus* y *animus* y sería de mala fe, porque conoce que su posesión es injusta.

La consideración como poseedor de mala fe, comportaría las mismas consecuencias en relación a los frutos y se adecuaría mejor a la definición de posesión y de detentación del artículo 521-1 CCCat, ya que el fiduciario tiene *animus*, actúa sin seguir las instrucciones de ninguna otra persona y su posesión no deriva de la tolerancia de los poseedores. Sin embargo, el *Codi* considera al fiduciario como detentador y le aplica sus consecuencias jurídicas, entre ellas la no adquisición de los frutos.

### III. LA TENENCIA NO POSESORIA

Los contactos físicos sobre la cosa que no sean posesión ni detentación se califican como tenencia no posesoria. En estos casos hay una simple tenencia física del bien a la que la Ley no vincula ningún efecto jurídico. En concreto, es necesario analizar dos supuestos especiales: a) la tenencia clandestina o violenta y b) la tenencia de bienes no apropiables.

#### A) *Clandestinidad y violencia*

El *Codi* establece: «La posesión no puede ser clandestina. Tampoco puede adquirirse nunca con violencia mientras los poseedores anteriores se opongan». (art. 521-2.2 CCCat). En ambos casos hay tenencia, pero el tenedor no tiene la posesión ni disfruta de ninguno de sus efectos.

Hay que estudiar estas dos situaciones separadamente:

a) Clandestinidad: la tenencia clandestina no produce efectos, ya que es un poder que se ejerce de espaldas a la sociedad. La posesión es «un mecanismo primario de publicidad de derechos» (preámbulo); consecuentemente, si esta función de publicidad no se cumple y la cosa se oculta de manera anormal, la respuesta del ordenamiento jurídico es no conferir ningún efecto a esta tenencia y no considerarla posesión. Los actos ejecutados de una forma clandestina, al margen de la comunidad y de los titulares de derechos, no se consideran posesión ni confieren sus consecuencias jurídicas. En este sentido, los bienes se tienen que poseer en la forma habitual y, por tanto, no se penaliza el hecho de tener el bien guardado, sino que es necesario que haya una voluntad de ocultación.

b) Violencia: la posesión tampoco se puede adquirir con violencia mientras los anteriores poseedores se opongan. En este caso, el término «violencia» hace referencia a la violencia física, tanto sobre personas como sobre cosas (robo), pero no incluye la adquisición realizada con engaño (estafa) y la realizada sin

violencia (hurto o apropiación indebida). Estos supuestos, a pesar de ser actuaciones que también se pueden perseguir penalmente, no están recogidos en el precepto y, por tanto, el adquirente tendrá la consideración de poseedor. Así, siguiendo la redacción literal del *Codi* se pueden hacer las siguientes distinciones:

1. El adquirente que haya conseguido la cosa sin violencia es poseedor, a pesar de que su actuación sea delictiva, por ejemplo, en caso de estafa, hurto o apropiación indebida.

Puede sorprender que un delincuente sea poseedor del bien que ha adquirido ilegalmente, pero en el ámbito de la posesión solamente nos interesa la relación de la persona con la cosa y, en este ámbito, la persona que ha adquirido un bien de forma ilegal y sin violencia no tiene ningún derecho sobre ese bien, pero puede tener la posesión si hay *corpus* y *animus*. Por tanto, tenemos que calificar este poder como posesión de mala fe.

2. La persona que haya adquirido el bien con violencia no será poseedora mientras el anterior poseedor se oponga. En este caso, el nuevo adquirente mantiene una tenencia no posesoria y, por consiguiente, no disfruta de ninguno de los efectos conferidos por el ordenamiento jurídico.

3. El adquirente que haya conseguido la cosa con violencia se convertirá en poseedor cuando el poseedor anterior deje de oponerse.

El *Codi* establece que la posesión no puede adquirirse con violencia mientras los anteriores poseedores se opongan; por tanto, *a sensu contrario*, la posesión se adquirirá cuando los anteriores poseedores no se hayan opuesto en ningún momento o cuando, habiendo iniciado su oposición, dejen de oponerse posteriormente. En consecuencia, el adquirente con violencia adquirirá la posesión cuando el anterior poseedor pase a tener una posición pasiva, podemos decir resignada, ante la nueva situación. De esta manera, para adquirir la posesión son necesarios dos requisitos: a) adquisición de la tenencia física del bien por un acto violento, y b) falta de oposición del anterior poseedor. En este sentido, el concepto «mientras los poseedores anteriores se opongan» permite dos interpretaciones:

- Se trata de una oposición física en el ámbito de la legítima defensa. Es evidente que mientras el anterior poseedor se resista físicamente al robo no se ha adquirido la posesión, porque no hay control ni poder sobre la cosa.
- Se trata de una oposición jurídica y, por tanto, no se puede adquirir la posesión mientras el anterior poseedor se oponga judicialmente, es decir, mientras esté realizando las actuaciones pertinentes para recuperar la posesión del bien. Según esta hipótesis, mientras el anterior poseedor se oponga judicialmente, el nuevo adquirente no adquirirá la posesión y, por tanto, *a sensu contrario*, si el anterior poseedor no plantea ninguna

actuación judicial o extrajudicial para recuperar la posesión, el adquirente con violencia se convertirá inmediatamente en poseedor y, también, se convertirá en poseedor, en el momento en que el primero desista de sus actuaciones de oposición. Es interesante señalar que el *Codi* utiliza la expresión «se opongan» y no «se pueden oponer», por tanto, no es necesario esperar al momento en el que hayan prescrito las acciones de recuperación de la posesión (las acciones de protección posesoria y la acción publiciana), sino que es suficiente que el poseedor adopte una postura pasiva ante la desposesión.

En mi opinión, con la expresión «mientras los poseedores anteriores se opongan», el *Codi* hace referencia tanto a una oposición física como jurídica, puesto que no se hace ninguna distinción.

Parte de la doctrina, considera que el artículo 521-2.2 CCCat «no establece una auténtica regla de derecho, sino un principio general: nadie puede tomarse la justicia por su mano» (DEL POZO CARRASCOSA)<sup>25</sup>. Personalmente, no comparto esta afirmación y considero que este precepto establece una verdadera regla de derecho compatible con el resto de preceptos del *Codi*. En este sentido, se puede argumentar lo siguiente: a) el *Codi* no establece ninguna distinción en relación a este precepto y allí donde la ley no distingue no se debe distinguir. b) Esta regla jurídica deriva de la tradición romana en la cual no se protegía la posesión con violencia, clandestinidad o en precario. Así, la *exceptio vitiosae possessionis* no protegía con interdictos a aquel que hubiera adquirido la cosa con *vi, clam o precario*. c) Esta regla coincide con el artículo 522-8 CCCat, que no protege la adquisición de un bien perdido, hurtado, robado o apropiado indebidamente. d) El preámbulo del libro V recuerda que «nunca se otorga protección jurídica a quien actúa de mala fe», en este caso, al que actúa con violencia.

## B) Bienes no apropiables

El *Codi* define los bienes como aquellos objetos susceptibles de apropiación (art. 511-1 CCCat) y, por tanto, sobre los bienes que no son apropiables no se puede adquirir ningún derecho ni tampoco se pueden poseer. Por ejemplo, los bienes ilegales o los bienes que quedan fuera del tráfico jurídico. En este sentido, el artículo 521-8.d CCCat establece que la posesión se pierde por el hecho de quedar los bienes fuera del tráfico jurídico.

En estos casos, se puede tener contacto material con estos bienes, pero esta tenencia no se considera posesión ni permite disfrutar de sus efectos económicos y jurídicos. Este poder no está protegido por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no se puede hablar de posesión.

#### IV. ADQUISICIÓN Y FINALIZACIÓN DE LA POSESIÓN

##### 1. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

Para adquirir la posesión, el *Codi* no exige capacidad de obrar y es suficiente la existencia de capacidad natural: «Todas las personas con capacidad natural pueden adquirir la posesión» (art. 521-3.1 CCCat). La capacidad natural revela una «aptitud intelectual y emocional de la persona para hacerse cargo de la situación y encontrarse en condiciones de decidir libremente sobre un aspecto de su personalidad» (LAZARO PALAU)<sup>26</sup>. Esta capacidad natural establece un criterio subjetivo que depende de cada persona y, por tanto, es diferente de un criterio objetivo como es la capacidad de obrar que depende de la mayoría de edad o de la incapacidad.

La posesión se adquiere cuando se obtiene un poder de hecho sobre un bien y este poder lo puede adquirir una persona sin capacidad de obrar si tiene el suficiente grado de discernimiento, es decir, si puede conocer, comprender y querer. Además, desde el punto de vista patrimonial, la posesión no comporta riesgos para el poseedor, puesto que es un poder de hecho, no una carga. Ahora bien, para ejercer los derechos derivados de la posesión, la Ley se muestra más cauta y establece que las personas menores y las incapacitadas «pueden» ejercer las facultades propias de la posesión con la asistencia de sus representantes legales. La utilización del verbo «pueden» supone que no es necesario que el ejercicio de todos los efectos de la posesión se realice con representante. En este sentido, el uso y el disfrute de una cosa se puede ejercer directamente, pero si se quieren defender sus derechos ante un tribunal se necesitará la asistencia de representantes.

El artículo 521-2.1 CCCat establece dos formas de adquisición de la posesión: la originaria y la derivativa. La adquisición originaria implica que el poseedor toma posesión del bien por sí mismo, sin intervención de ninguna otra persona; en cambio, la adquisición derivativa supone la transmisión de la posesión del anterior poseedor al nuevo como consecuencia de una relación jurídica previa.

##### A) *Adquisición originaria*

La adquisición originaria se produce «cuando los poseedores sujetan la cosa o el derecho al ámbito de su poder» (art. 521-2.1.a CCCat). En este caso, la posesión no deriva de otra persona, sino de la propia voluntad del poseedor que sujeta el bien al ámbito de su poder. La posesión se adquiere al conseguir el *corpus* y el *animus* sobre el bien, sin necesidad de entrega por otra persona ni la realización de ninguna formalidad especial. Son casos de adquisición originaria:

a) La ocupación. Es la aprehensión material de la cosa unida a la voluntad de adquirir la posesión sobre la misma. En este caso, si la cosa es mueble y *res nullius*, junto a la posesión se adquiere el derecho de propiedad (art. 542-20 CCCat).

b) La adquisición de los frutos. La separación de los frutos de la cosa madre los convierte en un objeto diferente. De este modo, la adquisición de la posesión de esos frutos (ahora no estamos hablando de derechos, sino de un poder de hecho) se produce por la separación por aquel que tiene la posesión de la cosa madre, ya sea con derecho (propietario, usufructuario o arrendatario) o sin derecho (poseedor de buena o mala fe, art. 522-3 CCCat).

c) Adquisición de la posesión contra la voluntad del anterior poseedor. En este caso, el bien tiene un poseedor y otra persona le arrebató la posesión sin su consentimiento. A diferencia de la adquisición derivativa (que requiere mutuo acuerdo), no existe acuerdo, sino que el adquirente se apropia del bien de forma unilateral y sin el consentimiento del anterior poseedor.

En este supuesto se produce una contraposición evidente: por un lado, aquel que ha adquirido el bien unilateralmente contra la voluntad del anterior poseedor tiene un poder de hecho sobre el mismo y la intención de tenerlo, es decir, tiene *corpus* y *animus* y, por lo que hemos dicho, es poseedor; por otro lado, resulta paradójico que un ladrón, que tiene una sanción penal, pueda ser protegido por el derecho civil.

Desde esta perspectiva, hay que analizar conjuntamente los artículos 521-2.2, 521-8.e y 521-2.1.a CCCat. Primero, el artículo 521-2.2 CCCat establece que la posesión no puede «adquirirse nunca con violencia mientras los poseedores anteriores se opongan». Luego, según el artículo 521-8.e CCCat, la posesión finaliza por la posesión por otra persona, «incluso adquirida contra la voluntad de los anteriores poseedores, si la nueva posesión dura más de un año». Finalmente, el artículo 521-2.1.a CCCat establece que la posesión se adquiere «cuando los poseedores sujetan la cosa o el derecho al ámbito de su poder».

A la vista de estos preceptos, hay que distinguir entre la posesión adquirida con violencia o sin violencia. Si no hay violencia, el adquirente obtiene la posesión automáticamente aun contra la voluntad del anterior poseedor (art. 521-2.1.a CCCat). En cambio, si la posesión se ha adquirido con violencia, la secuencia temporal es la siguiente:

1. Mientras el anterior poseedor se oponga, solamente habrá un único poseedor: el poseedor anterior, puesto que el adquirente con violencia no ha adquirido la posesión (art. 521-2.2 CCCat, *a sensu contrario*).

2. Cuando el poseedor anterior deje de oponerse, habrán dos poseedores: el poseedor primitivo y el nuevo. Por un lado, el poseedor primitivo no ha perdido la posesión, porque no ha transcurrido el plazo de un año establecido para finalizar

la posesión (art. 521-8.e CCCat); y por otro lado, el nuevo poseedor adquirirá la posesión, puesto que sujeta el bien al ámbito de su poder y, además, ha finalizado la oposición del poseedor primitivo que impedía la adquisición de la posesión (art. 521-2.2 CCCat, *a sensu contrario*)<sup>27</sup>. Estas dos posesiones se regirán por las reglas siguientes: ante terceros, ambos son poseedores, pueden proteger su derecho con las acciones posesorias y pueden computar este periodo a los efectos de usucapión; y entre ellos, el poseedor primitivo tiene mejor derecho a poseer y está protegido con las acciones de protección posesoria frente al nuevo poseedor.

3. Después de un año desde el inicio de la nueva posesión (es decir, después de un año desde la finalización de la oposición del anterior poseedor), solamente habrá un único poseedor: el nuevo adquirente, puesto que habrá acabado la posesión del anterior poseedor por el transcurso de un año. En este momento, el que ha arrebatado el bien con violencia se convertirá en el único poseedor del bien. En especial, tendrá derecho a seguir poseyendo el bien y podrá proteger su posesión incluso frente al anterior poseedor, el cual solamente podrá recuperar la posesión utilizando las acciones que le confiere la ley, si procede, para proteger el derecho (o, en su caso, la acción publiciana)<sup>28</sup>.

### B) *Adquisición derivativa*

La adquisición derivativa se produce «cuando la cosa o el derecho ha sido puesto a disposición de los nuevos poseedores, según se deduce de la relación jurídica existente entre los antiguos y los nuevos poseedores» (art. 521-2.1.b CCCat). En este caso, el poseedor anterior transmite la posesión al nuevo poseedor en virtud de una relación jurídica previa entre ellos. La transmisión de la posesión de forma voluntaria se realiza con la entrega o tradición (*traditio* o *datio*) de la cosa que se define como la entrega de la posesión de un bien por los antiguos poseedores a los nuevos (art. 531-2 CCCat). Tiene tres efectos:

a) La adquisición de la posesión por el adquirente, ya que obtiene un poder físico y visible sobre el bien y, además, tiene intención de poseerlo.

b) La entrega supone la finalización de la posesión del antiguo poseedor (art. 521-8.a CCCat).

c) La adquisición del derecho real transmitido, si se cumplen los restantes requisitos, ya que la conjunción del título y la tradición (título y modo) permite la adquisición de la propiedad o de cualquier otro derecho real. Así, según el artículo 531-3 CCCat, la tradición, realizada como consecuencia de determinados contratos, comporta la transmisión y adquisición de la propiedad y de los demás derechos reales posesorios.

La adquisición derivativa supone la tradición del bien y, por tanto, se tiene que hacer referencia a los artículos 531-4 y 531-5 CCCat que recogen las clases

de tradición: a) La tradición de un bien se produce cuando es entregado a los adquirentes y estos toman posesión del mismo con el acuerdo de los transmitentes (tradición real). b) El otorgamiento de la escritura pública correspondiente, si del mismo documento no resulta otra cosa (tradición instrumental). c) El pacto en que los transmitentes declaran que apartan de su poder y posesión el bien y lo transfieren a los adquirentes, facultándolos para que lo tomen y se constituyan en el ínterin en los poseedores en su nombre (*constitutum possessorium*). d) La entrega de las llaves del lugar donde están almacenados o guardados los bienes muebles a los adquirentes (tradición simbólica). e) El acuerdo entre los transmitentes y los adquirentes cuando el bien mueble objeto de disposición no puede trasladarse al poder y a la posesión de los adquirentes (*traditio longa manu*). f) La expresión en el contrato del hecho de que los adquirentes ya tenían el bien en su poder por otro título (*traditio brevi manu*). g) La tradición de los bienes incorpóreos se produce por la entrega de los títulos, por la tradición instrumental o por el uso que hacen los adquirentes con consentimiento de los transmitentes (tradición simbólica).

De la enumeración de las diferentes formas de tradición destaca que la tradición —y, por tanto, la adquisición de la posesión— se puede producir sin que haya entrega física del bien. En estos casos, se ha producido una espiritualización de la entrega y la tradición se transforma de un hecho físico (la entrega del bien) a un hecho social y jurídico, en el que lo importante es que la sociedad tenga conciencia de que se ha producido el traspaso posesorio y que el ordenamiento jurídico así lo declare. El artículo 521-2.1.b CCCat, que regula la adquisición derivativa de la posesión, es congruente con esta espiritualización y no habla expresamente de entrega, sino que únicamente requiere que la cosa o derecho se haya «puesto a disposición» de los nuevos poseedores. En estos casos, hay un poder de hecho sobre los bienes, pero todavía no se ha producido un contacto físico, circunstancia que concuerda con el concepto de *corpus* que hemos analizado.

Otro caso de adquisición derivativa se produce en la sucesión *mortis causa*. El artículo 411-6 CCCat establece: «El heredero que acepta la herencia solo tiene su posesión si la toma, y se entiende que continúa la del causante sin interrupción». En este supuesto no hay una adquisición originaria sino derivativa, puesto que la posesión deriva de su condición de heredero y, por esta razón, continúa la posesión del causante sin interrupción (art. 521-6.1 CCCat)<sup>29</sup>.

## 2. FINALIZACIÓN DE LA POSESIÓN

La posesión se adquiere por la conjunción de *corpus* y *animus* y, por tanto, la pérdida de cualquiera de estos elementos comporta la pérdida de la posesión. Hay que destacar que en la terminología del *Codi* la posesión finaliza (art. 521-8), en cambio los derechos reales se extinguen (arts. 532-1 o 543-1).

Esta diferencia terminológica refuerza la idea de que la posesión es un hecho que simplemente se acaba, a diferencia de los derechos que se extinguen.

Según el artículo 521-8 CCCat, la posesión finaliza por las causas siguientes:

A) *La cesión voluntaria de los bienes que son objeto de la misma a otra persona, en un concepto incompatible con la posesión de la persona que hace la cesión*

La expresión «cesión voluntaria» incluye cualquier forma consensuada de transmitir la posesión, tanto como consecuencia de un derecho real como de un derecho personal. Se trata de casos de adquisición derivativa de la posesión que requieren la tradición de los bienes desde los anteriores poseedores a los nuevos. Esta tradición tiene dos efectos inmediatos: la pérdida de la posesión de los anteriores poseedores y la adquisición de la posesión por los nuevos.

El requisito fundamental es el consentimiento de ambos, por ello, en caso de cesión no consentida no se pierde automáticamente la posesión, ya que la antigua posesión solamente se perderá si la nueva dura más de un año, tal como establece el artículo 521-8.e CCCat.

Además, es necesario que la cesión se realice en un concepto posesorio incompatible con el del transmitente, puesto que si los conceptos posesorios son compatibles no habrá pérdida de la posesión, sino pluralidad de posesiones o coposesión; por ejemplo, el propietario que arrienda una cosa transmite la posesión inmediata, pero no pierde la posesión sino que se transforma en un poseedor mediato.

B) *El abandono*

El abandono es un acto material voluntario con la intención de perder la posesión del bien y supone la desaparición del *corpus* y el *animus*. En este sentido, el abandono también puede comportar la extinción de la propiedad, ya que según el artículo 543-1 CCCat, la propiedad se extingue por renuncia de los propietarios si, además, abandonan la posesión de la cosa que es objeto de la misma.

C) *La pérdida o la destrucción total*

En este supuesto se regulan dos casos de pérdida del *corpus*: por un lado, la pérdida del bien finaliza la posesión, ya que acaba el poder sobre él. Sin embargo, la pérdida del bien no extingue la propiedad y si alguien lo encontrase, no adquiriría la propiedad *ex novo*, sino que se trataría de un hallazgo regulado

en el artículo 542-22 CCCat. La pérdida tiene que ser accidental, puesto que si fuera voluntaria estaríamos ante un supuesto de abandono. Y por otro lado, la destrucción total supone la desaparición física de la cosa y, por tanto, la finalización de la posesión por falta de objeto.

*D) El hecho de quedar fuera del tráfico jurídico*

En este supuesto, el bien queda fuera del tráfico jurídico y se convierte en un bien *extra commercium*. De este modo, si una persona sigue teniendo contacto físico con el bien, se trataría de una tenencia no posesoria, puesto que este tipo de bienes no puede ser objeto de apropiación ni de posesión.

*E) La posesión por otra persona, incluso adquirida contra la voluntad de los anteriores poseedores, si la nueva posesión dura más de un año*

Se trata de la adquisición de la posesión por otra persona que no ha sido consentida por el anterior poseedor. En este caso, el *Codi* establece que la posesión anterior se acabará una vez transcurrido un año desde el inicio de la nueva posesión. Hay que destacar que este precepto no regula el momento en que el nuevo poseedor adquirirá la posesión, sino el momento en que el antiguo poseedor dejará de serlo. De esta manera, la posesión no se extingue automáticamente, sino que continuará durante un año más.

Este año extra concuerda con el artículo 121-22 CCCat que establece que las pretensiones de protección de la posesión prescriben al cabo de un año, que tiene que computarse desde la perturbación o la pérdida de la posesión. Así, una vez transcurrido el plazo de un año, se producirán dos efectos: a) la posesión del poseedor primitivo finalizará y b) finalizará el plazo para utilizar las acciones de protección posesoria. Por tanto, una vez perdida la posesión, para poder recuperar el bien el anterior poseedor tendrá que utilizar, si se dan los requisitos, la acción publiciana o las acciones que le puedan corresponder como titular de un derecho real.

Muchos autores consideran que en este caso el poder de hecho sobre el bien es inexistente. Sin embargo, considero que continúa existiendo un poder sobre el bien: el poder de recuperarlo con las acciones de protección posesoria.

## V. EFECTOS DE LA POSESIÓN

La posesión es un hecho que genera consecuencias jurídicas. En determinadas ocasiones, nuestro ordenamiento jurídico otorga consecuencias jurídicas

a los hechos; por ejemplo: la accesión o la creación de una obra permiten la adquisición del derecho de propiedad, la muerte supone la apertura de la sucesión, una catástrofe natural puede generar responsabilidades jurídicas, etcétera. Desde esta perspectiva, la posesión tiene unos efectos jurídicos, que son los siguientes: las presunciones posesorias, la protección de la posesión, la usucapión, la adquisición *a non domino* y la adquisición de los frutos por el poseedor de buena fe. Estos efectos diferencian la posesión de la detentación —que solamente permite la protección a través de las acciones posesorias— y de la tenencia no posesoria —que no produce efectos jurídicos.

## 1. LAS PRESUNCIONES POSESORIAS

Si un observador externo contempla la posesión de un bien, puede extraer determinadas conclusiones: puede entender que el poseedor es titular de un derecho sobre ese bien; o puede considerar que actúa de buena fe porque no tiene ningún indicio para pensar lo contrario, o puede suponer, al ver al poseedor con una cosa y recordar que lo ha visto hace un tiempo con la misma cosa, que la ha estado poseyendo durante todo este tiempo... Estas y otras conclusiones se desprenden de la posesión de un bien y permiten hablar de las presunciones posesorias.

Las presunciones posesorias son: la presunción que los poseedores son titulares del derecho en concepto del cual poseen el bien (art. 522-1.1 CCCat), la buena fe (art. 521-7.2 CCCat), la continuación de la posesión (art. 521-6.1 CCCat) y la continuación del concepto posesorio (art. 521-6.2 CCCat). En todo caso, son presunciones *iuris tantum* y, por tanto, admiten prueba en contrario.

### A) Presunción de titularidad del derecho en concepto del cual se posee el bien

Según el artículo 522-1 CCCat, «se presume que los poseedores son titulares del derecho en cuyo concepto poseen el bien». Esta presunción exonera al poseedor de la necesidad de justificar la titularidad del derecho y serán los demás los que tendrán que demostrar su mejor derecho a poseer. Se presume que el poseedor es titular del derecho, por tanto, si se presume el derecho, también se presume el título. En consecuencia, existen dos presunciones conexas: 1) los poseedores son titulares del derecho en cuyo concepto poseen el bien, y 2) la existencia de título que justifique la adquisición del bien. En todo caso, como hemos dicho, se trata de presunciones *iuris tantum* que admiten prueba en contrario.

Ahora bien, la posesión es una forma de publicidad rudimentaria y, por tanto, decae ante otras formas de publicidad más elaboradas, como la inscripción en

los Registros públicos. En este sentido, el artículo 522-1.2 CCCat establece: «La presunción de titularidad decae cuando la cosa o el derecho poseídos están inscritos en el Registro de la propiedad o, si procede, en el Registro de Bienes Muebles a favor de otra persona, salvo que los poseedores de los que se presume la titularidad opongan otro título que justifique su posesión».

#### *B) Presunción de buena fe*

La buena fe se presume siempre y quien afirma la mala fe de un poseedor tiene que probarla (art. 521-7.2 CCCat). Se trata de una presunción importante: por un lado, porque los efectos de la posesión de buena o de mala fe son muy diferentes y, por otro lado, porque la prueba de la existencia de mala fe es ciertamente compleja, ya que se tiene que acreditar que el poseedor no tenía una «creencia justificable» de la titularidad del derecho, y probar esta circunstancia no es fácil. Ahora bien, para probar la existencia de mala fe, el *Codi* no exige la existencia de actos del poseedor que demuestren la mala fe, sino que simplemente es necesario que lo sepan o que hayan tenido la oportunidad de saberlo de forma razonable.

La buena fe se presume siempre, pero la buena fe puede convertirse en mala fe cuando los poseedores saben, o pueden saber razonablemente, que no tienen derecho a poseer (art. 521-7.3 CCCat).

#### *C) Presunción de continuidad en la posesión*

El artículo 521-6.1 CCCat establece que «se presume que los poseedores han poseído un bien de forma continuada desde que adquirieron su posesión y pueden unir su posesión a la de sus causantes». Esta presunción de continuidad en la posesión es doble: por una parte, todo poseedor actual que demuestre su posesión en una época anterior se presume que ha poseído también durante el periodo intermedio; y por otra, se presume la continuación de la posesión del causante, sin interrupción. En este sentido, el apartado 3 del mismo artículo establece: «se entiende que la posesión es continuada aunque su ejercicio esté impedido o interrumpido temporalmente, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 521-8.e».

#### *D) Presunción del mantenimiento del concepto posesorio*

Se presume que los poseedores mantienen el mismo concepto posesorio que tenían cuando adquirieron la posesión (art. 521-6.2 CCCat). El concepto

posesorio puede cambiar y esa mutación se denomina inversión posesoria o interversión, que se define como un cambio del concepto posesorio como consecuencia de una mutación del *animus*, adecuadamente exteriorizada de quien ya tenía el bien por algún otro concepto.

La inversión posesoria puede ser unilateral o bilateral: es unilateral cuando depende de la voluntad exclusiva del poseedor. Por ejemplo: la constitución de un derecho de retención (se cambia el concepto posesorio precedente por el de retentor). En cambio, es bilateral cuando depende de las dos partes. Por ejemplo: el *constitutum possessorium* (se pasa de poseer *nomine proprio* a poseer *nomine alieno*, por ejemplo, soy propietario de un piso, lo vendo y me quedo de alquiler), la *traditio brevi manu* (se pasa de poseer *nomine alieno* a poseer *nomine proprio*, por ejemplo, soy arrendatario y adquiero la finca) o la división de una cosa común (art. 521-5 CCCat).

## 2. LA PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN

La principal consecuencia de la posesión de un bien es el derecho a seguir poseyéndolo (preámbulo). Este derecho a poseer se fundamenta en la posesión actual del bien, con independencia del tipo de posesión y con independencia de que se tenga derecho, o no. Si alguna persona cree que tiene mejor derecho a poseer debe reclamar judicialmente el bien, pero no puede adquirirlo por la fuerza, ya que el hecho posesorio está protegido incluso frente al verdadero propietario.

La posesión se protege con dos acciones judiciales: las acciones de protección posesoria y la acción publiciana (art. 522-7 CCCat). Lo que caracteriza a las acciones de protección posesoria no es que su pretensión sea recuperar la posesión (pretensión que también tienen otras acciones, como la reivindicatoria), sino que la posesión es el fundamento de estas acciones. Las acciones posesorias no protegen el derecho a poseer, sino el hecho de poseer, ya que el poseedor, por el hecho de serlo, tiene derecho a seguir poseyendo. Paralelamente, en la acción publiciana se protege el hecho de estar en proceso de adquirir un bien por usucapión.

### A) Las acciones de protección posesoria

Las acciones de protección posesoria (antes interdictos) están reguladas en el artículo 522-7.1 CCCat que establece: «Los poseedores y detentadores tienen pretensión para retener y recuperar su posesión contra cualesquiera perturbaciones o usurpaciones, de acuerdo con lo establecido por la legislación procesal». Ser poseedor o detentador comporta, sin ninguna otra justificación, el derecho

a seguir poseyendo (o detentando) y únicamente se puede recuperar la posesión como resultado de una reclamación judicial interpuesta por alguien con mejor derecho a poseer. Nunca se puede recuperar la posesión por la fuerza, ni siquiera si el que pretende recuperar el bien es el verdadero propietario.

Las acciones de protección posesoria pueden ser de recuperar o de retener la posesión<sup>30</sup>. Las acciones de recuperar se usan cuando ha habido una pérdida de la posesión del bien y las acciones de retener cuando ha habido una perturbación parcial sin pérdida del bien. En ambos casos se pretende recuperar la situación inicial y restituir la posesión al *statu quo* anterior. Las acciones de protección posesoria siguen el procedimiento de los juicios verbales (art. 250.1.4.º LEC), con la voluntad de ser herramientas rápidas y eficaces, puesto que solo pretenden proteger la posesión (no el derecho) y, por tanto, requieren prueba de la posesión, no del derecho<sup>31</sup>. En este procedimiento podemos distinguir:

— Legitimación activa. Corresponde tanto a los poseedores como a los detentadores. Ambos tienen legitimación activa para proteger su tenencia, con independencia de que tengan derecho o no, que sean de buena o de mala fe, que sean mediatos o inmediatos (los poseedores mediatos reclamarán que la situación vuelva al estado anterior a la perturbación) o que sean exclusivos o compartidos (en caso de coposesión se puede proteger el poder compartido). El único requisito es la posesión o la detentación del bien.

En todo caso, cómo hemos indicado, «la posesión no puede ser clandestina. Tampoco puede adquirirse nunca con violencia mientras los poseedores anteriores se opongan» (art. 521-2.2 CCCat) y, en estos casos, no hay posesión ni ninguno de los efectos de la posesión. De este modo, si una persona adquirió la posesión con violencia o clandestinidad y un poseedor con mejor derecho se la arrebató, esos tenedores no podrán interponer las acciones de protección posesoria, y si lo hacen, el demandado podrá interponer como excepción la posesión viciosa del actor.

— Legitimación pasiva. Se ejercen contra la persona o personas que han realizado la perturbación.

Las pretensiones de protección posesoria se pueden interponer durante el plazo de un año.

## B) La acción publiciana

La acción publiciana es una de las grandes novedades del *Codi*. Según el artículo 522-7.2 CCCat: «Los poseedores pueden recuperar, por medio de la acción publiciana, la posesión de la cosa o el derecho ante los poseedores sin derecho o de peor derecho. Quien adquiere por usucapión debe probar que tiene mejor derecho a poseer, debe dirigir la acción contra los poseedores que tienen

la posesión efectiva y debe identificar la cosa o el derecho objeto de la posesión». Por tanto, esta acción otorga a aquel que está adquiriendo por usucapión un mecanismo específico para recuperar la posesión.

Esta acción protege la posesión en una situación en que no hay protección del hecho posesorio (acciones de protección posesoria) ni del derecho (acción reivindicatoria). Con la acción publiciana se protege a quien adquiere por usucapión contra los poseedores «sin derecho o de peor derecho», por tanto, no se pueden imponer ante alguien con mejor derecho a poseer; por ejemplo, el verdadero propietario. El legislador ofrece una acción que se sitúa en el espacio que hay entre la tutela de la propiedad y la tutela de la posesión, es decir, cuando una persona no puede interponer las acciones de protección posesoria, porque ha pasado el plazo de un año, ni puede interponer la acción reivindicatoria, porque todavía no se ha adquirido la propiedad por usucapión.

Con estos antecedentes, para el ejercicio de la acción publiciana se requiere:

— Legitimación activa. El poseedor tiene que estar adquiriendo por usucapión, por tanto, tiene que cumplir las condiciones de la posesión *ad usucapionem*: a) posesión en concepto de titular de un derecho real (propiedad u otros derechos limitados que confieran la posesión), ya que los derechos de crédito no se pueden usucapir; b) posesión pública y pacífica, y c) no es necesario título ni buena fe (art. 531-24 CCCat).

El artículo 522-7.2 CCCat establece que *los poseedores* pueden recuperar por medio de la acción publiciana la posesión de la cosa o derecho. Ahora bien, estos llamados *poseedores* pueden no ser realmente poseedores, puesto que la posesión finaliza por la posesión por otra persona durante más de un año (art. 521-8.e CCCat) y, por consiguiente, si ha transcurrido un año, el «poseedor» habrá dejado de serlo. Así, esta acción protege a los que fueron poseedores y han perdido la posesión, y les permite reclamar el bien, a pesar de no tener derecho y haber perdido la posesión, ya que la acción publiciana se sitúa en el espacio que hay entre la tutela de la propiedad y la tutela de la posesión.

No tienen legitimación activa los detentadores, puesto que no son poseedores ni pueden usucapir.

— Legitimación pasiva. Se ejerce contra la persona o personas que tienen la posesión efectiva del bien, siempre que no tengan derecho o sean de peor derecho, por tanto, no puede vencer a los titulares de derechos reales ni personales.

— Procedimiento. No se sigue el procedimiento del juicio verbal propio de las acciones posesorias, sino el juicio que corresponda por razón de la cuantía.

— Requisitos. Son muy similares a los que se exigen para la acción reivindicatoria: a) probar que se tiene mejor derecho a poseer, es decir, probar que se está adquiriendo por usucapión; b) dirigir la acción contra los poseedores que tienen la posesión efectiva del bien y que no tengan derecho o sean de peor derecho, y c) identificar la cosa o el derecho objeto de la posesión.

— Plazo. En relación al plazo de prescripción, hay que aplicar lo establecido para las acciones que no tienen un plazo especial (art. 121-20 CCCat), que establece un periodo de prescripción de 10 años a contar desde la pérdida del bien. Sin embargo, el periodo de usucapión de los bienes muebles es más corto y, en este caso, el límite para el ejercicio de esta acción sería el de la usucapión, ya que si el nuevo poseedor ha adquirido la propiedad por usucapión, no se podrá recuperar.

### 3. LA USUCAPIÓN

La usucapión es el título adquisitivo de la propiedad o de un derecho real posesorio basado en la posesión del bien durante el tiempo fijado por la ley: 3 años para los bienes muebles y 20 años para los bienes inmuebles (art. 531-23 CCCat). Por tanto, la posesión continuada de un bien en un determinado concepto posesorio comporta la adquisición del derecho en concepto del cual se posee.

La posesión *ad usucapionem* tiene que cumplir los siguientes requisitos: a) tiene que tratarse de una posesión en concepto de titular de un derecho real, puesto que los derechos de crédito no se pueden usucapir; b) tiene que ser pública y pacífica, y c) no es necesario título ni buena fe (art. 531-24 CCCat).

La posesión ha de mantenerse durante todo el periodo legal establecido. En este sentido, el legislador establece la presunción de continuidad en la posesión desde la adquisición, admitiendo prueba en contra (art. 531-24.3 CCCat). Esta prueba en contra tendrá que referirse necesariamente a los hechos que de acuerdo con el *Codi* interrumpen o suspenden el cómputo del tiempo:

#### A) *La interrupción de la posesión*

En caso de interrupción de la posesión, tanto por pérdida efectiva de la posesión como por alteración de sus requisitos, se pierde el tiempo transcurrido y, por consiguiente, tiene que empezar a correr de nuevo y completamente el plazo previsto (art. 531-25.2 CCCat). De acuerdo con el artículo 531-25 CCCat la posesión se interrumpe en los siguientes supuestos:

- Cuando cesa la posesión.
- Cuando quien adquiere por usucapión reconoce expresa o tácitamente el derecho de los titulares del bien.
- Cuando los titulares del bien o una tercera persona interesada se oponen judicialmente a la usucapión en curso, y cuando los titulares del bien y la persona que adquiere por usucapión acuerdan someter a arbitraje las cuestiones relativas a la usucapión.

- Cuando los titulares del bien requieren notarialmente a los poseedores que les reconozcan el título de la posesión.

#### B) *La suspensión de la usucapión*

En caso de suspensión, el tiempo transcurrido «no se computa en el plazo para usucapir» (art. 531-26.2 CCCat), pero sí se computa el tiempo transcurrido con anterioridad. De acuerdo con el artículo 531-26 CCCat, la posesión para usucapir se suspende en los casos siguientes:

- Contra las personas que no pueden actuar por sí mismas o por medio de su representante mientras se mantiene esta situación.
- Contra el cónyuge o el otro miembro de la pareja estable mientras dura la convivencia.
- Entre las personas vinculadas por la potestad de los padres o por una institución tutelar, o entre la persona asistida y el apoderado.

#### 4. LA ADQUISICIÓN DE BIENES MUEBLES

La publicidad derivada de la posesión de los bienes muebles crea una apariencia jurídica que permite hacer creer al adquirente que el poseedor-transmisor es el verdadero titular del derecho y, como consecuencia de esa presunción, el adquirente se convertirá en titular del derecho transmitido, a pesar de que el vendedor no sea propietario. Se trata de un caso de adquisición *a non domino* (adquisición de una persona que no es propietaria) que requiere que el adquirente sea de buena fe y que adquiera a título oneroso. Así, el artículo 522-8 CCCat establece: «La adquisición de la posesión de un bien mueble de buena fe y a título oneroso comporta la adquisición del derecho en que se basa el concepto posesorio, aunque los poseedores anteriores no tuviesen poder de disposición suficiente sobre el bien o el derecho».

Este precepto «configura la adquisición de buena fe de bienes muebles como mecanismo transmisor del derecho sobre el bien poseído» (preámbulo) y permite la adquisición del derecho aunque el transmisor no sea propietario o no tenga poder de disposición.

Según la tradición romana, solamente el propietario podía transmitir la propiedad, porque un no propietario no podía transmitir un derecho que no tenía. No obstante, el *accipiens* adquiriría la posesión del bien y se convertiría en propietario por el transcurso del tiempo por medio de la usucapión. En cambio, según la tradición germánica, el adquirente de un no propietario adquiriría el derecho en concepto del cual se hizo la adquisición si se cumplían los siguientes requisitos:

que el adquirente fuera de buena fe y a título oneroso; y que el bien hubiera salido voluntariamente del ámbito de poder del poseedor. En consecuencia, el artículo 522-8 CCCat se basa en la concepción germánica de la adquisición de la propiedad y tiene un equivalente en el artículo 464 del Código Civil que establece que «la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale a título». Sin embargo, la redacción de ambos preceptos es diferente y también lo son sus consecuencias jurídicas<sup>32</sup>.

En los bienes muebles, la posesión es el principal mecanismo de publicidad de los derechos y es habitual que los adquirentes confíen en la publicidad que confiere la posesión de un bien mueble, ya que es fácil presumir que el poseedor de un bien es su propietario o tiene derecho sobre el mismo. Esta situación es similar a la publicidad que ofrece el Registro de la propiedad en los bienes inmuebles (art. 34 LH). En ambos casos, se protege a los adquirentes que confían en la apariencia creada y se da prioridad a la seguridad en el tráfico jurídico por encima de la realidad de ser el verdadero propietario. ESPIAU ESPIAU afirma que este precepto «no se basa tanto en la posesión como en la inatacabilidad del título adquisitivo, razón por la cual el sujeto protegido no lo es por ser un poseedor de buena fe, sino por ser un adquirente a título oneroso»<sup>33</sup>.

En virtud de este precepto, se protege al adquirente de un bien mueble *a non domino*, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Adquisición derivativa. Tiene que haber una transmisión voluntaria entre el transmitente sin derecho y el nuevo adquirente que tenga la finalidad de transmitir un derecho real sobre un bien.

b) Adquisición a título oneroso. Se requiere contraprestación, ya que la protección del adquirente ante el verdadero propietario solamente tiene sentido si ha habido una contraprestación y, por tanto, un perjuicio. Consecuentemente, la adquisición a título gratuito no permite la adquisición del derecho, pero sí permite iniciar la usucapión (si se dan los requisitos).

c) Adquirente de buena fe. La buena fe es la creencia justificable en la titularidad del derecho (art. 521-7 CCCat). El adquirente tiene que pensar, de forma razonable, que el poseedor/transmitente es el titular del derecho.

d) Bien mueble. La posesión es el medio habitual de publicidad de los derechos en los bienes muebles y, por tanto, solamente en los bienes muebles se puede justificar que el adquirente haya confiado en la apariencia de publicidad que comporta la posesión del bien.

Los efectos de este precepto son dobles: por un lado, el antiguo propietario pierde su derecho sobre el bien, a pesar de que no haya intervenido en su transmisión y, por otro lado, el adquirente se convierte en titular del derecho, a pesar de que haya adquirido el bien de una persona sin derecho<sup>34</sup>. En este caso, el antiguo titular no puede recuperar el bien y solamente puede recla-

mar el resarcimiento de los daños producidos a la persona que transmitió el bien indebidamente. Por esta razón, el artículo 522-8 CCCat establece que «los adquirentes deben facilitar a los propietarios iniciales, si se lo requieren fehacientemente, los datos que tengan para identificar a las personas que les transmitieron el bien. En caso contrario, responden de la indemnización por los daños y perjuicios que les hayan ocasionado».

#### A) *Excepción*

El último apartado del artículo 522-8 CCCat establece una excepción a la regla general: «Los propietarios de un bien mueble perdido, hurtado, robado o apropiado indebidamente pueden reivindicarlo de los poseedores que tienen su posesión efectiva». Este precepto señala una excepción a la protección del adquirente de buena fe cuando los bienes muebles hayan sido perdidos, hurtados, robados o apropiados indebidamente, aunque el adquirente no haya sido el autor material de estos hechos. En estos casos, el propietario podrá reivindicar el bien y recuperarlo, ya que el adquirente no se convierte en titular del derecho.

Ahora bien, esta larga enumeración convierte la excepción en la regla general. Prácticamente todos los bienes que se transmiten por un no propietario han sido perdidos, hurtados, robados o apropiados indebidamente y, por tanto, es difícil encontrar supuestos que no estén contemplados en este precepto. Por ejemplo: que la venta la realizara el verdadero propietario infringiendo una prohibición de disponer o que el título adquisitivo del transmitente sea ineficaz. Salvo estos casos muy concretos, esta excepción se convertirá, *de facto*, en la regla general y supondrá que el propietario del bien podrá reivindicarlo, a pesar de que lo haya adquirido un tercero de buena fe y a título oneroso. De este modo, esta situación entronca con la regla general del derecho romano según la cual para transmitir la propiedad es necesario ser propietario y tener poder de disposición sobre el bien y, en consecuencia, «se produce la paradoja que una norma que, aparentemente, se basa claramente en la tesis germanista, acaba conduciendo a resultados propios de la tesis romanista» (DEL POZO CARRASCOSA)<sup>35</sup>.

La aplicación de esta excepción supone que el adquirente no se convertirá en titular del derecho de forma automática. Sin embargo, el adquirente se convertirá en poseedor, mientras sea poseedor estará sujeto a la acción reivindicatoria del propietario y podrá convertirse en propietario por usucapión en el plazo de 3 años (art. 531-27 CCCat). En este sentido, hay que recordar que el artículo 531-27.2 CCCat establece que los plazos de posesión para usucapir un bien hurtado, robado u objeto de apropiación indebida no empiezan a contarse hasta que ha prescrito el delito, la falta, su pena o la acción que deriva de los mismos para exigir la responsabilidad civil.

### B) *Excepción de la excepción*

El artículo 522-8 CCCat prevé una excepción de la anterior excepción y, en su virtud, se puede adquirir un bien perdido, hurtado, robado o apropiado indebidamente, cuando se haya adquirido de buena fe y a título oneroso en subasta pública o en un establecimiento dedicado a la venta de objetos similares a dicho bien y establecido legalmente. En este caso, el legislador considera que la venta en pública subasta o en un establecimiento abierto legalmente confiere un plus de publicidad y de credibilidad que compensa la pérdida ilegal de la posesión. Se considera que la seguridad en el tráfico jurídico y la doble apariencia que supone, por un lado, la posesión y, por otro lado, una subasta o un establecimiento abierto legalmente, tienen que prevalecer ante el verdadero titular del derecho y ante el hecho de transmitir un bien perdido, hurtado, robado o apropiado indebidamente.

## 5. LA LIQUIDACIÓN POSESORIA

Un poseedor sin derecho puede perder su posesión ante alguien con mejor derecho a poseer, lo que comportará la liquidación de la situación posesoria y la necesidad de determinar quién tiene que pagar los gastos originados durante ese periodo, quién se ha de quedar con los frutos o quién es el responsable de la eventual pérdida de la cosa. En este sentido, el principal efecto de la liquidación posesoria es que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos producidos, a pesar de no tener derecho a poseer el bien (art. 522-3.1 CCCat)<sup>36</sup>.

El *Codi* regula la liquidación de la situación posesoria en los artículos 522-2 al 522-5 CCCat. Estas normas tienen carácter general y, por tanto, cederán ante otras reglas específicas que regulen la liquidación en otros supuestos (usufructo, arrendamiento, etc.)<sup>37</sup>.

### A) *El régimen de los frutos (art. 522-3.1 CCCat)*

El concepto de fruto se establece en el artículo 511-3 CCCat que distingue entre frutos de cosas y frutos de derechos: a) los frutos de cosas son los productos y otros rendimientos que se obtienen de acuerdo con su destino y pueden ser frutos percibidos o pendientes: los frutos percibidos son aquellos que ha adquirido el poseedor al separarlos de la cosa matriz; en cambio, los frutos pendientes son aquellos que continúan formando parte de la cosa matriz. b) Los frutos de derechos son los rendimientos que se obtienen de acuerdo con su destino y los que se producen en virtud de una relación jurídica. Estos frutos se perciben en el momento de su devengo y se consideran producidos por días.

Los frutos se tienen que distribuir entre el poseedor vencido y el vencedor y, en este sentido, es fundamental saber si el poseedor vencido era de buena o de mala fe:

a) Poseedor de buena fe

La buena fe es la creencia justificable de la titularidad del derecho (art. 521-7 CCCat) y se presume siempre. Ahora bien, los efectos de la buena fe cesan a partir del momento en que los poseedores saben, o pueden saber razonablemente, que no tienen derecho a poseer (art. 521-7.3 CCCat), por tanto, en caso de cambio de buena a mala fe, habrán dos periodos diferentes (uno de buena fe y otro de mala fe) con dos regímenes jurídicos diferentes.

En caso de posesión de buena fe, para distribuir los frutos hay que distinguir entre frutos percibidos y frutos pendientes.

- Frutos percibidos: los poseedores de buena fe hacen suyos los frutos percibidos, a pesar de que no tengan ningún derecho sobre el bien. Sin embargo, deben asumir los gastos originados para producirlos, puesto que son una consecuencia lógica de la adquisición de los frutos: el poseedor hace suyos los frutos, pero tiene que asumir los gastos.
- Frutos pendientes: corresponden al poseedor con mejor derecho, pero los poseedores de buena fe tienen derecho a ser indemnizados por los gastos originados para producirlos.

b) Poseedor de mala fe

El poseedor de mala fe no tiene una creencia justificable de la titularidad del derecho y su régimen jurídico es el siguiente:

- Frutos percibidos: los poseedores de mala fe deben restituir los frutos percibidos a partir del día en que se inició la posesión de mala fe o bien su valor (en caso de venta, consumo, pérdida o deterioro de los mismos), pero tienen derecho al resarcimiento de los gastos para obtenerlos.
- Frutos pendientes: el *Codi* no los regula expresamente. En consecuencia, se tiene que aplicar el mismo criterio que en los frutos percibidos: los poseedores no adquieren los frutos pendientes, pero tienen derecho al resarcimiento de los gastos realizados.

En ambos casos se deja abierta la posibilidad para que quién tiene mejor derecho a poseer reclame una indemnización por daños y perjuicios.

B) *El régimen de los gastos y mejoras (art. 522-4 CCCat)*

La liquidación de los gastos y mejoras realizadas sobre el bien depende de la buena o mala fe del poseedor y, además, del tipo de gasto o mejora:

— Gastos extraordinarios de conservación. Los gastos necesarios son los gastos realizados sobre un bien para evitar que este se deteriore, y permiten mantenerlo en su estado normal de utilidad físico, económico y jurídico. Estos gastos se pueden dividir en gastos ordinarios de conservación y gastos extraordinarios de conservación, dependiendo de si estos gastos están relacionados con el uso y el goce del bien por el poseedor o no.

Los gastos ordinarios de conservación son gastos de conservación que suponen una contrapartida por el uso y el goce de la cosa y, por tanto, son a cargo del poseedor; en cambio, los gastos extraordinarios de conservación no están vinculados al uso ni al goce y, por tanto, corresponden al propietario<sup>38</sup>. Así pues, se trata de analizar qué gastos tiene que satisfacer el propietario y qué gastos tiene que satisfacer el poseedor como contraprestación a su uso. Por ejemplo, en un coche, sería gasto ordinario el pago de la gasolina, ya que está vinculado al uso del vehículo que disfruta el poseedor; en cambio, los gastos de reparación en el motor que, de no hacerse, comportarían la rotura del mismo, serían gastos extraordinarios de conservación y, por consiguiente, a cargo del propietario.

Tanto los poseedores de buena fe como los de mala fe tienen derecho a ser indemnizados por los gastos extraordinarios de conservación, ya que son gastos que permiten la subsistencia del bien y los habría tenido que realizar el propietario si no se hubiera producido la situación posesoria.

— Gastos útiles. Son gastos que mejoran la función económica habitual del bien, pero no son imprescindibles para su subsistencia. En el ejemplo del coche, sería una modificación en el motor que permita ahorrar gasolina.

El poseedor de buena fe tiene derecho a ser indemnizado por estos gastos, pero es necesario que estas mejoras o el aumento de valor que han originado subsistan en el momento de la liquidación; en cambio, el poseedor de mala fe no tiene derecho a ser indemnizado por estos gastos. El *Codi* no regula expresamente la liquidación del poseedor de mala fe por gastos útiles; pero se deduce del precepto, ya que solamente regula el derecho de indemnización de los poseedores de buena fe y, por tanto, *a sensu contrario*, los poseedores de mala fe no tendrán derecho a ser indemnizados.

— Las mejoras. Son los gastos suntuarios, de ornamentación o de lujo. Tienen una función estética, pero no productiva. Siguiendo el ejemplo del coche, sería colocar un alerón decorativo o tapizar los asientos, por tanto, sería una mejora puramente estética, sin repercusión en el funcionamiento del vehículo.

El poseedor de buena fe tiene derecho a retirar las mejoras hechas siempre que no se deteriore el objeto sobre el que recaen<sup>39</sup>. Los poseedores de mala fe

también tienen derecho a retirar las mejoras si no se deteriora el objeto, pero quien tiene un mejor derecho a poseer puede hacer suyas las mejoras pagando su valor.

*C) Régimen de responsabilidad por deterioro o pérdida de la cosa o derecho (art. 522-5 CCCat)*

Los poseedores de buena fe no responden del deterioro o pérdida de la cosa o el derecho poseídos salvo que hayan actuado con negligencia o dolo desde el momento en que se les ha notificado la reclamación basada en la posible existencia de un mejor derecho a poseer (art. 522-5.1 CCCat).

Los poseedores de mala fe responden siempre del deterioro o pérdida de la cosa o el derecho poseídos a partir del momento en que se notifica la reclamación basada en un mejor derecho a poseer, incluso en el caso de que dicho deterioro o pérdida ocurra de forma fortuita si ha atrasado maliciosamente la entrega de la cosa a los poseedores legítimos (art. 522-5.2 CCCat)<sup>40</sup>.

## VI. VISIÓN CRÍTICA DE LA POSESIÓN

Históricamente se han dado dos argumentos para justificar la protección de la posesión a partir de dos autores: a) Para IHERING, la posesión se protege porque es la imagen externa de la propiedad, de forma que protegiendo a los poseedores también se protege a los propietarios. b) Para SAVIGNY, su protección se basa en la necesidad de mantener el orden y la paz sociales, para evitar actuaciones de hecho para recuperar la posesión<sup>41</sup>.

Ahora bien, a pesar de que estos argumentos podían ser suficientes en el derecho romano, en el siglo XXI no lo son<sup>42</sup>. Por un lado, la posesión como imagen de la propiedad, no es primordial. En un mundo informatizado, en el que se puede conocer al propietario de la mayoría de los bienes inmuebles con una gran rapidez, la protección de la posesión como imagen de la propiedad es residual. En efecto, tanto el Registro de la propiedad de los bienes inmuebles como el catastro permiten conocer de forma prácticamente inmediata quién es el propietario de unos bienes inmuebles determinados<sup>43</sup>. Sin embargo, alguno de los efectos de la posesión tiene su origen en la idea de que la posesión es la imagen de la propiedad, por ejemplo: la adquisición de buena fe de bienes muebles, las presunciones posesorias o la usucapión<sup>44</sup>.

Por otro lado, el mantenimiento de la paz social, aparece recogido expresamente en el preámbulo que señala: «El presente código protege (la posesión) para preservar la paz civil partiendo de la base de que la posesión debe tener como efecto principal el derecho a continuar poseyendo». Sin embargo, consi-

dero que el mantenimiento de la paz social es una materia propia del derecho penal y no del derecho civil. El derecho penal tiene la misión de proteger a la sociedad de los ataques más graves contra las personas y los bienes, y si una persona roba, hurta o se apropia indebidamente de un bien, la paz social se protege con la imputación penal del autor. Desde esta perspectiva, el propietario que recupera pacíficamente la posesión que detenta otra persona sin derecho no puede ser considerado un ataque a la paz social. ¿Qué produce más alarma social? El hecho de que un propietario que tiene derecho a la posesión recupere una cosa sin vulnerar ninguna norma penal u obligar al propietario que sufre la ocupación de un bien inmueble a esperar unos cuantos años —hasta la resolución del juicio y, en su caso, del recurso de apelación— para recuperar la cosa, con la posibilidad de que esa ocupación se vuelva a repetir en el futuro y con la imposibilidad de cobrar los daños y perjuicios padecidos por la insolvencia de los autores.

La propiedad se define como el poder más grande sobre una cosa. Sin embargo, este derecho absoluto se vacía de contenido en manos de un poseedor sin derecho que ha arrebatado la cosa. Considero que los efectos de la posesión sin derecho deben ser revisados a la baja para adecuarlos a la realidad actual: un mundo informatizado que permite conocer de forma inmediata la titularidad de los derechos reales sobre un gran número de cosas y una justicia excesivamente lenta que no responde con la rapidez necesaria a los ataques contra la propiedad.

El preámbulo del *Codi* señala que, en general, «nunca se otorga protección jurídica a quien actúa de mala fe». Sin embargo, en relación a las acciones posesorias, el poseedor de mala fe también queda protegido en su posesión, incluso frente al verdadero propietario. Además, en relación a la usucapión, el *Codi*, a diferencia del Código Civil español, prescinde de la mala fe del poseedor *ad usucapionem* y le da el mismo trato que al de buena fe.

En concreto, centrándome en la protección posesoria, considero que la protección del poseedor sin derecho con independencia de cualquier otra circunstancia me parece desproporcionada y, personalmente, la encuentro injustificada. Proteger al poseedor sin derecho frente al propietario produce muchos inconvenientes, muchos más que la situación inversa, esto es, proteger al propietario frente al poseedor sin derecho. La propiedad no puede ser un derecho tan débil que pueda ser vulnerado por cualquier persona que adquiera la posesión, ya que esta situación altera el orden jurídico y confiere *de facto* más poder al poseedor sin derecho que al verdadero propietario. Además, si la protección del poseedor respecto al verdadero propietario parece muy discutible, todavía lo es más el hecho de que el detentador (que actúa bajo la dependencia o con la tolerancia del propietario) pueda interponer las acciones de protección posesoria contra el verdadero propietario y poseedor.

De *lege ferenda* creo que se tendrían que revisar algunos de los efectos clásicos de la posesión, especialmente la protección de la propiedad ante un

poseedor sin derecho. En este sentido, es interesante recordar la redacción del Código Civil suizo en su artículo 926: «1. *Le possesseur a le droit de repousser par la force tout acte d'usurpation ou de trouble.* 2. *Il peut, lorsque la chose lui a été enlevée par violence ou clandestinement, la reprendre aussitôt, en expulsant l'usurpateur s'il s'agit d'un immeuble et, s'il s'agit d'une chose mobilière, en l'arrachant au spoliateur surpris en flagrant délit ou arrêté dans sa fuite.* 3. *Il doit s'abstenir de toutes voies de fait non justifiées par les circonstances*».

Para finalizar, cabe destacar que con la regulación del *Codi* el poseedor clandestino o violento no tiene ningún efecto posesorio. La excepción de posesión viciosa del derecho romano está claramente recogida en el artículo 521-2.2 CCCat e impide la protección del poseedor con violencia o clandestinidad<sup>45</sup>. Así, si el poseedor con derecho recupera la cosa del poseedor que la ha obtenido con violencia (o clandestinidad) y este interpone una acción posesoria, el verdadero poseedor podrá oponer la excepción de *possessio vitiosa*<sup>46</sup>.

## CONCLUSIONES

I. Las situaciones de contacto físico con una cosa se pueden clasificar en: posesión, detentación y tenencia no posesoria. La posesión implica unos efectos máximos (presunciones posesorias, usucapión, protección posesoria, adquisición de los frutos y adquisición *a non domino*), la detentación representa una situación intermedia (protección posesoria) y la tenencia no posesoria supone una situación de contacto con el bien que no está protegida por el ordenamiento jurídico y que no tiene consecuencias jurídicas.

II. La posesión es un poder de hecho sobre una cosa o un derecho, ejercido por una persona, como titular, o por medio de otra persona y requiere la conjunción de dos elementos: el *corpus* y el *animus*, es decir, la tenencia material y la voluntad de tener el bien.

III. Si la posesión era la conjunción del *corpus* y del *animus*, la detentación supone la existencia de *corpus*, pero sin *animus* y se define como el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa o un derecho sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho o la tenencia con la tolerancia de los titulares.

IV. Los contactos físicos sobre la cosa que no sean posesión ni detentación se califican como tenencia no posesoria y no tienen consecuencias jurídicas. Entre ellos, destaca la tenencia clandestina o violenta, ya que la posesión no puede adquirirse nunca con violencia mientras los poseedores anteriores se opongan.

V. La principal consecuencia de la posesión de un bien es el derecho a seguir poseyéndolo. Este derecho a poseer se fundamenta en la posesión actual del bien, con independencia del tipo de posesión y con independencia de que se tenga derecho, o no. La posesión se protege con dos acciones judiciales: las acciones de protección posesoria y la acción publiciana.

VI. La propiedad se define como el poder más grande sobre una cosa; sin embargo, este derecho absoluto se vacía de contenido en manos de un poseedor sin derecho que ha arrebatado la cosa. Los efectos de la posesión sin derecho deben ser revisados a la baja para adecuarlos a la realidad actual: un mundo informatizado que permite conocer de forma inmediata la titularidad de los derechos reales sobre un gran número de cosas y una justicia excesivamente lenta que no responde con la rapidez necesaria a los ataques contra la propiedad.

VII. El poseedor clandestino o violento no tiene ningún efecto posesorio. La excepción de posesión viciosa del derecho romano está recogida en el artículo 521-2.2 CCCat e impide la protección del poseedor clandestino o violento. De este modo, si una persona adquirió la posesión con violencia o clandestinidad y un poseedor con mejor derecho se la arrebató, esos tenedores no podrán interponer las acciones de protección posesoria, y si lo hacen, el demandado podrá oponer la excepción de posesión viciosa del actor.

## RESOLUCIONES CITADAS

- SAP de Barcelona de 2 de junio de 2001
- SAP de Barcelona de 18 de mayo de 2010
- SAP de 19 de septiembre de 2013

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2010). *Derecho civil III. Derecho de bienes. Volumen primero. Parte General y derecho de propiedad*. Barcelona: Edisofer, S.L.
- BADOSA COLL, F. (2007). Els sistemes adquisitius a Catalunya. *La Codificació dels Drets Reals a Catalunya. Materials de les XIVenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona, 15-38.
- CASTAN TOBEÑAS, J. (1992). *Derecho civil español. Común y foral*. Madrid: Reus, S.A.
- DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y, BOSCH CAPDEVILA, E. (2008). *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*. Madrid: Marcial Pons.
- ESPIAU ESPIAU, S. (2007). La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del Código Civil de Cataluña. *ACD*, 15-32.
- FERRER RIBA, F. (2007). *Dret civil III*. Barcelona: FUOC.
- FUENTESECA DEGENEFFE, M. (2002). *La posesión mediata e inmediata*. Madrid: Dykinson.
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1967). *La función social de la posesión*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2008). *Derechos reales. Volumen primero. Posesión y propiedad*. Madrid: Dykinson.

- LAUROBA LACASA, E. (2008). Comentario a los artículos 521-1 a 522-8. En *Decanato autonómico de los Registradores de Cataluña. Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Editorial Bosch, pp. 151-250.
- LÁZARO PALAU, C. (2012). Personalitat civil, capacitat i drets de la personalitat. En: A. Lucas Esteve (dir.) *Dret civil català. Vol. II. Persona i família*. Barcelona: JMBosch editor, pp. 41-69.
- PANERO GUTIÉRREZ, R. (2008). *Derecho romano*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E. (2007). *Institucions del dret civil de Catalunya. Volum IV. Drets reals*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P. (2008). En Cataluña, la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, no equivale al título. *Diario La Ley*, núm. 7002, 9-13.
- SERAFINI, F. (1927). *Instituciones de derecho romano*. Madrid: Espasa Calpe.
- STOLFI, N. (1919). *Diritto civile*, vol. II. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- TORRELLES Y TORREA, E. (1994). *La possessió civilíssima y la possessió de l'hereu*. Barcelona: Fundació Jaume Callís.

## NOTAS

<sup>1</sup> CASTAN TOBEÑAS, J. (1992). *Derecho civil español. Común y foral*. Madrid: Reus, S.A., p. 637, considera «como razón histórica de las incertidumbres que dominan la teoría de la posesión, la gran heterogeneidad de los sistemas posesorios dentro de las legislaciones positivas y de las doctrinas. Nos encontramos sobre todo, con las siguientes particularidades: a) Que en el Derecho romano no hubo un concepto fijo de la posesión en todas sus épocas. b) Que la posesión romana fue distinta de la germánica y de la canónica. c) Que la concepción moderna de la posesión no es la misma en todas las legislaciones, y es resultado de la combinación de elementos históricos muy variados. d) Que no siempre la doctrina científica moderna guarda correspondencia con los diversos Derechos positivos, ya que la atención de los expositores de la teoría de la posesión... se han consagrado al Derecho romano y, por otra parte, los Códigos han solidado regular la posesión al margen de aquel gran movimiento de estudios doctrinales».

<sup>2</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. (2008). *Derechos reales. Volumen primero. Posesión y propiedad*. Madrid: Dykinson, p. 21.

<sup>3</sup> FERRER RIBA, F. (2007). *Dret civil III*. Barcelona: FUOC, p. 23. (en catalán en el original).

<sup>4</sup> PANERO GUTIÉRREZ, R. (2008). *Derecho romano*. Valencia: Tirant lo Blanc, p. 347. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Op. cit.*, Madrid: Reus, S.A., 1992, p. 640, reconoce que de este concepto se desprenden «tres notas que constituyen el concepto científico de la posesión: 1.ª La posesión implica una relación del hombre con la cosa. 2.ª Esta relación es de poder o dominación. 3.ª Esta dominación es de hecho, efectiva, sin prejuzgar la cuestión de si lleva también la titularidad de dominio». Este autor añade, p. 642: «No debió existir en las sociedades primitivas una relación posesoria distinta del derecho de propiedad. Propiedad y posesión eran una misma cosa. El hecho, la apariencia del derecho, era el derecho mismo. Con el tiempo debió de aparecer la distinción con respecto a los bienes muebles, en los cuales se vio que se podía detentar la cosa y, sin embargo, no tener la propiedad sobre ella».

<sup>5</sup> ALBALADEJO, M. (2010). *Derecho civil III. Derecho de bienes. Volumen primero. Parte General y derecho de propiedad*. Barcelona: Edisofer, S.L., p. 41, afirma: «Dicho poder debe ser entendido, no en un sentido de poder físico actual (como tener la cosa cogida con la mano, o junto a nosotros, de manera que esté a nuestro alcance y disposición), sino en el sentido de hallarse bajo el señorío efectivo de nuestra voluntad... O sea, para juzgar

sobre la existencia o falta de poder de hecho, hay que rechazar un criterio de pura tenencia material, pues: 1.º Por un lado esta es, por sí sola, insuficiente... 2.º Y, por otro lado, el contacto corporal no es necesario».

<sup>6</sup> LAUROBA LACASA, E. (2008). Comentario a los artículos 521-1 a 522-8. En *Decanato autonómico de los Registradores de Cataluña. Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Editorial Bosch, p. 156, dice que «la dominación se define como tenencia material y, más precisamente —puesto que no puede exigirse una tenencia efectiva ininterrumpida— como posibilidad de actuar, como potencia... y opone como elemento correlativo la abstención de terceros, la ausencia de obstáculos que impidan actuar sobre la cosa».

<sup>7</sup> ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 43.

<sup>8</sup> Sin embargo, FUENTESECA DEGENEFEE, M. (2002). *La posesión mediata e inmediata*. Madrid: Dykinson, p. 50, considera que «parece mayoritaria la opinión de los romanistas que sostienen que la noción del *animus* en la posesión ha de entenderse en el sentido de *animus possidendi* ya que dicha expresión encuentra apoyo en las fuentes, rechazando, de este modo, la opinión de Savigny que proponía denominarlo *animus domini*».

<sup>9</sup> CASTÁN TOBENAS, J., *op. cit.*, p. 672, en relación a la concepción objetiva, considera que de esta teoría se deriva la siguiente consecuencia: «puesto que el *corpus* lleva implícito el *animus*, toda detentación, aunque sea por otro, comprende ambos elementos, o, lo que es igual, toda detentación es posesión». Desde esta perspectiva y, considerando que el Código distingue entre posesión y detentación, parece evidente que esta no es la postura recogida en el Código Civil de Cataluña.

<sup>10</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, p. 33.

<sup>11</sup> En este sentido, la mayoría de romanistas configuran la posesión como un hecho, por ejemplo: KASER, M. (1971). *Das römische Privatrecht*, München: Verlag C.H. Beck, p. 384 o IGLESIAS, J. (1972). *Derecho romano*. Esplugas de Llobregat: Ariel, p. 311, que afirma: «*Possessio* es la señoría o dominación de hecho sobre una cosa. Entre posesión y propiedad media la diferencia que corre entre el hecho y el derecho. De ahí las advertencias de los juristas: *separata esse debet possessio a proprietate; nihil commune habet proprietatis cum possessione; nec possessio et proprietatis misceri debent*».

<sup>12</sup> TORRELLES Y TORREA, E. (1994). *La possessió civilíssima y la possessió de l'hereu*. Barcelona: Fundació Jaume Callís, p. 17, en relación al Código de sucesiones afirma que «el llamado, para continuar en la *universitas ius* del causante, tiene que realizar dos actos: por un lado aceptar, para adquirir la titularidad de los bienes y derechos de la herencia, y por otra, tomar materialmente los bienes para adquirir la posesión (puede ser que el heredero haya repudiado la herencia, y en este caso, no habrá necesitado tomar posesión de los bienes). El hecho que la posesión no se transmita con la aceptación... se considera una de las características típicas del llamado sistema romano» y añade: «En el llamado sistema romano, con la aceptación se transmite el *ius* del causante, en cambio, la posesión de los bienes se considera un hecho, una relación de hecho con la cosa, y por tanto hace falta una aprehensión de los bienes». (en catalán en el original).

<sup>13</sup> BADOSA COLL, F. (2007). Els sistemes adquisitius a Catalunya. *La Codificació dels Drets Reals a Catalunya. Materials de les XIVenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona, p. 23, afirma que el concepto posesorio «identifica el derecho cuyo contenido se ejerce de facto en la posesión de una cosa o derecho. (en catalán en el original).

<sup>14</sup> FUENTESECA, C., *op. cit.*, utiliza «la idea de la división de la posesión en funciones» (p. 218) y subraya (p. 35) que en la posesión dividida en funciones: «La posesión se reparte entre varios sujetos, siendo cada uno de ellos poseedor del aspecto concreto de la posesión que se le atribuya. Por ello, cabría afirmar que todos los partícipes son poseedores ya que cada uno desarrollará la función que le corresponda dentro de una única posesión».

<sup>15</sup> LAUROBA LACASA, E., *op. cit.*, p. 158, afirma: «El concepto posesorio... da respuesta a la pregunta ¿cómo se posee? Ubica el poder de hecho en uno de los tipos que identifican

alguno de los derechos posesorios con independencia de que el sujeto tenga derecho a poseer o no».

<sup>16</sup> Para ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 49, «por posesión de un derecho se entiende el tener de hecho el poder en que el derecho consiste. Es decir, señorear de hecho, como si se tuviese el derecho, el objeto sobre que este recaiga» y añade, p. 51, que «la posesión de un derecho no es un poder de hecho sobre este (es decir, no es el derecho el objeto del poder de hecho), sino un poder de hecho sobre el objeto del derecho». En contra, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. (1992). *La posesión el usufructo y la prenda de derechos*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., p. 10, considera lo siguiente: «La posesión de un derecho subjetivo no es tanto una posesión de la cosa corporal sobre la que recae el derecho (dentro de los límites que este tiene según el tipo a que pertenece) como un fenómeno similar, pero no idéntico, al de la posesión de cosas materiales». Y en consecuencia añade, p. 11, que la posesión de derechos «consiste en el ejercicio de un hecho efectivo de un derecho del que no se es titular...alguien ejercita un derecho como si lo tuviera, sin tenerlo. Si además lo tiene, no cabe hablar de posesión del derecho, sino de titularidad del mismo».

<sup>17</sup> FUENTESECA, C., *op. cit.*, p. 186, afirma: «Varios autores entienden que la finalidad de la posesión mediata e inmediata la cumple en nuestro ordenamiento jurídico la posesión de derechos. En este sentido, HERNÁNDEZ GIL mantiene que «El arrendatario... es... (art. 432), un poseedor de la cosa; en tanto el arrendador queda replegado a la condición de poseedor del derecho».

<sup>18</sup> Para ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 52, «Mas ni siquiera cabe la posesión de todos los derechos patrimoniales, sino solo la de aquellos susceptibles de ejercicio que pueda ser (al menos potencialmente) reiterado, pues, si no, no es posible tener sobre su objeto un poder, de hecho, duradero, sino únicamente un poder de hecho que se agotaría en un solo acto».

<sup>19</sup> PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E. (2007). *Institucions del dret civil de Catalunya. Volum IV. Drets reals*. Valencia: Tirant lo Blanc, p. 80, indican: «En general, titular es aquella persona que ejerce el poder de hecho que le autoriza el título que le permite la posesión de la cosa o del derecho» (en catalán en el original). Para ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 61, «la posesión en concepto de titular o de no titular, no requiere que realmente la titularidad pertenezca o no al poseedor, y ni siquiera que este crea que le pertenece (esto es cuestión que solo interesa para juzgar si posee o no de buena fe) o no; basta con que posea o no como propios la cosa o el derecho».

<sup>20</sup> SERAFINI, F. (1927). *Instituciones de derecho romano*. Madrid: Espasa Calpe, p. 305, afirma: «La posesión puede también adquirirse por medio de un representante. Para que esto suceda se requiere, en general, que concurra la voluntad del adquirente. Existen empero algunos casos excepcionales en los que la posesión se adquiere aún sin dicha voluntad». Este autor indica los siguientes supuestos: a) Con voluntad del representado: supone la posesión de los bienes que un tercero tiene en su poder y se requiere: por un lado, que el representante tenga la intención de poseer en nombre del representado y, por otro lado, que el representado tenga la voluntad de poseer el bien del representante. b) La posesión sin voluntad del representado, son los casos de representación en las personas jurídicas o en los representados legales de las personas físicas sin capacidad de obrar plena.

<sup>21</sup> FUENTESECA, C., *op. cit.*, p. 221, considera que en estos casos se manifiesta «el llamado edificio posesorio. En este sentido, por ejemplo, el subarrendatario sería poseedor inmediato, el arrendatario ocuparía la posición de poseedor mediato de primer grado, el usufructuario que arrendó sería el poseedor mediato de segundo grado y, por último, el nudo propietario sería el poseedor mediato de tercer grado. En consecuencia se trata de ir sumando o añadiendo grados cuanto mayor sea la distancia entre el poseedor inmediato y el mediato».

<sup>22</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.*, p. 88.

<sup>23</sup> En este sentido, la SAPB (sec. 14.ª) de 2 de junio de 2001 establece que «frente a un ataque de hecho contra la posesión o tenencia de una cosa o derecho, poco importa que el mismo provenga de un tercero o de un coposeedor; puesto que estos no han de gozar en su legítimo actuar de mejor derecho que los terceros».

<sup>24</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, p. 671, afirma: «Los meros detentadores, al no tener o no poder tener la intención de tener la cosa como propia, la poseían para otro (*nomine alieno*), y por esta razón no tenían en Derecho romano —salvo casos excepcionales— la protección de los interdictos». En este sentido, LAUROBA LACASA, E. *op. cit.*, p. 160, apunta: «En el CCC la “detentación” ... se presenta ajena a la manifestación de un derecho, pero ajena también a una voluntad que permita dar autonomía a su *ius possessionis*».

<sup>25</sup> DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E. (2008). *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*. Madrid: Marcial Pons, p. 43.

<sup>26</sup> LÁZARO PALAU, C. (2012). Personalitat civil, capacitat i drets de la personalitat. En: A. Lucas Esteve (dir.) *Dret civil català. Vol. II. Persona i família*. Barcelona: JMBosch editor, p. 49. (en catalán en el original).

<sup>27</sup> PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *op. cit.*, p. 99, consideran que «la violencia unida a la carencia de actividad del poseedor, permite adquirir la posesión, si bien la ilegitimidad de la forma adquisitiva la somete al plazo durante el cual el poseedor desnudado puede ejercer las acciones posesorias» (en catalán en el original).

<sup>28</sup> En los *Treballs preparatoris del Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya*, p. 53, se dice lo siguiente: «Es obvio que la violencia no puede justificar la adquisición de la posesión. Sin embargo, si la violencia acaba triunfando y la posesión acontece pacífica, el usurpador se convierte en poseedor de la cosa» (en catalán en el original).

<sup>29</sup> Otros casos similares son los siguientes: el legatario (art. 427-22.4 CCCat) o el albacea (art. 429-8 CCCat). Se puede discutir si estos casos suponen una adquisición originaria o derivativa, personalmente, creo que la adquisición deriva del causante y, por esta razón, prefiero hablar de adquisición derivativa.

<sup>30</sup> ALBALADEJO, M., *op. cit.*, afirma, p. 100: «Realmente no se trata de acciones diferentes, una de retención y otra de recobro, sino de que el interesado tiene la posibilidad general de defender su posesión contra cualquier ataque o despojo».

<sup>31</sup> PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *op. cit.*, p. 101, dicen: «Se trata de juicios de carácter sumario, la finalidad de los cuales es la restauración a la situación anterior al acto de perturbación o privación producidos. En estos procedimientos no se discute, por tanto, el derecho que nadie tenga a seguir poseyendo, sino que lo único que se pretende es devolver las cosas a la situación en que se encontraban antes de que se hubiera producido el acto obstaculizador en la posesión» (en catalán en el original).

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P. (2008). En Cataluña, la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, no equivale al título. *Diario La Ley*, núm. 7002, p. 12, afirma que «el artículo 464 del Código Civil establece una regla posesoria abstracta; no obstante... esa abstracción... se funda en que juega sin necesidad de que el poseedor deba acreditar título alguno. El poseedor de buena fe debe poder ser considerado como propietario real, correspondiendo la carga de probar la pérdida o privación ilegal a quien alegue esa misma titularidad. Por tanto el CCCat añade dos exigencias adicionales: que exista título (que el poseedor debe acreditar) y que, además, sea oneroso».

<sup>33</sup> ESPIAU ESPIAU, S. (2007). «La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del Código Civil de Cataluña». *ACD*, p. 18.

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA P., *op. cit.*, p. 13, considera que «como sucede en otros casos de protección de la apariencia (art. 34 de la Ley Hipotecaria, 85 del Código de comercio, 9 de la Ley del Mercado de Valores, etc.) concurren aquí dos intereses: el del propietario que puede verse privado de su derecho y el del adquirente que se basa en determinada apariencia, en este caso posesoria. E igual de injusto que privar al propietario de su derecho resulta que quien adquiere un bien basándose en la apariencia, sea posteriormente, por causas que desconocía, privado de él. Es por ello falaz la contraposición entre justicia y seguridad: esta es un componente esencial de aquella».

<sup>35</sup> DEL POZO CARRASCOSA, P., *op. cit.*, p. 50.

<sup>36</sup> ALBALADEJO, M., *op. cit.*, afirma, p. 110, que «hay que señalar que los efectos de cada posesión dependen del concepto en que se posea la cosa (o derecho) de que se trate.

Así, el que posea una como acreedor pignoraticio o como comodatario o como depositario, no adquiere los frutos de la misma, mientras que sí los adquiere el que la posea de buena fe en concepto de dueño (aunque realmente no lo sea).

<sup>37</sup> PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *op. cit.*, p. 106, consideran que estas normas «no se aplican cuando la liquidación posesoria tenga sus concretas normas, por tratarse de una institución la liquidación de la cual se encuentra regulada expresamente en el Código Civil catalán o en otras Leyes. Esto sucederá, por ejemplo, en la liquidación del usufructo, de los arrendamientos, especialmente el rústico, la restitución de la herencia sujeto a fideicomiso, el derecho de retención (art. 596-6.2) etc.» (en catalán en el original).

<sup>38</sup> DEL POZO CARRASCOSA, P., *op. cit.*, p. 53, afirma: «Este precepto no hace referencia alguna a los gastos de conservación «ordinaria», es decir, los gastos de conservación que se originan en una situación de normalidad en relación con el uso de la cosa, o por el simple paso del tiempo. El criterio del legislador catalán es, pues, que estos gastos deben ser asumidos por el poseedor, sin duda por entender que los gastos de conservación ordinaria son una contrapartida del uso de la cosa y de los frutos que de la misma obtuvo el poseedor».

<sup>39</sup> FERRER RIBA, F., *op. cit.*, p. 39, recuerda que «el poseedor vencido puede ejercer el *ius tollendi* y retirar las mejoras subsistentes, en lugar de reclamar el pago» (en catalán en el original).

<sup>40</sup> PUIG I FERRIOL, L. y ROCA I TRIAS, E., *op. cit.*, p. 112, afirman que para la correcta interpretación de este precepto «tendremos que concluir que a partir del momento en que es interpelado, el poseedor de mala fe responde de los daños sufridos por la cosa o el derecho poseídos y además, los ocasionados por caso fortuito, pero en este último caso, solamente si ha retrasado maliciosamente la entrega de la cosa la posesión de la cual se discute, pero no responderá de los daños ocasionados antes de la interpelación» (en catalán en el original).

<sup>41</sup> FERRER RIBA, F., *op. cit.*, p. 34, considera: «La regulación de los interdictos, denominados por la legislación procesal acciones de “tutela sumaria de la tenencia o de la posesión” (art. 250.1 núm. 4 LEC) está vinculada al mantenimiento de la paz social. La preservación de esta paz implica que no se pueda recurrir a la fuerza para obtener o recuperar la posesión de los bienes, aunque la persona que los tenga no tenga ningún derecho, e incluso, aunque los hubiera obtenido por medios reprobados por el ordenamiento» (en catalán en el original).

<sup>42</sup> HERNANDEZ GIL, A. (1967). *La función social de la posesión*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 90, afirma: «No se trata de repudiar los esquemas tradicionales romano-germano-canónicos. Se trata tan solo de ver hasta qué punto siguen siendo receptores de la realidad social».

<sup>43</sup> STOLFI, N. (1919). *Diritto civile*, vol. II. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, p. 10, señalaba hace casi un siglo la «tendencia de las legislaciones más recientes y progresivas, a dar tal eficacia al Registro territorial que llegue a arrebatar al instituto de la posesión su razón de ser».

<sup>44</sup> DEL POZO CARRASCOSA, P., *op. cit.*, p. 47, considera que «la posesión se puede considerar como un mecanismo de publicidad de un derecho sobre un objeto o, mejor aún, de una apariencia de derecho. Además no olvidemos que esta apariencia puede acabar convirtiéndose efectivamente en un derecho, a través de la usucapión (art. 522-6)».

<sup>45</sup> MIGUEL, J. (1995). *Dret privat romà*. Madrid: Marcial Pons, p. 211, recuerda que algunos interdictos «contenían el *exceptio vitiosae possessionis*, que solo era beneficiosa ante el adversario. Es decir, el pretor no mantenía la posesión al adversario que hubiera arrebatado al otro la cosa por la fuerza (*vi*), que la poseyera clandestinamente (*clam*) ante el otro o que la tenga en precario del otro (*praecario*). Esta posesión «*vi, clam vel precario*» ahora llamada *possessio vitiosa*». (en catalán en el original). Ahora bien, como hemos visto, el *Codi* solamente exceptúa la posesión adquirida con violencia y clandestinidad y excluye de esta excepción el precario.

<sup>46</sup> LAUROBA LACASA, E., *op. cit.*, p. 238, afirma que «algún autor ha sostenido que con la LEC/2000 el poseedor que despoja a otro de su posesión con violencia, de manera clandestina o que tiene una posesión precaria no puede triunfar en un interdicto de recuperar

que ejercite frente a quien despojó o contestó si este a su vez le despoja». Y añade citando a PABLO: «Ahora, en efecto, no hay obstáculo procesal que impida que el demandado alegue, como excepción al interdicto, la posesión viciosa del actor (PABLO, 291)».

*(Trabajo recibido el 4-9-2015 y aceptado  
para su publicación el 20-10-2015)*