**TEMA 44. LA POSESIÓN. CLASES DE POSESIÓN. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN. EFECTOS DE LA POSESIÓN DURANTE EL EJERCICIO Y AL CESAR EN LA MISMA. LA TUTELA DE LA POSESIÓN**

# LA POSESIÓN

La teoría jurídica de la posesión ha sido calificada ya desde antiguo como un “insoluble enigma”, siendo en este sentido célebre la frase de Ihering afirmando que la posesión es el juguete que el hada madrina ha colocado en la cuna del Derecho para martirio de los juristas”. Por dos razones básicas:

. En su disciplina normativa confluyen normas de muy distintos orígenes (romano, canónico, la Gewere germánica, y elaboraciones del derecho común).

. Porque, como advierte Díez Picazo, cuando se habla de posesión se alude a una serie de situaciones jurídicas no homogéneas que permiten demandar cierta protección y producen unos efectos, pero sin que sea posible un esquema unitario. Cabe por ej distinguir:

- ***ius possidendi*.**  Posesión como facultad dominical (en gral, del titular del dº).

- ***ius possesionis***. Posesión por persona distinta del titular del derecho, bien porque el titular se haya desposeído de ella voluntariamente, bien porque haya sido desposeído involuntariamente. A ella principalmente nos referimos en este tema.

Por ello, más que enunciar un único concepto de posesión, es preferible exponer las dos principales posiciones que han existido sobre la misma.

\* Una subjetiva plasmada en el Code francés, parte del derecho romano en el que se definía como "deténtio réi corporális cum ánimo síbi habéndi". De esta forma, se considera que es necesario:

· un elemento material o corpus que implica detentación de la cosa o disfrute del derecho, que se concibe como poseíble desde la época justinianea;

· un elemento espiritual o animus de tener la cosa o el derecho para sí

\* En contra, la posición objetiva plasmada en el BGB considera que toda detentación es posesión, en cuanto implica el ánimo de servirse de la cosa.

Señala CASTAN que nuestro CC se inspira en gran parte en la distinción corpus y animus, pero en el ámbito de la protección posesoria identifica posesión y detentación, protegiendo toda clase de posesión, ya sea en nombre propio o ajeno, en concepto o no de dueño, civil o natural.

**Naturaleza jurídica**. **Posesión como hecho o como derecho.** Esta polémica sobre la naturaleza jurídica arranca del Derecho romano, en el que Paulo mantuvo que la posesión era un hecho y Papiniano que era un derecho. En nuestra patria:

.

- Sin embargo, la mayoría de la doctrina, en posición intermedia, considera que la posesión nace como un hecho en cuanto poder fáctico y se desenvuelve como un derecho real en cuanto posibilidad de seguir poseyendo.

1. **La posesión como hecho.** La posesión es un hecho jurídico porque se basa en circunstancias materiales y porque se protege sin consideración al derecho del que sea apariencia y aun en el caso de que sea injusta.

. ROCA SASTRE y NUÑEZ LAGOS consideran que es un hecho, en cuanto se basa en circunstancias materiales, protegiéndose sin consideración a que exista o no derecho

. En este sentido HERNANDEZ GIL define la posesión como "señorío de hecho sobre una cosa que exterioriza un derecho, existente o no.

Art. 5 LH Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles

**Art. 521-1 CC Cataluña  La posesión es el poder de hecho sobre una cosa o un derecho**…

2. **La posesión como derecho subjetivo**. Defendida por IHERING, quien partiendo de su concepto de derecho subjetivo, la considera un "**interés jurídicamente protegido**". Es la tesis mayoritaria. Argumentos:

. Tiene las características de los derechos subjetivos.

. Se puede transmitir a terceros y los simples hechos no se transmiten.

. No precisa contacto material con la cosa.

. Es tutelada por el OJ, aún contra el verdadero propietario.

PEÑA considera que la posesión es un verdadero derecho real, en cuanto reúne los requisitos internos y externos propios de dichos derechos, que se deducen del art. 430 y 446 respectivamente

3. **Tesis intermedia.**

**.** Teoría de la doble naturaleza (SAVIGNY). La posesión en sí misma no pasa de ser un hecho, pero dados los efectos jurídicos que produce hay que considerarla también como un derecho.

. **La posesión como derecho real especial**. La posesión es un **derecho real**, pues se dan en ella los elementos interno y externo, pero de **naturaleza particular** pues es objeto de una protección meramente provisional.

# CLASES DE POSESIÓN

**POSESIÓN NATURAL Y POSESIÓN CIVIL**

Art. 430 “posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derechos como suyos”.

. **Posesión natural**. Solo requiere "*corpus*" o tenencia.

. **Posesión civil**. Exige, además el "*animus*" o intencionalidad.

**Consecuencias de la distinción.** MARITNEZ ABARCA cree que el art. 430 no hace una distinción, sino que da **dos acepciones de la palabra posesión**:

* **Una amplia y genérica. Posesión natural o detentación** que solo sirve para delimitar el ámbito de aplicación de los interdictos.
* **Otra estricta o técnica. Posesión civil** que es la única que produce efectos específicos:

. Presunción de título

. Posibilidad de adquirir por usucapión ordinaria

**POSESIÓN EN NOMBRE PROPIO Y POSESIÓN EN NOMBRE AJENO**

Art. 431 “la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, o por otra en su nombre”.

· **El** **poseedor en nombre propio** es el que actúa por sí y para sí, y tanto si es poseedor en concepto de dueño, como en un concepto diferente.

· En la **posesión en nombre ajeno**, es posible distinguir:

+ El **representante del poseedor** no es un verdadero poseedor, sino que realiza actos posesorios en nombre ajeno.

+ El **servidor de la posesión** es una persona vinculada con el poseedor en virtud de una relación jurídica, que le convierte en puro instrumento de posesión. El servidor de la posesión no es nunca un auténtico poseedor, y por tanto, no dispone de las acciones posesorias que corresponden siempre a su principal.

*La figura del Besitzdiener (servidor de la posesión), como en Alemania, plantea la duda de si tiene o no que actuar abiertamente en su calidad de tal (****offenkundig****) –lo que nos remite a la contemplatio domini y rpton indirecta, tema 24-*

**POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO Y EN CONCEPTO DIFERENTE**

**Art. 432 “la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona"**

La doctrina discute si se trata de una clasificación diversa a la del art. 430.

+ ESPIN. ALBALADEJO. **Ambos preceptos son equivalentes** "posesión en concepto de dueño" hay que entenderla como referencia al dominio y a cualquier otro derecho susceptible de posesión (como titular del mismo).

+ DE BUEN, CASTAN. **No son equivalentes**,

* **Posesión en concepto de dueño**. En concepto de propietario.
* **Posesión en concepto distinto.** Como poseedor civil de un derecho, pero reconociendo el dominio en otra persona (vgr. en concepto de arrendatario u usufructuario).

**POSESIÓN MEDIATA E INMEDIATA** Se basa esta distinción en el Art. 432 CC. El **poseedor mediato posee la cosa por medio del poseedor inmediato**, que es la persona que, por estar ligada por una relación jurídica con aquel, se halla en contacto directo con la cosa:

. A ambos les corresponderá el amparo de los interdictos, como defensas de sus respectivas situaciones de hecho.

. En los conflictos internos entre poseedor mediato e inmediato, éste debe ser preferido en la defensa interdictal, sin perjuicio de que el mejor derecho de uno o de otro se haga valer por otros medios.

**POSESIÓN DE BUENA Y MALA FE.** La buena fe tiene un **doble aspecto:**

- **Positivo o de creencia**. Art. 1950: “la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio”.

- **Negativo o de ignorancia**. Art. 433: “se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en caso contrario”

Como complemento (presunciones):

Art. 434 “La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba”.

Art. 435 “La posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente”.

Art. 436 “Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió mientras no se pruebe lo contrario“.

**POSESIÓN VIOLENTA, TOLERADA Y CLANDESTINA** *(como en la usucapio: nec vi, nec clam, nec precario)*

Art. 441 “en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente”.

Art. 444 “los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión”.

· MORALES considera que ex este art. no cabe adquirir la posesión a través de dichos actos, pues queda viciada eternamente, y en ningún caso se podrá hablar de situación posesoria sino de mera tenencia.

· En contra, en posición que parece ser mayoritaria, señal ALBALADEJO que dicho precepto no se refiere a la adquisición sino a la conservación de la posesión ya que el despojante, en estos casos adquiere la posesión si bien el despojado podrá recuperarla en el plazo de 1 año ex art. 460.4.

En cualquier caso, esta posesión clandestina u violenta no es apta para la usucapión, pues ésta debe ser “en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida”.

**POSESIÓN EXCLUSIVA Y COPOSESIÓN**

* **La posesión exclusiva**, es la que se tiene o ejercita por una sola persona (sea ésta individual o jurídica).
* **La coposesión**, es la que se produce cuando varias personas tienen la cosa o ejercitan el derecho, pro indiviso, como si efectivamente les perteneciera.

Art. 445 “La posesión, como hecho, no pueden reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión. Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual, si resultaren dos poseedores, el más antiguo; si las fechas de las posesiones fueren las mismas, el que presente título; y si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito o guardia judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes”

También se refiere a ella el 450 relativo a la **presunción de posesión exclusiva de los partícipes durante la comunidad.**

**POSESIÓN *CIVILÍSIMA*.** Es aquella posesión que no necesita actos o hechos de posesión material, sino que se entiende transmitida y adquirida por ministerio de la ley. Como manifestaciones suelen citarse:

-Adquisición de la posesión de los bienes hereditarios. 440

-Porción de cada comunero. Art. 450

-La llamada “posesión incorporal del despojado”. Art. 460.4.

# ADQUISICIÓN

ELEMENTOS PERSONALES**.**

. **Sujetos**. Puede ser poseedor **cualquier persona, física o jca.** (art. 38 Cc).

Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.

. **Capacidad**.

**Art. 443: “Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor”.**

Ahora bien, al menos es necesaria una mínima **capacidad de discernimiento**.

. ***Animus possidendi***. Voluntad de ser poseedor. Se admite la llamada “inversión de la posesión”: una posesión iniciada en concepto distinto del de dueño puede convertirse en posesión en concepto de dueño o viceversa. Ahora bien, para ello no basta el animus, sino que debe exteriorizarse adecuadamente.

ELEMENTOS REALES

**\* Objeto**.

Art 437 CC: “Pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación”.

Quedan, por tanto, excluidas de la posesión las cosas que están fuera del comercio, como las cosas comunes y los bienes demaniales.

A la posesión se denomina “cuasiposesión”:

. Algunos autores, como MARTÍN PÉREZ, entienden que sólo cabe la de los derechos reales, como lo demuestra que sólo éstos son susceptibles de usucapión. Otros, como ALBADALEJO, la admiten también respecto de los patrimoniales, siempre que sean susceptibles de ejercicio duradero.

. Aún dentro de los derechos reales, no podrán ser objeto de posesión los que no admitan un ejercicio continuado y externo. Por ello la doctrina suele excluir del ámbito de la posesión la hipoteca y las servidumbres que no sean continuas y aparentes, existiendo notables dudas sobre el derecho de prenda.

*DIEZ PICAZO por su parte entiende que son derechos susceptibles de apropiación todos los derechos que llevan consigo posibilidades de actuación sobre las cosas.*

\* ***Corpus possesionis***. Tenencia de la cosa o disfrute un derecho.

ELEMENTOS FORMALES

**Modos adquisición**.

Art. 438 “La posesión se adquiere por ocupación de la cosa o del derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho”.

Este art. según PELLA FORGAS, se refiere a los distintos modos por los que el sujeto puede **entrar en contacto con la cosa**. Son los siguientes: - **Aprehensión real / Aprehensión ficticia /** **Por disposición legal.** El CC alude a los ss.

**Especialidades de la adquisición por medio de representante**.

Art. 439 “Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disfrutarla, por su rep. legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique".

**Adquisición de la posesión por título hereditario**.

Art. 440 CC: “La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia. El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento”.

Es un precepto de claro tinte germánico, que produce a favor del heredero la llamada posesión civilísima, en los términos ya vistos. Se recoge en él la succesio possesionis o continuación de una misma posesión distinta de la accessio possesionis o unión de posesiones distintas recogida en el art. 1960.

El Código, fundándose en que la buena y mala fe son cualidades subjetivas, establece

Art. 442 “El que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que le afectaban; pero los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante".

# y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

Como categoría intermedia entre la adquisición y pérdida de la posesión, según HDEZ. GIL, hay que hablar de CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN en aquellos casos en que la misma se tiene **"*solo animus*",** esto es, aun faltando el corpus.

. En contra, cierto sector doctrinal entiende que la conservación de la posesión es una categoría sin entidad propia, pues la posesión conservada es la adquirida y no perdida.

. HERNANDEZ GIL aboga por el mantenimiento de esta categoría por razones históricas y también por existir en el CC preceptos específicos relacionados con la misma como el art. 444 (ya visto) 461, 462, 465 y 466. Este autor señala como ejemplo de conservación de la posesión, aparte del **art. 460-4** que luego vemos (**"posesión incorporal del despojado"):**

· Art. 461: “la posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero”.

· Art. 462 “La posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida, ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción a lo dispuesto en la L H".

· Art.463 "Los actos relativos a la posesión, ejecutados o consentidos por el que posee una cosa ajena como mero tenedor, para disfrutarla o retenerla en cualquier concepto no obligan ni perjudican al dueño, a no ser que éste hubiese otorgado a aquel facultades expresas, para ejecutarlos o los ratificare con posterioridad.

· El **art. 464**. Estudia a las **adquisiciones a "*non domino*"** que se estudian en otro tema.

· **Art. 465 “los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder; los domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos, si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor”.**

RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN

Puede tener lugar:

**Por acto privado** Vgr. devolución voluntaria

Por **Acto de autoridad**. Vgr. Tutela sumaria posesión.

**Efectos**

**Art. 466 “El que recupera, conforme a derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha disfrutado sin interrupción”**

**Pérdida de la posesión**

Art. 460 “El poseedor puede perder su posesión:

1º Por abandono de la cosa.

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

3º Por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio.

4º Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”.

*Examen especial del nº 4 del art. 460*

. De este último apartado se deduce que hasta que transcurre el año, hay dos posesiones sobre un mismo objeto. Ello parece contradecir el principio ya señalado de que la “posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas” (**445**).

Pero la **contradicción es sólo aparente**, pues no se enfrentan dos posesiones de hecho, sino una de hecho (la nueva) y otra (antigua) que se llama posesión incorporal, estando este poseedor incorporal facultado para pedir la restitución.

. Este precepto hay que ponerlo en relación con otros textos legales que, al tratar de la extinción de las acciones posesorias, parecen contener idéntica norma.

. Art. 1968 “Prescribe por el transcurso de un año la acción para recobrar o retener la posesión”

. Art. **439 LEC**, que dispone que no se admitirán las demandas que pretendan retener o recobrar la posesión si se interponen transcurrido el plazo de un año a contar desde el acto de la perturbación o el despojo “***1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:… 4.º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute***”)

Perez GONZÁLEZ Y ALGUER opinan, sin embargo, que el art. 460 nº 4 no responde a la misma idea de estos preceptos, pues mientras el 1968 CC se refiere a la prescripción extintiva de las acciones y la LEC al plazo de caducidad de la demanda interdictal posesoria (conste que hoy la LEC ya no habla ya de “interdicto” sino de TUTELA SUMARIA DE LA POSESION), aquel alude a la extinción de la relación posesoria en sí.

EFECTOS DE LA POSESIÓN DURANTE SU EJERCICIO

Durante su ejercicio, la posesión tiene un efecto legitimador, lo cual se manifiesta en:

**Posibilidad de adquirir la cosa o derecho por usucapión**

Art. 447: “Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio”.

Según la STS 23 III 2001, el fiduciario no posee en concepto de dueño, lo que también afecta a sus herederos según los arts 436 y 661 CC.

**Presunciones legales.** La protección del estado posesorio es otro efecto, el cual se lleva a cabo mediante la tutela judicial

. sumaria (medios interdictales), pues “no producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión” (art 447 LEC)

. y plenaria -no interdictales, a los que nos referiremos en el último epígrafe-)

y a través de las presunciones posesorias.

Arts.434, 435 y 436 vistos.

**Art. 448 “ El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede ser obligar a exhibirlo”**

Ahora bien, esta presunción no opera a efectos de la usucapión ordinaria en la que ***el justo título debe probarse y no se presuma nunca*** (art. 1954, lo que justifica Castán por el carácter ofensivo de la usucapión). Se entiende sin perjuicio del Art. 1954 que para la usucapión exige la prueba del título.

Art. 449 “La posesión de cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella mientras no conste o se acredite que deban ser excluidos”

Art. 450: “Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión. La interrupción en la posesión del todo o parte de una cosa poseída en común perjudicará por igual a todos”.

Art. 459 “ El poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario”.

**Art.466**. Recuperación (se dice luego… o ahora, para que no se olvide luego)

Art. 38 LH … De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.

Y AL CESAR EN LA MISMA

La regulación del Código Civil distingue si hay buena o mala fe. Habiendo buena fe:

Art. 451 “el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión.

Se entienden percibidos los frutos naturales e industriales desde que se alzan o separan.

Los frutos civiles se consideran producidos por días, y pertenecen la poseedor de buena fe en esa proporción”.

Art. 452 “si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales o industriales, tendrá el poseedor derecho a los gastos que hubiese hecho para su producción y además a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión.

Las cargas se prorratearán del mismo modo entre los dos poseedores.

El propietario de la cosa puede, si quiere, conceder al poseedor de buena fe la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece; el poseedor de buena fe que por cualquier motivo no quiera aceptar esta concesión, perderá el derecho a ser indemnizado de otro modo”.

Art. 453 señala “los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.

Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa".

Art. 454 “los gastos de puro lujo o mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufriere deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado”.

**Poseedor de mala fe**

Art. 455 “El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los gastos hecho en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión”.

Nada se dice respecto de los gastos útiles pero por aplicación del principio que veda el enriquecimiento injusto, el T.S. ha considerado que han de abonarse los gastos hechos para la producción de frutos. En ningún caso tiene derecho de retención.

Para terminar,

Art. 456 “Las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión”.

Art. 457 “El poseedor de BF no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo.

El poseedor de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo”.

Art 458: “El que obtenga la posesión no está obligado a abonar las mejoras que hayan dejado de existir al adquirir la cosa”.

# LA TUTELA DE LA POSESIÓN

Art. 446 “Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuera inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medio que las leyes de procedimiento establecen”.

En todo caso advierte LACRUZ que las acciones posesorias son llamadas así, no porque estén destinadas a recuperar la posesión (ya que también lo está la reivindicatoria) sino por fundarse en ella.

Tales medios son **los interdictos de retener y recobrar**, y de manera distinta la **acción publiciana y otras acciones** en mayor o menor medida posesorias.

**INTERDICTOS DE RETENER Y RECOBRAR**

La LEC 7 enero 2000 abandona la tradicional denominación de interdictos, sometiendo al juicio verbal las acciones que pretendan la *tutela sumaria de la posesión (a*rt. 250.4 LEC)

Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:… 4.º Las que pretendan la TUTELA SUMARIA DE LA TENENCIA O de la POSESIÓN DE UNA COSA O DERECHO por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute.

TUTELA SUMARIA. Esta tutela, que es sumaria (art. 447 LEC: “No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión”), no es óbice al PLENARIO correspondiente (en juicio declarativo por razón de su cuantía).

Para el ejercicio de la misma es necesario:

- Que el reclamante se halle en la TENENCIA o POSESIÓN DE UNA COSA O DERECHO.

\* Esta acción protege el hecho de la posesión sin decidir acerca del derecho: corresponde al antiguo "**interdictum recuperándae possessionis**" del Derecho Romano, aunque con la importante diferencia de que en el Derecho Civil Español se ampara no sólo a la possesio (ius possidendi), sino también a la mera TENENCIA (ius possesionis).

\* La **ampliación del campo** de actuación a la mera tenencia *(como la sumariedad de la acción, dado que la lentitud del juicio ordinario no es suficiente)* obedece a la necesidad social de mantener la **paz social**.

*\* Se discute cuales sean los derechos susceptibles de posesión a los efectos de la posesión interdictal. Algunos autores señalan que la protección interdictal se extiende sólo a los derechos de carácter real, ya que los derechos personales nunca pueden ser poseídos. La cuestión hace tránsito al alcance de la tutela sumaria de los derechos incorporales y posesiones mediatas.*

- Que haya sido perturbado en la posesión, tenga motivos fundados para creer que lo va a ser, o que haya sido ya despojado de la misma.

En caso de posesión indivisa, cualquier poseedor está legitimado para ejercitar acciones interdictales en provecho común frente a terceros. Cuestión diferente es la admisibilidad de acciones interdictales **entre coposeedores**, algo que mayoritariamente la Jurisprudencia niega.

- Que presente la demanda antes de haber transcurrido un año desde la perturbación o despojo. Art. 439 LEC.

**LA ACCIÓN PUBLICIANA**

Tiene su origen en el derecho romano:

. El Pretor la concedía al poseedor que, encontrándose en vías de usucapir, es perturbado por un tercero (que no sea el verdadero propietario)

. Con Justiniano, decaída con Caracalla la importancia de la distinción entre ciudadanos y peregrinos (en 212 d.C. el emperador Caracalla concedió a todo el Imperio la ciudadanía romana), desaparece la distinción propiedad civil (dominium) y pretoria (in bonis habere): ¡ la acción reivindicatoria absorbe a la publiciana !

Falta en nuestra legalidad vigente una disposición que consagre esta acción si bien la jurisprudencia y doctrina mayoritaria la admite (excepto ALBALADEJO) cuando ha prescrito el año del interdicto posesorio:

. para CASTAN, pervive embebida en la reivindicatoria que no exigiría la prueba rigurosa del domino sino que bastaría probar el mejor título del actor -se parte de la ficción de que ya ha transcurrido el plazo para usucapir).

. para DIEZ PICAZO, quien cita el art. 445 (que habla de un juicio en el que "se decide sobre la posesión"-), esta acción es independiente de la reivindicatoria, en cuanto permite recuperar la posesión no en virtud de una ficción de usucapión, sino de un mejor derecho a poseer.

. La jurisprudencia (S TS de 12 de mayo de 1992) admite la **subsistencia de la acción publiciana**:

+ se puede ejercitar con carácter subsidiario a la acción reivindicatoria, **siempre de modo expreso** (negándose la posibilidad de que los Jueces o Tribunales la puedan admitir por el mero ejercicio de la acción reivindicatoria –so pena de incongruencia-).

+ En contra de Gª VALDECASAS, quien considera que puede ejercitarla cualquiera que aun sin justo título haya poseído más tiempo que el demandado, y de acuerdo con LACRUZ (para quien no basta la superioridad en el tiempo ya que lo que se protege es la posesión “manifiestamente” más respetable), la jurisprudencia exige que el poseedor demandante tenga **justo título y buena fe**.

**ACCIONES DE DENUNCIA**

(antiguos interdictos de adquirir, de obra nueva y de obra ruinosa)

Los tradicionalmente denominados **interdicto de adquirir** (del heredero ex posesión civilísima), de obra nueva y de obra ruinosa (acciones que ex. nueva LEC –art. 250. 5º y 6º LEC- se sustancian en todo caso por loa trámites del juicio verbal) para gran parte de la doctrina no son verdaderas acciones posesorias, ya que ni su fundamento es la posesión, ni su finalidad principal tutelar la misma.

**\* El interdicto de obra nueva**, que puede ejercitar cualquier persona que se sienta perjudicada por una obra nueva al objeto de que el juez decrete su suspensión temporal.

**\* Acción de daño temido. Interdicto de obra ruinosa** Tiene por objeto o bien la adopción de medidas urgentes para evitar los riesgos derivados del mal estado de algún edificio, árbol o columna, o bien la demolición total o parcial de una obra ruinosa.

**ACCIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO**

**(250.2º LEC)** Según LACRUZ es una acción de tutela de la posesión, en cuanto el poseedor mediato puede usar de ella para recuperar la posesión inmediata.

Art. 250 LEC Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: … 2º 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.

**Art. 41 LH**

Protección de la posesión a través de la eficacia procesal de la inscripción

Art. 41 LH Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente.