

La mera tolerancia en la posesión

Martín Mejorada C.*

Resumen.- En el presente artículo, el autor, a raíz de una explicación sobre las características inherentes al derecho de posesión diferente al derecho a la posesión, analiza los actos intrascendentes o de mera tolerancia para el derecho de posesión, frente a actos breves de mayor trascendencia. Finalmente, concluye que el alcance de la defensa posesoria dependerá del comportamiento posesorio.

Abstract.- The purpose of this article is to further explain the difference between the right of possession and the right to possess. Additionally, the author analyzes the inconsequential acts or of mere tolerance for the right of possession is made, in contrast to brief acts of greater importance. Finally, the author concludes that the legal possessor defense will depend on the possessory behavior.

* Profesor de derecho civil en la Universidad del Pacífico y en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Rodrigo, Elías y Medrano.

I. Introducción

La «posesión» es un derecho real autónomo, el primero del Libro de Reales del Código Civil. Nace por la sola conducta o comportamiento que se despliega sobre el bien, sin importar si se tiene o no título sobre él. Como dice el artículo 896 del Código, posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. El contenido jurídico de la posesión no responde al significado lingüístico de la palabra «posesión», la cual se asocia más a la simple idea de «ocupación» o presencia en el bien.

Para comprender adecuadamente el derecho que nos ocupa es indispensable hacer una distinción. Una cosa es el «derecho **a** la posesión», que significa que la persona tiene un título que le otorga el poder jurídico de acceder al bien, como ocurre con el propietario, usufructuario, arrendatario etc. Muy distinto es el «derecho **de** posesión», que surge de un singular modo de actuar sobre los bienes, sea que el poseedor ostente o no un título. Si bien son conceptos claramente distintos, veremos más adelante que el derecho de posesión se alimenta del derecho a poseer y existe a favor de éste, pues en el fondo a través de la posesión se protege al que tiene título.

De la distinción planteada se deriva, entre otros, lo siguiente: no todo el que tiene derecho a poseer posee (por ejemplo, un propietario que no ocupa el bien), y no todo el que posee tiene derecho a poseer (por ejemplo, un arrendatario con contrato vencido).

En este ensayo hablamos del derecho **de** posesión y los actos de mera tolerancia. Hay entre ellos una semejanza muy estrecha que no ha sido tratada en el Código Civil, y que ha merecido un análisis ligero en los pronunciamientos de la Corte Suprema. Planteo algunas pautas para el esclarecimiento de la cuestión, para lo cual recurro permanentemente al fundamento científico de la posesión.

El poseedor es protegido por la ley en diversa medida. ¿Por qué se protege a quien ejerce de hecho algún atributo de la propiedad, aunque no tenga título? Esta es la pregunta más común que surge luego de una primera mirada al articulado del Código Civil. A lo largo de la historia se han intentado una serie de respuestas, las más importantes formuladas a partir de la posesión en el Derecho Romano. Díez-Picazo y Gullón describen de manera resumida el panorama de los fundamentos atribuidos a esta figura.

Para Savigny la posesión busca proscribir la violencia entre privados que debaten sobre el derecho a poseer los bienes, por ello hay

que proteger a quien tiene los bienes en su poder mientras los jueces resuelven sobre el mejor derecho. Según Thinbaut la posesión es el respaldo a la permanencia del estado de cosas, hasta que no se den motivos determinantes para alterarlas. Para Röder y Arehens el fundamento se encuentra en la presunción de probidad, según la cual se debe presumir que toda persona es proba y honrada de modo que si explota un bien es porque tiene algún derecho sobre él. Por su parte Gans señala que la posesión se protege porque es el comienzo de la propiedad a la que se puede acceder por vía de la usucapión. Puchta y Bruns señalaron que la posesión era la protección de la voluntad de la persona que posee, lo cual a su vez es una manifestación de su personalidad por tanto la posesión protege la personalidad del poseedor. Sthal indica que la posesión debe protegerse de modo distinto a la propiedad porque finalmente se trata de un comportamiento tendiente a la explotación patrimonial de los bienes, lo cual satisface necesidades humanas y ello debe protegerse. Finalmente, el maestro Rudolf Ihering señala que la posesión es la exteriorización de la propiedad y por ello debe ser protegida, en tanto los propietarios no siempre pueden probar el dominio¹.

Como es sabido, nuestro ordenamiento comparte el entendimiento del profesor Ihering. En efecto, la dificultad para probar el derecho a poseer es tal, que si le pidiéramos a todos que demuestren a cada instante que tienen derecho sobre los bienes bajo su control, las relaciones cotidianas serían caóticas y complicadísimas. Sin contar con el hecho de que, tratándose de cierto tipo de bienes, especialmente los muebles fungibles, la prueba es literalmente imposible. ¿Se imaginan que para cada interacción tengamos que probar el título que nos atribuimos? Tendríamos que andar con cientos de documentos a la mano, permanentemente actualizados y fidedignos.

Pues bien, existe una estadística basada en la observación de la realidad que dice: «normalmente, quien se comporta sobre los bienes como si tuviese derecho sobre ellos es porque tiene título, aunque no pueda probarlo con facilidad».

Cuando vemos a alguien en control de un bien, actuando con naturalidad como si tuviese derecho sobre él, asumimos que es el dueño o algo parecido e interactuamos pacíficamente. La vida social fluye bien en base al comportamiento, por eso es fundamental cómo se percibe la conducta, más que la sola presencia o contacto sobre la cosa. La mirada de los terceros a partir de la información que trasmite

¹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil* (3ª ed.). Vol. III (Derecho de Cosas, Derecho Inmobiliario y Registral). Madrid, Editorial Tecnos, 1987, p. 101.

la conducta es determinante para que se cumpla la estadística, y por ende el fundamento de la posesión.

Al proteger al poseedor se ampara en realidad al que tiene derecho a la posesión. El ordenamiento legal espera que la estadística sea abrumadora a favor de los que tienen título, a quienes termina facilitándoles la vida, pero exonerándolos de tener que probar su derecho. Para ellos existe la figura que presentamos.

Es cierto que hay personas que poseen sin derecho a poseer. Para ellos no está hecha la figura. Estos ilegítimos camuflados, son el mal inevitable que hay que soportar para conseguir que las relaciones cotidianas fluyan sin complicaciones probatorias. Son los que engañan a la sociedad deliberadamente (mala fe) o a veces sin saberlo (buena fe), pero como no se les puede detectar (porque la prueba es difícil) terminan gozando de las consecuencias jurídicas de la posesión.

En suma, la posesión es un derecho real cuya función principal es exonerar a quienes tienen derecho a poseer, de la carga de probar sus titularidades, en base al comportamiento material que muestra la apariencia del título. Con esto se logra paz social y movilidad ordinaria en el tráfico de bienes, ya que nadie tiene que andar con sus títulos a la mano para gozar del respeto y atención de los terceros.

Cuando alguien es poseedor se generan consecuencias en diversos ámbitos. Menciono las más importantes:

- i. La adquisición de la posesión no solo se produce de manera originaria con el despliegue de la conducta exigida por la ley para calificar al poseedor, sino también a través de mecanismos ficticios a los que se denomina *adquisición ficta* (artículo 902 y 903); ii) el poseedor tiene derecho a sumar el plazo posesorio de anteriores poseedores (artículo 898); iii) tiene derecho a conservar la calidad de poseedor aun cuando no esté ejerciendo de hecho ninguna conducta sobre el bien (artículo 904); iv) también goza del derecho a ser considerado poseedor (mediato) por el sólo hecho de haber conferido un título temporal para que otro posea de manera inmediata (artículo 905); v) goza de beneficios especiales si posee creyendo que tiene derecho sobre el bien (buena fe) y soporta cargas también especiales si posee de mala fe, es decir a sabiendas que carece de derecho sobre el bien (artículos 906 al 910); vi) se han previsto presunciones legales que ante situaciones de controversia invierten la carga de la prueba a favor del poseedor (artículos 912 al 915); vii) el poseedor tiene derecho al reembolso de las mejoras realizadas

en el bien ajeno (artículos 916 al 919); viii) cuenta con el derecho a mantenerse en la situación posesoria, para lo cual se le ha dotado de medios extrajudiciales y judiciales de defensa (artículos 920 y 921); ix) la posesión prolongada que cumple ciertos requisitos puede conducir a la adquisición de los derechos de propiedad y servidumbre (artículos 950 y 1040); y, x) finalmente, la posesión es el modo de adquirir o ser preferido para la adquisición de algunos derechos patrimoniales (artículo 947, 948, 1058 inciso 2 y 1136).

II. Comportamientos que no califican como posesión

Como vimos en la introducción, ser poseedor es cosa seria, por ello hay que descartar ciertos comportamientos, que aunque son presencias materiales no generan la apariencia de una titularidad. También es oportuno mencionar en este punto las situaciones en las que no obstante el proceder posesorio, la ley deliberadamente omite el derecho, y otras en las que pese a la falta hechos materiales la ley otorga el derecho de posesión.

Por ejemplo, cuando un ladrón ha tomado unos billetes de su víctima y huye a toda prisa con los papeles, estrujándolos fuertemente para que no caigan y sorteando la persecución de serenos y policías, hay sin duda un comportamiento material, pero nadie creerá que estamos ante el titular del efectivo. No hay posesión. De igual manera, si apreciamos que a las 3 a.m. unos sujetos encapuchados sobrepasan el muro perimétrico de una vivienda e inician el retiro de muebles, hay evidente presencia pero nadie creerá que es el dueño en nocturna mudanza.

La posesión deriva de un comportamiento habitual. Lo usual, lo que suele ocurrir, es lo que permite creer a los terceros que estamos ante el titular del derecho y eso es lo que merece protección.

Así también, si apreciamos a jóvenes enmochilados, en pleno pintado de paredes privadas y monumentos públicos con sus mensajes desahorados, con trazos veloces y monocromáticos, nadie creerá que los «pulpines» son dueños del lienzo abierto y que ensayan nuevo estilo. Son claramente tenedores de presencia ilegítima.

Ahí donde la ilegitimidad o falta de derecho a poseer salta a la vista, no hay posesión pese a la evidente presencia material. ¡Atención! no se trata de «poseedores ilegítimos», sencillamente no son poseedores de ningún tipo. Los poseedores ilegítimos a los que se refiere el

artículo 906 del Código Civil, son los que aparentando una titularidad quedan al descubierto en un juicio probatorio que descubre la carencia del derecho y se termina con la apariencia. Al poseedor ilegítimo no se le aprecia a simple vista. Igual que cualquier poseedor, el ilegítimo actúa como si tuviese una titularidad.

Las pintas de protesta son eventos claramente distintos a la ocupación pacífica de las calles con motivo de un reclamo ciudadano. Esta contundente presencia es claro ejercicio de un derecho constitucional (artículo 2 inciso 12 de la Constitución), y los participantes gozan de protección por esa razón, pero no por la «posesión» en los términos del ordenamiento civil. Pese al indudable comportamiento legítimo, la ley ha restado efectos posesorios a la ocupación de bienes de uso público porque siendo la posesión un derecho privado, exclusivo por naturaleza, puede entrar en fácil colisión con el uso de espacios colectivos que gozan de una regulación basada en el interés público (artículo 599 del Código Procesal Civil).

Me gustaría decir que todos los actos que califican como posesión, son necesariamente conductas lícitas, pero no es así. En el mundo de lo habitual la sociedad va asimilando como presencias típicas del titular, incluso aquellas que son formalmente antijurídicas. Por ejemplo, si vemos un vehículo estacionado sobre la vereda, invadiendo el cruce peatonal, o incluso si apreciamos a un atlético ciclista pasarse la luz roja sin ningún estupor, no creemos que son ladrones que están en control ocasional de bienes ajenos, asumimos simplemente que son propietarios descuidados, o quizá ni siquiera hagamos juicio de tan repetidos que son estos hechos en la realidad sin contención eficaz. La habitualidad de lo ilegal se acomoda muy bien al derecho de posesión, pues con toda seguridad los mencionados infractores en efecto tienen título sobre los bienes.

Distinta es la situación del «servidor de la posesión» (artículo 897 del Código Civil), quien pese a tener un comportamiento privado y de aparente legitimidad, se le quita calidad posesoria porque dicha presencia no es en interés propio sino por encargo de otro (el mandante, locador o empleador), de quien recibe las instrucciones sobre cómo proceder. Se entiende que sería contraproducente que el trabajador goce de una herramienta para traicionar la confianza del dueño. Aquí no importa si el servidor tiene la pinta de tal. Con o sin uniforme el guardián no es poseedor. Claro, si el asalariado deja de observar las instrucciones del mandante y aprovecha el bien exclusivamente a su favor, lo que tendría que ser conocible por el patrón, podría tornarse en un verdadero poseedor y confrontar intereses con el mandamás.

La ley puede manipular libremente los efectos posesorios, quitándolos de comportamientos que revelan claramente un título, o dándole consecuencias de posesión a quien no despliega ninguna conducta. Por ello, el artículo 904 del Código Civil señala que la posesión se conserva cuando hay un hecho de naturaleza pasajera que impide la ocupación del bien. Es el caso de quien no puede llegar a su casa porque el puente de acceso a caído y su reparación tomará varias semanas. Lo cierto es que el ocupante usual seguirá siendo poseedor desde la orilla, pese a que ya no tiene presencia sino solo deseo, e incluso si en su casa se hubiese instalado ya otra persona que llegó sin requerir puente. Igual ocurre con el poseedor mediato previsto en el artículo 905 del Código Civil, a quien la ley confiere calidad posesoria a pesar que no tiene ninguna presencia apreciable sobre el bien, simplemente a celebrado un acto para permitir que otro se ocupe de la cosa.

III. Los actos de mera tolerancia

Hay presencias o comportamientos que sin ser ilícitos son intrascendentes o de escasa relevancia, insuficientes para alcanzar o merecer las consecuencias de la posesión.

Es el caso de quien coge el fino lapicero del amigo, solo para apreciar su belleza y comentar con el afortunado, el repartidor de correspondencia que pone un pie en la vivienda o en la oficina únicamente para dejar los sobres, el transeúnte que descansa en la sombra de predio ajeno o se apoya en el auto de otro para ajustarse los pasadores.

No es un tema de tiempo sino de trascendencia. La persona tiene contacto material con el bien pero en su propia circunstancia da cuenta de un interés minúsculo. No es que falte voluntad, pero el acto no es esencial para atender la necesidad del sujeto. Una manera de afinar la idea es preguntarse si la persona sufre daño al prescindir de la conducta en cuestión. Si la respuesta es negativa estamos ante un acto de mera tolerancia, de lo contrario hay posesión.

Digo que no es un tema de tiempo porque hay comportamientos brevísimos que sin embargo pueden ser de enorme utilidad para quien los realiza, que no puede prescindir de ellos para atender su interés. Por ejemplo, el repartidor de gas que instala el cilindro de uso doméstico, toma dos minutos en la cocina y se va. Esta presencia es fundamental para cumplir su tarea y por tanto es un poseedor. Su labor es veloz, pero revisar instalaciones y el lugar de destino del cilindro. El repartidor (o su mandante) es responsable por eso.

No nos equivoquemos, Juanito (repartidor de confianza) podrá ser servidor de la empresa que lo emplea, pero no del comprador.

Igual ocurre con los clientes que recibimos los abogados en nuestros despachos. Son presencias breves pero fundamentales para recibir información o para explicar un diagnóstico legal, a cuyo efecto destinamos lugares especialmente dotados de comodidades para el disfrute de la visita. Lo mismo sucede cuando ocupamos por minutos los espacios señalizados para vehículos frente al surtidor de combustible, donde además se nos provee de servicios complementarios y se ofrecen otros productos en atractivas ofertas.

Esto no tiene que ver con lo gratuito u oneroso del acto. Una visita social en casa, según los códigos implícitos de la convocatoria, es una presencia breve y gratuita pero obviamente constituye un proceso socialmente aceptable de compartir en familia o amigos con enorme relevancia. Ni que decir de los huéspedes a quienes damos cobijo por días, semanas o años, claramente son poseedores. Si conviven con nosotros son coposeedores. Nuestros hijos menores, a quienes brindamos habitación y por ello ocupan secciones del predio y zonas comunes, son claramente coposeedores.

La posesión corta no es intrascendente por su sola brevedad. Claramente produciría perjuicio al ocupante si fuera privado de ella antes de lo esperado. El comportamiento del cliente en la estación de combustible, del huésped en casa, o del cliente en el despacho legal, es revelador de titularidades y sin duda facilita las relaciones pacíficas y cotidianas, prescindiendo de una prueba exhaustiva. Cumplen pues el objeto del derecho de posesión.

Ahora bien, el hecho que haya posesiones breves y gratuitas no implica que tales poseedores desplieguen consecuencias posesorias excluyentes sin restricciones. Aquí está uno de los principales errores en el estudio de esta materia: creer que cuando hay posesión se producen inevitablemente todos los efectos de este derecho real. Hay varias clases de posesión reguladas en la ley (posesión legítima e ilegítima, posesión de buena y de mala fe, posesión mediata e inmediata, entre otras) y a cada una corresponden efectos comunes es verdad, pero también distintos según su categoría. Por supuesto hay clases de posesión que no han sido recogidas en la ley, y tienen que ver con el alcance del comportamiento posesorio y el merecimiento de consecuencias a partir de ahí.

Así, sostengo que se protege a la conducta posesoria con el alcance que se posee. Los poseedores menores gozan de efectos posesorios en su

circunstancia, por ejemplo presunción de legitimidad y permanencia en el lugar en su brevedad, pero obviamente no pretenderán sumar plazos o reclamar mejoras, mucho menos adquirir por prescripción. Una visita que se comporta adecuadamente, siendo poseedora, se presume que es legítima y merece atención, y no puede ser removida por el tiempo que usualmente corresponde a un convidado. Si pasa el tiempo habitual, en el exceso, se deja de ser poseedor. Ninguna visita se queda a vivir en el despacho y si lo hace tal comportamiento ya no califica como posesión y por ende pierde toda protección.

De otro lado, la coexistencia de conductas sobre un mismo bien es muy común y ahí se dan muchos actos de mera tolerancia que conviven con las del poseedor, pero también se dan casos de posesiones más relevantes que otras, en cuyo caso hay que darle preponderancia a unas para el control total del bien. Esta situación se ve más claramente cuando los servidores de la posesión gozan simultáneamente de un espacio menor, dentro del bien al cual sirven, para satisfacer intereses propios y personales. Es la habitación privada para descanso de un concreto vigilante durante las horas de su servicio, si ahí tiene libertad decorativa y hasta la clave de acceso, claramente posee la habitación y por tanto se presume legítima su presencia y circunstancia. Sin embargo, dado que el predio donde se ubica el dormitorio está en control total de un mayor poseedor, es éste quien debe primar en la eventual confrontación.

Hay tentación de negar calidad posesoria a los escuetos ocupantes, pero sería rechazar una condición jurídica que cumple perfectamente con la definición y objetivos de la posesión. Mejor es afinar el alcance de situaciones especiales como las que hemos tratado.

Acepto con gusto que las ideas planteadas generen polémica, pero advierto que la posesión es un juguete flexible que permite postular inesperadas soluciones a los casos prácticos que le dan contenido. En suma, lo dicho concuerda con el fundamento de la defensa posesoria y perfila que no todo comportamiento posesorio accede a la gama completa de consecuencias legales, sino que hay que discriminar en cada circunstancia. Entonces tranquilos que la visita no se quedará con su casa, por más veces que usted lo invite.

Julio 2018