

## La posesión ilegítima o precaria (\*)

**Dr. Jorge Avendaño V.**

Ex Decano y Catedrático Principal  
de Derecho Civil de la PUC.

**Art. 906.**— *“La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”.*

**Antecedentes:**

C.C. 1936: Art. 832

Proyecto Com. Ref.: Art. 946

Proyecto Com. Rev.: Art. 898

### 1. POSESION LEGITIMA E ILEGITIMA

El Código Civil de 1936 decía que la posesión podía ser de buena y de mala fe. Omitía expresar que la buena y la mala fe sólo pueden darse en la posesión ilegítima. En efecto, la posesión legítima no es de buena ni de mala fe; o, en todo caso, la creencia del poseedor respecto de su presunta ilegitimidad no tiene consecuencia jurídica alguna cuando el poseedor es legítimo.

Había que considerar entonces la buena y la mala fe como una sub-clasificación de la posesión ilegítima. Así lo ha hecho el Código de 1984. En consecuencia, ahora resulta claro que la buena o mala fe del poseedor —esto es, su desconocimiento o conocimiento de su ilegitimidad— sólo interesan al derecho y producen efectos jurídicos cuando se trata de una posesión ilegítima.

Esto nos lleva a hacer un previo y breve análisis de la posesión legítima e ilegítima, que algunos autores denominan “justa” e “injusta”<sup>1</sup>. El análisis será breve porque el tratamiento en detalle del tema se hará a propósito del artículo 911.

Una primera aproximación sugiere que la posesión legítima es la que se conforma con el derecho, mientras que la ilegítima es la contraria al derecho. Sin embargo, el artículo materia de examen alude a la

(\*) El Dr. Avendaño está escribiendo un libro sobre los Derechos Reales en el Código Civil de 1984. Como una primicia de THEMIS, publicamos a continuación una primera versión de sus comentarios a los artículos 906 y 911 del Código Civil, referentes a la posesión ilegítima. El primero de ellos se ocupa además de la posesión de buena fe.

(1) Albaladejo, Manuel: Derecho Civil III, Derecho de Bienes. Volumen primero, 1977. Librería Bosch. Barcelona.

validez del título. Así, en su parte final la norma identifica la ilegitimidad de la posesión con la existencia de un vicio que invalida el título del poseedor. Parecería entonces que el poseedor ilegítimo es aquel que tiene un título viciado. Esto nos lleva al análisis de lo que es "título" y de lo que es "vicio".

La palabra título tiene muy diversas acepciones en derecho. Así, título es el instrumento que contiene un determinado derecho. Título es también el acto jurídico en base al cual se invoca una determinada calidad. Título es asimismo la posición jurídica que se invoca, y así se dice "a título de propietario". En este caso el concepto de "título" es el de acto jurídico. El Código supone que el poseedor ha entrado en posesión en mérito a un negocio jurídico, a un contrato, el cual podría ser una compraventa, un arrendamiento o un préstamo. En cualquier caso, hay una relación jurídica entre el enajenante y el adquirente de la posesión.

Ocurre, sin embargo, que este acto jurídico está viciado, es decir, adolece de algún defecto que lo hace inválido. El defecto puede consistir en una causal de nulidad del acto jurídico (art. 219) o en una causal de anulabilidad del mismo (art. 221).

Sin embargo, no está previsto en el Código que la deficiencia se refiera a una falta de legitimidad del transmitente o enajenante. Esto equivale a decir, en definitiva, que el cedente de la posesión (y por consiguiente del título) carece de derecho para transmitirla. De ordinario quien transmite deberá ser el propietario. Pero se admiten casos en que el enajenante sea, por ejemplo, un usufructuario o un arrendatario. En todo caso, si el enajenante carece de derecho, es evidente que el adquirente carece también. El defecto no será de la forma, pero sí de fondo o contenido.

Tenemos entonces que si bien la combinación de la buena fe y el título es tradicional en la posesión de buena fe, tanto el Código alemán, como el Código italiano han reaccionado contra esta tendencia y han puesto el acento en la ausencia de derecho, dejando de lado el aspecto formal del título. Así, el art. 932 del Código alemán dice que el adquirente no tendrá buena fe cuando sepa que la cosa no pertenece al que enajena; y el art. 1147 del Código italiano considera como poseedor de buena fe al que posee ignorando que lesiona el derecho de otro.

Estimamos que una correcta interpretación del artículo bajo comentario, nos conduce a admitir como causal de ilegitimidad de la posesión no sólo el vicio formal que podría invalidar el título del adqui-

riente, sino también su falta de derecho a la posesión.

## 2. BUENA Y MALA FE DEL POSEEDOR

Estando pues en presencia de un poseedor ilegítimo, interesa establecer si tiene buena o mala fe. Lo primero supone la ignorancia o desconocimiento de su ilegitimidad. Lo segundo implica, por el contrario, el conocimiento pleno y cabal de su posesión injusta. La buena fe es, en consecuencia, una creencia equivocada. El poseedor se considera legítimo. Estima que tiene derecho a la posesión que ejerce. Ignora, por consiguiente, que su posesión es ilegítima. Esto puede darse tanto en un propietario-poseedor como en un poseedor no propietario. En el primer caso, imaginemos por ejemplo el caso de un comprador que contrata con un "non domino", situación ésta que ignora. En el segundo caso, pensemos en el arrendatario que alquila también de un no propietario.

Se ha discutido en doctrina si la buena fe en la posesión tiene una naturaleza ética o psicológica<sup>2</sup>. Creemos que en el Código Civil peruano la buena fe tiene un sustento psicológico porque ella se basa en la creencia equivocada del poseedor. No hay una actitud moral, sino tan sólo la representación mental equivocada de una determinada situación de hecho. No hay que confundir, sin embargo, la buena fe con el *animus domini* que ya hemos examinado anteriormente. Mientras que la buena fe es una creencia equivocada, el *animus domini* es una intención, un acto volitivo del poseedor, consistente en no reconocer a otra persona como propietario del bien. El *animus domini* es una actitud, un comportamiento, a pesar de la plena conciencia que el poseedor pueda tener respecto de su verdadera condición. Se puede ser poseedor como dueño sin tener buena fe (porque uno es un problema de intención y el otro de creencia); y también es posible ser poseedor de buena fe sin serlo como dueño. Este último caso sería el de un arrendatario que es ilegítimo pero con desconocimiento de ello.

Se discute si la creencia equivocada del poseedor de buena fe ha de ser sólo inicial o si, por el contrario, debe subsistir durante todo el tiempo de su posesión. Si fuese lo primero, la buena fe quedaría marcada o sellada al inicio, de suerte que si el poseedor tuviese después conocimiento de su ilegitimidad, este hecho no surtiría efectos: la buena fe ya estaría constituida desde el comienzo de la posesión. Nuestro Código no hace referencia expresa a este punto. Creemos sin embargo que la creencia equivocada del poseedor debe subsistir durante todo el plazo posesorio y que si por algún motivo el poseedor llegase a tener conoci-

2 Véase a este respecto: Hernández Gil, Antonio: La Posesión. Editorial Civitas, Madrid, 1980.

miento o conciencia de su ilegitimidad, su buena fe cesaría. Esta opinión se funda en lo siguiente:

- a) En lo dispuesto en el art. 907, según el cual la buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente, lo cual significa que si surgiesen circunstancias que persuadan al poseedor de su ilegitimidad, su buena fe habrá concluído; y
- b) En el texto mismo del art. 906, el cual no exige que la buena fe esté presente sólo al momento de la adquisición de la posesión, como hacen otros Códigos, como por ejemplo el español.

Su suscita un problema con respecto a la buena fe en la posesión de las personas jurídicas. Cuando el poseedor es una persona jurídica, es preciso determinar quién ha de tener la creencia equivocada. El criterio a seguir se basa en la representación y administración de la persona jurídica y en particular en la forma como haya actuado el representante de la persona jurídica en el acto de adquisición de la posesión. Estimamos que la buena fe de la persona jurídica llega a identificarse con la buena fe de su representante.

### 3. LA IGNORANCIA Y EL ERROR

El Código Civil de 1936 se refería únicamente al error, que es la disconformidad entre la realidad y la representación mental que se hace de ella. El Código no mencionaba la ignorancia que es la ausencia total de representación mental. Es el desconocimiento de una determinada realidad. En una interpretación amplia del concepto de error, podría comprenderse también la ignorancia. Sin embargo, con el fin de evitar dudas, el Código de 1984 ha incluído expresamente la ignorancia.

¿Cualquier clase de error es justificatorio de la buena fe? Creemos que debe tratarse de un error excusable, es decir, que tenga una determinada justificación. Hay que rechazar, por consiguiente, el error inexcusable, imperdonable; el error atribuible a la negligencia o imprudencia del poseedor. Es desde luego tarea de los jueces analizar cada caso en particular, pero podría señalarse como error inexcusable aquel en que ha incurrido el poseedor que pudo y debió conocer la situación de hecho o de derecho en que se desenvuelve su posesión.

Se plantea el problema del estado de duda. ¿Tiene buena fe el poseedor que duda sobre su legitimidad? Quien duda no está seguro de algo. Este estado, sin embargo, no es asimilable a la ignorancia o al error. Sólo éstos justifican la buena fe. Se sostiene

que en la medida en que el poseedor vacile y se interroge acerca de su derecho, ha perdido la pureza de la buena fe. La buena fe es, en términos metafóricos, como una ceguera que cesa ante el más leve rayo de luz<sup>3</sup>.

### 4. LA IGNORANCIA Y EL ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

Parecería por la redacción del Código que solamente el error puede ser de hecho o de derecho. Creemos sin embargo que esta interpretación no es correcta. También la ignorancia puede ser de hecho o de derecho.

La ignorancia y el error de hecho se presentan cuando el poseedor desconoce o está equivocado respecto de determinados elementos fácticos que rodean su posesión. Así, por ejemplo, el poseedor puede ignorar o desconocer que el verdadero titular de la posesión ha fallecido, o que el lote de terreno que está comprando corresponde en realidad a una manzana distinta. Se trata entonces de un error en los hechos. Pero el poseedor puede también desconocer o estar equivocado respecto del derecho. Así ocurre cuando ignora las normas legales existentes o cuando cree que ellas regulan de manera distinta la situación que se presenta. Esto último ocurre, por ejemplo, cuando el poseedor se considera legítimo titular porque cree equivocadamente que la ley lo llama a heredar cuando legalmente el heredero es otro. Hay en este caso error en cuanto a lo dispuesto por el derecho.

El Código Civil de 1936 fue precursor en cuanto al error de derecho. Aún hoy, los Códigos generalmente no amparan la ignorancia y el error de derecho como causales eximentes y, por tanto, como justificatorios de la buena fe. Al contrario, la ley se presume siempre conocida y por esto el adagio dice que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. Sin embargo en este caso excepcional la ignorancia y el error de derecho son eximentes. Nos parece justificada esta disposición en un país como el nuestro de escasa, o en todo caso deficiente, información jurídica.

**Art. 991.**— *“La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fallecido”.*

#### Antecedentes:

C.C. 1936:

Proyecto Com. Ref.:

Proyecto Com. Rev.:

### 5. INTRODUCCION AL TEMA

Esta norma no tiene antecedente en el Código Civil de 1936. Hay sin embargo una mención muy es-

<sup>3</sup> Hernández Gil, Antonio: obra citada.

cueta a la posesión precaria en el Código de Procedimientos Civiles (Art. 970, segunda parte). Allí se establece que hay acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión. Esta disposición ha dado lugar a numerosos juicios de desahucio por ocupación precaria. En ellos, el demandante debe acreditar que el demandado está poseyendo sin título, esto es sin contrato de alquiler extendido en su favor, y además que no paga pensión. El poseedor precario es un invasor, es un detentador ilegítimo de la posesión que en rigor corresponde a otro. Frecuentemente lo que ocurre es que el arrendatario ha entregado la posesión del inmueble a un tercero, el cual no tiene relación jurídica con el propietario del bien. Es muy probable que pague merced conductiva, pero como los recibos correspondientes están extendidos a nombre del arrendatario, el poseedor precario no tiene forma de acreditar que en efecto paga la renta.

A la luz del Código de Procedimientos Civiles, la posesión precaria ha venido siendo entonces una posesión ilegítima, sin título, sin contrato.

El Código Civil actual tiene esta única referencia a la posesión precaria en el artículo materia de estos comentarios. En el resto del articulado relativo a la posesión, hay también una mención a la posesión ilegítima (que, como veremos más adelante, es en realidad una posesión precaria) en el art. 906 al definir al poseedor de buena fe.

## 6. EL CONCEPTO DE POSEEDOR PRECARIO

En el derecho romano, se entendía por "precarium" un contrato innominado realizado entre dos personas, una de las cuales, decidida por los ruegos de la otra, concedía a ésta el disfrute y la posesión gratuita de una cosa por un tiempo cuya duración debía terminar con la primera reclamación del concedente.

Se trataba entonces de la cesión temporal de una cosa, de modo que el poseedor precario quedaba obligado a la devolución con la primera reclamación del concedente. La doctrina moderna dice que todo el que posee sin derecho está expuesto a que le reclame la posesión aquella persona a quien legítimamente le corresponde, la cual, en su momento, obtendrá el correspondiente fallo judicial que obligue a la restitución. En este sentido se dice que la posesión que tiene el primero es precaria, es decir, transitoria y expuesta a concluir en el momento que el concedente lo decida. La posesión precaria es entonces la que se concede a otro con reserva del derecho de revocarla a voluntad.

En este orden de ideas, la posesión precaria parecería ser la posesión inmediata. Lo que ocurre es que en aquellos sistemas posesionarios inspirados por la doctrina de Savigny, el tenedor o detentador no

es verdadero poseedor porque carece de animus domini. Es la persona a quien se ha dado temporalmente una cosa para que la use y eventualmente disfrute, pero que debe devolverla al primer requerimiento del poseedor legítimo. La precariedad está constituida, en consecuencia, por dos elementos: en primer término, la transitoriedad; en segundo lugar la ilegitimidad en cuanto que no es verdadera posesión y además, en cuanto que la tenencia depende de la voluntad del poseedor legítimo.

El concepto de poseedor precario no tiene cabida sin embargo en los regímenes posesorios inspirados por Ihering. En efecto, el poseedor inmediato, a pesar de su temporalidad y aún cuando reconoce un propietario, es verdadero poseedor porque ejerce de hecho poderes inherentes a la propiedad. No hay entonces precariedad sino posesión legítima.

El Código en el artículo bajo comentario se refiere evidentemente a la posesión ilegítima. No alude a la posesión temporal del inmediato porque en este último caso hay un título en virtud del cual se ejercita de hecho algún poder inherente a la propiedad, mientras que en el art. 911 hay referencia expresa a la falta de título o en todo caso a su extinción. Ocurre, sin embargo, que el Código ha utilizado una categoría inaplicable a su propio sistema posesorio. Por esto el Código de 1936 —seguido también de Ihering— no hizo mención alguna a la posesión precaria. Y por esto sí la hizo el Código de Procedimientos Civil de 1852, el concepto posesorio vigente era el de Savigny.

Si el propósito fue introducir una norma definitoria de la posesión ilegítima, ello pudo hacerse en la terminología adecuada y en el lugar acertado, que sin duda habría sido inmediatamente antes del art. 906.

## 7. LA POSESION ILEGITIMA

Sin perjuicio de lo expresado en el párrafo anterior, es necesario preguntarse si el concepto de posesión ilegítima coincide plenamente con lo dispuesto en el art. 911. Poseedor ilegítimo es quien no tiene derecho a poseer. Contrariamente, poseedor legítimo es el que tiene derecho a poseer. Dicho en otras palabras, la posesión es legítima cuando se ajusta a derecho.

Para establecer adecuadamente los alcances del artículo bajo comentario, me permitiré hacer una breve referencia al art. 2355 del Código Civil argentino, que define la posesión ilegítima cuando se tiene sin título, o por un título nulo, o cuando haya sido adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiere del que no tenía derecho a poseer la cosa o no lo tenía para transmitirla.

La palabra título está empleada en términos del acto jurídico que ha dado nacimiento al derecho, es decir, la causa de la posesión. Por tanto, la posesión es ilegítima cuando falta el título, cuando hay ausencia del acto jurídico que da lugar a la posesión legítima. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el poseedor ejercita su derecho como consecuencia de una usurpación o despojo: no ha habido acto jurídico alguno. Se equipara a este caso el del título nulo. Se sabe que los actos jurídicos pueden ser nulos o anulables. Los primeros son inexistentes, mientras que los segundos tienen vigencia hasta que judicialmente se los declare inválidos. El Código argentino se refiere al acto jurídico nulo y no menciona el anulable porque éste tiene valor mientras no se lo declare nulo. Se refiere también el Código argentino al caso en que la posesión haya sido adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales. Digamos que se trata de la posesión de un mueble registrado y no ha mediado la formalidad legal exigida. El acto adquisitivo de la posesión es insuficiente, carece de un elemento esencial.

Puede ocurrir también que habiendo un título perfectamente válido, dicho título haya sido extendido u otorgado por persona carente de derecho. Sería el caso de un contrato de arrendamiento extendido por un no propietario. A pesar de la existencia del título válido (el contrato de arrendamiento), el arrendatario sería un poseedor ilegítimo porque estaría derivando su derecho de una persona carente de facultad para otorgarlo. Si tiene buena o mala fe el poseedor, es problema distinto. Lo importante es que su posesión sería ilegítima.

Es evidente que en el artículo 911 no se han previsto todas las posibilidades de ilegitimidad consignadas en el numeral 2355 del Código Civil argentino. El Código Civil peruano se refiere tan sólo a la falta de título y a la extinción del mismo. Dentro del primer concepto (falta de título) puede comprenderse no sólo la ausencia total del mismo sino también la existencia de un título nulo. Se trata evidentemente de casos que dan origen a una posesión ilegítima. Dentro del segundo extremo (extinción del título), habría que considerar el supuesto de un arrendatario

cuyo contrato ha vencido y sin embargo se mantiene en la posesión del bien. Sería un poseedor ilegítimo porque su título ha fenecido. Se ha omitido, sin embargo, toda referencia a la cuestión de fondo, esto es, a la adquisición hecha de quien no tenía derecho a enajenar. El Código se ha centrado exclusivamente en el aspecto del título, omitiendo la indicación de la falta de derecho. Se puede ser poseedor ilegítimo, a pesar de contar con un título válido, si la posesión se ha adquirido de quien no tenía derecho.

## 8. TEMAS ADICIONALES

Es preciso preguntar si la legitimidad se presume. En presencia de un poseedor, ¿debemos suponer o asumir que es un poseedor legítimo? Las presunciones establecidas en favor del poseedor están en los arts. 912 al 915 y en ninguna de ellas se establece la de legitimidad. Sin embargo, el art. 912 dice que el poseedor es reputado propietario, lo cual significa que todo poseedor debe ser considerado propietario del bien mientras no se pruebe lo contrario. La prueba en contrario es del todo posible cuando se trata de la posesión de inmuebles, pero virtualmente imposible cuando se trata de la posesión de muebles no identificables. Por esto la presunción de legitimidad opera de modo más contundente y definitivo tratándose de los bienes muebles no registrados. A ello debe agregarse lo dispuesto en el art. 948, según el cual el adquirente de buena fe y como propietario de la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio aunque el enajenante carezca de facultad para transmitirlo.

Estimo, en consecuencia, que el art. 912 permite presumir la legitimidad del poseedor. La legitimidad resultará de la presunción de propiedad. No hay presunción de legitimidad propiamente dicha, pero en todo caso ella es consecuencia de la presunción de propiedad.

Otra interrogante es si el art. 911 tenía justificación. En mi opinión la respuesta es negativa. Ya hemos visto que la norma es incompleta para los efectos de definir la posesión ilegítima o precaria. Pero aunque ella fuese completa, no tiene sentido definir en la ley la posesión ilegítima. La doctrina y el sentido común se encargan de precisar que ella ocurre cada vez que no se conforma con el derecho.