



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DERECHO**

TEMA: La posesión como derecho real

AUTOR (A): María Daniela Alvarado Quintana

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA**

TUTORA:

Dra. María Alexandra Macías Cedeño

**Guayaquil, Ecuador
14 de marzo del 2016**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **María Daniela Alvarado Quintana**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República**.

TUTOR (A)

María Alexandra Macías Cedeño

DIRECTOR DE LA CARRERA

Marena Briones Velastegui

Guayaquil, a los 14 del mes de marzo del año 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **María Daniela Alvarado Quintana**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación **(La posesión como derecho real)** previo a la obtención del Título **de (Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador)**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 14 del mes de marzo del año 2016

EL AUTOR (A)

(Firma)

(Alvarado Quintana María Daniela)



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Alvarado Quintana María Daniela**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación (**La posesión como derecho real**), cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 14 del mes de marzo del año 2016

EL (LA) AUTOR(A):

(Firma)

(Alvarado Quintana María Daniela)

INDICE

RESUMEN.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	7
DESARROLLO.....	9
I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA POSESIÓN.....	9
II. POSESIÓN: MARCO TEÓRICO.....	10
III. TEORÍA DE SAVIGNY.....	12
IV. TEORÍA DE IHERING.....	14
TEORÍA DE SALEILLES.....	16
V. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN.....	17
VI. ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN COMPARADA.....	22
CONCLUSIONES.....	24
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	26

RESUMEN

El presente trabajo busca abordar la problemática relativa a la naturaleza jurídica de la posesión, toda vez que desde épocas remotas los juristas se han cuestionado si esta debe ser concebida como un hecho o como un derecho.

Esta discusión ha sido abordada por diferentes tratadistas, entre los cuales se destacan principalmente Savigny y Ihering, mayores exponentes de las escuelas en materia posesoria. Así mismo se hace una revisión a la posición de otros autores como Claro Solar y Valencia Zea quienes presentan sus enfoques de acuerdo a su realidad y tiempo.

En principio, esta investigación busca determinar la definición de posesión, seguido de las teorías que abarcan sus elementos (animus y corpus), las que nos permitirán una mayor comprensión sobre los efectos de concebir a la posesión como un hecho o un derecho; y de tratarse de un derecho, si este es real o personal.

Finalmente se analizará el enfoque de las corrientes modernas que conciben a la posesión como un derecho real y a aquellas que conciben a la posesión como un hecho, para llegar a un criterio uniforme y fundamentado de la figura jurídica.

Palabras claves: Posesión, animus, corpus, interdictos posesorios, tenencia, hecho, derecho real, propiedad, naturaleza jurídica, relación jurídica, acción reivindicatoria, apropiación económica.

INTRODUCCIÓN

Para la comprensión de este artículo debemos destacar la figura jurídica que va a ser desarrollada en el transcurso del presente trabajo: la posesión.

La posesión en los diversos ordenamientos jurídicos tradicionalmente se ha definido como una relación de hecho que existe entre una persona y una cosa, que le permite ejecutar diversos actos materiales para su aprovechamiento.

Para que la posesión sea válida se necesitan dos elementos principales el corpus, que es la potestad física, el poder que se tiene sobre la mencionada cosa; y, además se necesita del animus que es la voluntad de una persona de poseer, pero esta voluntad debe contener el ánimo de señor y dueño de la misma.

En el transcurso del tiempo se han observado diversas teorías para explicar la naturaleza jurídica de esta importante figura del derecho civil. La que se ve recogida por la mayor parte de las legislaciones de los países es la teoría de concebirla como un hecho por la relación directa que una persona tiene con una cosa, pero esta concepción deja de lado la amplia protección jurídica que puede darse a la posesión al abarcarla como un derecho.

Hoy en día, un gran sector de la doctrina concibe a la posesión como un estado de hecho protegido por el derecho, sin embargo continúa existiendo la disputa de ser abarcada como un derecho, debido a que traería mayores ventajas al poseedor y a su interés jurídico que busca ser protegido, sus acciones jurisdiccionales serían de mayor relevancia y se colocarían en una situación equivalente con las que tiene el propietario.

Por lo anteriormente expuesto el presente trabajo, pretende realizar una revisión de las diversas teorías existentes sobre la posesión que la conciben como un hecho o como un derecho. Además busca destacar aquellas encaminadas a concebir a esta figura jurídica como un derecho apoyándose en doctrinas

modernas y legislaciones de países que ya han optado por implementar esta tesis en sus codificaciones civiles.

Cabe señalarse que al concebir a la posesión como un derecho, estaríamos optando por implementar un gran avance en el derecho debido a que nos separaríamos de las doctrinas antiguas y nos apegaríamos a doctrinas actuales debido a que el derecho debe ir evolucionando y se generaría mayor protección al concebirla como un interés jurídicamente protegido.

Finalmente se busca llegar a una conclusión respecto a la conveniencia de concebir la posesión como un derecho y un análisis en la legislación ecuatoriana, debido a que nuestro Código Civil aún define a la posesión como un hecho, al definirla como la “tenencia” de una cosa, tal como lo hizo el Código Civil Chileno. Por tanto, se pretende también construir nuestros propios lineamientos acerca de la posesión.

DESARROLLO

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA POSESIÓN

El tema de la posesión en el transcurso de la historia, ha sido materia de muchas controversias y discusiones entre tratadistas, en especial, acerca de su naturaleza jurídica y de los elementos que la componen.

Una de las primeras y clásicas concepciones de posesión, es la de los romanos quienes concibieron desde un inicio la idea de propiedad en tierras que fueron de dominio público y que luego pertenecieron a clanes familiares.

La posesión aparece en un inicio en Roma como una situación de hecho, la cual no tenía una regulación, a la cual que se le proporcionó protección a través de decretos que se fundaban en la costumbre, esto ocurrió en el período denominado pre clásico.

Luego en el período clásico, a la posesión se la diferencia totalmente de la propiedad, y surge el elemento fundamental de la posesión que es el corpus.

Finalmente en el período post clásico se destaca el elemento constitutivo de la posesión que es el animus domini, el corpus pierde relativamente importancia; además en esta etapa se destacan disposiciones acerca de esta figura jurídica contenidas en el Digesto y en el Corpus Iuris Civile.

En la Edad Media la posesión se encuentra regulada por normas, con una gran influencia de la Iglesia Católica, debido a que la normativa acerca de la posesión se encamina a regular la justificación o afectación de los bienes de la iglesia.

En el Derecho Germánico se realiza una clasificación de los bienes muebles y se distinguen aquellos que no se encontraban en poder del propietario, debido a que los mismos habían sido entregados de manera voluntaria a un tercero de los que no se encontraban en su poder debido a causas externas en contra de su voluntad; en este último caso, el dueño podía solicitar la devolución al tercero.

II. POSESIÓN: MARCO TEÓRICO

“Poseer es tener una cosa en su poder, usarla, gozarla, aprovecharla”. (Valencia Zea Arturo, 2012)

Tradicionalmente, la posesión ha sido definida como una relación de estado de hecho, la cual le permite a una persona tener el uso y poder exclusivo de una cosa, además retenerla y ejercer sobre ella actos materiales de aprovechamiento con el elemento del animus domini o como consecuencia de un derecho real o personal o sin poseer ningún derecho. (Enciclopedia Jurídica Omeba)

De esta definición se pueden destacar las siguientes concepciones del término posesión:

- 1.- La posesión como una relación o estado de hecho, esto significa un contacto material del hombre con la cosa.
- 2.- En virtud del estado de hecho, señalado anteriormente el hombre retiene en su poder exclusivamente la cosa.
- 3.- Al referirse al poder, éste permite al hombre ejecutar un conjunto de actos materiales que se refieren al aprovechamiento de la cosa.
- 4.- Finalmente este poder físico puede derivar de un derecho real, de un derecho personal o no reconocer la existencia de ningún derecho.

La definición legal que nos presenta el Código Civil, señala lo siguiente: *“La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño: sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa para sí mismo, o bien para otra persona en su lugar y a su nombre.”* (Código Civil, 2015).

Al destacar el ánimo de señor y dueño está refiriéndose a los elementos que debe tener la posesión, los cuales analizaremos más adelante.

Para los romanos, cuando una persona posee una cosa, ésta se conduce como propietario ejecutando actos materiales de aprovechamiento, enfatizando que no se trata de que el poseedor sea el propietario, sino simplemente que actúa de manera semejante a éste. La posesión de los derechos abarca la posesión de las cosas, cuando alguien se conduce como propietario y la posesión de otros derechos reales consiste en ejecutar actos como si se tratara del titular de esos derechos.

Los autores franceses como Planiol, Ripert y Picard optan por nuevos conceptos para realizar una más amplia distinción entre la posesión de cosas y de derechos. Para estos autores la posesión de las cosas es la posesión del derecho de propiedad y por lo tanto no existiría posesión de cosas. En otras palabras, la posesión de las cosas se referiría a una posesión especial del derecho real de dominio.

Para el autor colombiano Arturo Valencia Zea, la posesión no requiere una permanente inmediatez física, debido a que pueden presentarse casos en los que el bien se encuentre en manos de un representante, y aun así a pesar de esto, el representado conserva la posesión de la cosa.

Puede además presentarse el caso en el que el dueño reconozca a un tercero, el derecho a usar y gozar de la cosa por un plazo prolongado, obligándose a abstenerse de perturbar el uso y goce de la cosa de este tercero, como por ejemplo en el arrendamiento, en cuyo caso, el propietario ha perdido la tenencia material de la cosa, pero conserva la posesión.

Por ende, de acuerdo a los casos descritos anteriormente, se puede establecer que la posesión es una institución jurídica que no requiere esencialmente de una aprehensión y de un contacto físico por parte del poseedor.

Sin perjuicio de lo anterior, pueden presentarse conflictos entre quien tiene efectivamente la cosa (simple tenedor) y quien tiene derecho a tenerla (poseedor), y así mismo conflictos entre el poseedor y quien tiene el derecho de dominio (propietario).

III. TEORÍA DE SAVIGNY

Para poder explicar la posesión se deben destacar dos teorías de gran importancia, estas son desarrolladas por los juristas alemanes Savigny (teoría clásica o subjetiva) y Ihering (teoría objetiva).

Dentro de la múltiples discusiones acerca de considerar a la posesión un hecho o un derecho, se destaca la opinión del tratadista Savigny quien indica que la posesión es un mero hecho, puesto que se basa en circunstancias materiales como es el corpus, y que sin estas circunstancias no puede ser concebida, pero agrega que es un derecho por las consecuencias jurídicas que le atribuye al hecho.

En efecto, Savigny define a la posesión como un estado de hecho, debido a que se basa en el elemento del corpus, que se define como el conjunto de actos materiales que muestran el poder físico de un hombre sobre una cosa, es decir una persona demuestra que puede utilizar una cosa y la tiene para sí.

Al tener este poder,-este autor afirma-, que tiene la posibilidad física actual, inmediata y exclusiva sobre una cosa; esta teoría se asemeja a la realizada por los romanos.

Personalmente, considero que cuando el autor menciona esta característica de “poder” está reconociendo las facultades que tiene el poseedor para la utilización de la cosa, lo que nos podría ayudar como base para más adelante llevar a reconocer a la posesión como un derecho. Finalmente menciona que no sólo se basa en el ejercicio de actos, sino simplemente la existencia de la posibilidad de ejercer el poder físico sobre una cosa.

Esta posibilidad sólo puede presentarse en dos casos:

- Disponibilidad absoluta de la cosa.

- Posibilidad presente, lo que indica que no puede encontrarse subordinada a una condición futura, lo que permite que en cualquier momento el poseedor pueda ejercitar esa posibilidad.

Además debe agregarse que esta posibilidad debe ser inmediata lo que conlleva a que el poseedor no puede tener obstáculos para ejercer un poder físico sobre la cosa, esto incluye que ningún tercero pueda generarle controversias o disputarse la posesión de la misma, ni alegar el ejercicio de actos posesorios.

Savigny indica que debe existir un elemento adicional que es el *animus domini*, también denominado como un elemento psicológico. Esta voluntad real que forma parte de la posesión busca ser diferenciada de la tenencia de una cosa. En otras palabras, si se tiene la voluntad de poseer para sí mismo como lo haría un propietario estaríamos frente al *animus domini*, elemento que configura la posesión, por el contrario, si lo que se tiene es la voluntad de reconocer el derecho de dominio de otro, entonces estaríamos frente a la mera tenencia.

En síntesis, en esta teoría se destacan dos elementos esenciales en la posesión: el *corpus* y el *animus*.

El *corpus* es el elemento físico de la posesión, sin el cual ésta no se concibe, supone el contacto material, pero en la práctica este contacto no es indispensable. Debido a que puede presentarse el caso en que una persona sea poseedora de múltiples bienes y sólo puede tener un contacto directo e inmediato con pocos de ellos. Para Savigny, la posesión, no se trataría de una aprehensión efectiva, sino de una posibilidad física de tenerla y lo que realmente define al *corpus*, es la posibilidad material de hacer de la cosa lo que se quiera y además impedir cualquier injerencia extraña.

Para este autor es indispensable que la persona que posea la cosa lo haga con ánimo de dueño, sin reconocer el derecho de propiedad de otro, debido a que si se reconoce el derecho de otro se tratará entonces de una simple tenencia. El *animus* es aquel elemento que distinguiría al poseedor del mero tenedor, el *corpus* no podría distinguirlo. Esta exigencia de un *animus* especial es muy

criticada por la teoría objetiva de Ihering por cuanto el animus difícilmente puede probarse objetivamente.

En todo caso, la teoría subjetiva de Savigny -también denominada teoría clásica-, muestra estos dos elementos (corpus y animus domini) requeridos para la existencia de la posesión, y pese a que esta teoría considera la posesión en su origen como un hecho, creo que es el punto de partida para considerar la posesión como un derecho toda vez que de este hecho se derivan varias facultades como por ejemplo el derecho que tiene el poseedor de usar y gozar el bien, de ejercitar actos materiales como si fuera el propietario e inclusive el poder ejercer acciones posesorias.

Es importante indicar que nuestro Código Civil se adhiere a la teoría de Savigny, en cuanto reconoce a la posesión como un hecho al definirla como una tenencia.

IV. TEORÍA DE IHERING

Ihering reconoce la existencia de dos elementos el animus y el corpus pero los concibe de una manera diferente a como lo hacía Savigny.

Define al corpus como la manera de exteriorizar el animus mediante un conjunto de hechos que ayuden a demostrar la intención de apropiación jurídica, siendo estos hechos una forma visible de la propiedad.

Para este autor el corpus no constituye una relación física, de proximidad o contacto entre el hombre y la cosa, sino constituye una forma visible de la propiedad.

Por esta razón, Ihering se aproxima mucho a concebir a la posesión como un derecho debido a que para éste la posesión es una forma de propiedad, toda vez que lo importante es la existencia de un interés que genera una significación jurídica al término posesión. Es así que indica que puede existir la proximidad material o el contacto entre el hombre y la cosa sin que haya posesión. Define al

derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, este interés lleva consigo un fin y este fin sería la explotación económica de la cosa.

Por lo tanto, este autor da una gran importancia al corpus debido a que constituye una exteriorización a la propiedad y no sólo una proximidad o posibilidad como indicaba Savigny.

El corpus no es una simple relación material con la cosa, sino que constituye un interés que motiva la voluntad para perseguir un fin, el corpus se encuentra ligado en forma indisoluble con el animus, por lo tanto el propósito de explotación económica que existe en la intención del poseedor, es aquel que constituye el animus.

Esta teoría niega que el corpus esté caracterizado por la posibilidad material de disponer de la cosa, toda vez que no siempre el poseedor tiene la posibilidad física de disponer.

Para este autor, es imposible demostrar el animus al que se refiere Savigny debido a que, -como se dijo anteriormente-, es un elemento intencional.

Además añade que el corpus se refiere a comportarse respecto de la cosa, como lo haría el propietario o las personas a las cuales la ley les reconoce el derecho de posesión, y esa conducta debe ser adecuada al destino económico de la cosa.

Ihering prescinde del animus, debido a que señala que cada vez que alguien tiene una cosa en su poder, corresponde ampararla legalmente, indistintamente del ánimo con el que la tenga.

Una de las diferencias esenciales entre las teorías objetiva y subjetiva es que para Savigny, entre la posesión y tenencia lo que varía es el animus domini que tiene el poseedor y del que carece el tenedor, en cambio para Ihering, lo que distingue a uno y otro es simplemente la voluntad del legislador que para una situación jurídica otorga protección, mientras que para la otra lo deniega.

Ihering al referirse a las acciones posesorias, coloca el fundamento de estas acciones en la propiedad. La protección de la propiedad conlleva a la protección de la posesión, una facilidad de prueba a favor del propietario, que aprovecha al no propietario o poseedor.

En síntesis, Ihering considera a la posesión como un derecho porque indica que es un interés jurídicamente protegido.

Es importante destacar la significación que este autor le da a la posesión, debido a que el mismo realiza un aporte con las teorías denominadas absolutas, las cuales consisten en indicar que debe existir una protección para la posesión fundada en la voluntad, debido a que la voluntad que tiene la persona para tener la cosa para sí misma, es una voluntad de una persona capaz jurídicamente, la cual exige protección y relevancia para el ordenamiento jurídico. (Ihering Rodolfo, 1926).

Para Ihering lo importante es que se configuren los dos elementos anteriormente mencionados que son el animus y el corpus, el animus debido a que se debe de actuar como el titular del derecho que se posee y así ser reconocido por la colectividad que lo rodea y el corpus debido a que debe de ejecutar una serie de actos para la conservación de la cosa, esto si lo realiza por un tiempo prolongado y sin interrupción de ninguna otra persona por medio de otra acción, finalmente éste debe de gozar de un derecho que es el de la posesión.

V. TEORÍA DE SALEILLES

Adicionalmente a las teorías antes mencionadas, es menester resaltar la doctrina intermedia de Saleilles, que define el corpus como el conjunto de hechos susceptibles de descubrir una permanente relación de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa, puesta al servicio del individuo. Esta teoría resalta que en el poseedor existe un propósito de apropiación económica, a

diferencia de Ihering que resaltaba el propósito de apropiación jurídica por parte del poseedor.

Tampoco sirve el animus domini para distinguir al poseedor del simple tenedor, puesto que pueden presentarse ciertos casos como los del usufructuario y del titular de una servidumbre activa, quienes no son propietarios, pero son considerados poseedores de acuerdo a esta teoría porque existe el propósito de utilidad económica.

De acuerdo a lo anterior, Saleilles, señala que el corpus es el conjunto de hechos que permiten descubrir una relación permanente de conlleva a la apropiación económica, y un vínculo que permite la explotación de la cosa, la misma que es puesta al servicio del individuo.

Considerando las diferentes opiniones, la discusión de este trabajo se centra en determinar cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la posesión, esto es, si se trata de un hecho o de un derecho.

VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN

Existen varios argumentos y contraargumentos respecto de la naturaleza jurídica de la posesión, que la encasillan como un hecho y otros como un derecho. Las opiniones más destacadas se enuncian a continuación:

Savigny señala que la posesión consiste en un hecho, esto es, la aprehensión física de una cosa, o en la posibilidad de aprehenderla cuando el poseedor quiera. Sin embargo, esta concepción podría considerarse falsa, si tenemos en cuenta que existe derecho siempre que la ley proteja a una determinada conducta o pretensión.

Luis Claro Solar es otro destacado tratadista que se ha planteado la interrogante existente entre la posesión, para la cual se pregunta si se trata de un simple hecho o en sí misma constituye un verdadero derecho.

Este autor concluye que la posesión en sí misma es un puro hecho, una persona goza de una cosa, y pretende ser dueño de la misma, pretende tener un derecho real sobre esta cosa, por lo tanto la posesión es un hecho y no un derecho, da al poseedor acciones para proteger la cosa que posee, sin embargo esto constituye un hecho, al cual la ley atribuye efectos jurídicos, que no están subordinados a la existencia real del derecho que el poseedor pretende ejercer. (Claro Solar Luis, 1998)

Esta situación de hecho, coloca al poseedor en una presunción que se refiere a que éste trataría la cosa, tal como lo haría el dueño, por lo tanto no se constituirían derechos, aunque da lugar a una serie de beneficios o derechos a favor del poseedor. Esta posición es la que ha colocado en una larga discusión a la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de la posesión al referirse a si constituye un hecho o un derecho real. De acuerdo a esta postura, La posesión no es un derecho, sin embargo produce efectos jurídicos que le dan la fisonomía de derecho y necesita de reglas especiales sobre los modos de adquirirla y de perderla.

Para Pothier la posesión es un hecho, no la considera un derecho en la cosa poseída, es decir que no se genera un derecho sobre la cosa poseída, pero sí genera derechos al poseedor sobre la cosa que posee. (Pothier Robert, 2009)

Pothier se ratifica en que la posesión es un hecho que permite devenir en varios derechos a favor del poseedor con respecto de la cosa que posee. Por no encontrarse a la posesión en la enumeración de los derechos reales que hace el Código Civil es que también se lo considera como un hecho.

Esta postura se aproxima a lo recogido por nuestro Código Civil, que considera a la posesión como un hecho, debido a que sólo considera que es una tenencia de una cosa, pero se aparta de darle una mayor acogida y análisis a la posesión, la cual al ser abarcada como un derecho podría generar una gran protección para el interés del poseedor, el cual si tiene una posesión regular y pacífica no se

apartaría en ningún momento del ordenamiento jurídico y no ejercería una acción injusta para el verdadero dueño.

Es bastante rebatible el argumento de Pothier de no considerar a la posesión como un derecho sólo por no encontrarse en la enumeración de los derechos reales debido a que esto puede presentarse por una mala aplicación del legislador al redactar la norma, la cual además se basa en una posición muy antigua, y debería ser actualizada debido a que el derecho ha ido evolucionando.

Toullier distingue el derecho de poseer, la posesión y el derecho de posesión: el derecho de poseer es aquel que tiene el propietario, en virtud de la propiedad, la posesión es sólo una simple detención que es un hecho, el poseedor en virtud del hecho de su posesión, no puede alegar otro título que el de su propia posesión.

En este caso la posesión hace presumir la propiedad, de tal modo que a una persona que se encuentre en una posesión tranquila prolongada, es decir que no se trate de un día, un mes, o menos de un año, sino ininterrumpidamente por un período de un año, se le puede conferir el derecho de posesión. Por consiguiente, podría entenderse que la simple posesión de menos de un año es un hecho que no confiere derecho alguno al poseedor o detentador de la cosa, así lo indica la jurisprudencia francesa. Esta doctrina la persigue Durantón, debido que él indica que la posesión anual es un derecho real.

Sobre este aspecto, se puede afirmar que el mantenimiento de la relación de hecho es la condición que genera el derecho a la posesión, es decir, el poseedor no tiene derecho, sino en cuanto posee. En los otros derechos reales es de relevancia el pasado, en la posesión se mira el presente, allí se mira sólo el nacimiento del derecho, en la posesión, es necesario probar la permanencia. Sin embargo, la circunstancia de que la posesión como tal no dé el derecho, sino solamente la posibilidad de hecho de usar la cosa, no afecta a su naturaleza de derecho. La posesión es un interés que reclama protección y todo interés protegido debe recibir del jurista el nombre de derecho.

Siguiendo las teorías señaladas como absolutas, el tratadista Puchta, apegándose a lo mencionado anteriormente por Ihering, se manifiesta que en la protección que debe dársele a la posesión es por ser una posibilidad de derecho, es decir a la capacidad jurídica que se tiene por la voluntad de tener para sí algo, este autor se ratifica en señalar que la posesión es una especie del derecho a la personalidad, los cuales para la doctrina son definidos como aquellos derechos subjetivos, inherentes a la dignidad de la persona, y que se proyectan a la protección de bienes físicos o psíquicos del ser humano.

Pienso que este autor fundamenta su teoría en la voluntad de la persona de poseer, la cual otorga a su vez capacidad jurídica, la misma debe ser protegida como una especie de derecho a la personalidad, y se relaciona con el elemento del animus, es decir ánimo de señor y dueño de la cosa, esta voluntad no debería ser apartada de una protección por el ordenamiento jurídico, como lo señala este autor.

La posesión como relación de la persona con la cosa, es un derecho, como parte del sistema jurídico, es una institución de derecho, relación inmediata de la persona con la cosa.

La posesión en su concepción vulgar, tal como lo manifiestan los autores chilenos Arturo Alessandri y Manuel Somarriva consiste en ocupar una cosa, tenerla en nuestro poder sin que medie para esto un título o un derecho. Como ha quedado sentado, nuestro Código Civil se apoya en estas concepciones, las cuales recaen sobre la cosa y buscan destacar un elemento esencial, que es considerado un elemento intelectual o psicológico denominado animus; así pues en la legislación civil ecuatoriana la posesión *“es la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño”*.

Otros autores como Daniel Ovejero combinan ambas teorías para definirla como el poder que un hombre puede ejercer sobre las cosas de una forma independiente para poder utilizarlas con fines económicos, este poder prescinde totalmente de considerar o no derecho a la posesión. (Ovejero Daniel, 1942).

Por su parte, Molitor define a la posesión como un derecho personal y no real, debido a que no autoriza la persecución, pero podría tratarse de un derecho puramente personal debido a que confiere sobre la cosa un derecho inmediato, además agrega que un derecho se materializa en la acción, a pesar de no definir el considerarla como un derecho real por no encontrarse encuadrada en la enumeración legal de los derechos reales, inclusive llega a concluir que es un derecho real-personal.

Para algunos autores, la posesión puede ser considerada como un derecho real, debido a que puede ser protegida por acciones reales como los interdictos posesorios que son aquellos recursos o acciones que permiten recuperar la posesión de una cosa provisionalmente, sin que ésta decida la legitimidad o no de la posesión. Este criterio ha sido recogido por algunas legislaciones, a tal punto que podemos decir que el derecho moderno considera a la posesión como un derecho real de contenido provisional.

Sin embargo la posesión puede tratarse de un poder de hecho provisional, debido a que pese a verse amparado por sus propias acciones, éstos pueden desaparecer frente a acciones que se derivan de la propiedad.

Por ejemplo el poseedor se encuentra investido por un poder jurídico protegido por la ley, debido a que por la posesión pueden interponerse acciones posesorias para recuperar la posesión inclusive contra el verdadero dueño de la cosa, sin perjuicio de que el propietario puede interponer la acción reivindicatoria.

Para el autor Felipe Sánchez Román la posesión como derecho real, reúne las siguientes características: cosa corporal, no se constituye por una mera obligación, el modo de adquirir es la ficción o creencia de buena fe jurídica y produce una acción real.

Algunas legislaciones como la española consagran la posesión como un poder de hecho, de una parte y un poder jurídico de otra. Quien es despojado de un bien, pierde el poder de hecho pero tiene en su favor una acción para recuperarlo. Esta es la explicación que con mayor frecuencia se utiliza para explicar a la

posesión en el heredero sobre los bienes del causante, ésta es una verdadera posesión de derecho, debido a que pese a la muerte del heredero, éste no tenga un poder efectivo sobre los bienes relictos, sí tiene un poder jurídico otorgado por la misma ley.

Pese a que nuestro Código Civil sigue la teoría clásica de Savigny respecto a que el origen de la posesión es la tenencia de las cosas, a mi criterio señalar que la posesión es una mera relación de hecho es afirmar un concepto que no tiene que ver con la realidad jurídica.

En mi opinión, se debe concebir a la posesión como un derecho real, esto es, como una relación directa con la cosa sin respecto de determinada persona, protegida con acciones erga omnes, sin que exista un sujeto pasivo determinado.

Lo anteriormente expuesto nos permite encaminarnos a concebir a la posesión como un derecho, toda vez que si proveemos al poseedor de acciones, que le permiten acudir ante un órgano jurisdiccional, le estamos indubitablemente adjudicando válidamente un derecho.

Las acciones posesorias tienen como objetivo conservar o restituir la posesión al poseedor, siendo esta una facultad derivada de la posesión que pueden ser interpuesta inclusive contra el propietario.

En este orden de ideas, resulta interesante la concepción del autor Arturo Valencia Zea quien considera a la posesión como un derecho real provisional, esto significa que el poseedor no es protegido sino sólo provisionalmente y en tanto las partes debatan sobre el derecho de fondo o de dominio sobre la cosa.

VII. ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN COMPARADA

Como ya hemos señalado anteriormente la posesión concebida como un derecho real es una tendencia doctrinaria que ha sido abarcada por varios países, en los cuales es importante destacar su legislación.

Países como España en su Código Civil abarcan a la posesión y a la propiedad de una manera semejante, es decir no realiza una distinción de ser un hecho en el primer caso y un derecho en el segundo, más bien se refieren a ambas como derechos sobre bienes inmuebles y que se encuentran previstas por la ley.

Argentina es el país que más se acerca a la postura de la cual nos apegamos en el presente trabajo, ya que considera una posesión legítima, aquella que se apega al ejercicio de un derecho real, con esto se encuentra afirmando que la posesión es en éste país un derecho sobre las cosas, más no un hecho.

Sin embargo existen países en los cuales se puede contemplar que la posesión en sus legislaciones civiles puede ser entendida como un hecho, debido a que señalan que es una tenencia, así como un derecho al manifestar que es ejercido por las personas a su nombre o a nombre de otro. Esto se encuentra contemplado en algunas legislaciones de los países como Francia, Venezuela y Uruguay.

En la legislación mexicana observamos que mientras una persona es considerada dueño de una cosa, y entrega la misma a otro pero temporalmente, sea éste usufructuario, arrendatario u otro derecho semejante, los dos serán considerados poseedores, esto en mi opinión se extiende a la posesión debido a que manifiesta que puede tratarse de un derecho análogo o semejante, por lo tanto para esta legislación el dueño y el poseedor de la cosa se encuentran en una posición semejante.

Finalmente los países como Ecuador, Perú, Chile, Colombia se mantienen en su posición de concebir a la posesión como una tenencia con ánimo de señor y dueño, así se destacan los elementos principales de esta figura jurídica y cabe reiterar que la tenencia es un hecho.

CONCLUSIONES

La posesión es una de las figuras más antiguas que se encontraba recogida por el Derecho Romano, quienes la concibieron como una situación de hecho, la cual no tenía una regulación, a la cual que se le proporcionó protección a través de decretos que se fundaban en la costumbre, esto ocurrió en el período denominado pre clásico.

Tras el análisis de la temática previamente desarrollada, podemos concluir que el Código Civil ecuatoriano define a la posesión como una tenencia y en consecuencia, la considera un hecho, apreciación que data del Código Civil Chileno y doctrinas antiguas como la romana.

Nuestro Código Civil, considera a la posesión como un hecho, debido a que sólo considera que es una tenencia de una cosa, o una relación igualmente de hecho que tiene el poseedor con una cosa.

Esta concepción conlleva a apartarse de considerarla como un derecho la cual si llegase a ser considerada de este modo, podría generarle mayor protección a los intereses del poseedor, además de generarle una importancia más relevante a las acciones posesorias que implementa el mismo para su protección, el poseedor al tener una posesión regular y pacífica no se apartaría en ningún momento del ordenamiento jurídico y no ejercería una acción injusta para el verdadero dueño.

Sin embargo, diversos autores conciben a la posesión como un derecho, entendiéndola en ciertos casos como un derecho real provisional, pero derecho al fin y al cabo ya que no sólo se basa en poseer o no un título sino en la capacidad que tiene el poseedor de realizar actos posesorios y que los mismos sean protegidos por la ley.

Un autor que defiende la posesión como derecho es Rodolfo Ihering, debido a que señala en sus teorías denominadas como absolutas que en la posesión se ve un elemento que es la voluntad, ésta es exteriorizada por una capacidad, es

decir la persona tiene la cosa para sí misma y le permite el ejercicio de actos, esta voluntad debe encontrarse protegida por el ordenamiento jurídico ya que no se están realizando actos injustos, sino ejercitándose un derecho.

Evidentemente no sería cualquier posesión la que se considere como un derecho sino la que cumpla los requisitos de ley, como el hecho de mantenerse de forma pacífica e ininterrumpida por más de un año, pues de lo contrario nos estaríamos refiriéndonos a una tenencia que constituye un hecho, pero en el caso de que se tratase de un período ininterrumpido de un año, puede empezar a hablarse de un derecho, tal como lo recoge la jurisprudencia francesa.

Cabe indicar que así mismo la posesión puede ser considerada como derecho por tratarse de un interés jurídicamente protegido y que en consecuencia, puede gozar de una amplia protección por parte del ordenamiento jurídico.

Nuestro Código Civil se apega a la doctrina clásica o subjetiva, al concebir a la posesión como un hecho; sin embargo, es mi criterio que deba dársele a la posesión la categoría de derecho que le corresponde toda vez que el poseedor al tener una cosa para sí por un período prolongado y a su vez realizar una serie de actos encaminados a la conservación de la misma, está ejecutando actos que en ningún sentido se apartan del ordenamiento jurídico y se les debería de dar la protección que le corresponde, debido a que la posesión es un interés que reclama protección y todo interés protegido debe recibir del jurista el nombre de derecho. Resulta aun más preciso en este sentido, considerar a la posesión como un derecho real provisional, puesto que la protección al poseedor tiene el carácter de temporal en tanto las partes debatan sobre el derecho de fondo o de dominio sobre la cosa en forma definitiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Valencia, A & Ortiz, A. (2012). *Derechos reales*. Colombia: Editorial Temis S.A.
- Savigny, M. (1851). *Tratado de la Posesión*. Francia.
- Alessandri, A & Somarriva M. Tomo II de los Bienes. Chile: Editorial Nascimento.
- Código Civil. (2010). Ediciones Legales.
- Ovejero, D. (1942). *La Posesión*. Argentina: Edición 1942.
- Velásquez, G. (2010). *Los Bienes*. Colombia: Editorial Temis
- Enciclopedia Jurídica Omeba
- Ihering, R. (1926). *La Posesión versión española de Adolfo González Posada*. España: Editorial Reus
- Código Civil. (2015). Ediciones Legales
- Claro Solar, L. (1998). *Explicaciones del Derecho Civil Comparado de los Bienes*. Chile
- Pothier, R. (2009). *Tratados de la posesión y prescripción*
- Jaramillo, J. (2008). *La posesión en el código civil*. *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. Recuperado de <http://www.uax.es/publicacion/la-posesion-en-el-derecho-civil.pdf>
- Robles, M. (2001). *Posesión*. *Revista mexicana de derecho*. México. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/3/cnt/cnt2.pdf>
- Ortega, A. *La Posesión*. Recuperado de <file:///C:/Users/Ab%20Alvarado/Downloads/La%20Posesi%C3%B3n.pdf>



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **(Alvarado Quintana María Daniela)**, con C.C: # 0930867635 autor/a del trabajo de titulación: **(Posesión como Derecho Real)** previo a la obtención del título de **(Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador)** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 14 de marzo del 2016

f. _____

Nombre: **(Alvarado Quintana María Daniela)**

C.C: 0930867635



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La Posesión como Derecho Real		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Alvarado Quintana María Daniela		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	María Alexandra Macías Cedeño		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	(17) de (marzo) de (2016)	No. DE PÁGINAS:	(26 de páginas)
ÁREAS TEMÁTICAS:	(Derecho Civil, Derecho Procesal, Derecho Romano)		
Tr	(Posesión, animus, corpus, interdictos posesorios, tenencia, hecho)		

RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):

El presente trabajo busca abordar la problemática relativa a la naturaleza jurídica de la posesión, esta discusión ha sido abordada por diferentes tratadistas, entre los cuales se destacan principalmente Savigny y Ihering, mayores exponentes de las escuelas en materia posesoria. Así mismo se hace una revisión a la posición de otros autores como Claro Solar y Valencia Zea quienes presentan sus enfoques de acuerdo a su realidad y tiempo. Finalmente se analizará el enfoque de las corrientes modernas que conciben a la posesión como un derecho real y a aquellas que conciben a la posesión como un hecho, para llegar a un criterio uniforme y fundamentado de la figura jurídica.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4-(83320127)	E-mail: (mdaniela_4@hotmail.com)
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: (Macías Cedeño María Alexandra)	
	Teléfono: +593-4-(89190880)	
	E-mail:(mdaniela_4@hotmail.com)	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA	
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	