

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA ACCIÓN PUBLICIANA Y SU SISTEMATIZACIÓN, PARA LA  
PROTECCIÓN DEL POSEEDOR DE BUENA FE QUE ESTÉ A PUNTO DE  
USUCAPIR.**

**KLELLIAN XIOMARA MORALES UTRILLA**

**GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2005.**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA ACCIÓN PUBLICIANA Y SU SISTEMATIZACIÓN, PARA LA  
PROTECCIÓN DEL POSEEDOR DE BUENA FE QUE ESTÉ  
A PUNTO DE USUCAPIR**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**KLELLIAN XIOMARA MORALES UTRILLA**

Previo a conferirle el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, septiembre de 2005.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
VOVAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V:	Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic.	Rafael Morales Solares
Vocal:	Lic.	Hector David España Pinetta
Secretario:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic.	Ricardo Alvarado Sandoval
Vocal:	Licda.	Viviana Nineth Vega Morales
Secretario:	Lic.	Fernando Girón Cassiano

**NOTA:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 25 del reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

## **1 DEDICATORIA**

- A DIOS:** Divino creador que es fuente de luz y sabiduría que ilumina mi camino. Me colma de bendiciones, mi vida está en sus manos; ya que con Él he encontrado la fuerza y el poder.  
Hermosa es la herencia que me ha correspondido.
- A MIS PADRES:** Gregorio Javier Morales Guerra y Blanca Toribia Utrilla Mayén, por el apoyo incondicional, sacrificios, consejos y cariño que en todo momento me han brindado para la consecución de esta meta.  
Para ellos todos los laureles de mi triunfo como mínima recompensa por su amor y sacrificio.
- A MIS HERMANOS:** Nery Javier, Melline Ivonne, Jennifer Brigitte, Selvin Roqueffeler y Yojaira Karina. Agradeciéndoles su ayuda y comprensión que en todo momento me han brindado para la culminación de está meta.
- A MIS SOBRINOS:** Adity paola, Jessy Dayan, Javier Alejandro, y Selvin Gilberto, con amor por ser ángeles en mi camino.
- A MIS CUÑADAS:** Por su motivación y apoyo.
- A MIS AMIGOS:** De manera especial por haber tomado parte en la realización del presente trabajo, por su amistad incondicional y los momentos compartidos.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por aceptarme en sus aulas, por haberme formado como profesional.

# ÍNDICE

Introducción.....	i
<b>2 CAPÍTULO I</b>	
1. Derechos reales.....	1
1.1. Concepto y naturaleza jurídica.....	1
1.2. Elementos del concepto de derecho real.....	4
1.3. Carácteres de los derechos reales.....	6
1.4. Idea de los derechos reales <i>in faciendo</i> y de las <i>obligatio propter rem</i> .....	9
1.4.1. Derechos reales <i>in faciendo</i> .....	9
1.4.2. Las obligaciones <i>propter rem</i> .....	10
1.5. Clasificación de los derechos reales.....	12
1.6. Derechos reales reconocidos por la legislación guatemalteca...	15
<b>3 CAPÍTULO II</b>	
2. La posesión.....	17
2.1. Concepto.....	17
2.2. Naturaleza jurídica.....	18
2.3. Fundamento y condiciones de la protección posesoria.....	20
2.3.1. Origen de la tutela posesoria.....	21
2.3.2. Condiciones de la protección posesoria.....	23
2.4. Clases de posesión.....	24
2.4.1. Posesión natural y posesión civil.....	24
2.4.2. Posesión en concepto de dueño (personal) y en concepto distinto del dueño (posesión por otro) .....	25
2.4.3. Posesión de buena fe y posesión de mala fe.....	25
2.4.4. Posesión inmediata y posesión mediata.....	26
2.4.5. Posesión discontinúa y posesión continuá.....	26
2.4.6. Posesión pacífica y posesión violenta.....	26
2.4.7. Posesión pública y posesión clandestina .....	26
2.4.8. Posesión registrada y no registrada.....	27
2.4.9. Posesión individual e indivisa.....	27
2.4.10. Posesión <i>cuasi</i> posesión y de la posesión civilísima.....	27
2.5. Efectos de la posesión durante su ejercicio y al cesar el mismo..	29
2.5.1. Cumplimiento de las relaciones jurídicas que surgen de la posesión.....	29
2.5.1.1. Por parte del poseedor.....	29

2.5.1.2. Por parte del sucesor en la posesión.....	30
2.6. Incumplimiento.....	32
2.6.1. Por parte del poseedor.....	32
2.6.2. Por parte del sucesor en la posesión.....	33
2.6.3. Por parte de los terceros.....	34
2.7. Adquisición, conservación y pérdida de la posesión.....	36
2.7.1. Generalidades de la adquisición.....	36
2.7.2. Regulación en el Código Civil.....	37
2.7.3. Particularidades de las cosas inmuebles y las cosas muebles.....	39
2.7.4. La posesión de bienes inmuebles.....	40

#### 4 CAPÍTULO III

3. La usucapión.....	43
3.1. Antecedentes.....	43
3.2. La usucapión en el derecho clásico.....	44
3.2.1. Casos de aplicación y utilidad de la usucapión.....	44
3.2.2. De las cosas susceptibles de usucapión.....	45
3.2.3. De las condiciones requeridas para la usucapión.....	46
3.2.4. Unión de posesiones.....	48
3.2.5. <i>Usucapio lucrativa pro herede</i> .....	49
3.2.6. <i>Usureceptio</i> .....	49
3.2.6.1. Efectos de la usucapión.....	50
3.2.7. De la <i>praescriptio longi temporis</i> .....	51
3.2.7.1. Aplicación y utilidad.....	51
3.2.7.2. Condiciones.....	51
3.2.7.3. Efectos.....	51
3.2.8. De la usucapión en el derecho de Justiniano.....	52
3.2.9. La división de las <i>res mancipi</i> y <i>nec mancipi</i> .....	52
3.2.9.1. Las condiciones exigidas para usucapir.....	53
3.2.9.2. Da un modo de interrumpir la usucapión al propietario.....	53
3.2.9.3. La nueva usucapión hace adquirir la cosa al poseedor.....	53
3.3. De las acciones <i>in rem</i> civiles.....	54
3.3.1. De la <i>rei vindicatio</i> .....	54
3.3.2. De la acción negatoria.....	56
3.3.3. De la acción confesoria.....	56
3.3.4. De la petición de herencia.....	57
3.4. De las acciones <i>in rem pretorianas</i> .....	58
3.5. En el derecho romano.....	58
3.6. En el derecho guatemalteco.....	59
3.7. Concepto.....	60
3.8. Especies.....	61

3.9. Requisitos.....	62
3.9.1. Capacidad de los sujetos.....	62
3.9.2. La aptitud de la cosa.....	63
3.9.3. La posesión.....	63
3.9.4. Lapso.....	63
3.9.5. Justo título.....	64
3.9.6. Buena fe.....	67
3.10. La prescripción y el registro de la propiedad.....	67
3.11. Interrupción de la prescripción.....	68
3.12. Efectos de la prescripción.....	69

## **5 CAPÍTULO IV**

4. Acción publiciana.....	71
4.1. Antecedentes.....	71
4.2. Condiciones de ejercicio.....	71
4.3. Efectos.....	72
4.4. Acción publiciana y la legislación nacional.....	74

## **6 CAPÍTULO V**

5. Derecho comparado.....	79
5.1. La conservación de la posesión en el Código Civil de la República de Argentina (ley 340) .....	79
5.1.1. La posesión.....	79
5.2. De la posesión y de la tradición para adquirirla.....	82
5.3. La acción reivindicatoria.....	87

## **7 CAPÍTULO VI**

6. Análisis de casos de procedencia.....	97
6.1. Caso 1.....	97
6.1.1. Doctrina.....	97
6.1.2. Objeto del juicio.....	97
6.1.3. Sentencia de primera y segunda instancia.....	98
6.1.4. De las pruebas aportadas.....	99
6.1.5. Recurso de casación.....	100
6.1.6. Consideraciones de derecho.....	101
6.1.7. Opinión jurídica.....	104
6.2. Caso 2.....	105
6.2.1. Doctrina.....	105
6.2.2. Objeto del juicio.....	106

6.2.3. Antecedentes.....	106
6.2.4. Análisis de la autoridad impugnada.....	107
6.2.4.1. Recurso de casación.....	109
6.2.4.2. Análisis de casación.....	112
6.2.4.3. Opinión jurídica.....	116
CONCLUSIONES.....	119
RECOMENDACIONES.....	121
BIBLIOGRAFÍA.....	123

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación se fundamenta en el derecho de poseer un bien y la facultad que el derecho real otorga al titular de defender frente a cualquiera dicha cosa, incluso en contra de un tercero de buena fe pero con un título ineficaz.

De esta manera se desarrolla este trabajo de lo general a lo particular, atendiendo en primer lugar a los derechos reales, la posesión, la usucapión y la acción publiciana en particular, haciendo también un análisis de esta institución del derecho civil en el derecho comparado, en particular en la legislación civil Argentina.

Además se analizan los casos de procedencia, tomando en consideración sentencias emanadas de la Corte Suprema de Justicia en casación, que se sustentan en un criterio interpretativo judicial.

Además de ello, se debe mencionar el estudio del derecho romano, ya que estos estudiaban esta institución, y otras figuras afines en la historia del derecho civil.

Cabe mencionar que la acción publiciana puede ser ejercitada contra una persona estando en igual situación a la del demandante, hallándose como él en situación de usucapir. Debe triunfar: a) cuando el conflicto es entre un poseedor de buena fe, adquiriente a *non domino*, y un propietario que ha recibido tradición del mismo propietario, este último debe triunfar, sea demandante o demandado; b) cuando el proceso es entre dos poseedores de buena fe, que tienen los dos adquirida la cosa a *non domino*, es el primer adquiriente, habiendo recibido tradición, y si las dos partes han adquirido la cosa de diferentes personas, no hay

otra razón para decidir entre ellas más que el hecho actual de la posesión: de manera que el poseedor es quien guarda la cosa.

Por último, cabe decir que con la investigación realizada se determina que la acción publiciana es el modo más eficaz para proteger la posesión, siendo ésta más completa y superior en sus efectos a los interdictos, en cuanto a la posesión.

## CAPÍTULO I

### 1. Derechos reales:

El derecho civil se encuentra conformado por los derechos reales. El patrimonio, en sí, es un área determinante en el mismo, ya que éste representa una mayoría significativa en los conflictos entre los particulares, y que este mismo se encuentra manifiesto, además, en el derecho de obligaciones.

#### 1.1. Concepto y naturaleza jurídica:

El concepto de derecho real esta en constante evolución al punto que para conceptualizarlo debemos atender en primer orden a la evolución histórica del mismo, es decir su naturaleza jurídica.

Durante todo el decurso del pensamiento jurídico tradicional, como bien expresa Federico Puig Peña<sup>1</sup>, “ha dominado, casi hasta el pasado siglo, un criterio definidor, que fue aceptado entonces casi con la categoría de un axioma. Con arreglo al mismo, se definían los derechos reales diciendo que eran aquellos que otorgaban a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa”. La visión, extraordinariamente simplista y extraordinariamente práctica, contrapuso los derechos reales (*ius in re*) a los personales, destacando en los primeros el *quantum* y el modo de la relación jurídica a base de estos dos puntos trascendentales, que ya apuntaba Giorgio<sup>2</sup>: “relación de hombre a cosa (a diferencia del derecho personal, que era relación de persona a persona) e inmediatividad, o lo que es igual que el titular del *ius in re* podía moverse el solo respecto de aquella relación, teniendo un poderío absoluto, con caracteres de monopolio y sin precisar de la asistencia, mediación o amparo de nadie”. Esta inmediatividad puede ser absoluta, como en el derecho de propiedad, o limitada,

---

<sup>1</sup> Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 2t.; pág. 16.

<sup>2</sup> **Ibid.**

como en los demás derechos reales, pero siempre será inmediatividad; es decir, que el titular del derecho real domina directamente la cosa con poder absorbente, no necesitando de nadie para la actuación de este poderío. Dicho de otra forma, el derecho real supone una relación inmediata entre la persona y la cosa o, lo que es igual, una potestad directa sobre la cosa, que no necesita de intermediario alguno.

No cabe duda que la concepción, era extraordinariamente práctica, pues da una visión muy concreta y eficaz del derecho real; pero cuando fue sometida al escrupuloso análisis germánico de conceptos jurídicos, empezó a mirársela con recelo, hasta que Winscheid<sup>3</sup>, “en la nueva edición de las pandectas lanza contra ella un ataque a fondo y duro, del que salió muy mal parada y desde luego completamente desacreditada”. El formidable jurista germano lanzó una pequeña objeción: ¿Cómo es posible concebir una relación jurídica del hombre con una cosa? ¿Es que las cosas tienen derecho? ¿Es que la sumisión a la potestad del hombre tiene alcance jurídico? No; esa relación del hombre con la cosa será una relación material, de hecho, muy estimable y muy económica, si se quiere, pero nunca una relación jurídica. La doctrina kantiana<sup>4</sup> “había excluido en todo momento la posibilidad de relación nouménica entre persona y cosa, entre la concepción y probablemente la influencia de la doctrina normativista de Thon, provocaron que Winscheid<sup>5</sup>, que al principio siguió la orientación tradicional, en las nuevas ediciones de sus pandectas que se orientara hacia la tesis obligacionista”. Es necesario, pues, dotar a la definición del derecho real de un contenido jurídico del que hasta ahora carece.

Entonces, manifiesta Puig Peña<sup>6</sup>, “empezó a dibujarse en la doctrina la llamada tesis obligacionista o personalista, que trata ya de dar precisión dogmática a la definición de los derechos reales”. Con arreglo a esta tesis, no

---

<sup>3</sup> Winscheid. *Dirito delle Paandette. (Derecho de las pandectas)* 1t; pág. 38.

<sup>4</sup> **Ibid**

<sup>5</sup> **Ibid**, pág 39.

<sup>6</sup> Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 17.

conviene desligar la concepción del derecho real del contenido fundamental que encierra y supone la idea general del derecho: la obligación de otro. Ahora bien, así como en los derechos de obligación *strictu sensu* existe claramente el deber positivo del sujeto pasivo, en los derechos reales son todos los ciudadanos los que tienen el deber de abstención frente al titular del derecho. De esta forma, se concibe el derecho real a modo de una obligación (teoría obligacionista), en la que el sujeto activo es simple y está representado por una sola persona, y el sujeto pasivo ilimitado en su número. Esta concepción fundamental de la abstención de los terceros es la que da la tónica jurídica de los *ius in re*.

Rechazada la inmediatividad, y aun la inherencia, como características esenciales del derecho real, se buscan éstas en la llamada absolutividad que Windscheid, Aubry, Rau y otros, pretenden explicar mediante la obligación pasiva universal, y Thon<sup>7</sup> “por el efecto reflejo de las normas, como consecuencia de las prohibiciones por ellas impuestas a cualesquiera personas salvo al titular del derecho”.

Esta doctrina obligacionista fue muy bien vista, inicialmente, alcanzando, un predicamento extraordinario. Después de Windscheid<sup>8</sup>, “siguen el nuevo sendero Dernburg, Oertamn y Fuchs, en Alemania, que con sus nombres de relieve mundial dan un gran prestigio a la nueva concepción”. En Francia, fueron Planiol y Ripert, quienes desde 1896 adoptaron la nueva tesis, lanzando a la fecha duros ataques a la teoría clásica de la inmediatividad con la cosa; y en Italia, nada menos que Ferrara se adscribe de modo singular y entusiasta a la concepción personalista. En España, aunque la mayoría de los autores se había inclinado por la concepción antigua, Giner y Azcárate, recogieron la nueva tendencia.

Posteriormente ha surgido la llamada dirección ecléctica, recogiendo la nueva orientación obligacionista, no cree acertado ni justo desprenderse de la

---

<sup>7</sup> **Ibid**, pág. 18.

<sup>8</sup> **Ibid**

clara y certera visión que representaba la tesis clásica, teniendo en cuenta que las obligaciones no está exentas de reproches y objeciones, pues definir el derecho real como una simple abstención de terceros, aparte de no representar propiamente esa abstención una verdadera obligación civil supone formular una mera definición de superficie, sin establecer hondamente en el contenido positivo y eficaz de aquella institución jurídica.

La teoría ecléctica o integral va ganando mucho terreno y se sigue, en Italia, por autores como Barassi, y en España. Derecho Real, es el que puede ser ejercitado y hecho valer frente a todos. Roca Sastre<sup>9</sup> los define así: “Son aquellos que atribuyen a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa determinada, sin necesidad de intermediario alguno personalmente obligado (inmediatividad), y que, asimismo, imponen a todo el mundo un deber de respeto y exclusión (absolutividad), y a veces (en los derechos limitados o fragmentarios) un patio un *non facere*, posiblemente conectado con *un facere*”.

## 1.2. Elementos del concepto de derecho real:

De la definición de derecho real antes mencionada, se puede determinar que son dos los elementos definidores del concepto de derecho real<sup>10</sup>:

- “Elemento Interno: La inmediatividad del poder del hombre sobre la cosa. En esta frase, las expresiones fundamentales son tres: poder, cosa e inmediatividad. Poder: en cuanto representa potestad, es decir, poder legalizado, pues aún la misma posesión, si bien en principio representa una mera situación de hecho, es un situación de hecho legalizada por el ordenamiento jurídico. Por otra parte, esa potestad de hacer no es una potestad de hacer sin límites, sino que está sometida y encuadrada dentro de los marcos jurídicos. Cosa: es el término objetivo sobre el cual se proyecta el poder o la potestad, y que supone un punto

---

<sup>9</sup> **Ibid**, pág. 19

<sup>10</sup> **Ibid**.

fundamental de diferenciación con los derechos personales, ya que, en éstos, el término final de la pretensión del acreedor estriba siempre en una conducta del deudor; luego es la persona la que figura en el primer término de la relación jurídica. Inmediatividad: es el modo de esta relación y supone la ausencia de todo intermediario personalmente obligado”.

Esto debe ser interpretado en su propio y verdadero sentido pues como afirma Roca Sastre<sup>11</sup> “el derecho real no supone la ausencia de todo intermediario, sino sólo de un intermediario personalmente obligado. En una servidumbre, por ejemplo, el titular de la misma no puede, en principio, gozar de ella sino mediante la intervención pasiva del dueño del predio sirviente”. Aquí ciertamente, hay un intermediario, pero no está personalmente obligado; o, lo que es lo mismo, él está obligado, pero no por la condición personal de deudor, sino por su significación real de poseedor o propietario de las cosas, que pierde tan pronto deja de ser tal, pasando al adquirente de la misma el deber jurídico de abstención. Estas son las obligaciones denominadas *Propter rem* o titularidades pasivas *ob rem*.

- “Elemento externo: la absolutividad: es el elemento externo del derecho real. Éste es absoluto, es decir, que se da contra todos y frente a todos, a diferencia del derecho personal, que es relativo, pues que sólo se da contra la persona del deudor. Existe pues, un deber universal de abstención. Este es un elemento externo absolutamente indispensable, pues, como afirma un autor, la relación del hombre con la cosa debe ser una relación jurídica, y para ser tal, debe implicar deberes en los demás hombres”.

Deber decimos, y no obligación pues, como afirma Hernández Gil<sup>12</sup>, “no estamos en presencia de típicas obligaciones del derecho civil, sino de una situación impuesta ciertamente por el ordenamiento jurídico, pero no de alcance estrictamente privado, sino más bien lindante con el derecho público. Basta tener

---

<sup>11</sup> **Ibid.**

<sup>12</sup> Hernández Gil, Francisco. **Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones propter rem**, revista de derecho privado, pág. 850.

en cuenta que un deber no es inventariable, y que carece de contenido económico, para descubrir las diferencias que se le separan de la propia obligación del derecho civil”.

Ese deber, lo tienen todos los ciudadanos, sin excepción alguna, por lo que deviene indeterminado o, lo que es lo mismo, se considera a todos por igual, incluso al mismo propietario.

Finalmente, en todos los ciudadanos, ese deber fundamental es un deber de abstención, respeto de no molestar y ni siquiera perturbar el goce del titular del *ius in re*. Con su no hacer cumplen pues, por regla general porque pueden darse casos contrarios (muy raros, ciertamente, pero pueden darse) en los que se imponga a una determinada persona (obligada *ob rem*) la obligación positiva de hacer, como la antigua y clásica servidumbre *honeris ferendi*. Pero se trata de una excepción que, en definitiva, confirma la regla general.

### 1.3. Carácter de los derechos reales:

Aparte de las notas fundamentales de inmediatividad y absolutividad, que se han expuesto al desarrollar la definición de derecho real, éste presenta, según la doctrina <sup>13</sup>, las características siguientes:

- “La indeterminación del sujeto pasivo y del activo: A diferencia de los derechos personales, en los que siempre hay un obligado o deudor conocido o cognoscible desde el primer momento. En los derechos reales todos los ciudadanos, sin distinción, son sujetos pasivos, y si en algún momento se verifica alguna persona en particular, que aparece como primera figura individualmente determinada, ello se ocasiona, como una derivación de su posición frente a la cosa. El dueño del predio está obligado individualmente frente al titular de la

---

<sup>13</sup> Puig Peña. **Ob. Cit.**, pág. 24.

servidumbre, no por su condición personal de deudor en una obligación civil sino por su significación real de poseedor o propietario de la finca que ha de prestar el beneficio al predio dominante”. Por consiguiente, si el fundo cambia de dueño, otro será el que aparecerá después como nuevo obligado. En cuanto al sujeto activo, en las obligaciones personales siempre hay una persona individualmente determinada: el acreedor o sus herederos.

En el derecho real también esto puede quedar circunstancialmente indeterminado, por un fenómeno similar al que acabamos de describir. Estamos en presencia de las titularidades activas *ob rem*, llamadas también derechos subjetivamente reales o derechos mediatamente determinados, que tan interesantes aportaciones doctrinales han motivado.

- “La corporeidad de la cosa: tradicionalmente ha sido el requisito de la corporeidad otro de los que la doctrina ponía de manifiesto al caracterizar los derechos reales. Hoy, la necesidad de este requisito está en crisis, porque se reconocen perfectamente derechos reales sobre derechos reales, y la moderna doctrina admite la existencia de derechos reales sobre bienes inmateriales, como los derechos de autor e inventor”. Sin embargo, los que apuntaron aquel carácter no ceden y , dándole otro giro, siguen diciendo que el objeto de los derechos reales es toda cosa del mundo exterior que no sea un acto de la voluntad humana, ya que insisten el acto de la voluntad humana que constituye el objeto de los derechos personales o de crédito.

Lo que sí es cierto es que la cosa objeto de los derechos reales ha de ser específica y determinada; no cabe derecho real sobre cosas no específicas o indeterminadas.

- “La singularidad de su adquisición: nota típica de los derechos personales es la posesión de un título para su adquisición. Basta con poseer un título; ya que este surge desde el primer momento en que se da la obligación que

los crea. En cambio, el derecho real precisa algo más; ese algo más es un acto ostensible de la transmisión de la posesión”. Por eso, los clásicos decían que en los derechos reales se precisaba la concurrencia necesaria del título y del modo.

Otra singularidad es que los derechos reales pueden adquirirse por prescripción, cosa que no sucede con los derechos de crédito.

- “El escaso poderío creador de la voluntad: En los derechos personales tiene la voluntad humana un poderío creador casi absoluto. Cualquier prestación, siempre que sea lícita y no ataque en algún modo al ordenamiento jurídico, es apta para constituir el objeto de una figura obligacional. Las partes tienen, potestad creadora y el número de las relaciones contractuales no está limitado en ningún sentido por derecho objetivo”. En cambio, en los derechos reales poco puede hacer la *vis* creadora del hombre. Este, en efecto, se encuentra con una serie de figuras de derecho real que están dibujadas y delimitadas por el derecho el cual, marca las líneas institucionales que las determinan. Y esto es así, aunque alguna legislación en particular, como la del *numerus clausus*, siempre existen unos tipos generales de derechos reales a los que deben responder institucionalmente los demás.

- “Derechos de preferencia y persecución. Otra de las características fundamentales del derecho real, frente al derecho personal, es que goza como consecuencia de su carácter fundamental de derecho absoluto ejercitable *erga omnes* de los trascendentales atributos, consistentes en los derechos de persecución y preferencia. El primero, como su nombre lo indica, permite al titular seguir la cosa objeto de su derecho por medio de acciones reales (reivindicación e interdictos), dirigidas contra cualquiera que la tenga en posesión, excepto en el caso de que el legislador paralice su ejercicio. El segundo permite al titular excluir a todos aquellos que no tenga más que un derecho de crédito o un derecho real posterior en fecha, o que tenga una inferior categoría. Todo esto, en virtud de la *prior in tempore in iure*”.

- “La posibilidad del abandono: Otra nota característica del derecho real es la posibilidad que tiene su titular de exonerarse de los gravámenes que sobre la cosa pesan, abandonando la misma. Esta facultad, que no se concibe en el derecho de obligaciones, la concede expresamente la ley en algunos supuestos; pero la doctrina entiende que éstos no son más que exponentes del principio general que late en el ordenamiento de cosas, según el cual se produce la liberación de la carga real si se abandona el derecho existente sobre la cosa”.

- “La duración ilimitada: El derecho real tiene una duración ilimitada. Todos excepto aquellos que son sustancialmente temporales, como usufructo, el uso, la habitación etcétera, son perpetuos, cumpliendo su finalidad institucional y económica precisamente con su ejercicio. En cambio, el derecho personal es, por naturaleza, temporal y transitorio, y su ejercicio se extingue cuando satisfecha la prestación del deudor, desaparece la finalidad del vínculo”.

#### 1.4. Idea de los derechos reales *in faciendo* y de las *obligatio propter rem*:

##### 1.4.1. Derechos reales *in faciendo*:

Desconocidos en el derecho romano, aparecen en la doctrina<sup>14</sup> “la llamada tesis obligacionista o personalista con su idea capital de caracterizar a los derechos reales por la indeterminación e ilimitación en su número del sujeto pasivo como una excepción a esta idea, citándose como ejemplos de ellos: las antiguas servidumbres romanas *honréis ferendi*, las cargas territoriales germánicas (Reallsten), los censos, foros y “*rabassa morta*””. Pero, aún admitiéndose en todas las legislaciones supuestos análogos de aplicaciones concretas de tales derechos, no se ha llegado, ni mucho menos, a la unanimidad en la doctrina en orden a su verdadera naturaleza. En tanto que para unos tratadistas los derechos reales *in faciendo* son meras figuras complejas, en las

---

<sup>14</sup> **Ibid.** 29

cuales la obligación, o es un mero accesorio del derecho real o está coordinada con él, para otros son simples obligaciones *propter rem*; sin que falten, por último, prestigiosos mantenedores de la autonomía de esta figura, como Fadda, Bensa y Rigaud<sup>15</sup> “quienes sostienen que en los casos aludidos se grava directamente el fundo y, sólo indirectamente, a su propietario, quien puede terminar la obligación abandonándola, por consiguiente al menos en pura teoría, nada se oponga a la admisión de los derechos reales *in faciendo*”.

#### 1.4.2. Las obligaciones *propter rem*:

Llamadas en la doctrina alemana<sup>16</sup> “derechos subjetivamente reales (*subjektiven dinglichen Rechten*), se consideran como un caso de *Glaubigerschul* (interés) sin *Schuldnerschul* (estricto deber), y han sido magníficamente defendidas en España por Cámara<sup>17</sup>, quien las considera como aquellas obligaciones impuestas al que en cada momento sea propietario de un inmueble, pudiendo citarse como ejemplos de las mismas: la hipoteca en garantía de títulos al portador y las servidumbre prediales”.

En estas obligaciones los sujetos se determinan en relación con una cosa y, por consiguiente, pueden cambiar a medida que la cosa pasa de unas personas a otras; por eso, estas obligaciones al igual que los derechos reales *in faciendo* constituyen, como hemos indicado, excepciones a la idea básica fundamental clásica de los derechos reales, hasta el punto que Atard<sup>18</sup> “estima que el carácter real de estos derechos subjetivamente reales resulta, no solo del objeto sobre el cual recae, sino también del sujeto de la relación jurídica, que es un fundo y no la persona a quien el fundo pertenece por otra titularidad”.

---

<sup>15</sup> **Ibid.**

<sup>16</sup> **Ibid.**, pág 30

<sup>17</sup> **Ibid.**

<sup>18</sup> **Ibid.**

Según regula Roca Sastre<sup>19</sup>, “quien dispone que los derechos reales limitados, los de garantía, y en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales”. Para que surtan efectos contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan, y que, las servidumbres reales podrán también hacerse constar en la inscripción del predio dominante y como cualidad del mismo.<sup>20</sup>

I) “Naturaleza jurídica: las teorías que tratan de explicar la naturaleza de las obligaciones *propter rem* son, fundamentalmente.

- Teoría de la realidad: esta teoría equipara las obligaciones *propter rem* a los derechos reales, configurándolas bien como cargas reales o como derechos reales *in faciendo*.

- Teoría Personalista: según la mayoría de los autores que se han ocupado del tema, las obligaciones *propter rem* tienen naturaleza personal, son relaciones jurídicas obligatorias.

- Teoría Mixta: para otros autores, constituyen un *tertium genus* o tercer género, intermedio entre los derechos reales y los de crédito.

- Teoría Relativa: para muchos autores es la defendida ya que las obligaciones *propter rem*, pueden ser derechos reales o personales, según el criterio que se adopte en la valoración de los derechos patrimoniales”.

II) “Carácteres: después de situar las obligaciones *propter rem* en el marco de los derechos de crédito, señalan los siguientes caracteres, que justifican y delimitan la autonomía de tales obligaciones:

- Accesoriedad: son accesorias, en el sentido de estar conectadas a una determinada titularidad jurídico real; la existencia de la obligación se subordina a la de titularidad cierta sobre una cosa.

---

<sup>19</sup> **Ibid.**, pág 31

<sup>20</sup> **Ibid.**

- Especial designación del sujeto pasivo: el sujeto pasivo se determina a través de la titularidad de un derecho real, o por el ejercicio de hecho del derecho real.

- Renuncia y abandono liberatorio: el sujeto pasivo tiene la facultad de liberarse de realizar la prestación, renunciando o abandonando el derecho real.

- Transmisión de la obligación por la transmisión del derecho real: la situación de la persona del deudor se produce *ipso iure* con la transmisión del derecho real, sin el concurso de la voluntad del acreedor.

- No vigencia del dogma de la autonomía de la voluntad: la obligaciones *propter rem* son obligaciones *ex lege*”.

### 1.5 Clasificación de los derechos reales.

Varias han sido las clasificaciones que de los derechos reales ha hecho la doctrina científica. Como los autores italianos suelen distinguirlos: “a) derechos de goce y disposición, como la propiedad; b) de simple goce, como el usufructo, servidumbre, censo, etc.; y c) derechos reales de garantía, como la prenda, hipoteca y anticresis”<sup>21</sup>. La clasificación Española hizo fortuna y fue acogida, por la generalidad de los tratadistas que la dividía en *similares al dominio* y *limitativos de este*. Entre los primeros comprendía la posesión, el derecho hereditario y la inscripción arrendataria, y entre los segundos, las servidumbres, los censos y la hipoteca.

Parecida a esta clasificación es la que dividía los derechos reales en principales o materiales y accesorios o formales, según tuvieran una existencia *per se* e independiente de toda relación como, por ejemplo, el usufructo, o por el contrario, dependieran inmediatamente de otro derecho como, por ejemplo, la prenda. Esta última clasificación fue recibida con agrado por varios tratadistas, tratando como es lógico, de completarla, añadiendo un tercer grupo integrado por

---

<sup>21</sup> **Ibid**, pág. 32

los derechos reales de adquisición, porque aseguran a su titular adquisición de una cosa en condiciones determinadas, como, por ejemplo, el derecho de retracto.

En realidad no se puede seguir una clasificación simplista en cuanto de la distinción de los derechos reales se trata. Es necesario, tener en cuenta varios puntos de vista, que actuarán como términos o elementos de una clasificación general. En lo cual tomamos en cuenta:

“El objeto. Los derechos reales sobre cosas corporales (regla general) o sobre cosas incorpóreas. Debemos insistir en la doble tendencia general de la doctrina moderna, sin discusión, derechos reales sobre *res incorpóreas*, ya que la noción de cosa, en el sentido jurídico, no deja de desenvolverse y extenderse”<sup>22</sup>. En cuanto que el progreso económico ha multiplicado la riqueza y mostrando el valor de los bienes inmateriales: y los derechos que sobre las mismas descansan pueden ser verdaderos derechos reales, aunque sometidos a reglas especiales que dependen de la naturaleza específica del objeto sobre el cual recaen.

“La protección que el derecho les brinda. En este sentido, se ha distinguido los derechos reales provisionales de los definitivos, según la protección que el ordenamiento jurídico les otorga provisionalmente, como la posesión perfecta y definitiva, así como la propiedad y los demás *iura in re aliena*”.

“La plenitud o restricción de su contenido. Según esto, debe distinguirse perfectamente aquel derecho real que supone un poder pleno y absoluto, que es el dominio, de aquellos otros que conceden solo un poder restringido en relación con el dominio, produciendo solamente efectos limitativos.

---

<sup>22</sup> **Ibid**, pág 33

“La finalidad institucional. Cabe perfectamente distinguir una finalidad de goce de una finalidad de garantía, como la prenda, la hipoteca, y la anticresis o una finalidad de adquisición, como el retracto y, en cierto sentido, el tanteo”. (No cabe duda que se trata de derechos reales, supuesto que todos ellos confieren un poder sobre la cosa y pueden hacerse valer *erga omnes*, aunque, claro, presenten algunas notas particulares como por ejemplo, la revocabilidad en determinadas condiciones).

Teniendo conjuntamente todos los puntos de vista algunos tratadistas presentan clasificaciones de carácter amplio, en las que encuadran la totalidad de los derechos reales. En este sentido se hace la distinción en orden al objeto, clasificando a los derechos reales propiamente dichos o sobre cosas corporales y derechos sobre bienes inmateriales (propiedad intelectual e industrial), subdividiendo aquellos en derechos reales de protección posesoria (la posesión) y derechos reales de protección perfecta definitiva, que son todos los demás.

Para Ferrara<sup>23</sup>, “deja a un lado la posesión, por su condición de instituto paralelo a los demás derechos reales y moldea el desarrollo de la clasificación a base de los demás”. En estos hace una distinción sobre la base del dominio poniendo en lugar preeminente al mismo y en segundo lugar a los derechos reales limitativos del dominio. Dentro de estos establece ya la clasificación fundamental de los derechos de goce, de garantía, y de adquisición, que vienen a constituir las referencias específicas y fundamentales de la clasificación. Los derechos de goce pueden tener una naturaleza temporal y otros, condición perpetua. Entre los primeros sitúa el usufructo, el uso y la habitación y entre los segundos, las servidumbres, los censos y los derechos de superficie. Los derechos de garantía pueden afectar a una cosa mueble (prenda) o a una inmueble (la hipoteca).

---

<sup>23</sup> Puig Peña **Ob. Cit.** pág. 35

Esta clasificación, satisface las exigencias jurídicas, pues recoge y acopla muy bien los diversos puntos de vista que pueden ser su objeto, para una clasificación de los mismos. Nosotros la tomamos como base y nos adaptamos a ella, con algunas modificaciones y desarrollo.

#### 1.6 Derechos reales reconocidos por la legislación guatemalteca.

El Código Civil (Decreto ley 106) vigente, no hace una clasificación estricta de los derechos reales, sino que desarrolla por separado cada derecho real, y solo en el caso de los derechos reales de garantía dedica un apartado determinado.

De esta manera, se puede determinar que los derechos reales contenidos en el Código Civil se encuadran en la clasificación clásica de los derechos reales de la siguiente manera: derechos reales de goce y disfrute: la propiedad; los derechos reales de mero goce: la posesión, servidumbres, el usufructo, uso y habitación; y los derechos reales de garantía: la hipoteca, prenda, prenda agraria, ganadera e industrial. Lo anterior se encuentra regulado en el Código Civil, en los Artículos 464 al 916.

## CAPÍTULO II

### 2. La posesión:

#### 2.1. Concepto:

El tratadista Albaladejo<sup>24</sup>, “en el concepto de posesión establece que no es algo puramente lógico, construido abstractamente por la ciencia jurídica, para que deba ser admitido por el derecho”. Por el contrario, la idea que encierra la palabra posesión es una idea de derecho positivo, en el sentido de que cada ordenamiento puede concebir a su manera la figura en estudio y, dentro del derecho positivo, la palabra posesión tiene dos sentidos: como señorío o poder de hecho, y como derecho o poder jurídico.

No cabe duda, sin embargo, que el supuesto de toda posesión es un estado de hecho, o, lo que es lo mismo, que en toda posesión, ante todo y sobre todo, vemos una relación o potestad de hecho del hombre sobre una cosa determinada. Hasta aquí no existe problema; pero el derecho no le da énfasis ya que no puede hacerlo, en todas las situaciones de contacto mínimo de la persona con las cosas del mundo exterior (*si quis dormienti aliquid in mano Pontis*); es preciso algo más para que empiece a atender aquella situación de hecho e infundirle parte de su aliento. Éste tendrá necesariamente que buscarse en lo que es tan decisivo y digno en el hombre: su voluntad. El derecho, empieza a actuar cuando el hombre adquiere una cosa con el deseo de tenerlas. Pero en todo el inmenso contenido de la voluntad posesoria hay una zona que merece destacarse especialmente, y en la que se ha fijado el ordenamiento de un modo particular. Nos referimos al deseo, matizado con el *animus domini*; es decir, un querer tener la cosa como nuestro, lo que aparece, como una motivación, distinto de la voluntad. Pues bien, cuando el ordenamiento se encuentra en una situación de hecho, que puede considerarse

---

<sup>24</sup> Albaladejo, Manuel. **Concepto, estructura y clases de posesión**, pág. 588.

calificada por la intervención de la voluntad (querer poseer) y de la inteligencia (querer poseer con la intención de hacer la cosa como suya), entonces, en máximo tributo a la potencialidad espiritual del hombre, dota a la misma de su savia trascendente, convirtiéndola en verdadera situación de tutela jurídica. Ya estamos ante la posesión verdadera, ante una figura autónoma que tiene potestad y vida para hacer sentir su voz en las instituciones.

La posesión, en su acepción estricta y propia, es una situación jurídicamente tutelada, por cuya virtud una persona tiene una cosa o ejercita un derecho, de tal forma que, actúa sobre la cosa como si fuera su titular verdadero. Esta es la verdadera posesión, a diferencia de la posesión en sentido amplio, que se refiere a toda relación material con la cosa (con un *mínimum* de voluntad, claro está) y que, por ser tan amplio, se da en muchas instituciones sin tener autonomía. La posesión, en su sentido estricto e independiente, es la posesión que tiene apariencia de dominio; la que tiene de una persona, como si fuera el titular de la cosa o derecho.

## 2.2. Naturaleza jurídica:

La posesión, como menciona Puig Peña<sup>25</sup>, “es un fenómeno general, que se observa ya desde los más remotos tiempos, que el ordenamiento jurídico, pese a la aspiración monopolista de las situaciones de derecho, va poco a poco acogiendo asimilándolas en su seno y dotándolas de cierto sabor simples situaciones de hecho que viven y conviven con aquéllas, unas veces fácilmente y otras en incómoda postura”. En ocasiones, esa legalización del estado de hecho se recibe muy bien por la técnica, e incluso por las jurisprudencias; pero, en otras, la doctrina se resiste y, en el chocar de pensamientos legislativos y doctrinales surgidos al contacto de la realidad, se ocasiona una construcción defectuosa de las figuras, en la que ni los conceptos son seguros ni las normas coincidentes, sino que por doquier se observan artículos encontrados, que producen el

---

<sup>25</sup> Puig Peña. **Ob. Cit**, pág. 347.

constante fracaso del sistema. Esto ha ocurrido precisamente con la posesión, uno de los principales estados de hecho, tolerado complacientemente por el orden jurídico e incluso salvaguardado, a veces, con más protección de la necesaria, pues en el afán de dar a la misma un encuadramiento jurídico, a toda costa, se ha ocasionado un verdadero conflicto doctrinal y legislativos, que data ya de muchos siglos y que los juristas no obstante su decidido empeño han sido impotentes para resolverlo. Y es que, por otra parte, no ha sido sólo una cultura jurídica la que se estudia, sino varias; y así, tenemos el derecho romano, con su inminente sentido intencionalista de la posesión; el derecho germánico, con su sentido objetivo del problema, y el derecho canónico, con su nota humanitaria de amparo a todo poseedor; los tres juntos, actuando en un deseo constante de dar solución a la problemática posesoria. Fruto de ello es, como decimos, la desorientación de la doctrina y la falta de eje central en las legislaciones, lo que ocasiona, la inseguridad de la interpretación.

Hemos dicho que, desde el momento en que existe una relación material consciente y establecida por el hombre sobre una cosa, el derecho empieza a protegerla, por medio de los dispositivos posesorios que se establecieron para defender al poseedor. Pues bien: ¿Quiere ésto decir que estamos ante una situación de derecho? Así lo entendió Ihering<sup>26</sup> y gran número de tratadistas que le siguieron en su punto de vista fundamental, al decir que siempre que existe un interés tutelado jurídicamente, existe un derecho. Otros autores, en cambio, insistieron en que la posesión es un simple hecho.

De conformidad con la más reciente doctrina<sup>27</sup>, “que cabe distinguir: que si se tiene la relación de contacto material con la cosa exclusivamente, no cabe duda de que la posesión es un hecho; pero si nos fijamos en las consecuencias jurídicas que ello produce, no cabe duda también que es un derecho”. Estas consecuencias jurídicas son las siguientes:

---

<sup>26</sup> **Ibid**, pág. 350.

<sup>27</sup> Albaladejo. **Ob. Cit**, pág. 351.

- La protección posesoria de los interdictos.
- El derecho del poseedor a los frutos
- El derecho del poseedor para el reintegro de las mejoras y gastos causados.
- La responsabilidad del poseedor por los deterioros sufridos en la cosa.
- La transmisibilidad de la posesión a los herederos.
- La transmisibilidad de la posesión.
- Los efectos especialísimos que se producen en la posesión de cosas muebles, adquiridos de buena fe.

Todas estas consecuencias jurídicas nos hacen ver que la posesión no es un simple hecho; ni una relación material. Eso, como dice Ferrara<sup>28</sup>, “será la causa que justifique el derecho del poseedor. Pero éste tiene un interés tutelado jurídicamente, y por eso y por las otras derivaciones que se ocasionan, estamos ante una situación de hecho, que el ordenamiento jurídico ha incorporado hacia sí, configurándolas como un derecho”. Sobre si se trata de un derecho personal o real, discuten algunos autores; pero la doctrina admite la existencia de un derecho real, por la rapidez de la relación del hombre con la cosa; estamos ante un derecho real de naturaleza especial, por la protección meramente provisional que se le dispensa.

### 2.3. Fundamento y condiciones de la protección posesoria.

Surge polémica, entre los jurisconsultos, en la solución del problema de filosofía jurídica encaminado a precisar por que la posesión, no siendo originariamente más que una situación de hecho, se protege, sin embargo, con medios jurídicos. Surgiendo doctrinas<sup>29</sup> “para la solución de los problemas: I.) La clásica, que se basa en la justificación en el principio de que nadie puede tomarse la justicia por su manos, estableciendo el orden social y jurídico, evitando la violencia contra las personas o cosas. Por ejemplo si un propietario se encuentra

---

<sup>28</sup> Puig Peña. **Ob. Cit.** pág. 351.

<sup>29</sup> **Ibid**, pág. 352.

desposeído no importando la causa de la cosa, no puede el, por su propia autoridad ir a quitarla violentamente de manos del poseedor, pues se estaría cometiendo un delito”. Como la posesión es la manera de ejercitar la propiedad, se supone que quien esta poseyendo es propietario, y de aquí que se conceda la protección a todo aquel que se comporta aparentemente como señor de la cosa. Como dice Pacchioni<sup>30</sup>, “es el precio que el ordenamiento jurídico paga por hacer posible una tutela más completa y plena de la inmensa mayoría de los propietarios”.

### 2.3.1. Origen de la tutela posesoria:

Ha sido discutida entre los romanistas e historiadores del derecho romano<sup>31</sup> “la determinación del cómo y cuándo comenzó a determinar una tutela independiente a la posesión. Gira sobre dos teorías: una de ellas entiende que el origen del amparo posesorio debe buscarse en los medios con que se empezó a proteger a los poseedores del *ager publicus*. Sabiendo en efecto que estos fundos eran propiedad del estado romano, quien los dio a los particulares en cultivo mediante un pago. El estado romano no permitía los despojos o violencias de que pudieran ser objeto los tenedores de estas tierras; pero como los mismos no eran propietarios sino meros *poseedores* y no podían defenderse con la acción reivindicatoria, resultaba necesaria la concesión de un defensa especial que los ampare contra eventuales expoliaciones (engaños). Esta tutela, que se concede a los poseedores del *ager publicus*, constituye el punto de partida de la dispensa después a todo poseedor por el derecho clásico y justiniano”.

En la posesión el motivo de la protección es la conexión íntima que existe entre el hecho de la posesión y el poseedor. Debido a que la persona se refleja indirectamente sobre el hecho. La persona debe ser garantizada contra toda violencia. Hay en su posición algo que ha cambiado en su perjuicio cuando se

---

<sup>30</sup> **Ibid**, pág. 354.

<sup>31</sup> **Ibid**, pág. 352

ataca la posesión que tiene, y el agravio que le es causado por la violencia, no puede ser reparado, sino que se da el restablecimiento o la protección de ese estado de hecho, al cual la violencia ha atacado.

O lo que es igual, los interdictos empiezan favoreciendo al usurpador incluso contra el mismo propietario. Resulta más lógico, sencillo y natural pensar que fueron establecidos los interdictos para defender a los propietarios contra los usurpadores. Entonces cual protección posesoria se ha establecido y debe seguir imperando para defenderse el propietario evitándole tener que estar razonando sobre los títulos demostrativos de su derecho.

Ihering<sup>32</sup>, “clasifica varias teorías acerca del particular en estos dos grupos:  
a) absoluta: que estima que la posesión es protegida por si misma.

- En la voluntad
- Sirve para conservar el estado de hecho
- En homenaje a la personalidad.

b) relativas: la protección de la posesión no tiene su fundamento en la posesión misma:

- Necesidad de evitar la violencia
- Nadie puede vencer a otro sin motivo justo.
- La posesión es la imagen, la apariencia, de la propiedad
- Es la propiedad en gestación.

---

<sup>32</sup> **Ibid**, pág. 353

c) Teorías eclécticas: la posesión es la necesidad de evitar la violencia y la clandestinidad, de proteger la apariencia jurídica o en la necesidad de terminar la posición procesal de las partes en el juicio posesorio”.

Como la posesión es la manera de ejercitar la propiedad, se supone que el poseedor es el propietario, de aquí que se conceda la protección a todo aquel que se comporta aparentemente como señor de la cosa.

### 2.3.2. Condiciones de la protección posesoria:

Para deslindar la posesión, que merece la protección plena del derecho, se hace preciso poner un elemento fundamental. No cabe duda que es el *animus*, pues el *corpus*, otro elemento de la relación externa o física en que se encuentra la cosa, en orden a la persona que la tiene es común en ambas situaciones posesorias. La delimitación y valoración de aquel elemento no se dan precisamente en la doctrina sino que se han dado lugar a que surjan en dos grandes teorías de la posesión<sup>33</sup>.

“La primera doctrina: llamada clásica que es la recibida por la mayoría de legislaciones según la cual la verdadera posesión civil, es el *animus domini*, o la intención del poseedor, de actuar como un verdadero propietario. Los poseedores *animus alieno* como el arrendatario, el usufructuario, no podrían tener nunca lícitamente esa intención de poseer, referente a los dueños, no eran verdaderos poseedores y por ende no gozaban tampoco de la protección de los interdictos.” Pero en la doctrina encontramos una tesis bien sencilla, regulando algunos poseedores *nomine alieno* que gozaban de la protección interdictal, ejemplo, el acreedor pignoraticio, el precarista. Pero explica la anomalía de las fuentes, por medio de lo que él llama la *posesión derivada*, en estos casos el poseedor

---

<sup>33</sup> **Ibid**, pág. 354.

principal transmitía a estos detentadores no solo el *corpus*, sino también el *ius possessionis* y su derivación inmediata: la protección de los interdictos.

Para poseer una cosa es suficiente con que se tenga la intención de poseer. Esa voluntad mínima no es preciso hacerla resaltar pues, quedara exteriorizada con el simple *corpus*. Es más sencillo reconocer que en todo aquello que voluntaria y conscientemente se mantiene la tenencia de una cosa por un poseedor.

“La teoría objetiva de Ihering<sup>34</sup> ganó la voluntad de los legisladores y siguieron su patrón. El Código alemán la admite, si bien se cuida de eliminar de la protección posesoria a aquellos detentadores que no son más que servidores del poseedor principal o instrumento de la posesión del otro”. Nuestro Código se guió por la influencia del derecho español la cual siguió la influencia del derecho canónico, la que otorga la protección de los interdictos no solo al poseedor en concepto de dueño, sino a todo poseedor con un soporte de voluntad, que tenga la cosa, con lo que en este punto se enlaza la doctrina con la tesis objetiva de Ihering.

#### 2.4. Clases de posesión:

En roma se admiten tres clases de posesión<sup>35</sup>: “a) meros detentadores: que no merecían la tutela de los interdictos; b) la natural: ya disfrutaban de dicha tutela, y c) la posesión civil: que estaba amparada por la acción publiciana y cuando se ejercía en concepto de dueño, servía para la usucapión”.

---

<sup>34</sup> **Ibid**, pág. 356

<sup>35</sup> **Ibid**, pág. 357.

#### 2.4.1. Posesión natural y posesión civil:

La Natural: es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. La Civil: Es la misma tenencia o disfrute, unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos.

Conforme al Código Civil guatemalteco en el Artículo 616: sólo pueden ser objeto de posesión los bienes corporales y los derechos que sean susceptibles de apropiación. La posesión de los derechos se rige por las mismas disposiciones que regulan la de las cosas corporales.

#### 2.4.2. Posesión en concepto de dueño (personal) y en concepto distinto del dueño (posesión por otro):

La posesión concepto de dueño (personal): es la que se ejerce por quien tiene en su poder el bien o el derecho, es decir es ejercida con la intención de hacer la cosa o derecho como suyo y de manera pacífica y pública, dando a entender a las gentes que se tiene autonomía económica y jurídica para llevarla a efecto. En concepto distinto del de dueño (posesión por otro): es aquella que se ejerce en nombre de otro sin ser poseedor, es una posesión natural que esta protegida por los interdictos, sin embargo no pasa de ahí, puesto que no podrá servir de base para adquirir el dominio.

En el Código Civil no encontramos esta clase de posesión ya que en la práctica es de por sí corriente.

#### 2.4.3. Posesión de buena fe y posesión de mala fe:

Posesión de buena fe: la encontramos en el Artículo 622 del Código Civil y existe cuando se tiene la creencia de que la persona de quien se recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio. Y el Artículo 623: la buena fe dura mientras las circunstancias permiten al poseedor presumir que posee legítimamente, o hasta que es citado en juicio. Se entiende de aquel poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. La posesión de mala fe: según el Artículo 628 del Código Civil existe cuando el que entra a la posesión sin título alguno para poseer; y también el que conoce los vicios de su título que le impide poseer con derecho. Y, el Artículo 629, el poseedor de mala fe está obligado a la devolución del bien que ha poseído y de sus frutos, o el valor de éstos estimado al tiempo que los percibió o los debió percibir; y a responder de la pérdida o deterioro de la cosa, sobrevenidos por su culpa o por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que pruebe que tal pérdida o deterioro se habría causado aunque la posesión la hubiere tenido el propietario.

#### 2.4.4. Posesión inmediata y posesión mediata:

Se encuentran reguladas en el Artículo 613 del Código Civil, cuando el poseedor temporal en virtud de un derecho (ejemplo el arrendatario) es poseedor inmediato, correspondiendo la posesión mediata: a quien le confirió tal derecho.

#### 2.4.5. Posesión discontinúa y posesión continúa:

Se encuentran reguladas en el Artículo 630 del Código Civil, existe discontinuidad en la posesión (posesión discontinúa): cuando la cosa poseída se abandona o desampara por más de un año, o antes, cuando expresa o

tácitamente se manifiesta la intención de no conservarla. La posesión continúa: cuando no ocurren dichas circunstancias.

#### 2.4.6. Posesión pacífica y posesión violenta:

En el Artículo 631 del Código Civil define la posesión violenta: no así la posesión pacífica, en los siguientes términos: Es posesión violenta la que se adquiere por la fuerza o por medio de coacción moral o material contra el poseedor, contra la persona que lo representa o contra quien tiene la cosa a nombre de aquel. Se entiende por posesión pacífica: aquella en que no se presentan estas circunstancias.

#### 2.4.7. Posesión pública y posesión clandestina:

Se encuentran reguladas en el Artículo 632 del Código Civil, La posesión pública: es la que se disfruta de manera que pueda ser conocida de todos; y la posesión clandestina: la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella.

#### 2.4.8. Posesión registrada y no registrada:

Esta distinción tiene importancia muy especialmente respecto a bienes inmuebles (Artículo 633 del Código Civil). La posesión registrada: existe cuando se inscribe un título supletorio sobre un bien inmueble, conforme a lo dispuesto en la respectiva ley, y posesión no registrada: cuando se posee un inmueble con los requisitos previstos en la ley, pero no se han iniciado las diligencias de titulación o no se ha inscrito la resolución judicial.

#### 2.4.9. Posesión individual e indivisa:

La posesión Individual: es aquella que sobre un bien o un derecho ejerce una sola persona; es el principio general que desarrolla las legislaciones. Posesión indivisa es la que ejercen a la vez varias personas sobre un mismo bien o derecho, sin que cada una pueda aducir que los posee todo. Regulada en el Artículo 638 del Código Civil.

#### 2.4.10. Posesión *cuasi-posesión* y de la posesión civilísima:

Esta última modalidad, conocida en el derecho romano con el nombre de *cuasi-posesión*: se concreto en aquella legislación única a los derechos de servidumbre, esta excepción altera la propia naturaleza de la posesión romana, que era posesión de cosas. Los derechos incorporales, quedaban excluidos de la posesión, pero que no fuera poseído en contenido del derecho, cuando en tal contenido figuraba una cosa. Así apareció la *cuasi-posesión*, que quedó reducida a los límites expuestos. Posesión civilísima: se entendía como aquella posesión que se adquiría por ministerio de la ley independiente del hecho material de la aprehensión y tenencia corpórea. Esta teoría tiene influencia el Código español y el francés.

Para Guillermo García Valdecasas<sup>36</sup> “no es muy acertada la posición general sobre la posesión que se transmite al heredero por la ley, no consiste en un poder de hecho sobre las cosas que poseía el causante, pues la ley por sí misma no puede crear situaciones de hecho. Lo que se transmite al heredero es el derecho de posesión, es decir, el conjunto de ventajas jurídicas de la posesión del

---

<sup>36</sup> **Ibid**, pág. 367

causante. Sin embargo, su más importante consecuencia es la de posesión hereditaria; es que el heredero puede utilizar las acciones posesorias, contra la perturbación o despojo ejercitado en los bienes poseídos por el causante, después de la muerte de éste y antes de haber alcanzado el heredero la posesión efectiva o corporal.”

Esto implica que el heredero no solamente está facultado para el ejercicio de acciones que protejan su posición, sino también las que defiendan los bienes del causante contra toda perturbación, aun antes de haber tomado la aprehensión real o material de los mismos bienes.

Existen dos sistemas sobre la adquisición de la herencia<sup>37</sup>: “el derecho romano que exige la aceptación para que la atribución se produzca; y el derecho germánico que considera que la herencia se transmite al heredero desde el momento mismo de la muerte del causante. Los actos de la herencia son: *mortis causa* y los *Inter vivos*”.

---

<sup>37</sup> **Ibid**, pág. 368.

2.5. Efectos de la posesión durante su ejercicio y al cesar el mismo:

2.5.1. Cumplimiento de las relaciones jurídicas que surgen de la posesión:

2.5.1.1. Por parte del poseedor:

En relación con la posesión en si misma considerada:

- En orden a la posesión, el poseedor tienen los deberes siguientes: en las obligaciones que se determinan y han de cumplirse en relación con las cosas y que no gravan a una o más personas determinadas sino, al poseedor de una cosa determinada.
- Constituye también deber del poseedor de cosa mueble la exhibición de ella ante el Juez, de conformidad como la disponga la ley, siempre que fuese requerido por otro que tenga interés en la cosa, fundando sobre un derecho.
- El poseedor de la cosa inmueble tendrá, respecto de sus colindantes y terceros, los deberes que en orden a las restricciones y limitaciones del dominio establecen las leyes para el propietario.
- Deberá también cumplir el poseedor las obligaciones que correspondan a algunas cosas inmuebles en particular, como las de dar, hacer o no hacer y los gravámenes reales que afectan a las mismas.

Relación con el sucesor en la posesión: la posesión puede no ser y por ende en virtud de un procedimiento judicial puede tener que ceder ante un

derecho más justificado y perfecto, o bien el de dominio o el de un poseedor de mejor condición. Se distinguen los siguientes aspectos<sup>38</sup>:

I) “Entrega de la cosa: vencida la reivindicación de la cosa, el poseedor entregará con sus accesiones al sucesor la posesión, pero si es de buena fe, bastará con que lo haga en el estado en que se encuentre, a no ser que los deterioros hayan sido debidos a la mala intención. Si es de mala fe, responde del deterioro o pérdida, y aún de los daños ocasionados por fuerza mayor, cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo”.

II) “Entrega de los frutos: con respecto a los frutos, aquellos percibidos mientras ha durado la posesión que entran plenamente en el dominio del poseedor de buena fe, hasta el momento de la interrupción legal de los frutos pendientes, que no puede el mismo hacer suyos si tiene que restituir la finca, ya que forman parte del inmueble”.

III) “Contribución de las cargas: vencido en la posesión tiene el poseedor de buena fe, en relación con el sucesor en la posesión, la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas, en proporción al tiempo de la posesión”.

2.5.1.2. Por parte del sucesor en la posesión:

Veamos como lo desarrolla en Código Civil la doctrina<sup>39</sup> “del cumplimiento por parte del sucesor en la posesión:

---

<sup>38</sup> **Ibid**, pág. 371

<sup>39</sup> **Ibid**, pág. 372

- Gastos hechos en la cosa: - Gastos necesarios de la cosa: los gastos necesarios se regulan en el Artículo 627 del Código Civil (son gastos necesarios los que están prescritos por la ley y aquellos sin los cuales la cosa se pierde o desmejora) se abona a todo poseedor”. Este principio es independientemente a la culpabilidad del poseedor no cabe duda que son inversiones hechas para que la cosa no perezca o desmerezca en su utilidad y destino (debe entenderse gastos necesarios que excedan de la simple conservación de la cosa en buen estado, pues son responsables con los frutos percibidos y no pueden cobrarlos) y por eso deben ser abonadas (la reivindicación de la cosa, el poseedor de buena fe no puede reclamar lo que haya pagado a su causante por la adquisición de ella). No importa lo remediado por los gastos que incurren por la acción del tiempo, sin culpa del poseedor, pues que de todas las maneras los hubiera tenido que hacer el propietario. Es indiferente que el dinero empleado en las reparaciones del bien provengan o no de la adquisición de los frutos.

- Gastos útiles: establece el Artículo 627 del Código Civil. Gastos útiles, los que sin ser necesarios aumentan el precio o producto de la cosa; y voluntarios, los que sirven sólo al ornato de la cosa, o al placer o comodidad del poseedor, se abonan solo al poseedor de buena fe. El de mala fe, pues no tiene derecho a su reembolso.

- “Gastos de puro lujo: son los gastos en que incurre el poseedor el bien para embellecer o darle una mejor apariencia al bien, el poseedor que actuó de buena fe se podrá llevar los adornos o si prefiere abonar el importe de lo gastado. Y si el poseedor actuó de mala fe se podrá llevar los adornos en que incurre para la mejora del bien, siempre que la cosa no sufra deterioro y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan al momento de entregar la cosa”.

- “Mejoras: pueden proceder de los gastos útiles o de recreo invertidos en la cosa o de circunstancias complementarias extrañas a la voluntad del primer poseedor. En el primer caso se aplican las reglas en cuanto a los gastos útiles y de mero recreo o lujo, con la opción de que quien obtenga la posesión, no está obligado a abonar mejoras que hayan dejado de existir al adquirir la cosa. Y la segunda por ejemplo, de la naturaleza o del tiempo, cede siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión”.

- “Gastos de cultivo y abono de frutos: si cesaré la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales o industriales, tendrá el poseedor derecho a los gastos que hubiere hecho para la producción al tiempo de su posesión. El sucesor de la posesión debe abonarlos para dar cumplimiento a esta obligación”.

- “Por parte de los terceros: tienen el derecho general que incumbe a todo ciudadano en relación con las cosas de los demás: abstenerse de realizar cualquier acto que perturbe o llegue a determinar el despojo de la posesión ejercitada”. El concepto de tercero se debe entender a todos *erga omnes*, incluso al propietario de la cosa, si cree llegado el momento de la recuperación posesoria, deberá utilizar las acciones competentes a este respecto; lo que no puede es *iure proprio* utilizar el poderío de las vías de hecho para violentar al poseedor.

## 2.6. Incumplimiento:

### 2.6.1. Por parte del poseedor:

En relación con la posesión en si misma considerada: el poseedor cumplirá su posición jurídica con la efectividad a las obligaciones que tiene en relación con la posesión misma. Ejemplo: la exhibición de las cosas poseídas ante el Juez, cuando fuera pedida por otro que tenga un interés en la cosa, fundado sobre un

derecho. El tercero que tenga un interés fundamentado en derecho y además que lo pida según las leyes, hay que recordar la exhibición del título o tener el justo título (Artículo 620), en este sentido, el poseedor en concepto de dueño goza de indiscutible posición ventajosa.

En relación con el sucesor en la posesión: el poseedor que es vencido en la posesión por otro de mejor derecho, tiene respeto a este: la entrega de la cosa, según sea de buena fe o de mala fe y la entrega de los frutos. Si se incumple la persona sucesora puede accionar en contra de este, así como la oportuna indemnización de daños y perjuicios, si incumple la entrega de frutos, da lugar al ejercicio de una pretensión de indemnización.

#### 2.6.2. Por parte del sucesor en la posesión:

El sucesor de la posesión debe satisfacer las indemnizaciones oportunas al poseedor anterior, ya que si no se daría el enriquecimiento injusto. Para los gastos necesarios hechos en la cosa, deben ser abonados por el sucesor en la posesión, lo mismo si el anterior es de buena como de mala fe. Si, pues, aquél no los abona, tendrán los poseedores una pretensión general de indemnización, que seguirá las reglas generales. Hay, sin embargo, la particularidad de que el poseedor de buena fe puede retener la cosa hasta que se le satisfagan aquellos gastos. Sobre este derecho de retención<sup>40</sup> cabe decir:

- “Que es indiferente que la cosa esté aún en la disponibilidad del primer poseedor (propio derecho de retención), como que haya salido de ella”. En este caso, si no le han sido satisfechos los gastos necesarios, puede exigir que se le restituya en la posesión de las cosas sobre las que se han invertido aquellos, hasta quedar pagado con ellas.

---

<sup>40</sup> **Ibid**, pág. 375

- “En cambio, es absolutamente necesario: a) que los gastos que hayan efectivamente realizado, que no sean supuestos ni deducidos; b) que de inconformidad con la retención, se declare en la sentencia, así como la buena fe, necesaria, y la realidad de los gastos causados”.

Cuando se trata de los gastos útiles, ya expresamos que el sucesor en la posesión sólo debe abonarlos al poseedor de buena fe; ahora bien, puede sin embargo optar entre satisfacer el importe de esos gastos o abonar el aumento del valor que por ellos haya adquirido la cosa. En caso de no cumplir ninguna de estas dos soluciones, en la alternativa, tiene el poseedor anterior derecho de retención, en los términos anteriormente expuestos.

Finalmente, por lo que respecta a los gastos de lujo o de recreo, el sucesor en la posesión no tiene nada que abonar a ningún poseedor; tiene que permitir que el de buena fe se lleve, si desea los adornos con que hubiere embellecido la cosa principal, a no ser que prefiera abonar el importe de lo gastado. Y dejar también que el de mala fe se lleve, los objetos en que esos gastos se han invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro y no prefiera abonar el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.

### 2.6.3. Por parte de los terceros:

Si los terceros, atribuyéndose facultades que las leyes niegan, perturban o despojan de la posesión al poseedor<sup>41</sup> “incumpliendo el deber general de abstención que compete a todo ciudadano”. Aparte de poder incurrir, en

---

<sup>41</sup> **Ibid**, pág. 376

determinados casos, en una situación delictiva, se verán expuestos al ejercicio de las acciones posesorias que las leyes conceden al poseedor.

En primer lugar, el poseedor civil, que se ve privado de las cosas objeto de su posesión, puede utilizar en ciertos casos la antigua acción publiciana (llamada, en el derecho romano *vindicatio utilis*), contra aquellos que no tienen título o lo tienen inferior al suyo. “Se discutió mucho entre los civilitas si hoy día subsiste esta acción, pero en países como España se respeta esta acción”<sup>42</sup>.

Fundamentalmente asisten al poseedor las tradicionales medidas de los interdictos de retener y recobrar la posesión; procediendo el primero en el caso de que el poseedor haya sido perturbado en la posesión por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle; y el segundo, cuando el poseedor es despojado definitivamente de la posesión.

Ambos recursos precisan de las circunstancias siguientes: - Que quien los utilice se halle en la posesión de la cosa, entendiéndose que nuestra legislación concede en principio la protección de los interdictos a todo poseedor. En consecuencia, competirá la acción interdictal, tanto al dueño como al que posee en nombre del dueño y al que posee en concepto de dueño; - Que se hayan, realizados los actos de perturbación, o despojo posesorio, expresándose con claridad los actos exteriores en que consista la perturbación, manifestándose si los ejecutó la misma persona contra quien se dirige la demanda interdictal u otro por orden de ésta; - *Animus spoliandi*, el agente a quien se impute la intranquilidad o el despojo de la posesión ha de actuar con la voluntad deliberada y el ánimo específico de desconocer o ignorar la ajena posesión sin que, el simple acaecimiento del hecho material del despojo o de la perturbación posesoria, implique, por sí solo, la presencia del elemento subjetivo; - Finalmente, es

---

<sup>42</sup> **Ibid**, pág. 377

requisito *sine qua non* de la demanda interdictal que se presente antes de haber transcurrido un año desde el acto que la ocasiona (Artículo 255 Código Procesal Civil y Mercantil). Sin que sea absolutamente cierto que, en los supuestos de coposesión, carezca el coposeedor, en todo caso, de legitimación para la vía interdictal. No procede al interdicto si lo que se discute son los límites del derecho correspondiente a cada uno de los coposeedores; pero puede ejercitarse si, siendo cada uno de ellos poseedor del todo simultáneamente con los demás, se trata de impedir que cualquiera de ellos pretenda tener la posesión exclusiva.

También puede valerse el poseedor de los llamados interdictos de obra nueva y obra ruinoso u obra peligrosa. Son requisitos fundamentales del interdicto de obra nueva: A) un daño y perjuicio al derecho del actor: que no basta una titularidad dominical o posesoria, sino que demostrar que la obra nueva llevada a efecto perjudica o daña al derecho del actor mostrándose un interés en la suspensión de la misma; y, B) la obra esté sin terminar: se tendrá por terminado cuando se haya construido la estructura, su cubierta y los paramentos que lo delimitan configurando las fachadas del mismo, o el que no este cerrada totalmente la planta baja, la acción interdictal es posible desde que puede establecerse la hipótesis, conforme al suceder de las cosas de la continuidad de la obra.

La jurisprudencia más reciente de los tribunales viene admitiendo la viabilidad de esta acción interdictal aún en aquellos casos, en que la obra ocupe un terreno del actor. El fundamento de la jurisprudencia es que al no establecer la ley ninguna distinción no hay razón alguna para excluir de la protección de esta acción, a aquellos supuestos en los que la obra en ejecución ocupe terreno del propio actor, quien es el titular del derecho perturbador el que ha de escoger, todas las posibilidades que le concede la ley, aquella acción que más concerniente sea para la defensa de sus intereses.

- El Interdicto de obra ruinoso se extiende al objeto de: adoptar medidas urgentes de precaución, a fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de algún edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto, cuya causa del daño a las personas o a las cosas, o que disminuya el curso del agua como fuerza motriz, o el curso disminuya el volumen o la fuerza del agua cuyo disfrute le corresponda (Artículo 263 Código Procesal Civil y Mercantil);

- La demolición total o parcial de una obra ruinoso.

## 2.7. Adquisición, conservación y pérdida de la posesión.

### 2.7.1. Generalidades de la adquisición:

La adquisición de la posesión según Hernández Gil<sup>43</sup> es: “originaria y derivativa.

- “Adquisición Originaria: cuando el derecho, en este caso la posesión, surge *ex novo* para una persona determinada”.
- “Adquisición derivativa: cuando la atribución o la incorporación de un derecho tiene por base un acto anterior del titular. Se adquiere la posesión que antes perteneció a otro en razón a un acto en que intervienen el anterior titular. Esta puede ser derivativa traslativa y derivativa constitutiva”.
- “Es traslativa: en virtud de la cual la posesión adquirida es la misma que el transmítente y produce un cambio en la titularidad, con subsistencia de la misma relación jurídica, produce una sucesión en el derecho”.

---

<sup>43</sup> Hernández Gil, Francisco, **La posesión**, pág. 84

- “Constitutiva: se da cuando la posesión adquirida depende o se deriva de la posesión del titular, en ella el derecho ya no es el mismo, cuando exista una comunicación y derivación entre ambas posesiones, no existe en ellas una plena identidad de contenido”.

#### 2.7.2. Regulación en el Código Civil:

El Código Civil, hace una regulación exhaustiva de los temas relativos a la posesión, ya que la adquisición de los derechos de posesión o de los bienes, a lo largo del Código en mención, y divide los modos de adquirir la posesión en:

Modos originarios y derivativos de adquirir la posesión: Modos de adquisición originaria de las cosas: La *ocupación* material de la cosa, consiste en la aprehensión de aquellas cosas que nadie posee; debe entenderse que en este caso, la legislación se refiere solo los bienes muebles o semovientes, como los animales que son objeto de caza y pesca, el tesoro oculto y cosas muebles abandonadas aquellas que el Código las regula como susceptibles de ocupación, es uno de los modos de adquirir la propiedad. (Artículos 589 al 611 del Código Civil).

En relación con la continuidad, el Artículo 630 del Código Civil, en su parte conducente regula, que cuando la cosa poseída se abandona o desampara por más de un año, o antes, cuando expresa o tácitamente se manifiesta la intención de no conservarla.

También, el Código admite que el poseedor puede perder su posesión, aun, en contra de la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año con lo que aparentemente también la aprehensión u ocupación material, se entiende que en relación que en ningún caso puede

adquirirse violentamente la posesión mientras haya un poseedor que se oponga a ello y los actos tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de la cosa o con violencia, no afecta a la posesión.

Modos derivativos de adquisición de las cosas: regula el Código Civil que el poseedor puede perder la posesión por cesión hecha a otro, a título oneroso o gratuito. El Artículo 1444 no lo dice expresamente, pero debe entenderse cuando se establece que la cesión comprende todos los derechos accesorios cuando no se pacte lo contrario. Asimismo, el Artículo 1445 del Código Civil establece que la cesión debe hacerse en escritura pública si se trata de derecho sobre inmuebles o que deben inscribirse en el registro de la propiedad. La pérdida de posesión implica la adquisición por parte del cesionario, por lo que no ofrece duda la tipificación de la figura adquisición derivativa.

Modos de adquisición de la posesión de los derechos: en cuanto a los modos de adquisición de la posesión, la ocupación refiere no solo a las cosas, también a los derechos poseídos. Ya que los derechos no son ni pueden ser ocupados materialmente.

Se adquiere la posesión por actos propios y formalidades legales establecidas. Entendemos que los actos y formalidades no se refieren a la adquisición de la posesión como tal, sino que si concurren los actos propios y las formalidades legales.

Reglas de capacidad para adquirir la posesión: puede adquirirse por quien carece de capacidad de obrar. En la cual los menores y los incapacitados pudieran adquirir la posesión de las cosas, pero necesitan de la asistencia de sus representantes para poder utilizar los derechos de posesión a su favor. Pero esta forma de posesión sólo puede aplicarse a ciertas formas de posesión, como la

ocupación material de la cosa o la adquirida en alguno de los limitados actos jurídicos que los menores o incapacitados realizan.

### 2.7.3. Particularidades de las cosas inmuebles y las cosas muebles:

Estas dos distinciones entre bienes inmuebles o muebles cobra especial relieve en materia de posesión distinto al que se somete su regulación. En cuanto a los bienes inmuebles en toda su extensión las excepciones representan adquisiciones a *non domino*, formulado en el derecho romano como *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, en sentido si alguno que no es propietario enajena o dispone de un inmueble, el adquirente no se hace propietario de la cosa, a no ser que transcurra el tiempo necesario para que se de la usucapión.

En cuanto a bienes muebles rige otro principio en virtud que los bienes muebles adquiridos de buena fe, equivale a un título. La posesión de éstos equivale lo mismo que al registro de los inmuebles.

La posesión de los bienes muebles se da sin que transcurra el tiempo para el registro de éstos. En los bienes inmuebles la posesión para que conduzca a la adquisición del derecho ha de estar asentada en el transcurso del tiempo para la usucapión. Ya que únicamente con la inscripción en el registro, con la presunción de posesión a favor del titular, puede llegar a los bienes inmuebles un resultado que logra la posesión en el campo de los bienes muebles, en virtud de la eficacia legitimadora de una y otra.

#### 2.7.4. La posesión de bienes inmuebles:

La posesión como derecho no inscribible: Se ha adoptado la tendencia de supresión de las inscripciones de posesión, tanto en razones de carácter práctico, como de carácter teórico.

Posesión de inmuebles inscritos: La posesión no tiene hoy acceso al registro, es decir el derecho de poseer el dominio y otros derechos reales, especialmente protegido y tutelado por la legislación, estableciendo la presunción de que al titular del dominio y otro derecho tal corresponde la posesión de los mismos y al propio tiempo, por un procedimiento especial para la obtención de la posesión. Sin embargo, de conformidad con el Artículo 637 del Código Civil, señala que la posesión registrada de un inmueble, una vez consumado el término de diez años desde la fecha de la inscripción del título en el registro de la propiedad, se convierte en inscripción de dominio y puede oponerse a cualquiera otra inscripción de propiedad relativa al mismo bien, lo cual nos indica que la posesión se inscribe en el registro de la propiedad, de conformidad con el trámite de la titulación supletoria.

“Bienes muebles: En la posesión de bienes muebles, rige la posesión equivalente al título, ya que surge en el derecho medieval”<sup>44</sup>. Por dársele la menor consideración a la posesión de los bienes muebles, el propietario carecía de la acción reivindicatoria, salvo en los casos de robo o hurto, cuando esta pasara a un tercero.

Sentido diferente se le da en el derecho romano, ya que la acción reivindicatoria procedía tanto para las cosas muebles como inmuebles.

---

<sup>44</sup> **Ibid**, pág. 87

En el derecho comparado, la mayoría de los Códigos, en materia de bienes muebles, reconoce la posesión, igual que a un título. Esta comparación es más amplia ya que no toma en cuenta la buena o mala fe del poseedor, sino que basta con la mera posesión de la cosa mueble para considerarlo propietario de la misma.

## CAPÍTULO III

### 3. La usucapión.

#### 3.1. Antecedentes:

La usucapión se da en Roma<sup>45</sup> “desde los primeros tiempos, establecida en la legislación romana y desarrollada a través de la *usucapio* y la *praescriptio longi temporis*, La prescripción extintiva, surge en la Constitución de Teodisio II, que regulaba que todas las acciones que no estuvieran limitadas deberían ejercitarse dentro de un plazo de treinta años; transcurridos, éstos quedaban extinguidas por la *praescriptio triginta annorum*. Posteriormente con el derecho canónico se terminan estas instituciones y se sigue un sistema unitario de la prescripción, que se recoge hasta hoy en día las legislaciones y es utilizada por los tratadistas”.

La usucapión es la adquisición de la propiedad por una posesión suficientemente prolongada y reuniendo determinadas condiciones según establece el Artículo 620 del Código Civil: “...el justo título, adquirido de buena fe, de manera continúa, pública, y pacífica y por el tiempo señalado en la Ley”. Según el Artículo 633 del mismo cuerpo legal: Tratándose de bienes inmuebles, la posesión por diez años..., da derecho al poseedor para solicitar su titulación supletoria a fin de ser inscrita en el registro de la propiedad. Estas condiciones tal como los jurisconsultos las han desarrollado y precisado constituyen una teoría bastante complicada. Es probable que el origen de la usucapión obedeciese a reglas más sencillas.

Pero el justo título y la buena fe, antiguamente<sup>46</sup> “no eran necesarias, pues era suficiente para usucapir una cosa con apoderarse y hacer uso de ella. La

---

<sup>45</sup> Puig Peña. **Ob. Cit.**, pág. 223

<sup>46</sup> **Ibid**, pág. 224

inacción prolongada del propietario equivalía al abandono de su derecho y al cabo de un tiempo bastante corto la adquisición era consumada en beneficio del poseedor. La ley de las doce tablas, remedió el peligro que ofrecía este modo de adquirir, prohibiendo la usucapión de las cosas robadas y la influencia de los jurisconsultos se hizo sentir sobre el derecho, se desarrolló la idea que estaba naciendo sobre esta prohibición”. Parecía necesario rehusar a la usucapión cuando no se podía apoyar la posesión sobre una base legítima, o era clandestina, violenta u obtenida a de precario. Pero esta noción era muy confusa ya que un análisis más preciso hace deducir del mismo la necesidad de dos condiciones: se exigía de una parte, entre el enajenante y el poseedor, una relación de derecho, anterior a la toma de posesión y que fuese de naturaleza bastante para justificar la adquisición, el justo título; y por otra parte, la buena fe del adquirente.

Pero después de un tiempo que los jurisconsultos fijan las condiciones para la usucapión, surge otra institución destinada a proteger a los poseedores de fundos provinciales, para los cuales no se aplicaba la usucapión; es la *proscriptio longi temporis*. En el cual Justiniano<sup>47</sup> “fusionó esta *proscriptio* con la antigua usucapión. En la cual se estudiaron tres teorías: la usucapión en el derecho clásico, la *proscriptio longi temporis* y la usucapión del derecho de Justiniano”.

### 3.2. La usucapión en el derecho clásico:

#### 3.2.1. Casos de aplicación y utilidad de la usucapión:

En la doctrina, Eugene Petit<sup>48</sup>, “nos señala dos casos de aplicación: a) procura el *dominium ex jure quiritium* a quien tiene una cosa *in bonis*. Cuando se ha adquirido una cosa, y cuando se tiene solamente recibida tradición del propietario, se la tiene *in bonis*. Pero poseyéndola el tiempo que se establecía que

---

<sup>47</sup> Petit Eugene. **Tratado elemental de derecho romano, desarrollo histórico y exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de roma hasta el emperador Justiniano**, pág. 294.

<sup>48</sup> **Ibid**, pág. 295.

en esa época eran de dos años por un inmueble y un año por un mueble, se hace uno propietario *ex jure quiritium*, como si se hubiese adquirido por *mancipatio*. Una posesión pública y suficientemente prolongada completa de esta manera lo que la tradición tenía de insuficiente para transferir la propiedad de una cosa *mancipi*. La usucapión producía el mismo efecto en todos los demás casos en que se era propietario. b) hace adquirir la propiedad al poseedor de buena fe que ha recibido una *cosa Mancipi* o *neo Mancipi*, de una persona que no era propietario o no tenía poder para enajenarla. Al fin de uno o dos años de posesión, se hace ya propietario. En la segunda la usucapión pareció más difícil de justificar porque ella tienen por resultado despojar al verdadero propietario”.

Pero el interés privado de un propietario negligente debe ceder al orden público; importa en efecto, que la propiedad no permanezca largo tiempo incierta, la usucapión pone un término a esta incertidumbre y no consagra, por otra parte, el derecho del poseedor de buena fe sino después de la expiración de un término suficiente, para que el propietario pueda buscar y recobrar la cosa que le ha sido arrebatada. Siempre es útil para el mismo propietario, porque estableciendo que ha poseído con las condiciones requeridas y durante el tiempo establecido para usucapir, puede probar fácilmente su derecho de propiedad, lo cual, sin este recurso, le sería difícil.

### 3.2.2. De las cosas susceptibles de usucapión:

En un principio, la usucapión se aplicaba a todas las cosas corporales susceptibles de propiedad privada, bien fuesen *mancipi* o *nec Mancipi*.<sup>49</sup> “No es aplicable: I) a las cosas que no pueden entrar en el patrimonio de los particulares, tales como las cosas *divini juris*, las cosas públicas, el hombre libre. II) a los fundos provinciales, de los cuales no podían ser propietarios los particulares *ex jure quiritium*. III) a las cosas cuya usucapión estaba prohibida por la ley, de cuyas prohibiciones son: a) la ley de las doce tablas prohibía usucapir las cosas robadas

---

<sup>49</sup> **Ibid**, pág. 296

*res furtiva*. Y la ley *plautia de vi* del fin del siglo VII lo extendió a los muebles e inmuebles ocupados por violencia *res vi possessoe*, renovándose bajo Augusto por una ley *julia de vi*. Una vez castigado este vicio, la cosa robada se hacía susceptible de usucapión al ser recobrada por su propietario como cosa propia. b) la ley de las doce tablas prohibía también la usucapión de las *res Mancipi* pertenecientes a una mujer en tutela de sus pupilos a menos que lo hubiera entregado ella misma con la autorización de su tutor. c) los *proedia rustica vel suburbana* de los pupilos y de los menores de veinticinco años cuya enajenación directa estaba prohibida por el senadoconsulto de Septimio Severo, no podían ser usucapidos por terceros, porque la usucapión no era más que una enajenación indirecta”.

### 3.2.3. De las condiciones requeridas para la usucapión:

Según Petit <sup>50</sup> “se dan tres condiciones necesarias para usucapir: una causa justa, la buena fe, la posesión durante el tiempo fijado”:

“Causa justa: Se entiende por causa justa o justo título todo acto jurídico válido en derecho y que implica en el enajenante la intención de transferir la propiedad, y en el adquirente la de hacerse propietario. La justa causa tendría por consecuencia en la transferencia de la propiedad en beneficio del adquirente, si no hubiera algún obstáculo en el traslado, por eso la venta es una causa justa y el comprador que recibe tradición y paga el precio debía ser propietario”.

Lo mismo se posee por justa causa cuando se ha recibido una cosa de alguno que no es propietario, seguido de una donación o en virtud de un legado o también en un pago.

Si la posesión descansa sobre una causa nula, no puede darse la usucapión, aunque exista entre las partes intención de enajenar y de adquirir. Si

---

<sup>50</sup> **Ibid.**

el enajenante hubiese entregado su propia cosa en las mismas condiciones, hubiese también transferido la propiedad, puesto que la justa causa no es un elemento necesario de la traslación de propiedad por tradición. En cambio en la usucapión sin ella no puede el adquirente ser puesto en situación de usucapir. Sin duda, la diferencia ha sido severa, tratándose de adquirir la cosa de otro, despojando así al propietario, sin su consentimiento.

“La buena fe: El poseedor es de buena fe cuando cree haber recibido tradición del verdadero propietario o al menos de una persona que tenga el poder y la capacidad de enajenar. La buena fe descansa sobre un error. En el cual se dan algunas clases de errores: se puede ignorar un hecho o equivocarse sobre algún punto de derecho. En la usucapión es un principio cierto que el error de derecho no permite nunca usucapir. El error de hecho sólo puede servir de base a la buena fe del poseedor; además no es necesario que sea muy exagerado”.

La buena fe no es exigida desde el momento del acto jurídico que constituye la causa justa sino solamente en el momento de entrar en posesión.

La buena fe durante todo el tiempo de la posesión no era necesaria para usucapir, porque la posesión que se exigía se apreciaba desde el momento en que se entraba en posesión. Sin embargo, los jurisconsultos de la época clásica parece ser que solo admitían esta solución en el caso en que el poseedor es un adquirente a oneroso, habiéndose mostrado más severos para el adquirente a título gratuito, exigiéndose la continuación de la buena fe durante toda la duración del término requerido para la usucapión.

“La posesión durante el término fijado: Para usucapir una cosa hay que poseerla. Poco importa que el poseedor haya entregado a un tercero la posesión material, pues continúa usucapiendo, porque se puede poseer *corpore alieno*”.

La posesión debe ser continua durante todo este tiempo sin ser

interrumpida. La interrupción hace perder al poseedor la posesión anterior. A menos que volviera a poseer, solo podría empezar una nueva usucapión siempre que reuniera todavía en este momento las condiciones de justo título y de buena fe.

En el derecho clásico<sup>51</sup> “no se permitía la interrupción natural de la usucapión, es decir la que resulta de la pérdida de la posesión, aunque el poseedor la haya abandonado voluntariamente o que en caso de fuerza mayor, la hubiera perdido, o bien que haya sido desposeído por un tercero. La cual se le devolvía la posesión de la cosa por medio de los interdictos”.

La usucapión no se interrumpe cuando el verdadero propietario ejerce contra el poseedor la *rei vindicatio*, pues se continua y se puede determinar durante el proceso. Pero si el demandante concede a terceros derechos reales sobre la cosa, estos derechos son válidos y oponibles a todos. Pero no quiere decir que el demandante debe obtener la cosa en el proceso, porque el juez debe apreciar los hechos en el día de la *litiscontestatio*. Si en este momento, el demandante era aún propietario, debe triunfar, a pesar de la usucapión, cumplida más tarde. El demandado deberá por orden del juez restituir la cosa al demandante y además obligarse a indemnizarle en razón de los derechos reales, que ha podido ceder válidamente a terceros.

#### 3.2.4. Unión de posesiones:

En el derecho romano<sup>52</sup>, “no era necesario para usucapir haber poseído uno mismo durante todo el término fijado. El poseedor puede a veces unir a su posesión la de quien ha sucedido anteriormente la posesión. Esto varía según se trate de una sucesión universal o a particular”:

---

<sup>51</sup> **Ibid**, pág. 300

<sup>52</sup> **Ibid**, pág. 301

- “Sucesión universal: Después de muerto el poseedor, su patrimonio es otorgado a un sucesor universal, o a un heredero. La regla es que el heredero continúa, de esta manera su posesión, buena o mala. Así que, si la posesión era de mala fe, el heredero no puede empezar a usucapir, aun siendo de buena fe. Pero si el difunto estaba en vías de usucapir, el heredero continúa aún siendo de mala fe. Esta idea está admitida de una manera tan completa, que importa poco que pase un intervalo entre el fallecimiento y la toma de posesión por el heredero: la usucapión no se interrumpe, y puede hasta cumplirse en dicho intervalo, en beneficio del heredero”.

- “Sucesión a particular: El poseedor de una cosa cede en particular a otra persona la cosa, por ejemplo, la compraventa o donación. El sucesor en particular empieza para él una nueva posesión, independiente de la de su autor. Pero si la usucapión es de mala fe no puede usucapir. Pero si estuviese su autor en vías de usucapir, puede también unir la posesión de este autor a la suya”.

### 3.2.5. *Usucapio lucrativa pro herede*:

En el derecho antiguo<sup>53</sup> “la sucesión estaba abierta, a todo ciudadano que tenía la capacidad de heredar, aun de mala fe, que estuviere en posesión de las cosas hereditarias, pero si el heredero no se había hecho todavía cargo de ellas, y al cabo de ciento tiempo de la posesión había adquirido por completo la sucesión, obligándose en las deudas hereditarias y obligando a continuar los *sacra privata* del difunto”. Esta no era posible habiendo tomado ya el heredero posesión de la herencia, puesto que al recogerla se cometía un robo. No podía tampoco aprovechar al que había adquirido ya antes la posesión o una simple detención de las cosas hereditarias, por ejemplo, de arrendamiento o depósito, y no podía cambiar el mismo la causa de su posesión para invocar la *usucapio pro herede*.

---

<sup>53</sup> **Ibid**, pág. 302

### 3.2.6. *Usureceptio*:

Es la usucapión en virtud de la cual un antiguo propietario podía, sin justo título ni buena fe recobrar por la posesión de una cosa que había cesado de pertenecerle. Y se da en los siguientes casos<sup>54</sup>:

- “Cuando se deposita un objeto precioso en casa de un amigo, y con objeto de permitirle más libertad para guardarlo en su ausencia, le transfiere la propiedad, haciéndole prometer por un pacto, que le será restituido a su regreso; o bien cede una cosa a su acreedor para procurarle una seguridad real, comprometiéndose éste de la misma manera a volver a transferir la propiedad previo pago”. Se recobra la posesión de la cosa que cesó de pertenecerle, aun sabiendo que posee la cosa de otro, la propiedad de la cosa después de cierto tiempo ya sea de un bien mueble o inmueble. La *usureceptio* facilita de esta manera al antiguo propietario la adquisición de una cosa a la cual tenía derecho.

- “Un bien afectado a la garantía de un crédito del estado ha sido vendido, por falta de pago. Si el deudor expropiado vuelve a tomar posesión, se hace propietario, pero únicamente después de cierto tiempo si es bien inmueble. Esta *usureceptio* se llama *ex proediatura*, porque los adquirientes de los bienes vendidos en nombre del pueblo se llamaban *proediatores*”.

#### 3.2.6.1. Efectos de la usucapión:

A partir del día en que la usucapión se realizó, el poseedor llega a ser propietario *ex jure quiritium*, estando desde entonces provisto de la *rei vindicatio*. Esta en la misma situación que si hubiese adquirido la cosa por *nacipatio* o *in jure cessio*, porque el adquiriente que estaba en el dominio del patrimonio del antiguo propietario, con todas las ventajas que le pertenecían a la cosa, pero también con todas las cargas que a esta le pertenecían; de este modo las hipotecas y las servidumbres establecidas sobre la cosa no se extinguen por efecto de la

---

<sup>54</sup> **Ibid**, pág. 304

usucapión.

Con la usucapión se consolida el justo título, que sirve de base para la posesión, ya que el adquirente es considerado como aquel que ha entregado la cosa: por consiguiente queda sometido a las obligaciones de un comprador, si poseía *pro emptore*; de un *donatio*, si poseía *pro donato*

### 3.2.7. De la *praescriptio longi temporis*.

La usucapión no era aplicable a los fundos provisionales. Por lo que esta laguna fue llenada con la *praescriptio longi temporis*. Siendo este un medio de defensa ofrecido al poseedor bajo ciertas condiciones, especialmente que su posesión haya durado bastante tiempo y le permita rechazar la acción *in rem* dirigida contra él.

#### 3.2.7.1. Aplicación y utilidad:

Esta beneficiaba, desde luego, al poseedor, ciudadano o peregrino, que había adquirido un fundo provisional *a non domino*. En la época romana los ciudadanos romanos podían usucapir los muebles, esto beneficio sobre todo a los peregrinos que no tenía bienes, y que no podían adquirir por usucapión.

#### 3.2.7.2. Condiciones:

Se somete a las mismas condiciones que la usucapión. Para invocarla es necesario haber poseído de buena fe y en virtud de una causa justa. La cual se adquiría por el término de diez años entre presentes, o de veinte años entre ausentes, lo mismo tratándose de muebles que de inmuebles. El poseedor puede invocar la *accessio possessionum* lo mismo que en materia de usucapión. La *Praescriptio longi temporis* es, en defecto un medio de defensa, y por regla general no es posible prevalerse de una defensa que es adquirida en el momento

de la *litiscontestatio*.

### 3.2.7.3. Efectos:

Como es un medio de defensa otorgado al poseedor, esto resulta que el demandado teniendo la acción in rem debía insertar la *praescriptio* en la fórmula, y habiéndola omitido, perdía el beneficio. Otras consecuencias de la naturaleza de la *praescriptio* es que si el poseedor después de haber prescrito llegara a perder la posesión de la cosa, no tienen la *rei vindicatio* para recobrarla por no haberse hecho propietario según el derecho civil. Pero este derecho se modificó y el poseedor que le ha prescrito termina por obtener una acción *in rem* especial para recobrar la cosa que le fue quitada, y también la acción pública si el desposeído de ella, antes de la expiración del término requerido para prescribir.

También podía oponerse el acreedor que tuviese hipoteca sobre la cosa, con tal de que el poseedor cumpla con las obligaciones exigidas, cuyas condiciones debían, apreciarse separadamente en cuanto al propietario y al acreedor hipotecario. Ejemplo, si el poseedor creyó comprar una cosa a dominio, sabiendo después que estaba hipotecada, prescribe contra el propietario y no contra el acreedor.

### 3.2.8. De la usucapión en el derecho de Justiniano:

En esta institución<sup>55</sup> “la cualidad de ciudadano pertenece a todos los individuos del Imperio, y no había ya diferencia en la propiedad del terreno, entre los fundos itálicos y los fundos provisionales”. Era inútil, por consiguiente, mantener la usucapión y la *proscriptio longi temporis*, y por eso Justiniano, simplificó la legislación anterior, las fundió en una sola legislación.

---

<sup>55</sup> **Ibid**, pág. 308

### 3.2.9. La división de las *res Mancipi* y *nec Mancipi*:

Está suprimida ya que actualmente no se aplica, pero consiste en que la usucapión solo hace adquirir la propiedad al poseedor de buena fe, que ha recibido tradición en virtud de una causa justa.

#### 3.2.9.1. Las condiciones exigidas para usucapir:

Justiniano<sup>56</sup> “establecía que la supervención de la mala fe no impide usucapir al poseedor si el ha tenido al principio buena fe sin que en lo sucesivo haya necesidad de distinguir entre los adquirentes a oneroso y a gratuito. Y admite ciertas reglas admitidas por los jurisconsultos de la época clásica, el cual, el poseedor no puede usucapir en virtud de no serlo”. Modifica el término de la usucapión, con la extensión de la propiedad inmueble, era demasiado corto. Justiniano le reemplaza por el de la *proscriptio longi temporis*, fijando un tiempo de diez años entre presentes y veinte entre ausentes y para los muebles un término nuevo de tres años.

#### 3.2.9.2. Da un modo de interrumpir la usucapión al propietario:

Ya que no puede en justicia perseguir al poseedor, bien sea por ausencia de éste y entonces es suficiente con dirigir a este efecto una reclamación al juez competente. Desde entonces si esta protesta que reemplaza a la demanda en justicia basta para producir una interrupción, es lógico admitir que en la hipótesis ordinaria en que el propietario puede ejercer la *rei vindicatio*, el ejercicio de esta acción interrumpe la nueva usucapión.

---

<sup>56</sup> **Ibid.**

### 3.2.9.3. La nueva usucapión hace adquirir la cosa al poseedor:

Tal como es y con las cargas que la gravan el poseedor adquiere la cosa. Pero la *proscriptio longi temporis* puede oponerse el poseedor a la acción de los acreedores hipotecarios, con tal de reunir con respecto a ellos las condiciones requerida para prevalerse de este modo de defensa.

De la prescripción de treinta años: la usucapión solo beneficiaba a los poseedores que tengan justo título y buena fe. Así que después de este término el poseedor de mala fe cesa de estar expuesto a la *rei vindicatio* del propietario; pero no adquiere la propiedad y si es desposeído, es decir no tiene la *rei vindicatio*.

### 3.3. De las acciones *in rem* civiles:

Las acciones *in rem civiles* son<sup>57</sup>: “la *rei vindicatio*, la acción negatoria, la acción confesoria y la petición de herencia. Ya que además del procedimiento del *sacramentum*, conservado ante el tribunal, las *acciones in rem* podían ejercitarse frente al juez bien *per sponsionem*, o bien *per formulam petitoriam*”.

#### 3.3.1. De la *rei vindicatio*:

La *rei vindicatio* es la principal acción *in rem*, por que es la sanción del derecho más completo que se pueda tener sobre una cosa: el derecho de propiedad. Por esta acción el propietario desposeído puede hacer valer contra todo detentador su derecho de propiedad para obtener la restitución de la cosa que le fue quitada.

Ejercicio de la *rei vindicatio*: la *rei vindicatio*, siendo la afirmación del derecho de propiedad, sólo puede tener por objeto cosas susceptibles de propiedad privada, muebles o inmuebles.

---

<sup>57</sup> **Ibid**, pág. 879

Aquel que reclama un patrimonio, se considera heredero y debe ejercitar la petición de herencia. El objeto de la *rei vindicatio* debe determinarse perfectamente, porque la *intentio* precisa de una manera muy clara la pretensión del demandante si *poret fundum cornlianum u hominem stichum ex jure quiritium*.

De los papeles de demandante y demandado: es demandante aquel que afirma su propiedad sobre una cosa de la cual tiene otro la posesión. La pérdida de la posesión constituye precisamente el ataque de su derecho y de su interés en obrar.

La *rei vindicatio* podría ejercitarse: contra aquel que posee. Pero el detentador podía desviar de él la persecución designando la persona por cuenta de la cual detentaba la cosa; contra aquel que hubiese dejado de poseer por dolo, es decir, por dolo de la cosa, haciéndola pasar a manos de un tercero; contra el poseedor *ficticio* (*fictus possessor*): este es quien no posee el papel de demandado. Esto no impide que sea condenado y que el verdadero poseedor quede aún responsable de la *rei vindicatio*.

Según estas reglas están fijados los papeles de demandante y demandado, pueden ser modificadas por circunstancias especiales, siendo en efecto muy difíciles la prueba que incumbe al demandante. El que está desposeído y reducido a ejercitar la *rei vindicatio*, tiene gran interés en usar los recursos que le ofrece el derecho, para volver a tomar, su posesión. Y se mantiene a la defensiva y es el adversario, quien debe hacer el papel de demandante.

De la prueba: el demandante afirma su derecho de propiedad: debe entonces justificar su pretensión demostrando que era propietario en el día de la *litiscontestatio*. No importando que después hubiese dejarlo de serlo; porque es en este momento al que debe trasladarse el juez para saber si la *intentio* de la fórmula estaba ya verificada. A fin de demostrar que había adquirido la cosa de una persona que era verdadero propietario, lo cual implicaba que esta persona la

había adquirido del propietario.

Por esta institución se simplificaba la tarea del demandante, pues le era suficiente probar que había poseído la cosa, en virtud de un justo título, durante el tiempo requerido para usucapir. Si hubiese sido desposeído antes de la terminación de este plazo, podía ejercitar la *rei vindicatio*. En lugar de la acción publiciana. En cuanto al demandado, no tiene más que combatir las alegaciones de su adversario. No tiene necesidad para triunfar de demostrar que es propietario, pues queda absuelto por la razón de no haber podido el demandante justificar su pretensión.

### 3.3.2. De la acción negatoria.

La acción negatoria se da al propietario de una cosa contra toda persona que atente a su propiedad, ejercitando una servidumbre sobre esta cosa, con el fin de hacer constar que no tiene derecho.

Esta acción presenta una particularidad: el demandante esta casi siempre en posesión de la cosa sobre la cual niega que el demandado tenga una servidumbre.

Para que la acción negatoria se de es necesario que el demandante deba probar su derecho de propiedad sobre la cosa, que pretende libre de servidumbre. Esta prueba es suficiente, porque aquel que justifique ser propietario debe suponerse que tiene todas las ventajas unidas a este. Es el demandado el que sostiene no estar libre esta propiedad, y que está limitada por una servidumbre establecida a su beneficio, a quien pertenece hacer la prueba.

Después de haber declarado quién es la parte que gana el proceso, el juez absuelve al demandado si el demandante no ha podido justificar su pretensión. Si, al contrario, queda recocado el derecho del demandante, el juez ordena al

demandado: cesar en el ejercicio de la servidumbre; reparar el perjuicio causado y restituir los frutos si ha lugar; dar caución de no lesionar en lo sucesivo la propiedad del demandante. Si el demandante obedece, queda absuelto; de lo contrario, se le condena a pagar una suma en dinero.

### 3.3.3. De la acción confesoria.

La acción confesoria es la sanción del derecho de servidumbre. El demandante que ejercita esta acción, sostiene que posee el derecho de servidumbre personal sobre una cosa de la cual es poseedor el demandado, o bien que, en calidad de propietario de un fundo, tiene el derecho de ejercer una servidumbre predial sobre el fundo vecino.

Se debe siempre probar la existencia del derecho de servidumbre. Además tratándose de una servidumbre predial, debe probar que es propietario del fundo dominante: porque el propietario sólo tienen cualidad para prevalerse de la servidumbre unida al fundo.

La misión del juez es, sobre poco más o menos, la misma que en la acción negatoria. Si da sentencia favorable al demandante debe ordenar al demandado: cesar en la perturbación llevada por el ejercicio de la servidumbre; reparar el perjuicio causado; dar caución de no lesionar en lo sucesivo el derecho del demandante.

### 3.3.4. De la petición de herencia.

La petición de la herencia sanciona el derecho del heredero, y por ella el demandante quiere hacer reconocer en justicia su cualidad de heredero. "Es una acción que tiende a obtener una sucesión, es decir, el conjunto de un patrimonio, y no de las cosas consideradas a particular. Esta generalmente sometida a los mismos principios que la *rei vindicatio*. Sin embargo, se diferencia en algunos

puntos”<sup>58</sup>.

Ejercicio de la petición de herencia: pertenece a aquel que pretende ser heredero y que no está en posesión de la sucesión o que solo posee una parte. Se debe demostrar la calidad de heredero.

Puede ejercitarse, no contra todo poseedor, como la *rei vindicatio*, sino solamente contra aquéllos que poseen *pro herede* o *pro possessore*. Posee *pro herede*, aquel que está en posesión del de heredero. Posee *pro possessore*, aquel que no puede indicar la causa de su posesión por poseer de mala fe y sin justo título.

Estos poseedores son los únicos cuya pretensión esta en contradicción directa con la del demandante, porque el uno se dice el mismo heredero, y el otro puede adquirir esta cualidad por la usucapión *pro herede*.

La petición de herencia se concede también contra aquel que ha cesado de poseer por dolo. Antes cuando el poseedor se había deshecho por dolo, antes de la *litiscontestatio*, de las cosas que retenía, no se podía ejercitar contra él, ni la petición de herencia, ni la *rei vindicatio*. El demandante debía dirigir su persecución contra el nuevo poseedor, aunque encontrarse en el un adversario más poderoso. Aquel que por dolo hubiese dejado de poseer los bienes hereditarios, era tratado como si aun poseyere.

#### 3.4. De las acciones *in rem* pretorianas:

Las acciones *in rem* pretorianas son en exceso numerosas, comprendiendo las acciones ficticias y las acciones *in factum*. Las primeras, no son más que acciones *in rem* civiles, extendidas a una ficción, fuera de su esfera ordinaria de aplicación. La única que presenta una fisonomía especial, mereciendo particular

---

<sup>58</sup> **Ibid**, pág. 386

estudio por razón de su importancia, es la acción publiciana. Las acciones *in factum* sancionan los derechos reales pretorianos.

### 3.5. En el derecho romano:

Existieron en el derecho romano<sup>59</sup> “dos instituciones: la *usucapio* y la *praescriptio*. La *usucapio*: tenía lugar en las cosas susceptibles de *dominium ex iure quiritium* y solo se daba entre ciudadanos romanos, adquiriéndose los bienes muebles por el transcurso de un año y los inmuebles por el de dos”.

### 3.6. En el derecho guatemalteco:

Surgen dos instituciones: la usucapión y la prescripción. La usucapión se regula en el Código Civil vigente en el Artículo 642 que en su parte conducente determina que pueden adquirir por usucapión todas las personas capaces para adquirir por cualquier otro título. La propiedad por usucapión se adquiere por el transcurso de diez años, para los inmuebles y los muebles por el transcurso de dos años (Artículo 651 del Código Civil).

Las condiciones para que la posesión produzca el dominio se establecen en el Artículo 620 del Código Civil, que prescribe que para que se produzca el dominio se necesita que esté fundado en justo título, adquirida de buena fe, de manera continúa y pacífica y por el tiempo señalado en la ley (10 años o 2 años Artículo 633 del Código en mención).

Con respecto a la prescripción adquisitiva o positiva, el Artículo 643 del Código Civil señala que son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres.

---

<sup>59</sup> Puig Peña. **Ob. Cit.**, pág. 224

La prescripción consumada puede renunciarse, pero el derecho de prescribir es irrenunciable. Esto significa, que una vez concluidos los dos o diez años, respectivamente, a que hace alusión el Código Civil para adquirir por usucapión, el usucapiente, es decir, la persona a favor de la cual corre la prescripción, puede unilateralmente decidir que no ejercerá su derecho a adquirir por prescripción, y en dado caso renunciará a su derecho; pero no sería factible el hecho que una persona renuncie a una posibilidad futura o a la facultad de adquirir el dominio por prescripción, si no se ha completado el término antes aludido.

Con respecto al ejercicio de la usucapión, el Código Civil, en su Artículo 646, determina que el poseedor por cuenta ajena no puede adquirir por prescripción la cosa poseída (sin perjuicio que sí pueda ejercitar las acciones interdictales), a no ser que legalmente se hay mudado la causa de la posesión, es decir cuando el que poseía a nombre de otro, comienza a poseer legalmente a nombre propio; pero, en este caso, la prescripción no corre sino desde el día en que se haya dado la causa.

Por su parte, el Artículo 650 del Código en mención, expresa que la prescripción una vez perfeccionada, produce el dominio de la cosa adquirida, y con la acción que nace de el, puede reivindicarse de cualquier poseedor y utilizarse como acción o excepción por el usucapiente.

De lo expuesto, se determina que dentro del Código Civil se protege el dominio de la propiedad, y de la posesión únicamente hacemos usos de las acciones interdictales que del juicio sumario se desprenden en el Código Procesal Civil y Mercantil. Pero no se contempla la protección al poseedor de buena fe y con justo título que esté a punto de usucapir.

### 3.7. Concepto:

La usucapión, por ser una institución que trasciende en el tiempo dentro del derecho civil, puede ser definida conforme a lo que instituyó Modestino<sup>60</sup> cuando expresa *“usucapio est adiectio dominii per continuationem poseesionis temporis lege definiti”*.

Con muy pocas variantes se aceptan y traducen estas palabras en el derecho moderno, donde sólo se añaden algunas expresiones que concretan más el concepto. Y es que, en definitiva, en dos hechos fundamentales (la posesión, y la continuación de la misma durante los plazos marcados en la ley) se asienta la consideración legal de este modo de adquirir. Luego vendrán los requisitos exigidos en supuestos particulares: las condiciones específicas de las diferentes clases, referentes a los muebles e inmuebles; las circunstancias distintas de la prescripción ordinaria y extraordinaria, que la doctrina y las leyes consignan; pero, en el fondo, y como presupuestos particulares: las condiciones específicas de las diferentes clases, referentes a los muebles e inmuebles; las circunstancias distintas de la prescripción ordinaria y extraordinaria, que la doctrina y las leyes consignan; pero, en el fondo, y como presupuesto primario, aquella definición es la que continúa vigente. La prescripción adquisitiva o usucapión es, el modo de adquirir la propiedad (y los derechos reales) en virtud de la posesión (a de dueño) prolongada durante el período de tiempo exigido por la ley.

La prescripción se funda en la presunción de abandono que hay que demostrar con toda evidencia para que la misma pueda prosperar, y se encamina a dar fijeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas no se ajusten siempre a principios de estricta justicia, que hay que supeditar como mal menor al que resultaría de una inestabilidad indefinida.

---

<sup>60</sup> **Ibid**, pág. 225.

### 3.8. Especies:

Algunos tratadistas españoles<sup>61</sup>, “recogen la clasificación de la prescripción entre ordinaria y la extraordinaria. La primera se caracteriza, según la doctrina, por la necesidad de que la posición del prescribiente esté reforzada por las fundamentales circunstancias del justo título y la buena fe. La prescripción extraordinaria, en cambio, no requiere esas exigencias, o estar con la posesión *animus domini*, si bien, como contrapartida, exige un mayor plazo para conseguirla”.

También se reconoce la distinción entre prescripción de bienes muebles e inmuebles, de particular importancia por el simplicísimo que acompaña a los primeros y las particularidades que reviste la prescripción de los segundos, en relación con las disposiciones hipotecarias.

Finalmente, también se distingue entre la prescripción del dominio y la de los demás derechos reales, que presenta interés por las dudas que han existido sobre si todos los derechos reales son o no susceptibles de usucapión. Al respecto, Tobeñas<sup>62</sup> “manifiesta que con respecto a las servidumbres continuas y aparentes, el usufructo, uso y habitación, no existe problemas, pero es dudoso que lo sean la prenda y la hipoteca, porque éstas requieren para su constitución formalidades especiales: una de ellas, la disponibilidad de la cosa, que ha de pertenecer en propiedad al que la empeña o hipoteca”.

### 3.9. Requisitos:

De conformidad con lo establecido en nuestro Código Civil, se pueden determinar los siguientes requisitos:

---

<sup>61</sup> **Ibid.**

<sup>62</sup> **Ibid**, pág 227.

### 3.9.1. Capacidad de los sujetos:

Estos sujetos entre quienes se produce el fenómeno de la prescripción son, como es lógico, dos: el que adquiere el derecho de la prescripción que se denomina *prescribiente*, y aquel otro contra el cual se da aquélla, que es el dueño de la cosa *prescrita*. En el caso de que sea un cosa o *res nullius*, no se habla de prescripción, sino de ocupación. El Artículo 642 del Código Civil establece que pueden adquirir la propiedad por usucapión, todas las personas capaces para adquirir por cualquier otro título. Debe hacerse mención, que conforme al derecho romano, la prescripción no corre en contra de los menores de edad o de los incapaces; *contra non valentem agere non currit praescriptio*, lo cual se encuentra regulado en el Artículo 1505 (1) del Código Civil.

### 3.9.2. La aptitud de la cosa:

También, por lo que respecta a la aptitud de las cosas, se establece que son prescriptibles todas las cosas que están en el comercio de los hombres (Artículo 643 Código Civil). En esta caso, se encuentran las excepciones referentes a las cosas hurtadas o robadas, para las cuales no podrán ser adquiridas por los que las hurtaron o robaron ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta o su pena y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o de la falta.

### 3.9.3. La posesión:

La necesidad de la posesión es, otro de los requisitos fundamentales para prescribir, tanto en la prescripción ordinaria como en la extraordinaria pues, como establecía un viejo aforismo, *usucapio sine possessione contingere non potest*.

Los requisitos de validez de esta posesión son:

- a) El *animus domini*,
- b) Que sea pública,
- c) Que sea continua,
- d) Que sea de buena fe,
- e) Que sea pacífica,

#### 3.9.4. Lapso:

El plazo debe estudiarse por separado para la prescripción ordinaria y para la extraordinaria así: prescripción ordinaria: en ésta se distingue, según se trate de bienes muebles o inmuebles, de dos o diez años respectivamente.

El plazo de la prescripción adquisitiva consta, como vemos, de determinado número de años, que se cuentan por días y no por horas, ya que en la mayor parte de los casos sería imposible determinar la hora en que la posesión comenzó. En relación con el día *a quo* o *ad quem*. El día en que comienza a contarse se entiende que es todo el día; igual el último día debe cumplirse en su totalidad.

Con respecto a la *accessio possessionis*, no es necesario que la misma persona haya poseído el objeto durante todo el tiempo necesario para prescribirlo; es un principio general del derecho que el poseedor actual pueda completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante. Este principio se establece en el Artículo 618 del Código Civil, que da lugar a la llamada incorporación de posesiones, la que a su vez, puede tener lugar en los supuestos de sucesión a universal (*successio possessionis*) o a particular (*accessio possessionis*). Respecto a la incorporación a universal, es enseñanza general la de que el heredero, como continuador dice la responsabilidad jurídica del causante, no empieza nueva posesión, sino que continúa la de aquél, con todos sus vicios y

defectos. Por consiguiente, si el difunto, por ejemplo, era poseedor en precario, su sucesor será por fuerza poseedor con la misma cualidad. En cambio, el sucesor a singular comienza con una nueva posesión, ya que las leyes, por regla general, no lo reputan poseedor si no realiza personalmente la toma de posesión. Lo único que no puede transmitirse por la posesión del causante a los herederos es el concepto puramente subjetivo de la buena o mala fe.

#### 3.9.5. Justo título:

Para la prescripción ordinario se precisan los requisitos fundamentales como establece el Artículo 620 del Código Civil en su parte conducente: "...para que produzca el dominio se necesita que este fundada en justo título, adquirida de buena fe, de manera continúa, pública y pacífica y por el tiempo señalado en la ley. El tiempo señalado para que produzca efectos según el Artículo 633 del Código Civil establece: tratándose de bienes inmuebles, la posesión por diez años, con las demás condiciones señaladas en el Artículo 620, da derecho al poseedor para solicitar su titulación supletoria a fin de ser inscrita en el registro de la propiedad.

El en general es causa de razón que justifica una cosa y en el sentido que aquí le examinamos es aquel hecho o acontecimiento que produce la posesión legítima de la cosa y que hubiera producido también la adquisición de la propiedad, a no adolecer de algún defecto que lo ha impedido.

De acuerdo con las exigencias de la ley y la doctrina, consideramos que el reúne las condiciones siguientes: que sea justo: se entiende por justo título, según el Artículo 621 del Código Civil: es justo título para la usucapión, el que siendo traslativo de dominio, tiene alguna circunstancia que lo hace ineficaz para verificar por sí solo la enajenación. Es decir que se ampara una posesión pero esta no esta registrada. Se entiende que tiene energía o potencia transmisora en abstracto, aunque en un caso particular no la produzca, por existir algún vicio de las

personas o de las cosas, que es lo que esta llamado a subsanar la prescripción. Por lo tanto el poseedor que invoque un acto que pruebe que tomo posesión del inmueble; se requiere que este acto sea por naturaleza traslativo de dominio, por ejemplo la compra venta, la permuta, donación, etcétera. No así el justo título como el arrendamiento de cosas, el depósito, y en general, aquellos contratos que no son traslativos de la propiedad.

Que sea verdadero: en la doctrina se interpreta en el sentido de que tenga existencia real, o que no sea simulado; siempre, que se trate de una simulación absoluta, pues si es relativa, ya sabemos que puede valer como verdadero el que ampara el negocio disimulado. Tampoco vale el llamado putativo que es aquel que carece de existencia real, viviendo solo en el pensamiento del poseedor.

En la jurisprudencia antigua, en el derecho romano considero que el putativo era un justo título, pero en derecho moderno se entiende que es insuficiente.

Ejemplo es un testamento, que es revocable por un segundo testamento que se ignoraba y que más tarde se descubre, no constituye un hábil en provecho del legatario que había entrado en posesión del bien legado.

Que sea válido: esta interpretación presenta una dificultad, pues si el ha de ser perfectamente válido, ¿para qué hará falta la usucapión? pues no se puede considerar la expresión válido en el sentido de que concurren todas las condiciones necesarias para la transmisión del dominio, pero tampoco cabe admitir dentro de la prescripción ordinaria la validez de un nulo. Pues debemos rechazar como inadmisibles el nulo con nulidad absoluta, por defecto de forma o bien por otras circunstancias, como incapacidad, etc., que produzcan una invalidez de este orden. Cabe admitir la adquisición del no propietario siempre, que no sean anulados por quien puede ejercitar la acción de nulidad.

Que sea probado: ya que el justo título no se presume nunca, según el Artículo 621 del Código Civil establece en su parte conducente "...tiene alguna circunstancia que lo hace ineficaz para verificar por si solo la enajenación. En la doctrina le llaman usucapión *secundum tabulas*". El Artículo 620 establece en su parte conducente surgen ciertos efectos de la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito, será: "...justo título, adquirido de buena fe, de manera continúa, pública, y pacífica y por el tiempo señalado en la ley, y el Artículo 618 establece que la: posesión continúa de derecho en la persona del sucesor. El poseedor puede agregar a la suya la posesión de su antecesor o antecesores, con tal que ambas posesiones tengan los requisitos legales. Esta presunción es *iuris tantum* y por consiguiente admite prueba en contrario.

Ha sido muy discutida en la doctrina la usucapión *secundum tabulas*. Ya que algunos autores consideran el supuesto de inoperantes, dado que si se han cumplido en la realidad todos los requisitos para la usucapión ordinaria, nada servirá el registro, como tampoco servirá si no cumpliéndolos, el tiempo de vigencia del asiento no cubre el tiempo de la usucapión.

#### 3.9.6. Buena fe:

Para que se pueda alcanzar la prescripción adquisitiva, además del justo título es preciso que el prescribiente tenga buena fe, o sea, la conciencia del poseedor de que no lesiona el derecho de nadie por creer que su adquisición es verdadera. Pues los elementos de que consta este fundamental requisito, que se incorpora, al instituto de la prescripción, como una ampliación lógica y ética de la *iusta causa usucapionis*; como requisito positivo: consistente en la creencia de que la persona de quien el poseedor recibió la cosa era dueña de ella, y por lo tanto, podía transmitir el dominio. Como requisito negativo: es la ignorancia de que en el título o modo de adquirir existiera vicio que lo invalidara.

### 3.10. La prescripción y el registro de la propiedad:

El Código Civil en el Artículo 643 regula que son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres. Y el derecho de prescribir es irrenunciable; según el Artículo 644: los que tienen capacidad para enajenar, pueden renunciar la prescripción consumada, pero el derecho de prescribir es irrenunciable. Artículo 645 establece que aunque el adquirente renunciara a la prescripción, los acreedores y cualquier otra persona interesada podrán utilizarla para hacer valer la prescripción, a pesar de la renuncia del adquirente. Ya que la prescripción no vale sin título; el Artículo 649 que establece: el que alega la prescripción, debe probar la existencia del en que funda su derecho.

En la prescripción de los bienes inmuebles y muebles, establece el Artículo 651, salvo disposiciones especiales, el dominio sobre los mismo, se adquiere por prescripción, por el transcurso de diez años. Los bienes muebles y semovientes, por el de dos años. El artículo 652 del Código Civil, “la prescripción no corre: a) contra los menores y los incapacitados, durante el tiempo que estén sin representante legal constituido. Los representantes serán responsables de los daños y perjuicios que por la prescripción se causen a sus representados; b) entre padres e hijos, durante la patria potestad; c) entre los menores e hijos, durante la patria potestad; d) entre los menores e incapacitados y sus tutores, mientras dure la tutela; e) entre los consortes; y f) entre copropietarios, mientras dure la indivisión.

Por su parte, el Artículo 1125 del Código Civil en su parte conducente señala que se inscribirán en el registro: a) los que acrediten el dominio de los inmuebles y de los derecho reales impuestos sobre los mismos; b) los traslativos de dominio de los inmuebles y en los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, patrimonio familiar, hipoteca, servidumbre y cualesquiera otros derechos reales sobre inmuebles; y los contratos

de promesa sobre inmuebles o sobre derechos reales sobre los mismos; c) la posesión que conste en supletorio legalmente expedido... k) la posesión provisional o definitiva de los bienes del ausente. De éstos, la literal c, es el que regula lo relativo a la usucapión, ya que a raíz de la inscripción de la posesión en el registro, se da el derecho de adquirir el dominio y aplicarse, en tal virtud, la prescripción adquisitiva.

### 3.11. Interrupción de la prescripción:

Se denomina interrupción de la prescripción o interrupción de la posesión necesaria para usucapir, la existencia de algún acontecimiento anulando el tiempo pasado.

Algunos tratadistas distinguen una interrupción natural de otra civil. La interrupción natural se produce cuando el poseedor pierde su derecho voluntariamente, ya sea por la intervención de un tercero. Los efectos de esta interrupción natural son absolutos, pues que el tiempo que se haya tenido anteriormente queda perdido de modo definitivo, aun cuando la posesión se recobre con posterioridad. Sin embargo, puede producirse una disposición, conforme a la cual se presume que el poseedor actual, que lo hubiera sido en época anterior, ha continuado siéndolo durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.

La prescripción, de conformidad con el Artículo 653 del Código Civil, determina que son causas para interrumpir la prescripción:

- Si el poseedor es privado de la posesión de la cosa, o del goce del derecho, durante un año.
- Por notificación de la demanda o por cualquier providencia precautoria ejecutada, salvo si el acreedor desistiere de la acción intentada, o el

demandado fuere absuelto de la demanda, o el acto judicial se declare nulo;  
y,

- Si la persona a cuyo favor corre la prescripción reconoce expresamente, de palabra o por escrito, o tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quien prescribe.

Los efectos que produce la interrupción civil no son tan absolutos como los de la natural; a diferencia de ésta, la civil sólo aprovecha a aquél que la llevare a cabo y sólo perjudica a aquel contra quien se ejercita, según el Artículo 654 del Código Civil en su parte conducente regula: "...inutilizar, para la prescripción, todo el tiempo corrido antes de ella".

### 3.12. Efectos de la prescripción:

Los efectos de la prescripción son: a) una vez perfeccionada, produce el dominio de la cosa adquirida, y con la acción que nace de el, puede reivindicarse de cualquier poseedor y utilizarse como acción o excepción por el usucapiente; b) la prescripción que lo gravan hace, sin embargo, adquirir el inmueble poseído juntamente con las cargas que lo gravan al tiempo de tomar posesión del mismo. La prescripción según varios autores hace adquirir el dominio *cum sua causa*, en el estado mismo en que los derechos reales se hubieren encontrado respecto al antiguo propietario; c) cumplida la usucapión, el poseedor es considerado como propietario, no sólo desde el último día del plazo, sino en cuanto a lo pasado, desde el momento mismo en que la prescripción comenzó a correr. Esto tiene, sobre todo, importancia en relación con los frutos percibidos por el poseedor y con los derechos reales adquiridos del mismo por los terceros.

## CAPÍTULO IV

### 4. Acción publiciana:

#### 4.1. Antecedentes:

El derecho civil solo concedía la *rei vindicatio*<sup>63</sup> “al propietario cuando una persona estaba en vías de usucapir una cosa de la cual no tenía la posesión. Su situación era, digna de interés, puesto que el derecho civil le había reconocido, después de terminada la usucapión, su cualidad de propietario. Un pretor llamado Publio creó una acción *in rem ficticia* para la persona desposeída, según la cual el juez debía estatuir sobre la pretensión del demandante como si la usucapión se hubiese cumplido”.

El propietario *ex jure quiritium*, que estaba desposeído, podía, ejercitar la acción publiciana en lugar de la *rei vindicatio*, pues encontraba en ella la ventaja de una prueba más fácil.

#### 4.2. Condiciones de ejercicio:

La acción publiciana considerada en su aplicación normal, y fuera de su extensión a cosas incorpóreas, se concede a quien esté desposeído, contra todo poseedor. Pero para poder ser ejercitada, es necesario que el demandante haya estado, antes de la pérdida de la posesión, en vías de usucapir. La ficción consiste en tener por finalizado el plazo de la usucapión, y que reúna las condiciones requeridas para usucapir. Por lo tanto tiene que tener: justo título y buena fe, la cosa debe ser susceptible de usucapión. La acción publiciana no se podría ejercitar con ocasión de una cosa robada, o cuya enajenación está amparada por la ley. Es necesario que el demandante haya poseído la cosa, aunque no fuese

---

<sup>63</sup> Puig Peña, **Ob. Cit.**, pág 297

más que un instante. Precisamente se supone que la posesión haya durado lo suficiente, aunque estuviese sólo empezada; pero también es necesario que lo esté.

La acción publiciana lo que entra a valorar es que una persona tenga un título pero prácticamente mejor que el título de la otra persona, ya que se busca la restitución de la posesión de la cosa, viendo únicamente la posesión de la persona que este en vías de usucapir siempre que sea de buena fe. Y en el interdicto de despojo lo que se valora es la posesión actual que tenga una persona de la cosa y no existe un título para demostrar tal posesión de la cosa, aquí la prueba reina es el reconocimiento judicial.

Algunos consideran que la acción publiciana es el plenario de posesión pero este no tiene fundamento en la ley sustantiva, por lo tanto es necesario que se regule en Código Civil ordenadamente la acción publiciana para que las personas que solo tengan la posesión de buena fe de una cosa y un mejor título puedan ejercitar esta acción.

#### 4.3. Efectos:

Siendo la acción publiciana una *rei vindicatio ficticia*<sup>64</sup>, “resulta que producía los mismos efectos. El juez debía fijar de la misma manera las restituciones a operar por el demandado que la condena pecuniaria en caso de inejecución. Pero el demandado no perdía el proceso en todos los casos en que el demandante hubiese justificado su pretensión. Podría ocurrir que tuviere un título superior, y entonces la equidad exigía, a veces, que se quedase con la cosa”. Para precisar los casos en que triunfa el demandante, hay que distinguir según que el demandado sea él mismo propietario o bien un poseedor de mala fe, o también un poseedor que está él de la misma manera *in causa usucapiendi*

---

<sup>64</sup> **Ibid**, pág 298

Cuando el verdadero propietario ha vuelto a tomar posesión de la cosa que estaba en posesión de un adquirente de buena fe a *non domino*, este adquirente desposeído no triunfaría ejercitando la acción publiciana, porque el demandado le opone su cualidad de propietario, bajo la forma de una excepción *justi dominii*. El derecho de un poseedor de buena fe, aun mereciendo mucho favor, no puede, vencer sobre el del propietario. De manera que el juez no puede condenar al demandado nada más que si no ha podido probar su propiedad, si *ea res possessoris non sit*. Pero si esta prueba esta ya demostrada, se absuelve al demandado, quien se queda también con la cosa.

En el derecho clásico<sup>65</sup> “ocurre lo contrario, cuando la lucha era entre aquel que tenía la cosa en buena fe y el propietario *ex jure quiritium*, después había recobrado la posesión. La equidad sería agraviada si el propietario que enajenaba una cosa podía prevalerse contra el adquirente de la propiedad civil que él hubiese conservado”.

Con Justiniano<sup>66</sup> “la buena fe desapareció por completo, aunque también ocurría la acción publiciana que se ejercitaba con éxito contra el propietario contra un poseedor de buena fe”.

Contra un poseedor de mala fe no era dudosa la victoria del demandante, porque la acción publiciana ha sido precisamente creada para proteger al poseedor que tiene justo título y buena fe contra los usurpadores.

La acción publiciana puede ser ejercitada contra una persona estando en igual situación a la del demandante, hallándose como él en situación de usucapir. Debe triunfar: cuando el conflicto es entre un poseedor de buena fe, adquirente a *non domino*, y un propietario que ha recibido tradición del mismo propietario, este último debe triunfar, sea demandante o demandado; cuando el proceso es entre

---

<sup>65</sup> **Ibid.**

<sup>66</sup> **Ibid**, pág. 293

dos poseedores de buena fe, que tienen los dos adquirida la cosa *a non domino*, se le otorga al primer adquirente que hubiera recibido por tradición, y si las dos partes han adquirido la cosa de diferentes personas, no hay otra razón para decidir entre ellas más que el hecho actual de quien tenga la posesión: de manera que el poseedor es quien guarda la cosa.

En si los efectos que se pretenden con la acción publiciana es la reivindicación de la posesión a un poseedor de buena fe que tenga un mejor título o un derecho sobre la cosa.

#### 4.4. Acción publiciana y la legislación nacional:

Se ha discutido, entre diversos autores, si el poseedor civil, que se ve privado de las cosas objeto de su posesión, puede utilizar algunas acciones para proteger este derecho real.

Fundamentalmente, asisten al poseedor las tradicionales medidas de los interdictos de retener y recobrar la posesión; procediendo el primero en el caso de que el poseedor haya sido perturbado en la posesión por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle; y el segundo, cuando el poseedor es despojado definitivamente de la posesión.

Ambos recursos precisan de las circunstancias siguientes: que quien los utilice se halle en la posesión de la cosa, entendiéndose aquella palabra en sentido amplio, pues ya sabemos que la legislación protege, en principio, a todo poseedor. En consecuencia, competirá la acción interdictal, tanto al dueño como al que posee en nombre del dueño y al que posee en concepto de dueño; que se hayan, efectivamente, realizado los actos de perturbación, o despojo posesorio, expresándose con claridad los actos exteriores en que consista la perturbación, manifestándose si los ejecutó la misma persona contra quien se dirige la demanda interdictal u otro por orden de ésta; *animus spoliandi*, el agente a quien se impute

el despojo de la posesión ha de actuar con la voluntad deliberada, el ánimo específico de desconocer o ignorar la ajena posesión sin que, el simple acaecimiento del hecho material del despojo o de la perturbación posesoria, implique, por sí solo, la presencia del elemento subjetivo; finalmente, es requisito *sine qua non* de la demanda interdictal que se presente antes de haber transcurrido un año desde el acto que la ocasiona. Sin que sea absolutamente cierto que, en los supuestos de coposesión, carezca el coposeedor, en todo caso, de legitimación para la vía interdictal.

También puede valerse de los llamados interdictos de obra nueva y obra peligrosa contemplados en el Artículo 249 de nuestro Código Procesal Civil y Mercantil.

Sin embargo, no se regula una acción específica para la posesión, en circunstancias similares que para la propiedad existe la reivindicación.

La antiguamente<sup>67</sup> “llamada *vindicatio utilis* (acción publiciana en el derecho romano), se puede utilizar en ciertos casos, contra aquellos que no tienen título o lo tienen inferior al suyo”. La existencia de este antiguo mecanismo, ha sido fuertemente discutida en diversos estados, donde se han dividido las posiciones, en las cuales unos apuestan por la existencia, y otros por la negativa.

En nuestro derecho algunos tratadistas aseguran la existencia de dicha acción, tal como lo afirma el doctor Mauro Chacón Corado, quien entiende que del Artículo 250 del Código Procesal Civil y Mercantil se encuentra la mencionada acción publiciana, solo que con la denominación de juicio plenario de posesión. Dicho Artículo señala que el que ha sido vencido en el juicio de propiedad o en el plenario de posesión, no puede hacer uso de los interdictos, respecto de la misma cosa.

---

<sup>67</sup> **Ibid.** Pág 295

Lo anterior resulta válido, aunque, atendiendo a las materias que estudia el derecho procesal, éste es la manifestación o la materialización del sustrato contenido en el Código Civil. Y del estudio que se ha manifestado del Código Civil, no existe sustancia que soporte la aplicación del juicio plenario de posesión en las condiciones que se ha entendido la acción publiciana o *vindicatio utilis*.

Así lo ha determinado la jurisprudencia española<sup>68</sup>, “que da algunos argumentos a favor de la utilidad de la acción publiciana”:

“Reconociéndose los supuestos de la posesión de buena fe y la usucapión, que en el derecho romano dieron entrada a la acción publiciana, la subsistencia de este régimen posesorio motiva lógicamente la existencia de una acción, precisamente encaminada a proteger estos supuestos, y tal acción no es otra que la publiciana”.

Si la posesión en concepto de dueño y de buena fe produce los mismos efectos que la propiedad, es lógico que, al igual que ésta, se halle específicamente protegida en el derecho por una acción apropiada.

“Por otro lado, nada obsta a que, si no pudiera invocarse la propiedad, pueda probarse el mejor derecho a poseer, y este mejor derecho a poseer es precisamente el protegido por la acción publiciana que, a diferencia de las acciones interdictales, solamente aplicables a las cuestiones de hechos de la posesión, protege al mejor derecho de poseer, el cual, al no existir en nuestro sistema en principio la prueba estricta del dominio de la cosa, basta y es suficiente para comprobar su mejor derecho frente al demandado”<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> **Ibid** pág. 297

<sup>69</sup> **Ibid.** pág. 377.

En tal virtud, debemos estudiar lo que la acción publiciana significa en algunas legislaciones o derechos extranjeros, y dar a conocer lo que esta institución significa para el poseedor con justo título y que esté a punto de usucapir.

Siendo la acción publiciana eficaz frente a cualquier otro título, en el cual el juez califica el título dando un mayor valor a este y con fundamento a ello declare la restitución de la posesión al poseedor de buena fe que este a punto de usucapir. Y en el interdicto de despojo como ya se explico aquí al juez no le interesa si tiene un título o no ya que le es suficiente con que la persona le acredite la posesión actual, o se de un reconocimiento judicial.

De lo anterior concluimos que la acción publiciana es el medio idóneo para proteger al poseedor de buena fe que esté a punto de usucapir.

## CAPÍTULO V

### 5. Derecho comparado

#### 5.1. La conservación de la posesión en el Código Civil de la República de Argentina (ley 340):

##### 5.1.1. La posesión:

La posesión es un derecho real que como hemos señalado en el capítulo respectivo corresponde a una persona sobre los bienes.

El Artículo 2351 del Código Civil argentino, señala que “habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”. De la lectura de este Artículo, podemos hacer diferencia con el Código Civil guatemalteco, que define al poseedor, no a la posesión, en el Artículo 612 expresa “Es poseedor el que ejerce sobre un bien todas o algunas de las facultades inherentes al dominio”.

Si bien es cierto que existe diferencia en la forma de redacción de estos dos artículos, en el fondo significan lo mismo. Ya lo señalaba Federico Puig Peña, citado en el capítulo respectivo de este trabajo, debe existir el *animus dominii* porque de lo contrario no existirá la posesión civil.

Los sujetos que intervienen en el ejercicio de la posesión son los mismos que se regulan en el Código Civil guatemalteco, así el Artículo 2352 de la ley 340 de Argentina señala la posesión en nombre de otro, “el que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho”.

Por su parte el Artículo 2353 del Código Civil argentino protege la posesión civil, de la posesión en nombre de otro al mencionar que nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión. El que comenzó a poseer por sí y como propietario de la cosa, continúa poseyendo como tal, mientras no se pruebe que ha comenzado a poseer por otro. El que ha comenzado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario.

La posesión de conformidad con la ley analizada, no puede terminar por la voluntad de las partes ya que tiene que existir un nuevo título que la ampare, debiéndose entender como título, no solo el documento que lo acredite como titular, sino el derecho que le asiste a una persona. Artículo 2354 regula: tampoco se pueden cambiar por la propia voluntad, ni por el transcurso del tiempo, las cualidades ni los vicios de la posesión; tal como ella comenzó, continúa siempre, mientras no se cree un nuevo título de adquisición.

La clasificación de la posesión en la ley 340 en estudio, se determina a partir del Artículo 2355 regula: la posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este Código. Ilegítima, cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiriera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla.

Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa. El Artículo 2356 hace mención que la posesión puede ser de buena o de mala fe. La posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad.

Al igual que en la legislación nacional, el justo título es necesario para amparar la posesión, solo que con la diferencia que éste se denomina como título putativo, ya que no posee todos los requisitos del título para constituirse como tal. Artículo 2357 establece: el título putativo equivale a un título realmente existente, cuando el poseedor tiene razones suficientes para creer en la existencia de un título a su favor, o para extender su título a la cosa poseída.

La buena fe, como requisito de la posesión civil, también se regula en la ley analizada en el Artículo 2358 y 2359.

Un interesante tema que regula la legislación analizada, en el Artículo 2360 se contempla la posesión de las personas jurídicas, en la posesión de las corporaciones y sociedades será la posesión de mala fe, cuando la mayoría de sus miembros sabía la ilegitimidad de ella. Si el número de los miembros de buena fe fuere igual al número de los miembros de mala fe, la posesión es de mala fe. Los miembros de mala fe deben indemnizar a los de buena fe de la privación de la posesión.

La ley analizada, también menciona una importante nota que la buena fe es presumible, y que en todo caso, el justo título la lleva aparejada. Pero una cuestión que es de necesidad sea subrayada, es la prueba de la posesión. Actualmente, no existe uniformidad en los tribunales para determinar dicha prueba, y algunos aportan documentos que acreditan la posesión pero sin el dominio. Lo importante, es que en el Artículo 2363 del Código Civil argentino, es que éste manifiesta que la persona posee porque a pesar de existir título escrito, si la persona no tiene el poder inmediato sobre el bien, no puede considerarse como poseedor.

A la posesión violenta, la Ley 340 de Argentina le denomina como viciosa, en su Artículo 2364 la posesión será viciosa cuando fuere de cosas muebles

adquiridas por hurto, estelionato, o abuso de confianza; y siendo de inmuebles, cuando sea adquirida por violencia o clandestinamente; y siendo precaria, cuando se tuviese por un abuso de confianza, además cuando es adquirida por vías de hecho, acompañadas de violencias materiales o morales, o por amenazas de fuerza, sea por el mismo que causa la violencia, sea por sus agentes (Artículo 2365).

Además el Artículo 2366 establece la forma de manifestarse la violencia, o más bien de su existencia cuando “bien sea que se ejecute por la persona o por sus agentes, o que se ejecute con su consentimiento, o que después de ejecutada, se ratifique expresa o tácitamente”. Y que existe igualmente el vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la tenía a su nombre. La violencia no constituye sino un vicio relativo respecto de aquél contra quien se ejerce.

Por su parte el Artículo 2369 define la posesión clandestina, y determina que esta ocurre “cuando los actos por los cuales se tomó o se continuó, fueron ocultos, o se tomó en ausencia del poseedor, o con precauciones para sustraerla al conocimiento de los que tenían derecho de oponerse”. Además que la posesión pública en su origen, es reputada clandestina cuando el poseedor ha tomado precauciones para ocultar su continuación. El vicio de la posesión clandestina es asimismo relativo al anterior poseedor solamente.

## 5.2. De la posesión y de la tradición para adquirirla:

A qué clase de derechos pertenece la posesión, se expone y discute las diversas opiniones de los jurisconsultos antiguos y modernos de Alemania, sosteniendo los unos que la posesión es un derecho real por relación de las cosas sobre que versa, y otros que es un mero derecho personal. Establece que la cuestión no puede presentarse sino respecto a las acciones posesorias, pues que

en cuanto a la prescripción, la posesión no es más que una parte, lo mismo que la justa causa no es sino una parte de la tradición que transfiere la propiedad; y que sería absurdo preguntar a qué especie de derechos pertenece la justa causa. Lo mismo sería querer determinar a qué clase de derechos pertenece la posesión mientras se la considere como uno de los elementos de la prescripción para adquirir. La cuestión no se presenta pues, sino respecto a los interdictos, a las acciones posesorias, y como éstas nacen de las obligaciones *ex maleficiis*, deben colocarse entre las obligaciones *ex delictis*. En apoyo de su opinión, se dice *interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*. En cuanto a la posesión misma, como ella no es sino una condición requerida para el ejercicio de las acciones posesorias, no es un derecho, y no puede por lo tanto pertenecer a ninguna clase de derechos.

En el tratado de la posesión, no sigue ni una ni otra de las opiniones expresadas. Regula que la posesión no es un derecho puramente real, porque aunque la cosa esté inmediatamente sometida al poseedor, este derecho no puede ser demandado contra los terceros poseedores, sino sólo contra aquellos que han violado la posesión. Si B ha despojado a A y en seguida B ha sido despojado por C, B tendrá sólo el interdicto *unde vi* contra C, A no lo tendrá sino contra B.

Por otra parte, la posesión no es un derecho puramente personal: no es más que un *jus ad rem*, en este sentido, que para tener la cosa es preciso el hecho, es necesario el intermediario de una tercera persona obligada a entregarla o a darla. La posesión, por lo tanto, no es así, ni un derecho puramente real, ni un derecho puramente personal; pero como el derecho manifiesta sobre todo su carácter y su energía por la acción, diremos que pertenece más bien a la clase de los derechos personales. Podemos llamarlo un derecho real-personal, real porque el derecho sobre la cosa es directo e inmediato, motivo por el cual las acciones posesorias son o aparecen ser concepta *in rem*, y personal, porque la acción posesoria no se intenta sino contra el autor de un hecho, del hecho del

despojo o de la turbación en la posesión, sin que pueda dirigirse contra terceros poseedores.

La ley romana da la razón de la disposición principal del Artículo, *quia quasi suam rem neglexit, nulli querella ante petitam hareditatem, subjectus est*. El mismo Código regula que: "el senado ha querido proveer con equidad a la suerte de los poseedores de buena fe, de manera que no les sea imputado ningún daño hecho en la cosa, y que por otra parte ellos no puedan enriquecerse reteniendo parte alguna de la cosa de que sufran una evicción. Así cualesquiera que sean los gastos que hubiesen hecho en los bienes de la sucesión que estaban en posesión, todo lo que hubiesen disipado o perdido en la opinión en que estaban de que abusaban de sus propios bienes, no se les puede tomar en cuenta ni hacerles cargo alguno. Aunque hubiesen donado los bienes de la herencia para recompensar a alguno por obligaciones que tenían, no se juzgará que se han enriquecido con esos bienes; pero si hubiesen recibido presentes en reconocimiento de sus liberalidades, serán considerados haberse enriquecido, como una especie de cambio, y esos objetos deben ser restituidos".

El Código Civil de Austria, al igual que el de Argentina, en su Artículo 338, regula: que el poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia a restituir la cosa, debe ser considerado como poseedor de mala fe desde el día en que se le hizo saber la demanda, resolución que no puede fundarse en razones jurídicas. La opinión de los autores es muy variada. Para fundar el Artículo basta presentar las secuencias que debe sufrir el poseedor de mala fe, que no pueden ser aplicables al poseedor de buena fe condenado a restituir la cosa.

Si el poseedor ha hurtado la cosa, o es un violento poseedor, está obligado por la pérdida fortuita, aunque esta pérdida la hubiese también sufrido el propietario si la cosa no hubiese salido de su poder; está obligado por todos los frutos que el propietario hubiese podido obtener de la cosa.

Si se trata de un poseedor de mala fe, pero cuya posesión no es violenta, ni furtiva, después de la demanda que lo constituye en mora, este poseedor está obligado como el poseedor precedente, salvo que no es de su cargo la pérdida fortuita de la cosa, sino en el caso en que ella no hubiese perecido, si se la hubiese restituido al propietario.

En cuanto a las obligaciones del poseedor de mala fe, antes de la demanda, se limita a la devolución de lo que posee. Si la cosa, antes de la demanda ha perecido sin dolo, no la debe. Debe restituir los frutos existentes y los que ha consumido de mala fe, pero no aquellos que el propietario hubiese podido percibir.

Esto no puede pesar sobre el poseedor de buena fe, condenado a la restitución de la cosa. Después de la demanda, que no puede tener buena fe que repose sobre la ignorancia completa del derecho de otro; y debía prever la posibilidad de una evicción. En este sentido es que las leyes romanas dicen que después de la notificación de la demanda, el poseedor de buena fe comienza a ser poseedor de mala fe; pero ninguna ley atribuye a la demanda los efectos de la mora, cuando se trata de un poseedor de buena fe, porque no hay mora sin culpa, y el poseedor de buena fe que se defiende, no comete sin duda culpa alguna. Por esto, él jamás responde de la pérdida fortuita de la cosa, mientras que el deudor moroso es responsable de esa pérdida. La ley romana encuentra justo que el poseedor de buena fe se defienda. *Nec debet possessor propter metum possidendi temere indefensum jus suum relinquere*. Declara positivamente que no hay mora para defenderse de buena fe. *Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere*.

No es necesario, para impedir la adquisición de frutos, que la buena fe del poseedor haya cesado. Basta que el vicio de su posesión le haya sido revelado por una demanda en forma. Esta demanda no es, sin embargo, sino una presunción que el demandado puede creer mal fundada, y a la cual podrá

oponerse de buena fe. Por esto no se le debe asimilar en todas las relaciones de derecho al poseedor de mala fe, principalmente en cuanto a los peligros de la cosa durante la instancia.

Enseña también que es un error creer que todo poseedor de mala fe está constituido en mora. Cuando se examinan las condiciones requeridas para que haya mora, se encuentra que sólo hay mora en el poseedor de mala fe que ha contestado a la demanda, y cuando su posesión está viciada por el hurto o la violencia. Sigue demostrando la proposición.

Artículo 2441 regula del mayor valor que la cosa tenga al devolverla al propietario: es decir, que si las mejoras útiles o las reparaciones necesarias han perecido por cualquier causa, el propietario no está obligado a los gastos que hizo el poseedor. Es verdad que para apreciar si un acto de gestión ha sido útil, se le considera en la época en que ha tenido lugar; y si en efecto, en esa época la gestión ha tenido lugar, si la reparación ha sido necesaria, el dueño de la cosa está obligado desde ese momento; y la pérdida ulterior de la obra reparada, por caso fortuito, no puede tener por resultado librarlo respecto del gerente. Pero no se trata de un mandatario, ni de un gestor de negocios. El poseedor, ha hecho mejoras o reparaciones sobre una cosa que miraba como suya; las ha hecho para él, y por su solo interés. Desde entonces, la única obligación del propietario que vuelve a tomar su cosa, de no enriquecerse con lo ajeno, no puede tener lugar, porque la obra ya no existe. La ley romana hacía una diferencia entre el poseedor de buena fe y el poseedor de mala fe... *Plane potest in eo differentia esse, ut bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non existet in quam fecit, sicut tutor, vel curator consequuntur; prado autem non aliter quam si res melior sit.*

El Artículo 2444 regula por ejemplo: la piedra que hubiesen vendido de la heredad, lo que hubiesen obtenido de minas, canteras, etc., que no estaban abiertas cuando entraron en posesión; los árboles que hubiesen cortado que no

eran de bosque de corte; la mitad del tesoro reservado al propietario del fundo en que se ha encontrado, y aun la totalidad del tesoro que ellos hubiesen descubierto por diligencias hechas con este objeto, etc. Si el poseedor de buena fe está autorizado a hacer suyos los frutos que ha percibido, es sólo por un beneficio que no puede extenderse a objetos que no tienen el carácter de frutos.

Se distinguen los frutos propiamente dichos de los otros productos. Llamamos frutos lo que la cosa produce sin alteración de su substancia; los que ésta destina a producir por su naturaleza misma, o por voluntad del propietario. Los productos son al contrario lo que la cosa no está destinada a producir, y cuya producción no es periódica ni tiene regularidad alguna. Los productos no son sino una porción desprendida de la substancia misma de la cosa, tales como las piedras extraídas de canteras que no se explotan.

Según el Artículo 2445 para conservar la posesión, no es preciso tener una voluntad positiva y formal. Cuando una persona ha perdido el uso de la razón y es incapaz de voluntad, no puede dudarse, que aún antes conserva la posesión que tenía, pues basta que no se haya manifestado una voluntad contraria. Esta doctrina forma el Artículo 3407 del Código de Luisiana.

### 5.3. La acción reivindicatoria:

EL Artículo 2758 regula que la acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella.

La palabra poseer, poseedor, se aplica en el caso del Artículo y respecto al demandado, tanto al que posee como dueño de la cosa, como al que meramente la tiene: puede hacerse, pues, la excepción de la ley romana es que la acción sea intentada por el propietario contra el simple tenedor que la posee a su nombre.

Supóngase que una cosa ha sido depositada: el depositante tiene dos acciones, la del depósito y la de reivindicación: puede suceder que le sea más difícil probar el depósito que la propiedad, y prefiera intentar la reivindicación. Puede suceder también que el propietario, el verdadero poseedor, no tenga otra acción contra el tenedor de la cosa, que la acción de reivindicación. Tal sería el caso del nudo propietario que al fin del usufructo reivindica la cosa.

Se ve, pues, que si por regla general, el que posee la cosa no puede intentar la reivindicación, lo puede cuando la posesión le es disputada. Por lo tanto no se puede hacer de la pérdida de la posesión, una condición absoluta de la reivindicación.

Además debe resaltarse que de conformidad con el Artículo 2412 la posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquiera acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida. Esto aunado a lo ya mencionado, nos da la convicción que la acción reivindicatoria, según esta ley, procede por parte del poseedor, si y solo sí posee en nombre propio y con el *animus domini*.

El Artículo 2759 expresa que las cosas particulares de que se tiene dominio, sean muebles o raíces, pueden ser objeto de la acción de reivindicación, y lo mismo las cosas que por su carácter representativo se consideran como muebles o inmuebles.

También son reivindicables los títulos de créditos que no fuesen al portador, aunque se tengan cedidos o endosados si fuesen sin transferencia de dominio, mientras existan en poder del poseedor imperfecto, o simple detentador, así como las partes ideales de los muebles o inmuebles, por cada uno de los condóminos contra cada uno de los coposeedores.

Por contraposición el Artículo 2762 señala que no son reivindicables los bienes que no sean cosas, ni las cosas futuras, ni las cosas accesorias, aunque lleguen a separarse de las principales, a no ser éstas reivindicadas, ni las cosas muebles cuya identidad no puede ser reconocida, como el dinero, títulos al portador, o cosas fungibles. Al respecto, el derecho romano establecía que la fórmula de la acción era *fórmula certa*, y que por lo tanto era indispensable determinar el objeto preciso de la reivindicación. Caso distinto es si la cosa ha perecido en parte, o si sólo quedan accesorios de ella, se puede reivindicar la parte que subsista o los accesorios; determinando de un modo cierto lo que se quiere reivindicar. De esta cuenta se determina también que una universalidad de bienes, tales como una sucesión cuestionada, no puede ser objeto de la acción de reivindicación; pero puede serlo una universalidad de cosas.

Estable que las universalidades de cosas como un rebaño, una biblioteca, son siempre consideradas como cosas particulares y no como universalidades. Para que haya lugar a la acción de reivindicación es preciso que el objeto sea una cosa corporal. La herencia es inseparable de la calidad de heredero. Es preciso, pues, llamarse heredero, para pretender el todo o una parte de la herencia. No se puede reivindicar sino *res singula* que se encuentra en la herencia, o en el patrimonio de una persona cualquiera. Las cantidades que hemos llamado cantidades de cosas, no podrían ser el objeto de una reivindicación, porque no se puede tener sobre una cantidad, sino un derecho de crédito, y no un derecho de propiedad.

Un caso especial es la posibilidad de reivindicar las cosas pérdidas o robadas, el Código Civil guatemalteco, no contempla tal disposición, aunque el Código de Comercio sí lo haga, pero solo con lo que respecta a los títulos de crédito y a las acciones de las sociedades mercantiles. Según el Artículo 2765 de la ley en estudio, el que ha perdido, o a quien se ha robado una cosa mueble, puede reivindicarla, aunque se halle en un tercer poseedor de buena fe. La calidad de cosa robada sólo es aplicable a la substracción fraudulenta de la cosa

ajena, y no a un abuso de confianza, violación de un depósito, ni a ningún acto de engaño o estafa que hubiese hecho salir la cosa del poder del propietario.

La persona que reivindica una cosa mueble robada o pérdida, de un tercer poseedor de buena fe, no está obligada a reembolsarle el precio que por ella hubiese pagado, con excepción del caso en que la cosa se hubiese vendido con otras iguales, en una venta pública o en casa de venta de objetos semejantes.

El Artículo 2769 del Código Civil argentino señala que el que hubiese adquirido una cosa robada o pérdida, fuera del caso de excepción del Artículo anterior, no puede, vender la cosa en una subasta pública, o en casas donde se venden cosas semejantes, mejorar su posición, ni empeorar la del propietario autorizado a reivindicarla. Los anuncios de hurtos o de pérdidas, no bastan para hacer presumir de mala fe al poseedor de cosas hurtadas o pérdidas que las adquirió después de tales anuncios, si no se probare que tenía de ello conocimiento cuando adquirió las cosas. Además señala el Artículo 2771 que será considerado poseedor de mala fe el que compró la cosa hurtada o pérdida a persona sospechosa que no acostumbraba a vender cosas semejantes, o que no tenía capacidad o medios para adquirirla.

En cuanto a la legitimación para ejercer la acción reivindicatoria, el Artículo 2772 señala que la acción de reivindicación puede ser ejercida, contra el poseedor de la cosa, por todos los que tengan sobre ésta un derecho real perfecto o imperfecto. También, la acción de reivindicación no se da contra el heredero del poseedor, sino cuando el heredero es poseedor él mismo de la cosa sobre que versa la acción y no está obligado por la parte de que sea heredero del difunto poseedor, sino en cuanto a la parte que tenga en la posesión.

Sobre este punto, se señala que hay total diferencia entre la acción de reivindicación y las acciones personales. Las acciones personales nacen de alguna obligación contraída por el que está obligado al demandante. Sucediendo

los herederos del obligado en todas las obligaciones de éste por la parte de que son herederos, es una consecuencia necesaria que estén obligados por esta parte y por las acciones que nacen de dichas obligaciones. Al contrario, la acción de reivindicación no nace de ninguna obligación que el poseedor hubiese contraído con el propietario de la cosa, sino solamente de la posesión que tiene de esta cosa; por consiguiente, su heredero no puede ser responsable de esta acción, sino en cuanto él mismo sea poseedor de la cosa que se reivindica, y sólo por la parte de que lo sea.

El Artículo 2774 establece que la acción no compete al que no tenga el derecho de poseer la cosa al tiempo de la demanda, aunque viniese a tenerlo al tiempo de la sentencia, ni al que no tenga al tiempo de la sentencia derecho de poseer, aunque lo hubiese tenido al comenzar la acción.

Por parte de la reivindicación de los bienes muebles, el Artículo 2775 determina que la reivindicación de cosas muebles compete contra el actual poseedor que las hubo por delito contra el reivindicante. Si la cosa fuere inmueble compete la acción contra el actual poseedor que lo hubo por despojo contra el reivindicante. Compete también contra el actual poseedor de buena fe que por título oneroso la hubiere obtenido de un enajenante de mala fe, o de un sucesor obligado a restituirla al reivindicante, como el comodatario.

Sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete contra el actual poseedor, aunque fuere de buena fe que la hubiese tenido del reivindicante, por un acto nulo o anulado; y contra el actual poseedor, aunque de buena fe, que la hubiese adquirido de un enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito y el enajenante estaba obligado a restituirla al reivindicante, como el sucesor del comodatario que hubiese creído que la cosa era propia de su autor.

En los casos en que según los Artículos anteriores, corresponde la acción de reivindicación contra el nuevo poseedor, queda al arbitrio del reivindicante

intentarla directamente, o intentar una acción subsidiaria contra el enajenante o sus herederos, por indemnización del daño causado por la enajenación; y si obtiene de éstos completa indemnización del daño, cesa el derecho de reivindicar la cosa. Sea o no posible la reivindicación contra el nuevo poseedor, si éste tubo la cosa del enajenante y fuere responsable de ella, y no hubiese aún pagado el precio, o lo hubiese sólo pagado en parte, el reivindicante tendrá acción contra el nuevo poseedor para que le pague el precio, o lo que quede a deber.

Las clases de posesión que se han estudiado ampliamente dentro de esta obra, determina que existe la posesión en nombre de otro, que dentro de nuestro ordenamiento procesal civil lo denomina como tenedor. El Artículo 2782 de la ley en estudio determina que la reivindicación puede dirigirse contra el que posee a nombre de otro. Este no está obligado a responder a la acción, si declara el nombre y la residencia de la persona a cuyo nombre la tiene. Desde que así lo haga, la acción debe dirigirse contra el verdadero poseedor de la cosa.

Por su parte el Artículo 2785 manifiesta que la reivindicación podrá intentarse contra el que por dolo o hecho suyo ha dejado de poseer para dificultar o imposibilitar la reivindicación. Sobre los Artículos, que regulan que se puede ser demandado, por la acción de reivindicación sin poseer y aun sin tener la cosa, cuando por el dolo propio se ha perjudicado o paralizado la acción del propietario. Esta máxima tiene su aplicación en dos casos, que constituyen lo que se llama *ficta possessio* en las leyes romanas. Si alguno se dice poseedor de una cosa que no posee, y que yo quiero reivindicar, es responsable del perjuicio que pueda resultarme de su falsa aserción, a no ser que su falta de posesión me fuese conocida. En todos los casos, el que se ha presentado al ser citado a juicio como poseedor, y engaña al demandante, debe ser considerado y condenado como tal, al pago de todos los perjuicios sufridos por el demandante, y si después es conocido el verdadero poseedor, la acción contra éste queda a salvo. El segundo caso de la *ficta possessio* se expresa por la regla: *semper qui dolo fecit quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet*. El que siendo poseedor de una cosa,

procura deshacerse de ella, para hacer imposible la reivindicación, es considerado, a causa de su dolo, como poseedor. El propietario tendría la elección de pedir contra un tal poseedor, la estimación de la cosa al arbitrio del juez, o el valor que se fijase por su juramento. Así, cuando un poseedor, aunque fuese de buena fe en el principio de su posesión, cesa de poseer por dolo, sufre la condenación como si aún poseyese, ya sea que secretamente haya enajenado la cosa, que la haya transformado en otra especie, o inseparablemente a otra cosa, pues que deja de poseer en la especie en que puede ser la cosa reivindicada. Cuando el poseedor ha perdido la posesión de la cosa enajenándola fraudulentamente, el propietario tiene dos acciones: la reivindicación de la cosa contra el *verus possessor*, o la estimación de ella contra el *fictus possessor*. Si obtengo el valor que el juez ha fijado a la cosa, y los daños y perjuicios, tal estimación no equivale a una venta, conservo la reivindicación contra el verdadero poseedor: no estoy obligado a hacer cesión de la acción al *fictus possessor* que ha sido condenado; pero si he obtenido el valor y los daños y perjuicios fijados por mi propio juramento, la ley me niega toda acción contra el *verus possessor*. El valor que he recibido me ha desinteresado completamente, y se juzga que he cedido todos mis derechos sobre la cosa.

Si la cosa sobre que versa la reivindicación fuere mueble, y hubiese motivos para temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, el reivindicante puede pedir el secuestro de ella, o que el poseedor le de suficiente seguridad de restituir la cosa en caso de ser condenado.

Según el Artículo 2787 las acciones accesorias a la reivindicación contra el poseedor de mala fe, sobre la restitución de los frutos, daños e intereses por los deterioros que hubiese hecho en la cosa, pueden dirigirse contra los herederos por la parte que cada uno tenga en herencia. Se manifiesta al respecto que la disposición del Artículo no es en manera alguna contraria a lo dispuesto en el Artículo 2773, en principio era que los herederos del poseedor de la cosa, objeto de la reivindicación, no están obligados por esta acción sino en cuanto son ellos

mismos poseedores de la cosa, y que esto sólo tiene lugar respecto a los herederos de un poseedor de buena fe. Otra cosa es de los herederos de un poseedor de mala fe, contra el cual el propietario tenía derecho a demandar no sólo la entrega de la cosa, sino también la restitución de los frutos que había percibido, y la indemnización de los daños y perjuicios resultantes de los deterioros que hubiese hecho en la cosa. Siendo las demandas accesorias a la acción de reivindicación, demandas que nacen de obligaciones personales que el poseedor ha contraído devolver los frutos que ha percibido, los herederos de éste por la calidad de tales, son responsables de estas obligaciones en cuanto a la parte porque sean herederos, y deben por consiguiente serlo también en razón de la parte de que sean herederos, de las demandas accesorias por la restitución de los frutos, y por los deterioros que haya sufrido la cosa.

Una cuestión trascendental, y que es el tema de esta investigación, es la protección que la acción reivindicatoria de la posesión (acción publiciana) ofrece al poseedor con justo título. La ley en estudio, hace mención sobre las normas que amparan al poseedor con título. Así, según el Artículo 2789 si el título del reivindicante que probase su derecho a poseer la cosa, fuese posterior a la posesión que tiene el demandado, aunque éste no presente título alguno, no es suficiente para fundar la demanda. Si presentare títulos de propiedad anterior a la posesión y el demandado no presentare título alguno, se presume que el autor del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica.

Cuando el reivindicante y el poseedor contra quien se da la acción, presentaren cada uno títulos de propiedad, dados por la misma persona, el primero que ha sido puesto en posesión de la heredad que se reivindica, se reputa ser el propietario. Esto conforme el principio de primero en tiempo, primero en derecho. El Artículo 2792 de la ley mencionada, relaciona que cuando el demandado y el demandante presenten cada uno títulos de adquisición que ellos hubiesen hecho de diferentes personas, sin que se pueda establecer cuál de ellos era el verdadero propietario, se presume serlo el que tiene la posesión. Conforme

se explica, se sostenía que en el caso del Artículo anterior debía preferirse al del título más antiguo que hubiese primero tomado posesión de la heredad, pero prevaleció la escuela de los Sabinianos que enseñaba que debía preferirse al que tenía la posesión de la cosa.

Con respecto a la restitución de la cosa, la ley manifiesta que cuando la cosa reivindicada está en manos del demandado contra quien la sentencia se hubiese pronunciado, debe éste volverla en el lugar en que ella se encuentre; pero si después de la demanda la hubiese transportado a otro lugar más lejano, debe ponerla en el lugar en que estaba. Ahora, cuando es un inmueble el objeto de la reivindicación, el demandado condenado a restituirlo, satisface la sentencia, dejándolo desocupado y en estado que el reivindicante pueda entrar en su posesión.

Por último, los Artículos 2422 y 3955 manifiestan, que sucediendo la reivindicación de la cosa, el poseedor de buena fe no puede reclamar lo que haya pagado a su cedente por la adquisición de ella; pero el que por un título oneroso y de buena fe, ha adquirido una cosa perteneciente a otro, que el propietario la hubiera difícilmente recuperado sin esta circunstancia, puede reclamar una indemnización proporcionada. Y que la acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante.

## CAPÍTULO VI

### 6. Análisis de casos de procedencia:

#### 6.1. CASO 1:

Ordinario seguido por Leticia Castillo Barajas de Sandoval, contra Modesta del Carmen Hernández Díaz. Gaceta jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, febrero 01/02/1974 - Civil.

##### 6.1.1. Doctrina:

Por ministerio de la ley la venta de derechos hereditarios no perjudica a terceros de igual o mejor derecho.

##### 6.1.2. Objeto del juicio:

Leticia Castillo Barajas de Sandoval demandó de Modesta del Carmen Hernández Díaz, la reivindicación de la posesión y la desocupación de un solar ubicado en la octava avenida número cinco guión veintiuno de la zona número uno del departamento de Chiquimula, inscrito en el registro de la propiedad como finca urbana número dos mil doscientos cincuenta y cuatro, folio cincuenta y cuatro, del libro dieciocho de Chiquimula.

Modesta Hernández Díaz contestó la demanda de forma negativa y contra demandó: que se declarase que es poseedora *pro indivisa*, como propietaria de la mitad del inmueble; se ordenase la cancelación de la inscripción en el registro de la propiedad a nombre de la demandante; se le condenase al pago de las costas judiciales y al pago de daños por su acción excesiva y de mala fe. Pidió asimismo,

que se resolviese sin lugar lo relativo a la desocupación por corresponder a la vía sumaria. La parte actora contestó negativamente la contra demanda.

### 6.1.3. Sentencia de primera y segunda instancia:

El juzgado segundo de primera instancia del departamento de Chiquimula dictó sentencia y declaró: a) sin lugar la demanda; b) con lugar la contra demanda en cuanto a la acción de propiedad contenida en la reconvencción; c) que la contra demandante es copropietaria de la finca identificada, por haberla adquirido por sucesión hereditaria intestada de su padre Felipe Hernández, por lo que debe operarse en el registro de la propiedad la inscripción respectiva a su favor; d) sin lugar la contra demanda en lo que respecta a cancelación de la inscripción de dominio a favor de la actora y en cuanto a obtener indemnización de ésta; y e) las costas a cargo de las partes. La sala revocó la sentencia apelada en sus puntos a), b) y d) y declaró con lugar la demanda ordinaria de reivindicación, posesión y desocupación incoada y sin lugar la contra demanda de propiedad planteada; y la confirmó en sus puntos d) y e). Consideró el tribunal de segundo grado que la actora acreditó ser propietaria de la finca urbana, relacionada al principio, la que obtuvo por compra a José Humberto, Carlos Enrique, Carmen Carlota y Cándida Alicia, de apellidos Hernández Lorenzana, mediante escritura pública de fecha veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta y nueve, autorizada por el Notario Mariano Santizo Díaz, finca que se encuentra actualmente detenida por Modesta Hernández Díaz, quien la ocupa ilegalmente. Que la actora acreditó los hechos constitutivos de su pretensión en la siguiente forma: a) propiedad de la finca sub-litis, con I) testimonio de la escritura pública mencionada; II) certificación del registro general de la propiedad; b) identificación del inmueble: con la inscripción de dominio del raíz y la constancia municipal, a folio trece del proceso, referente a la nomenclatura antigua y actual de la calle donde se encuentra ubicado; c) ocupación ilegal de la finca por parte de la demandada: I) con las diligencias de reconocimiento judicial, practicadas el treinta de septiembre y el nueve de octubre de mil novecientos setenta; II) posiciones

articuladas por la actora a la demandada; III) prueba testimonial aportada por la propia demandada, con base en el principio de la impersonalidad de la prueba. Consideró asimismo el tribunal, que la actora tiene inscrito su derecho a la totalidad de la finca en el registro y que cuando ella adquirió, aún la demandada no había sido declarada heredera, por lo que las razones que ésta expuso son ajenas al asunto controvertido.

#### 6.1.4. De las pruebas aportadas:

Por la parte actora: a) certificación del testimonio de la escritura pública, ya relacionada, en virtud de la cual la demandante adquirió el inmueble sub-lite; b) certificación expedida por el juzgado segundo de primera instancia del departamento de Chiquimula, de las diligencias de prueba anticipada: absolución de posiciones formuladas por la actora a la demandada. Esta manifestó que está poseyendo, en virtud de herencia, el inmueble en litigio; c) certificación extendida por el registro de la propiedad de la zona central, de la finca en litigio, en la cual aparece que la actora es dueña de dicha finca; d) certificación expedida por la alcaldía municipal de Chiquimula que identifica a la finca en litis con su nomenclatura anterior y actual; e) reconocimiento judicial practicado en el inmueble, el treinta de septiembre de mil novecientos setenta, sobre la identidad y existencia real del mismo y que está poseído por la demandada, según exposición de Fulvia Palma; f) certificación, acompañada por la demandada, de una acta notarial, fraccionada por el Notario Arnulfo Maldonado Echeverría, en la que consta por parte del registro de la propiedad, la denegatoria de inscripción de derechos a favor de la misma demandada, sobre la finca en litigio; g) repreguntas dirigidas a los testigos propuestos por la parte demandada.

Por la parte demandada: a) certificación extendida por el juzgado de primera instancia de Zacapa que contiene el auto declaratorio de heredera, a favor de la demandada, en vía de ampliación, de fecha veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y nueve, en el intestado de Felipe Hernández y José Dolores

Hernández Díaz; b) dos certificaciones, extendidas por el auxiliar de contabilidad de la administración de rentas departamental de Chiquimula, relacionadas con la ampliación de la liquidación fiscal de las mortuales de los indicados causantes, a favor de la demandada; c) testimonio de la escritura pública indicada en el literal a) de la prueba aportada por la actora; d) reconocimiento judicial practicado por el juez de los autos, el nueve de octubre de mil novecientos setenta, en el inmueble en litigio; e) declaraciones de los testigos Felix Picen Sintuj, Delfina de Jesús Lobos Guancín viuda de Sintuj, Albertina Sintuj Cetino, Rosa García y Antonio Flores Cheguen; f) confesión ficta de la actora Leticia Castillo Barajas de Sandoval.

#### 6.1.5. Recurso de casación:

Modesta del Carmen Hernández Díaz interpuso recurso de casación por motivos de fondo, con fundamento en el inciso 2o. del Artículo 621 del Código Procesal Civil y Mercantil, alegando error de hecho en la apreciación de la prueba.

Sostiene que la sala, al no haber analizado la certificación que contiene el auto de ampliación de declaratoria de herederos a su favor, cometió error de hecho en la apreciación de tal elemento probatorio, lo cual indica que se demuestra con la simple lectura del fallo comparándolo con el documento analizado, y evidencia la equivocación del juzgador, pues de haberlo estimado, el resultado hubiera sido distinto, reconociéndosele la calidad de heredera.

Señala igual error, por parte de la sala, al omitir el análisis de las dos certificaciones extendidas por el auxiliar de contabilidad de la administración de rentas y aduana de Chiquimula, que se refieren a la ampliación de la liquidación fiscal de las mortuales intestadas, acumuladas, de los causantes Felipe Hernández, padre de la presentada, y de José Dolores Hernández Díaz, hermano de la misma, en las cuales se especifica que a la interponente, como

heredera de Felipe Hernández, le corresponde la mitad en el inmueble en litigio y la otra mitad a los herederos de su referido hermano, o sea a los vendedores de la demandante.

Agrega la recurrente que la sala omitió apreciar la prueba de confesión de la actora (declaración de parte), que consiste en el pliego de posiciones, articuladas por la demandada y contra demandante, y el acto auténtico consistente en el auto dictado por el juez *aquo*, por el que se tiene por confesa a la actora. Transcurrida la vista, es el caso de resolver.

#### 6.1.6. Consideraciones de derecho:

Analizando la parte considerativa del fallo recurrido se ve que, como lo afirma la recurrente, se omitió todo análisis y mención de la prueba documental por ella aportada, consistente: en el auto que la declaró heredera del causante Felipe Hernández en el intestado de éste y de José Dolores Hernández Díaz, hermano de la recurrente; en las certificaciones expedidas por la administración de rentas de Chiquimula, relacionadas con la ampliación de la liquidación fiscal de las mortuales de los causantes indicados, en la que se incluye como heredera a la demandada, y en la confesión ficta de la actora, en cuanto a los hechos contenidos en el interrogatorio respectivo. Esta corte en virtud de que la actora adquirió sus derechos sobre la finca en litis, por cesión de derechos hereditarios que le hicieron los herederos de José Dolores Hernández Díaz, estima que tales documentos y actos auténticos son de relevante importancia para dilucidar la cuestión planteada, ya que afectan una mitad pro indivisa de los derechos sobre el inmueble cuestionado, porque con tal documentación se establece el derecho de la demandada, a la mitad de la herencia de su padre Felipe Hernández, correspondiendo la otra mitad a su hermano José Dolores Hernández Díaz, y por haber fallecido éste a sus descendientes en primer grado de consanguinidad, no obstando para tal efecto, el hecho de que éstos hayan dispuesto de sus derechos hereditarios, con anterioridad a la declaración

de heredera, hecha en favor de la demandada, puesto que el auto declaratorio de herederos se dicta siempre, y así se hizo en el caso sub-litis, sin perjuicio de tercero de igual o mejor derecho. Es evidente, en consecuencia, la equivocación de la sala, al no analizar ni tomar en cuenta la prueba documental relacionada por la recurrente, lo cual configura el caso de procedencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, porque con el simple cotejo de la documentación relacionada con el fallo de examen, se demuestra de modo evidente la equivocación del juzgador y, por ende, procede casar y anular la sentencia recurrida.

La parte actora, según escritura pública número treinta y uno, autorizada en la ciudad de Chiquimula el veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta y nueve, por el Notario Mariano Santizo Díaz, compró por la suma de mil quetzales, a los herederos de José Dolores Hernández Díaz, los derechos hereditarios que a éstos correspondían sobre el inmueble urbano en litigio. Ahora bien, en la fecha de la escritura de compraventa relacionada, según se ve en la certificación del registro de la propiedad que obra en autos, el inmueble se encontraba registrado a favor de Felipe Hernández, y no fue sino hasta el veintiséis de agosto de mil novecientos sesenta y nueve cuando se hizo la inscripción del auto de doce de septiembre del año anterior, que declaró que José Dolores Hernández Díaz era heredero ab-intestato de Felipe Hernández y que Carlos Enrique, José Humberto, Carmen Carlota y Cándida Alicia, de apellidos Hernández, eran los herederos ab-intestato de José Dolores Hernández Díaz, y, con posterioridad, el siete de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve se efectuó la operación a favor de la actora Leticia Castillo Barajas de Sandoval, cuando ya se había dictado el auto declaratorio de herederos en favor de la demandada, el cual, como se dijo, se dictó el veintiuno de abril del año recién citado. En consecuencia, por haber adquirido la demandante, únicamente, los derechos hereditarios que sobre el inmueble correspondían a los herederos de José Dolores Hernández Díaz cuyos derechos hereditarios deben entenderse, por ministerio de la ley, y por constar en el registro, sin perjuicio de tercero de igual o mejor derecho los derechos de la

coheredera Modesta del Carmen Hernández Díaz, no pudieron haber sido afectados por la compra relacionada, aun cuando la venta se hubiese efectuado con anterioridad al reconocimiento judicial del derecho de la última citada, puesto que la herencia se transmite por ministerio de la ley en el instante de la muerte del causante. Por consiguiente, la venta de derechos hereditarios efectuada por los herederos de José Dolores Hernández Díaz, está limitada a la mitad pro indivisa del inmueble relicto, ya que éstos nunca pudieron enajenar mayores derechos que los que correspondían a su causante, ni disponer de los derechos hereditarios de la coheredera de aquél. En lo que atañe a la cuestión registral, argumentada por la parte actora, no está en lo cierto la sentencia de segunda instancia, ya que, si bien el registro operó incorrectamente la venta al no indicar que la compradora adquirió los derechos hereditarios que correspondían a sus vendedores, tal equivocación de concepto del registro no puede afectar el objeto de la venta que fue la transmisión de los derechos hereditarios sobre el inmueble, porque no puede otorgar, en perjuicio de tercero, mayores derechos que los que le concede el título base de la inscripción. En consecuencia, al haber adquirido la actora, los derechos hereditarios que correspondían a los causahabientes del mencionado José Dolores Hernández Díaz, su adquisición quedó sujeta a lo que dispone el Artículo 481 del Código Procesal Civil y Mercantil en sus párrafos segundo y tercero, referentes a que la declaración de herederos se hará siempre sin perjuicio de tercero, de igual o mejor derecho y que cualquier persona con igual o mejor derecho, podrá pedir la ampliación o rectificación del auto, dentro del término de diez años, a partir de la fecha de la declaratoria y consta en las certificaciones, que se tuvieron como prueba en el proceso, que los vendedores de la actora fueron declarados herederos de su causante, sin perjuicio de tercero de igual o mejor derecho, el doce de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho y la demandada, como heredera de su padre Felipe Hernández, en virtud de ampliación del auto anterior, lo fue el veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y nueve, es decir, dentro del término de ley, por lo que el derecho de propiedad de la demandada, sobre la mitad pro indivisa de la finca en litis, está de manifiesto y que la compradora nunca pudo adquirir para sí dicha mitad, máxime que todos los

hechos que favorecen a Modesta Hernández Díaz, quedaron corroborados con la confesión ficta de la actora.

De acuerdo con las anteriores consideraciones la demanda contiene una *plus petitio*, ya que pretende la reivindicación y desocupación de la totalidad del inmueble, la que debe reducirse a sus justos límites, accediendo a declararla con lugar, únicamente, en cuanto a que la actora es poseedora de la mitad pro indivisa del solar, no así en lo referente a la desocupación, porque la demandada tiene como heredera legítima y declarada de su padre Felipe Hernández, derecho a la mitad pro indivisa, por lo que, mientras no se proceda a hacer la partición, ambas, demandante y demandada, son dueñas y poseedoras pro indiviso, en partes iguales, del inmueble litigioso. En lo atinente a la contra demanda debe declararse con lugar en cuanto a que la reconviniente es poseedora pro indivisa, como propietaria de la mitad del inmueble, no así en lo que respecta al pago de daños, por no haberse establecido éstos. Debe ordenarse asimismo la cancelación de la cuarta inscripción registral de dominio a favor de la actora sobre la finca relacionada, a fin de que el registro proceda a efectuar las operaciones de traspaso correspondientes a favor de ambos copropietarios, sin perjuicio de tercero de igual o mejor derecho. En tal virtud, la corte suprema de justicia, cámara civil DECLARÓ: I. con lugar la demanda ordinaria de reivindicación de la posesión, en cuanto a la mitad pro indivisa de la finca urbana número dos mil doscientos cincuenta y cuatro, folio cincuenta y cuatro del libro dieciocho de Chiquimula. II. sin lugar la demanda en cuanto a la desocupación del inmueble. III. con lugar la contra demanda en cuanto a que la reconviniente es poseedora pro indivisa, como copropietaria del inmueble. IV. con lugar la cancelación de la cuarta inscripción de dominio sobre la finca de mérito, debiendo el registrador de la propiedad proceder a efectuar las operaciones de traspaso, correspondientes de conformidad con lo considerado. V. sin lugar la contra demanda en cuanto al pago de daños y VI. no hay especial condena en costas.

#### 6.1.7. Opinión jurídica:

Con respecto al caso analizado, debe hacerse mención que la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la casación presentada, reconoce la posibilidad de reivindicar la posesión. De esta manera, la parte actora demanda la reivindicación de la posesión sobre un bien que no es propietaria, pero que en cuanto a los derechos hereditario, la legitiman como poseedora; hablamos de la posesión civilísima. Es así, que la actora hace uso de la reivindicación de la posesión, pero que es una cuestión sumamente discutible, ya que en este caso en especial el tribunal *a quo y ad quem* se reconocen con un aparente amplio criterio interpretativo, sin embargo, como lo veremos en otro caso, los tribunales manifiestan que la acción reivindicatoria solo procede a favor del propietario, no así del poseedor, que si bien es cierto, tiene los atributos del propietario, no son lo mismo.

En el presente caso, se trata de una acción publiciana, ya que la demandada no acredita la calidad de propietaria, sino la calidad de legítima poseedora del inmueble sub-litis, para defender su posesión en contra de terceras personas, incluso del propietario.

#### 6.2. CASO 2:

Recurso de casación No. Expediente 142-97 interpuesto por Alfredo Agustín Díaz, contra la sentencia proferida por la sala sexta de la corte de apelaciones con fecha treinta de septiembre de mil novecientos noventa y siete. Gaceta jurisprudencial, Corte Suprema de Justicia, Mayo 08/05/1998 - Civil.

### 6.2.1. Doctrina:

Error de hecho en la apreciación de la prueba:

En el examen de casación de una sentencia de segunda instancia no procede el submotivo de error de derecho en la apreciación de la prueba por defectos atribuidos a la apreciación de la prueba en la sentencia de primera instancia, por el hecho de la confirmación del fallo.

Si la sentencia no hace referencia a una prueba, no puede atacarse por error de derecho en su apreciación, por no haberse infringido ninguna norma estimativa probatoria.

No procede el submotivo de error de derecho en la apreciación de la prueba, por infracción del Artículo 147 incisos d) y e) de la Ley del Organismo Judicial, que versan sobre formalidades de una sentencia.

### 6.2.2. Objeto del juicio:

Juicio ordinario de reivindicación de posesión de una finca rústica.

### 6.2.3. Antecedentes:

El veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y tres Alfredo Agustín Díaz planteó juicio ordinario de reivindicación de posesión de una finca rústica, ante el juzgado segundo de primera instancia del ramo civil de Chiquimula, en contra de Zoila Díaz Felipe y Candelaria García Molina; al efecto expuso que era legítimo poseedor de una finca rústica denominada "Bordo del granadillo" ubicada en la aldea Maraxcó, departamento de Chiquimula, de conformidad con las escrituras de fechas veintiuno de agosto y veintidós de noviembre ambas de mil novecientos ochenta y nueve, que le otorgó Celso Díaz (sin otro apellido), ante los

oficios del notario Rolando Romeo Cabrera Samayoa, finca que carece de inscripción en el registro de la propiedad inmueble, tiene una extensión superficial de tres manzanas, se encuentra delimitada con cercos de piedra y alambre; además, expone el actor que desde la fecha de la venta está en posesión del inmueble en forma pública, pacífica, continua, a título de dueño y sin ninguna clandestinidad. Asimismo, sostiene el actor que con anterioridad las ahora demandadas plantearon juicio sumario de interdicto de despojo contra el actor en el presente juicio, el que tanto en primera como en segunda instancia fue declarado con lugar, y como consecuencia se le privó de la posesión de la totalidad de la finca motivo de la demanda; por lo que pretende reivindicar de las ahora demandadas dicho inmueble, ya que no tienen ningún derecho legal sobre el mismo.

La demandada, Zoila Díaz Felipe, contestó la demanda en sentido negativo, e interpuso las excepciones de: "a) falta de derecho en el actor para demandar reivindicación de posesión; b) falta de veracidad de los hechos expuestos en su demanda; c) carencia de concretividad de la pretensión del actor; d) ineficacia del título en que el actor basa su pretensión; e) inexistencia de similitud del terreno que el actor identifica en su demanda con el terreno municipal que yo tengo en usufructo en forma legal y en posesión en virtud de sentencia de los tribunales de justicia, para que sean resueltas con la sentencia"; además, planteó reconvencción en contra del actor a efecto de que en sentencia se le condenare a indemnizarla por daños y perjuicios. La otra demandada, Candelaria García Molina contestó la demanda en sentido afirmativo.

El tres de abril de mil novecientos noventa y siete el juzgado segundo de primera instancia civil de Chiquimula dictó sentencia en la que declaró: "I) sin lugar por las razones consideradas la demanda ordinaria de reivindicación de posesión de una finca rústica, seguida por Alfredo Agustín Díaz en contra de Zoila Díaz Felipe; II) no entra a conocer de la reconvencción o contra demanda de indemnización por daños, opuesta por Zoila Díaz Felipe, ni de las excepciones

interpuestas por la misma demandada, por la forma en que se resuelve la demanda; III) condena a Alfredo Agustín Díaz al reembolso de las costas de este juicio a favor de Zoila Díaz Felipe".

#### 6.2.4. Análisis de la autoridad impugnada:

La sala sexta de la corte de apelaciones emitió sentencia el treinta de septiembre de mil novecientos noventa y siete, en al cual confirma la sentencia apelada.

Para llegar a dicha conclusión el tribunal de alzada hizo las consideraciones siguientes: previo análisis de las pruebas aportadas y la sentencia apelada, comparte el criterio sustentado por el juzgador al declarar sin lugar la demanda planteada, porque para que prospere un juicio de reivindicación de posesión, es necesario que el demandante o quien intente la acción, indiscutiblemente tiene que ser el propietario, para pedir que se le restituya la cosa, bien mueble o inmueble, corporal o incorporal, específica o colectiva, tiene que ser quien demuestre el dominio en todos sus extremos, porque para que se de esta acción, es necesario que la persona que la entable sea realmente el propietario de la cosa que reivindica haciendo constar su derecho de propietario y así poder solicitar la restitución de la misma. En efecto, con la prueba documental que aparece en el proceso, se constata que el demandante Alfredo Agustín Díaz, compró las mejoras y adquirió la posesión del inmueble de litis; pero el mismo es propiedad de la municipalidad de Chiquimula, según contrato de usufructo de tierras ejidales, suscrito entre dicha municipalidad con la señora Zoila Díaz Felipe, y al establecerse con el reconocimiento judicial practicado por el juez de paz de dicho municipio, su existencia real y que precisamente es el mismo bien inmueble objeto de litis, situado en la Aldea Maraxco, la demanda de reivindicación, no puede prosperar. Además, aparecen en el expediente fotocopias del fallo de segunda instancia del juicio sumario interdicto de despojo seguido por la (sic) demandada (sic) Zoila Díaz Felipe y Candelaria García Molina contra Alfredo Agustín Díaz,

Felipe Fidel Díaz Ramírez, Cristóbal Díaz Crisostmo y Francisco Díaz Crisostomo, que fue declarado con lugar; y, acta donde se ordenó su lanzamiento. Respecto a la prueba de absolución de posiciones en la diligencia de declaración de parte, al no admitirse hechos que perjudiquen a las partes, las mismas carecen de valor probatorio; igualmente las declaraciones de los testigos propuestos por la parte actora, que respondieron a un interrogatorio sugestivo y que fueron tachados por la parte demandada".

#### 6.2.4.1. Recurso de casación:

Alfredo Agustín Díaz interpuso recurso de casación por motivo de fondo, e invocó como subcasos de procedencia violación de ley, aplicación indebida de la ley e interpretación errónea de la ley, de conformidad con lo preceptuado por el Artículo 621 numeral 1o. del Código Procesal Civil y Mercantil; y errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba contenidos en el inciso 2 del referido Artículo.

Manifiesta el recurrente que "... la sala infringe la ley, pues confunde las instituciones de propiedad y posesión y, pretende sujetar tal parece, el hecho de la posesión, al derecho de propiedad; o dicho de otra manera que sin propiedad no puede darse la posesión, como si ésta no pudiese tener existencia jurídica independiente. Al respecto, la ley y la doctrina son muy claras ...la ley consagra a la posesión como un hecho, tutelado por el orden jurídico, susceptible de tener por ello mismo existencia jurídica independiente... Confundir entonces dos figuras propiedad y posesión, que son totalmente distintas, como lo hace la sala sentenciadora, es violar la ley, concretamente el Artículo 612 del Código Civil con que no requiere como requisito para reconocer la posesión, el ser propietario de la cosa que reivindica... también la sala sentenciadora viola el Artículo 147 literales d) y e) de la Ley del Organismo Judicial porque en sus consideraciones no hace mérito del valor de las pruebas rendidas no expone las doctrinas fundamentales de derecho y principios aplicables al caso no cita las leyes sustantivas en que

apoya los razonamientos que descansa la sentencia. En efecto, si glosamos el párrafo "leyes aplicables" ...aquí se hace mención solamente de leyes adjetivas, leyes procesales, normas contenidas en el Decreto ley 107, que nada tiene que ver con el presunto razonamiento relativo a la existencia y probanza del derecho de propiedad, como requisito *sine qua non* para que se pueda dar la acción reivindicadora de la posesión. Denuncio como violado aquí el citado Artículo 147 literales d) y e) de la Ley del Organismo Judicial. Cuando la sala relaciona el derecho de propiedad con el hecho de posesión y exige al parecer el presupuesto del primero, para que se de la segunda también viola el Artículo 612 del Código Civil, ya denunciado y el Artículo 617 del mismo cuerpo legal citado, porque este último asienta que la posesión presume la propiedad, pero no que ocurran a la inversa, es decir que solo la propiedad haga presumir la posesión..."

Además, sostiene el recurrente: ""Comete esta infracción la sala sentenciadora porque cuando exige como presupuesto para que se de el hecho de la posesión que se tenga indubitavelmente (sic) el derecho de propiedad, "para pedir que se le restituya la cosa, bien mueble o inmueble, corporal o incorporeal, específica o colectiva, tiene que ser el que demuestre el dominio en todos sus extremos". No lo asienta claramente la sala mencionada, pero entiendo que haciendo (sic) su criterio en el concepto de propiedad acogido por nuestro Código Civil en su Artículo 464 el cual aplica indebidamente; es ésta entonces la infracción que se comete y por ello denuncio como aplicado indebidamente el relacionado Artículo"".

Expone el recurrente lo siguiente: "nuevamente sostengo que la sala sentenciadora se equivoca cuando exige como presupuesto del hecho de la posesión, el derecho de propiedad y que como consecuencia, sólo el que ostenta ésta puede demandar la reivindicación de aquélla. Creo que la interpretación es errónea en lo que se refiere al contenido de la norma del Artículo 646 del Código Civil, en concatenación con el contenido de la norma del Artículo 649 del mismo

Código, de manera que por ello denuncio que se infringen ambos Artículos al hacer de ellos una interpretación errónea".

Argumentó el recurrente que: ""En el párrafo II de sus resectivas (sic) consideraciones, la sala sentenciadora, ...indica que comparte el criterio del juzgador al declarar sin lugar mi demanda, por lo que es necesaria una referencia a la sentencia de primer grado. En efecto, en el párrafo III de las consideraciones del juez de primer grado se asienta que yo fundamento mi pretensión en el hecho de que por compra a Celso Díaz, conforme los dos instrumentos notariales que ahí se describe (sic), me corresponde la posesión del inmueble identificado en la demanda, pero que . "Como lo hizo constar su vendedor el terreno corresponde al ejido municipal". Esto no es verdad, señores magistrados, pues si se lee detenidamente los instrumentos de mérito en ningún momento aparece aseveración de este tipo en boca de mi vendedor y como la sala sentenciadora dice compartir el criterio sustentado por el juez de primera (sic) grado, es indudable que comete un claro error de derecho en la apreciación de la prueba documental, especialmente la copia legalizada de la escritura pública número cuatrocientos cincuenta y cuatro autorizada en la ciudad de Chiquimula, el veintiuno de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, por el Notario Rolando Romeo Cabrera Samayoa, ya que se le está asignando a este instrumento notarial un valor probatorio que no tiene, o sea el de deducir del mismo que el inmueble cuya posesión yo reclamo corresponde al ejido municipal de Chiquimula. Y vuelve a cometer un segundo error de derecho en la apreciación de la prueba, la sala sentenciadora, me refiero al instrumento notarial número cuatrocientos cincuenta y cuatro autorizado por el notario Rolando Romeo Cabrera Samayoa, en el departamento de Chiquimula, el día veintiuno de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, al desestimar lo que del mismo se desprende: que sí prueba de manera fehaciente que desde esa misma fecha yo entré en posesión material del inmueble relacionado, es decir entonces que, no obstante haber traído a cuenta este documento, la sala sentenciadora le niega el valor probatorio que le asigna la ley, ya que por otra parte, el mismo no fue redargüido de nulidad alguna,

conservando entonces todo su valor y fuerza legal... Con lo anterior dicha sala infringe las siguientes disposiciones legales: el Artículo 127 del Código Procesal Civil y Mercantil que previene que los jueces deben apreciar el mérito de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica; el Artículo 186 del mismo Código que establece que los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad".

Argumentó el recurrente "consta de (sic) un memorial fechado en el departamento de Chiquimula el día veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y tres, firmando (sic) por la señora Candelaria García Modina (sic) y cuya firma fue legalizada por notario, que la misma, en su calidad de demandada por mí, contestó dicha demanda en sentido afirmativo, allanándose así a la misma, memorial que fue presentado al tribunal de primera instancia con fecha cuatro de octubre del mismo año y que obra incorporado al proceso. Previene la ley que la confesión prestada legalmente produce plena prueba. Artículo 139 del Código Procesal Civil y Mercantil; y que cuando la confesión no se haga al absolver posiciones, sino en la demanda o en otro estado del proceso, la parte interesada podrá pedir y deberá decretarse la ratificación y que verificada la misma, la confesión quedará perfecta. Artículo 141 del mismo cuerpo legal citado. En el presente memorial o (sic) caso la ratificación resultaba innecesaria, por cuando (sic) el memorial respectivo fue presentado con autenticación notarial de la firma, de manera que al omitir el análisis de este medio de prueba y no tener por probados los hechos confesados, que no son otros que los planteados por mía (sic) en la demanda, la sala sentenciadora comete error de hecho en la apreciación de esta prueba. El documento o acto auténtico que demuestra de manera indubitable la equivocación del juzgador, consiste en el ya relacionado memorial presentado por Candelaria García Molina que lleva fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y tres y fue precisamente presentado al tribunal el día cuatro de octubre del mismo año".

#### 6.2.4.2. Análisis de casación:

Los motivos de casación en que se basa el recurso que se analiza son: violación, aplicación indebida e interpretación errónea de la ley, y error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba. Por razones de técnica procesal se entra a conocer, en primer término, los errores de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba.

a) el error de derecho en la apreciación de la prueba lo refiere el recurrente a "los dos instrumentos" que se describen en la sentencia de primera instancia, y que después cita sólo como copia legalizada de la escritura pública número cuatrocientos cincuenta y cuatro autorizada por el notario Rolando Romeo Cabrera Samayoa. Afirma el recurrente que con relación a dicha escritura fueron violadas las normas de estimativa probatoria contenidas en los Artículos 127 y 186 del Código procesal civil y mercantil. La afirmación de que se incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba documental referida la basa el recurrente en que la sala, al compartir "el criterio del juzgador al declarar sin lugar" la demanda, acepta las afirmaciones sobre prueba del fallo de primer grado, y concluye, después de expresar argumentos al respecto, que se cometió error de derecho en la apreciación de la prueba. Esta posición es inaceptable, ya que la confirmación del fallo de primera instancia por parte de la sala de apelaciones se basa en un criterio básicamente de derecho, al exigir prueba sobre la propiedad en la acción reivindicatoria de posesión, y como un agregado hace consideraciones sobre la prueba distintas de las de primera instancia, al afirmar que con la prueba documental que aparece en autos, se constata que el demandante Alfredo Agustín Díaz, compró las mejoras y adquirió la posesión del inmueble de litis; pero el mismo es propiedad de la municipalidad de Chiquimula, según Contrato de usufructo de tierra ejidales, suscrito entre dicha municipalidad con la señora Zoila Díaz Felipe. Por lo expresado, debe rechazarse el submotivo citado.

También afirma el recurrente que se cometió otro error de derecho en la apreciación de la referida escritura cuatrocientos cincuenta y cuatro, al "desestimar lo que del mismo se desprende: que sí prueba de manera fehaciente que desde esa misma fecha yo entré en posesión material del inmueble relacionado. Esta cámara considera que no se incurrió en error de derecho en la apreciación de la referida prueba, por razón que la sala no hace referencia en su fallo a la escritura referida, con lo cual no podría incurrir en defecto de estimación probatoria (en lo que consiste el error de derecho) sino basa su conclusión sobre toda "la prueba documental que aparece en autos", dentro de la cual se encuentra el contrato de usufructo de tierras ejidales suscrito entre la demandada Zoila Díaz Felipe y el alcalde de Chiquimula y copias del interdicto de despojo en que aparecen como actoras dicha señora Díaz Felipe y Candelaria García Molina, y como demandados Alfredo Agustín Díaz, Felipe Fidel Díaz Ramírez, Cristóbal Díaz Crisóstomo y Francisco Díaz Crisóstomo. Por tal razón, no es dable casar el fallo por este submotivo.

b) el error de hecho en la apreciación de la prueba, lo refiere el recurso al memorial presentado por la demandada Candelaria García Molina en el que contesta la demanda en sentido afirmativo, el cual según expresa no fue analizado. Esta cámara estima que no constituye base para casar el fallo, ya que el allanamiento de un co-demandado no puede ser base suficiente para tener por probados los hechos en contra de otro co-demandado. En consecuencia, debe desestimarse este submotivo.

El recurrente acusa al fallo de la sala sexta de la corte de apelaciones de haber violado los Artículos 612 y 617 del Código Civil y 147 incisos d) y e) de la ley del organismo judicial.

a) el primero de dichos Artículos expresa el concepto de la posesión: "Es poseedor el que ejerce sobre un bien todas o algunas de las facultades inherentes al dominio". Del estudio del fallo recurrido se desprende que la sala no viola el

Artículo en mención, aunque haya expresado que para ejercitar la acción reivindicatoria debe probarse previamente la propiedad, ya que en ninguna forma esa afirmación, cuya validez no se analiza por las limitaciones técnicas de la casación, implica modificar el concepto legal de posesión.

Con relación a su impugnación respecto al Artículo 617 del Código Civil, el recurrente se limita a expresar que tal Artículo "asienta que la posesión presume la propiedad pero no que ocurran (sic) a la inversa, es decir que solo (sic) la propiedad haga presumir la posesión, denunció como violados nuevamente el Artículo 612 y adicionalmente el Artículo 617 ambos del Código Civil".

b) el Artículo 617 del Código Civil, en el párrafo a que se refiere el recurrente expresa: "La posesión da al que la tiene, la presunción de propietario, mientras no se pruebe lo contrario".

Al igual que en el considerando anterior, esta cámara no puede analizar de oficio y en toda su plenitud, la afirmación que hace la sala que para ejercitar la acción reivindicatoria debe probarse previamente la propiedad, sino se limita a analizar si tal afirmación implica violación del Artículo 617 del Código Civil, llegando a la conclusión contraria, ya que, no se encuentra en el fallo ninguna afirmación tácita o explícita que niegue que la posesión hace presumir la propiedad, sino lo que se encuentra es una afirmación distinta, de que para ejercer la acción reivindicatoria de posesión debe probarse la propiedad; por otra parte, no se afirma en el fallo que el recurrente tenga la posesión, y tampoco analiza si de ella se desprende o no, la propiedad; adicionalmente, debe hacerse notar que en la propia demanda se expresa que la posesión al iniciarse el presente juicio ordinario está en la parte demandada, según orden judicial emanada de un interdicto, por lo que la aplicación correcta de la norma analizada favorecería en todo caso a los demandados.

c) en cuanto a la posible violación del Artículo 147 incisos d) y e) de la ley del organismo judicial, por tratarse de normas que establecen la forma en que deben redactarse las sentencias, no puede ser analizada por motivos de fondo.

Se acusa al fallo analizado de aplicar indebidamente el Artículo 464 del Código Civil, que se refiere al contenido del derecho de propiedad. Esta cámara, al estudiar la sentencia, establece que en ella no se hizo aplicación del referido Artículo e incluso, no se cita en las consideraciones. Por tal razón no puede acogerse la invocación de aplicación indebida de la ley argumentada.

El recurrente basa también su recurso de casación en el submotivo de interpretación errónea de la ley, con relación al Artículo 646 del Código Civil, el cual establece: "Artículo 646 (La usucapión solo favorece al que posee a nombre propio). El que posee a nombre de otro no puede adquirir por prescripción la cosa poseída, a no ser que se haya mudado la causa de la posesión."

No se encuentra en la sentencia recurrida que la sala haya interpretado el Artículo referido, en ningún sentido, ya que el fallo ni lo analiza ni lo cita. En consecuencia, debe desestimarse este submotivo.

De conformidad con el Artículo 633 del Código Procesal Civil y Mercantil, al desestimarse el recurso de casación debe condenarse al pago de las costas del mismo e imponer la multa de ley al interponente.

La Corte Suprema de Justicia, cámara civil, con base en lo considerado y leyes citadas, al resolver declara: I) desestima el recurso de casación relacionado; II) condena al recurrente al pago de las costas del mismo y le impone una multa de cien quetzales que deberá enterar en la Tesorería del organismo judicial dentro de tercero día de quedar firme el presente fallo.

#### 6.2.4.3. Opinión jurídica:

Del análisis que corresponde a la anterior sentencia de casación, puede determinarse, fuera de la doctrina que en materia de casación puede generar dicha gaceta jurisprudencial, ya que el criterio de los tribunales está dividido. Con respecto al primero de los casos citados, se determina que ese tribunal sí acepta la posibilidad de la aplicación de la reivindicación de la posesión sin acreditar la propiedad de los bienes sub-litis, pero de este último se determina que no es posible conforme a su criterio. Esta divergencia de criterios surge a raíz que no existe una certeza de criterios, dada la falta de claridad de nuestro Código Civil y que, evidencia la regulación de una laguna legal y deja de existir la acción publiciana, y provee de mayor certeza un fallo judicial.

Los nombres de las personas que aparecen en los casos que se desarrollaron en el presente capítulo son ficticios.

## CONCLUSIONES

1. La acción publiciana es el medio idóneo para proteger al poseedor de buena fe que está a punto de usucapir.
2. La acción publiciana no tiene sustento legal en el Código Civil, a pesar de ser confundida con otras figuras, tales como el juicio plenario de posesión regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil.
3. Las acciones posesorias confieren al poseedor el derecho de defensa erga omnes.
4. Los interdictos posesorios son insuficientes en cuanto a la posesión de buena fe y con justo título en el proceso de usucapión.
5. La acción reivindicatoria es la base que sustenta el objeto de la acción publiciana como medio para restituir la posesión.
6. Los títulos donde se posea de buena fe, pueden ser gradualmente valorados conforme a la acción publiciana.
7. El juicio plenario de posesión no tiene sustento en el Código Civil, como acción, ya que sólo se encuentra regulado en la ley adjetiva o procesal.
8. La posesión da al poseedor todos o casi todos los derechos emanantes del dominio, por lo que es viable la reivindicación de la misma a través de la reivindicación de la posesión o acción publiciana.
9. El interdicto de despojo se distingue de la acción publiciana, en cuanto a que en ésta se discute el título que fundamenta la titularidad de las partes, y aquél verifica la inexistencia de títulos sino en cuanto al actor.

10. El derecho comparado reconoce la acción publiciana como medio idóneo para proteger al poseedor de buena fe con justo título que esté a punto de usucapir.
  
11. La jurisprudencia española es un factor determinante para la sistematización y el reconocimiento de la acción publiciana de la forma en que quedó expuesta en el capítulo V respectivo de este documento.

## RECOMENDACIONES

1. La solución al problema planteado consiste en sistematizar e incluir en la legislación civil, la acción publiciana o su equivalente dándole de esta manera protección al poseedor de un bien que lo tenga de buena fe y con un justo título para poder usucapir.
2. Al sistematizar la acción publiciana debe tomarse en cuenta la *praescriptio longi temporis* del derecho romano.
3. El Código Civil de Argentina puede utilizarse de modelo para regular la acción publiciana dentro de la legislación guatemalteca.
4. Los precedentes de la Corte Suprema de Justicia deben de servir de base en la sistematización y legislación de la acción publiciana.
5. El hecho que el título no representa un documento, sino el derecho, debe ser notoriamente tomado en consideración para sistematizar en nuestra legislación la acción publiciana.
6. Debe también considerarse que en la acción publiciana, el derecho de prescripción es irrenunciable y que no se trata de proteger al usucapiente consumado, sino a quien esté a punto de usucapir, tomando en cuenta también el tiempo de posesión efectiva.
7. La posesión civilísima o presunta debe ser considerada en la acumulación de los años en el proceso de usucapión.
8. El derecho de defensa también es de notoria importancia, dado que nadie puede ser privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en juicio preestablecido.

9. La acción publiciana debe ser sistematizada en cuanto a la legitimidad de la acción, los sujetos que intervienen, requisitos o causas de procedencia y aclararse la significación del justo título.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala**. 1t. Guatemala. Editorial Universitaria. 1977; págs. 900.

ALBALADEJO, Manuel. **Concepto, estructura y clases de posesión**. (s.l.i.), (s.e.), 1962, págs. 588.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Derecho procesal civil**. 2a. ed. México. Editorial Porrúa. 1987, págs. 640.

BONNECASE, Julien. **Elementos de derecho civil**. 1t. Puebla. México. Editorial Cajica, 1946, págs. 988.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de derecho usual**. 14<sup>a</sup>. ed. Buenos Aires. Argentina. Editorial Heliasta. 1979.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. México. Editorial Nacional. 1981, págs. 512.

COLIN, A y Capitant, H. **Curso elemental de derecho civil francés**. Instituto editorial Reus. Madrid. 1951, págs. 947.

10. **Enciclopedia jurídica omeba**. Argentina. Editorial Bibliográfica. 1984.

HERNÁNDEZ GIL, Francisco. **Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones propter rem**. Revista de derecho privado. (s.l.i.) (s.e.) (s.f.), págs. 850.

HERNÁNDEZ GIL, Francisco. **La posesión**. Madrid. España. (s.e.), 1962, págs. 84.

JARAMILLO VÉLEZ, Lucrecio. **Revista de estudios de derecho en la posesión en el derecho romano**. Medellín. Colombia. (s.e.), 1958.

MARÍN PÉREZ, Pascual. **Revista general de legislación y jurisprudencia**. (s.l.i.), (s.e.), 1947, págs. 446.

MORENO HERNÁNDEZ, Miguel, **Derecho procesal canónico; procedimiento**. 2a ed. 1t. Bosch, Barcelona, España. (s.e.), (s.f.), págs. 345.

PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano, desarrollo histórico y exposición general de los principios de la legislación romana desde el origen de roma hasta el emperador Justiniano**. Traducción de José Ferrandíz González. (s.l.i.), (s.e.) (s.f.), págs. 456.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 2t. Derechos reales. 3a ed. Madrid, España. Ediciones Pirámide S.A. 1976, págs. 686.

RIPERT, Georges. Boulanger, Jean. **Tratado de derecho civil según el tratado de planiol**. Buenos Aires, Argentina. 4t. Ediciones la ley, S.A. 1963, págs. 659.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. 2t. Antigua Librería Robredo. México. 1967.

WINSCHIED, Diritto delle Pandette. **Derecho de las pandectas**. 1t. (s.l.i), (s.e.), (s.f.).

### **Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente. 1986.

**Código Civil**. Enrique Peralta Azurdia. Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto ley número 106.