

'LAS PRESUNCIONES DE LA POSESION,

(Derecho Civil Ecuatoriano)

Especial para "ESTUDIOS DE DERECHO"

Para entrar a realizar un breve estudio de las presunciones que pueden establecerse, y que, en efecto, la ley establece respecto a la posesión, será necesario, ante todo, conocer en qué consiste la POSESION; y luego, definir qué cosa son las PRESUNCIONES.

Comenzaré, pues, por tratar de la Posesión.

En las épocas primitivas del desenvolvimiento humano, cuando todavía el proceso histórico de los pueblos no estaba lo suficientemente adelantado como para que fueran posibles las grandes creaciones del pensamiento; es decir, en aquel lejano período en que los hombres estaban iniciando su marcha tumultuosa a lo largo de los siglos, sin tener todavía los elementos de carácter intelectual, ni la organización social capaz de permitirles desenvolver una cultura jurídica más o menos amplia; en aquellas edades remotas, lo repito, no era posible tener una idea —por lo menos aproximada— del derecho de PROPIEDAD, ni de ningún otro derecho semejante, puesto que el concepto mismo de lo jurídico no podía ser comprendido aún, y, a lo más, se le incluía en forma casi inconsciente, dentro de la religión o de la moral.

Si el Derecho existió en los primeros momentos del desarrollo histórico, su existencia debe haber sido sumamente frágil e imprecisa; a lo más, debe haber vivido, confundido con las normas de la costumbre y las prácticas religiosas, pero sin tener independencia y propia sustantividad.

En estas circunstancias, habría resultado imposible, o por lo menos inútil, hablar del DOMINIO de un individuo sobre una cosa determinada, o sobre su DERECHO a la PROPIEDAD. El criterio mis-

mo de lo personal, o dicho con más propiedad, de lo individual, aún no estaba bien claro; lo que existía como un todo unitario, como una individualidad —podemos decirlo así— era el grupo humano, el organismo colectivo, el clan o la tribu, y no el ser humano considerado como individuo.

No creo necesario insistir en el hecho —generalmente aceptado— de que la organización social primitiva tuvo un carácter profundamente comunista, como en la actualidad sólo puede encontrarse en ciertas tribus indígenas de la Oceanía.—La colectividad, la familia, eran las únicas capaces de poseer algo o de tener el dominio de una cosa; nada pertenecía a los individuos aislados, todo era de la comunidad.

Posteriormente, con el necesario avance de la cultura y el transcurso de los siglos, la organización social se fue modificando poco a poco; su estructura simple se fue haciendo más y más compleja; fueron apareciendo elementos nuevos dentro del organismo de la sociedad humana; y por fin, éste se llegó a diferenciar de las partes que lo componen, apareciendo así la individualidad... El hombre adquirió conciencia de su valor como persona individual, independiente del grupo de que forma parte; se modificaron las bases económicas de la Sociedad, y en consecuencia, se produjo una transformación profunda dentro de las ideas y conceptos aceptados hasta entonces. La organización comunista primitiva es, así, desalojada por el nuevo régimen de la propiedad INDIVIDUAL, o, como también se le ha llamado, de la PROPIEDAD PRIVADA.

Ya los individuos son capaces de POSEER, de tener el derecho de PROPIEDAD sobre alguna cosa; es decir, que pueden llamarse verdaderamente dueños de sus bienes, porque pueden disponer de ellos a voluntad.

Sin embargo, en un primer momento, el DERECHO de PROPIEDAD y la POSESION, estaban confundidos, y no se establecía diferencia alguna entre ellos... Las cosas, como dice Escriche, se adquirían simplemente por la ocupación, se conservaban gracias a la posesión, y se perdían con ella. Lo cual significa, pues, que la posesión de un bien y la propiedad del mismo, tenían idéntico significado. Se necesitó todavía un avance más de la cultura jurídica humana —y un avance poderoso—, pues, fue necesario que apareciera el Derecho Civil, para que, en él, ya se diferenciaron la Propiedad de la Posesión; y surgieron como dos conceptos independientes, a pesar del estrecho vínculo que los une.

En esta forma, la Posesión sólo vino a ser “el mero hecho de tener una cosa” (pero con el ánimo de dueño); y la Propiedad, un DERECHO, en el más amplio sentido del término. Es decir, pues, que según esto, es posible ser propietario o dueño de una cosa, sin estar en posesión de dicha cosa; y así mismo, poseer una cosa sin tener el dominio de ella.

El Código Civil define la POSESION y la PROPIEDAD, en los artículos 688 y 571, (arts. 762 y 669 del Código Civil Colombiano) respectivamente; y dice, que, “el DOMINIO (que se llama también Propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”; y la Posesión, “es la tenencia de una cosa determinada, con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se dá por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre”.

Es decir, pues, que se diferencia claramente la Posesión de la Propiedad, tomando cada una un carácter específico dentro de la jurisprudencia.

Sin embargo, la Posesión, separada así de la Propiedad ha conservado muchas de sus antiguas prerrogativas: sirve de base a la prescripción, atribuye los frutos al poseedor de buena fe, y SE REPUTA unida con el dominio, mientras no se pruebe lo contrario. Esta última es una disposición expresa del Código Civil, contenida en el inciso segundo del Art. 688, ya mencionado, y que dice: “el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo”....

Encontramos así, la primera presunción respecto de la posesión: la ley supone que, quien está poseyendo una cosa, tiene al mismo tiempo el dominio de dicha cosa; y esto es, mientras otra persona no presente la prueba en contrario. Se trata, pues, de una presunción de carácter legal, de las que trata el inciso 2º del artículo 42 del Código Civil Ecuatoriano.

Pero antes de seguir adelante, y ya que he mencionado este artículo, será necesario que examine brevemente el concepto mismo de Presunción.

Según el Diccionario de Escriche y el Diccionario Tecnológico de Jurisprudencia de Pujol, la PRESUNCION es la conjetura o indicio que sacamos, ya del modo que generalmente tienen los hombres de conducirse, ya de las leyes ordinarias de la naturaleza; o bien: la consecuencia que saca la ley o el magistrado de un hecho conocido, para averiguar la verdad de un hecho desconocido o incierto. A su vez, el

Código Civil define la presunción en el artículo 42, diciendo que es "la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidos". Este artículo está relacionado con el número 1702, que trata también de las presunciones, diferenciándolas en *legales* y *Judiciales*; y manifestando que, las primeras, son las que se reglan por el artículo 42, y las segundas, las que deduce el juez, que deben de ser graves, precisas y concordantes.

Según todo esto, puede haber dos clases de presunciones: una determinada por la ley (legal o de derecho), y otra que forma el Juez por las circunstancias antecedentes, concordantes o subsiguientes al hecho principal que se examina. Contra las primeras no se admite prueba, y se denominan "JURIS ET DE JURE" (de derecho y por derecho); o se consideran ciertas mientras no se pruebe lo contrario.

Las presunciones de hombre, que son las que están establecidas por la ley, sólo hacen semiplena probanza, más o menos fuerte según el grado de probabilidad, y quedan abandonadas a la prudencia del magistrado, que no debe admitir sino las que sean —como dice el Código— graves, precisas y concordantes.

Pero para que una presunción sea admisible, es de todo punto preciso que el hecho de que se deduzca esté plenamente probado; y no cabe fundar una presunción en otra presunción.

Considerando que con todos estos antecedentes queda lo suficientemente aclarado el concepto de presunción, como para poder estudiar concretamente las presunciones de la posesión, sigo adelante, para tratar este tema, comenzando por aceptar el principio de que la Posesión es un *hecho* y no un Derecho en sí mismo; pero un hecho de trascendental importancia dentro de las relaciones jurídicas y la vida social, en general.

POSESION no es más que la tenencia de una cosa corporal, pero en las cosas incorpóreas, es decir, en los derechos, se admite la existencia de una "cuasiposesión", o sea, de una posesión meramente ficticia, que no se refiere a un bien determinado.

Algunos autores, como por ejemplo, Fernando Vélez, establecen una diferencia inconciliable entre la posesión y lo que se llama MERA TENENCIA, que, según el Código Civil (Art. 702), (Art. 775 Código Civil Colombiano) es la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño; pero otros tratadistas del Derecho Civil, como Escriche, admiten que puede hablarse de una Posesión "de hecho", que no es más que la simple tenencia de una cosa que está

en nuestras manos, sin intención de adquirirla; o sea, cuando se posee en nombre ajeno... Según el mismo autor, últimamente citado, la verdadera posesión es de hecho y voluntad; y consiste en la tenencia de una cosa con ánimo de excluir a los otros de su uso. Parece que hasta el Código Civil llega a confundir la mera tenencia con la posesión, cuando dice en el inciso segundo del artículo 707, (Art. 780 C. Civil Colombiano) que, cuando se ha comenzado a "poseer a nombre ajeno", se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas. Se trata aquí, de una presunción expresa de la ley, que se refiere más vale al hecho de que la mera tenencia no puede transformarse en posesión, a pesar del transcurso del tiempo. Para un civilista como Barros esto es un verdadero contrasentido, pues no es posible poseer "a nombre ajeno", porque uno de los elementos de la Posesión, es precisamente el ánimo de señor o *dueño* que, en este caso, faltaría por tratarse de una mera tenencia... Es decir, pues, que lo que aquí se presume es, en realidad, una falta de posesión, o como se ha dicho, "una mera tenencia", y no una "posesión a nombre ajeno".

Es muy importante establecer en estos términos precisos la diferencia entre POSESION y mera tenencia, porque los efectos de ambas relaciones jurídicas son diversos; así por ejemplo, la mera tenencia no es suficiente para hacer presumir el derecho de dominio. En cambio, una vez que alguien ha ganado la posesión de una cosa, sea o no corporalmente, mientras no la abandone con la intención de no recuperarla más, se presume que la tiene siempre por sí o por su personero, amigo, huésped, u otra persona que la tuviere y usare en su nombre.

La ley le otorga, pues, al poseedor una serie de ventajas de que carece el mero tenedor. Según Kindell, citado por el Marqués de Olivart, el derecho del poseedor, es provisional contra el verdadero propietario, en caso de que éste exista, pero contra terceros es definitivo; y lleva consigo, un Derecho *presunto*.... Luego admite el mismo autor, que la presunción en sí, realmente no es un derecho presunto, sino solamente la garantía del poseedor, que le asegura el dominio jurídico.

La propiedad sola, como dice Vélez, es el dominio abstracto, un título, un derecho. Para que sea real, es necesario que esté acompañada de la Posesión, porque ésta hace manifiesto el Derecho de Propiedad: lo conserva, lo vuelve útil, lo pone en acción; es decir, es el ejercicio del derecho de dominio. De allí que, apoyándose en el principio general de que la aparición, o sea el hecho, debe considerarse como la prue-

ba externa de la existencia del derecho, hasta que se demuestre lo contrario; la ley presume que el que está poseyendo una cosa es el dueño de ella. La Posesión es pues un estado de hecho, que debe de continuar hasta que se pruebe el de derecho. Ningún derecho puede ser considerado existente, mientras no se pruebe, y en tanto que esto no se verifique, debe de continuar el "statu quo"; aplicando este principio a la Posesión, debe de continuar ésta, con su exterioridad de propiedad hasta que se pruebe otro mejor derecho.

Se puede observar así, claramente, la diferencia entre posesión y dominio, al mismo tiempo que su íntima vinculación. De nada serviría el Dominio sin el hecho real de la posesión de la cosa; de aquí que el dueño de una cosa de que no está en posesión, tiene para reclamarla, la acción reivindicatoria o de dominio que se llama así, porque aun cuando por ella se persigue la posesión, sin embargo, en el juicio se discute el dominio, o sea, se persigue la posesión como una consecuencia del dominio. Pero en estos juicios reivindicatorios, el poseedor, que se reputa dueño, goza de la enorme ventaja de hacer el papel de demandado, no tocándole, por lo tanto, la prueba que se exija. Es decir pues que, donde hay actos públicos de posesión la ley crea ver la expresión del derecho más elevado de propiedad. Sin embargo, se trata de una simple presunción legal que, por consecuencia, admite prueba en contrario; y una vez comprobado el dominio, el verdadero dueño adquiere la posesión, o la conserva —según el caso—, como un efecto necesario de su derecho.

Además de todo esto, como ya dije anteriormente, la posesión de una cosa, unida a cierto transcurso de tiempo, sirve para adquirir el dominio mediante la prescripción. La Posesión viene así, a servir de causa al dominio. La ley, teniendo en cuenta la importancia de este hecho de la posesión, la protege de diversas maneras, sobre todo, con una serie de presunciones, porque sin protegerla no podría garantizarse la propiedad. Con verdad dice Vélez, que la protección de la POSESION es el complemento necesario de la protección del dominio o propiedad. Inclusive, a falta de otras pruebas, la posesión es una presunción legal de dominio.

Como acabo de exponer más arriba, uno de los elementos más importantes de la Posesión, es el *ánimo de señor o dueño*; y el otro elemento, es la tenencia de la cosa de que se trate. La posesión existe cuando se reúnen estos dos elementos esenciales de su constitución; pero la posesión puede ser de varias clases, a pesar de constar siempre

de los mismos elementos: regular, irregular, violenta, etc...; interviniendo en esta diferenciación, sobre todo, un factor de carácter subjetivo, que es la BUENA FE o la MALA FE, según los casos. Respecto a este último punto, podemos decir que la ley establece, en relación con la posesión, algunas presunciones muy valiosas.

En primer lugar, define la buena fe, como "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier vicio". Luego, expresa que el *justo error* en materia de HECHO, no se opone a la Buena Fe, pero en cambio, el error en materia de DERECHO, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario. Es decir, pues, que no puede alegarse un concepto equivocado de la ley, porque ésta se entiende conocida de todos, después de vencido el plazo de la promulgación, y "su ignorancia no excusa a persona alguna" (Arts. 6° y 13) (Art. 9 C. C. Colombiano. Art. 18 Reemplazado con el 59 de la ley 149).

La buena fe es requerida para la posesión regular, y debe de ser completa; si el adquirente ha tenido duda sobre la propiedad del autor, debe de reputársele de mala fe. Pero en general, la buena fe siempre se presume, exceptuando los casos en que la ley establece la presunción contraria, como dice el artículo 695 del Código Civil. (Art. 769 Código Civil Colombiano). En consecuencia, corresponde al que litiga con el poseedor, probar que éste conoció la falta en el autor del título, o los otros vicios de que éste adolecía; y si esos hechos no llegan a establecerse, la ley favorece al que tiene la posesión actual, presumiendo que se trata del legítimo dueño.

Por último, respecto a las pruebas de la POSESION, la ley fija algunas reglas que la facilitan por medio de ciertas presunciones que trataré de mencionar.

Así, por ejemplo, si una persona justifica haber comenzado a tener la cosa con ánimo de señor o dueño, o sea, haberla empezado a poseer, la ley presume que esta posesión ha continuado, hasta el momento en que se alega; y si alguien logra probar que ha poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio.

Estas presunciones, tienen por objeto, especialmente, proteger el estado de hecho de la posesión, dándole al mismo tiempo continuidad, y protegiendo así, en forma indirecta, el derecho de dominio, o sea la Propiedad.

Lo mismo es cuando se trata, no ya de la verdadera POSESION,

sino sólo de la simple *tenencia* que, como ya vimos anteriormente, es algo diferente. La mera tenencia, difiere de la posesión, en que sólo tiene el elemento corporal y se inicia siempre con un título, que puede ser un contrato, o la ley, o en su defecto, un decreto judicial. Esta mera tenencia, no puede, pues, transformarse en posesión, salvo que concurren estas dos circunstancias: 1^a). Que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción; y 2^a). Que quien alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción, por el mismo espacio de tiempo. Pero si faltan estas dos circunstancias esenciales, la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe en el que se dice POSEEDOR, sin serlo; y en consecuencia, no dará lugar a la prescripción adquisitiva que se alegare. Y finalmente, cuando para adquirir el dominio de una cosa, se necesitare de la tradición, la POSESION de dicha cosa, "a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, *hará presumir* la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título" (Art. 690, inc. 3°) (Art. 764, inc. 4 Código Civil Colombiano).

Esto es, en mi concepto, lo que en líneas generales, puede decirse a cerca de las Presunciones que la ley establece respecto a la posesión; y cuya enorme importancia he tratado de hacer resaltar, a pesar de que ella resulta por demás evidente.

BIBLIOGRAFIA:

- Derecho Civil Colombiano (VELEZ)
 Derecho Civil Chileno (BARROS ERRAZURIS)
 "La Posesión" (Marqués de Olivart)
 Diccionario Jurídico (Escriche)
 Diccionario Tecnológico de Jurisprudencia (Pujol)
 Código Civil Ecuatoriano.
 Instituciones de Derecho Civil (CLEMENTE FABRE).

Guayaquil (Ecuador) 1941.