

POSESIÓN Y TENENCIA EN EL NUEVO PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Dr. Francisco Chacón Bravo *
Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(Recibido 04/02/13 • Aceptado 11/11/13)

* e-mail: fchaconbravo@zurcherodioraven.com
Fax 24427662. Tel. 83833667

Resumen: La posesión y la tenencia son dos conceptos distintos. La posesión es un concepto sobre el cual se ha escrito mucho. Presenta graves dificultades. En Costa Rica se tiene la concepción de que la posesión es un hecho y no un derecho. El Código Procesal Civil, equipara la posesión y la tenencia como dos conceptos iguales que son protegidos por los interdictos. Este error no ha sido siempre interpretado correctamente, pero fue corregido en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil, lo que obliga a los jueces, en sus fallos, a examinar el concepto de posesión con más profundidad.

Palabras Claves: Posesión. Tenencia. Proyecto de Código Procesal Civil. Possessio ad interdicta. Possessio ad usucapionem. Código Civil. Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos. Doctrina. Interpretación jurisprudencial.

Abstract: Possession and tenancy are two different concepts. A lot has been written on the concept of possession. However, it still presents some serious difficulties. In Costa Rica, possession is commonly thought as a fact, and not as a legal right. The current Code of Civil Procedure presents possession and tenancy as two equivalent concepts, which are protected by interdicts. This error has not always been correctly interpreted, but it was amended in the bill of the new Code of Civil Procedure, making the judges examine the concept of possession more thoroughly.

Keywords: Possession, Tenancy, Bill of the Code of Civil Procedure, Possessio ad interdicta. Possessio ad usucapione, Civil Code, Law of Urban and Suburban Leases, Doctrine, Jurisprudence Interpretation.

Sumario:

Introducción

1. El origen de la palabra posesión y como ha influido en la concepción costarricense.
2. La primera gran distinción que se hace, es entre *possessio ad interdicta* o posesion interdictal y *possessio ad usucapionem* o posesion que conduce a la adquisición de la propiedad.
3. La posesion interdictal en nuestro código civil.
4. Las dificultades que presenta el concepto de posesión
5. El concepto de posesión en el código procesal civil.
6. Diferencia sustancial entre posesión interdictal y tenencia.
7. Interpretación jurisprudencial
8. El concepto de posesión en el proyecto del nuevo código procesal civil

Conclusión.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La tesis que deseo sostener es que en Costa Rica, tanto a nivel legislativo, como a nivel de los tribunales, se ha confundido la posesión y la tenencia. Esta confusión puede en algunos casos ser muy práctica, para resolver algunos problemas posesorios, ya que algunas veces resultan acertadas las resoluciones porque coinciden ambos conceptos, posesión y tenencia. Pero desde luego, son dos conceptos distintos que no se pueden ni se deben confundir.

Cabe destacar que en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil, se da una clara delimitación de la posesión interdicial, y que no se confunden ambos conceptos.

1. El origen de la palabra posesión y como ha influido en la concepción costarricense.

Dice HERNANDEZ GIL, que las preocupaciones por el uso etimológico de las palabras han caído en desuso, sobre todo porque la elaboración técnica de los conceptos tiende a crear significaciones propias.¹ Esto es verdad, pero no cabe duda, que al hombre le interesa averiguar el origen de las cosas, es parte de la investigación científica. Así, le interesa saber el origen de las especies, del universo, de las plantas y del perro mascota que tiene en su casa. Pero además, el origen de las palabras muchas veces influye en la concepción de los juristas.

La palabra possessio, dicen algunos autores, que viene de posse, poder², otros, cuyo significado lo atribuyen a un señorío verdadero, a una dominación real y efectiva sobre la cosa³. Algunos derivan la palabra de

¹ HERNANDEZ GIL, Antonio, La posesión. Editorial Civitas S. A. Madrid, 1980, pág.28.

² COLIN, Ambrosio CAPITAN, H. Curso Elemental de Derecho Civil, Traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español por DEMOFILO DE BUEN, Editorial Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, t. II, vol.II, p.566

³ BONFANTE, Pedro, Instituciones de Derecho Romano, Madrid, 1965, pág. 357, quinta edición, Madrid, Instituto Editorial Reus.

possitio sedium o sea insistencia, carácter esencial de la posesión, otros del verbo sedere⁴, otros de ese verbo con el sufijo pot, raíz de po (t) se, que viene de pot estas y de pat er, el actuar sobre una cosa como señor de ella⁵. Para las Partidas posesión significa “ponimiento de pies”⁶.

Como puede observarse la etimología que menos revela una relación física o material con la cosa es la de BONFANTE. Sin embargo, define la posesión diciendo: “*posesión, (possessio) significa entre los romanos una relación de hecho con la cosa que permita disponer de ella plenamente, unida a la intención efectiva de disponer de ella como dueño*”.⁷

Al examinar el origen de la palabra posesión, nos damos cuenta que nos revela una gran relación física con la cosa. Ahora bien, en Costa Rica,

⁴ PAULUS. Libro LIV. ad Edictum. Possesio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit; quam Graeci dicunt (D. 41, 2, 1). La traducción de la anterior definición, que encontramos en el Digesto, varía según los autores, así por ejemplo, en la traducción de BARTOLOME RODRIGUEZ DE FONSECA Y JOSE MARIA DE ORTEGA, Barcelona, 1874, leemos: “Se llama posesión, como dice Labeon, de estar sentado, como de estar en alguna parte; porque naturalmente la tiene el que está en ella, la cual llaman los griegos aprensión.” Mientras en la traducción de IDELFONSO GARCIA DEL CORRAL, Barcelona, 1897, leemos: “Se denominó la posesión, como dice Labeon, de sede, como si se dijera posición, porque naturalmente es tenida por el que está en ella; a la cual llaman los griegos retención”.

⁵ Esta, dice ARANGIO RUIZ, es la mejor etimología, citando a Bonfante, el punto di partenza nella teoría del possesso, en Scr.giur., III, ps. 516 y ss. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano. Pág. 299 Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1973.

⁶ Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio, Part. III, tit. XXX, L. I. Ediciones, Madrid, 1972. La ley que tiene por título “Que cosa es posesión” expresa: “Posesión tanto quiere decir como ponimiento de pies: et segunt dixieron los sabios posesión es tenencia derecha que home ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo y del entendimiento; ca las cosas que no son corporales, así como las servidumbres que han las unas heredades en las otras, et los derechos por home demanda sus debidas et las otras cosas que no son corporales semejantes destas, propiamente no se puede poseder ni tener corporalmente; más usando deellas aquel a quien pertenece Atlas el uso, et consinténdolo aquel en cuya heredad lo ha, es como manera de posesión.”

⁷ Bonfante, ob cit.357

la concepción tradicional ha sido y es, que la posesión es un hecho y no un derecho. Don Alberto Brenes Córdoba, lo dice expresamente en su Tratado de los bienes, “*Como estado puramente de hecho, la posesión produce efectos de tal importancia, que llega a ser a veces, de mejor condición que el derecho de propiedad... En cambio la posesión es un hecho actual indudable, que trae consigo el goce inmediato de la cosa y la facultad de su defensa*”⁸. Esta doctrina tradicional fue la enseñada, por nosotros los profesores –me incluyo entre ellos- de la Facultad de derecho, desde los primeros años, junto con el Derecho romano. En efecto uno de los libros de texto fueron Nociones de Derecho Romano, de GEORGES BRAY, que sostiene que la posesión es la práctica de usar, gozar y disponer de la cosa, o sea el ejercicio de la propiedad⁹, Derecho Romano, de Arias Ramos, en que leemos: “*Las actividades que el propietario ejerce sobre la cosa están respaldadas por un título jurídico: son la práctica de un derecho. Pero tales actuaciones se pueden concebir haciendo abstracción de la circunstancia de que correspondan o no a un derecho. Que alguien tenga en su poder una cosa y se sirva de ella es una mera relación de hecho*”¹⁰ que la posesión reducida al “ponimiento de pies” de la Ley de las Partidas consiste en la realización de actos materiales sobre la cosa, lo cual tiene como resultado un examen simplista del problema. MESA, nos dice, citando la sentencia N° 82 de las ocho horas cinco minutos del quince de febrero del 2006, de Tribunal Primero Civil, que este Tribunal ha definido en múltiples ocasiones la posesión de hecho cuando dice:

*En este sentido, debemos aclarar que esta posesión de hecho, en su definición más usual, significa el señorío o poder de hecho sobre una cosa. Consiste esta posesión en el hecho mismo de ese poder; **omisión hecha de que se tenga o no derecho a él**. En tal sentido posee una cosa el que la tiene bajo su dominación.*

Y agrega este autor, “En primer lugar si la posesión de hecho es confundida con la mera tenencia, al partir de la premisa que en la

⁸ BRENES CORDOBA, Alberto. Tratado de los Bienes. Con notas y comentarios de Rogelio Sotela Montagné. Pág. 54. Ed. Juricentro S. A.

⁹ BRAY, Georges, Nociones de Derecho Romano, Imprenta Eléctrica, Bogotá 1912,

¹⁰ ARIAS RAMOS, José. T. I. Pág. 282. Ed. Revista de Derecho Privado, 1969.

posesión, al igual que en la tenencia, existe un simple contacto material directo de la cosa y el sujeto, se deja de lado la diferencia esencial entre ambas, la cual es sutil y se encuentra íntimamente relacionada con la intención”¹¹

2. La primera gran distinción que se hace, es entre possessio ad interdicta o posesion interdicial y possessio ad usucapionem o posesion que conduce a la adquisición de la propiedad.

Se debe hacer la distinción entre una posesión ad interdicta y una posesión ad usucapionem. Las denominaciones no son romanas sino de los comentaristas. Su origen histórico es distinto. La primera es aquella protección mínima protegida por los interdictos. La segunda es una posesión de mayor rango, que unida a otros requisitos, como es el tiempo, el justo título y la buena fe, constituyen un modo de adquirir la propiedad u otro derecho real. En la mayoría de los tratados de Derecho romano se estudia en capítulos diferentes. La posesión ad interdicta es un capítulo aparte que generalmente se denomina “La posesión”, mientras que la possessio ad usucapionem, se estudia como un modo de adquirir la propiedad. No negamos que esta posición sea acertada, pero pensamos que es mejor su estudio en forma unitaria, porque si bien es cierto que la posesión es un modo de adquisición, no es menos cierto que su contenido esencial es la posesión. Su mayor categoría al requerir determinados requisitos, no tiene consecuencias ni en favor ni en contra de la protección posesoria de que también goza. Se posee y simplemente por el mero hecho de poseer se tiene derecho a la protección posesoria. Se posee y porque se posee en determinadas condiciones se llega a ser propietario. Sin embargo, cuando se habla del mero hecho de poseer, no se está hablando de tenencia, la tenencia es parte del mero hecho de poseer, pero existe tenencia, que no encuadra en el mero hecho de poseer como veremos más adelante.

3. La posesion interdicial en nuestro código civil.

En el Código civil, es en donde debemos buscar las disposiciones de carácter sustantivo y no nos cabe duda de que es de carácter sustantivo,

¹¹ MESA LÁZARUZ, Álvaro. Tratado de la posesión. Editorial, ISOLMA. PAG.47.

¹² RUGGIERO, Roberto Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la cuarta

la naturaleza de la posesión. El artículo 307 del Código Civil, define la posesión interdictal cuando dice:

“Para obtener la protección de la autoridad basta probar el hecho de ser poseedor, salvo que el reclamo sea contra el que inmediatamente y anteriormente poseyó como dueño; en este caso, debe quien solicite la protección, probar también, o que por un año a poseído pública y pacíficamente como dueño, o que tiene cualquier otro título legítimo para poseer.”

En la primera parte del artículo se encuentra la definición más sencilla de la posesión interdictal. Protección interdictal es “el hecho de ser poseedor”. En la segunda parte se exige título legítimo para poseer.

Es decir que cuando quien demanda o a quien se demanda tienen una posesión que no fue amparada por un título de propiedad, deben haber adquirido el derecho de poseer. Esta disposición fue trasladada a al interdicto de amparo de posesión. En el proyecto del nuevo Código Procesal Civil. Y así dice:

*107.2. Amparo de posesión. El interdicto de amparo de posesión será procedente, cuando el que se haya en **la posesión de un inmueble** es perturbado por actos que perjudiquen el libre goce del bien o que manifiesten intención de despojo; o bien cuando estos actos se realizan afectando el uso y disfrute de bienes públicos, en detrimento de la colectividad.*

*Si la demanda se dirigiere contra quién inmediata y anteriormente poseyó como dueño, quién solicite la protección deberá probar **que por más de un año ha poseído pública y pacíficamente como dueño, o que tiene otro cualquiera legítimo título para poseer; o bien que actúa en la defensa de intereses difusos cuando se trate de bienes públicos.***

El legislador no está tomando partido en la primera parte del artículo, sobre la naturaleza de la posesión o sea si la posesión es un hecho o un derecho. Simplemente está diciendo que lo que debe probarse, en el interdicto, es el hecho de la posesión, o sea el contenido fáctico de la posesión. La posesión es un derecho de contenido fáctico. Contenido

fáctico que no puede confundirse con una relación física, sino con una posibilidad de actuación.

Obsérvese que el artículo *ser* refiere también al *ser poseedor* o sea al sujeto con la calificación de poseedor. Poseedor es el que tiene posesión del objeto, no una simple tenencia del objeto, ni la realización *de hechos* como acontecimientos fenoménicos, que pueden ser efectuados por el tenedor, por ejemplo: limpiar el terreno, hacer cercas, coger frutos etc. pueden ser de actos realizados por el poseedor, por medio de sus trabajadores pero estos no son poseedores aunque algunos tengan una tenencia como el contratista en encargado de la limpieza del terreno o la hechura de las cercas. La posesión tanto la *ad interdicta* como la *ad usucapionem*, son algo más que la tenencia. Si dijéramos que los actos mencionados como limpiar un terreno son actos posesorios, todos los juristas estarían equivocados al decir que el tema de la posesión es un tema difícil. La dificultad está, para el juez, en calificar cuando esos hechos, deben tenerse como posesorios y cuando no se les puede dar ese calificativo, pese a ser exactamente los mismos acontecimientos fenoménicos.

4. Las dificultades que presenta el concepto de posesión.

Dice RUGGIERO, que el concepto de la posesión es de aquellos en torno *los cuales más han trabajado los juristas de todos los tiempos; que no hay materia que se halle más llena de dificultades que ésta, en lo que se refiere a su origen histórico, al fundamento racional de su protección, a su terminología, a su estructuración teórica, a los elementos que la integran, a su objeto, a sus efectos, a los modos de adquirirla y perderla*¹². No obstante es bueno recordar con HERNANDEZ oscuridad GIL, que no hay que confundir la dificultad

edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por RAMON SERRANO SUÑERA y JOSE SANTA CRUZ TEIJERO, Instituto Editorial Reus, Madrid, p.778. DE APAGALETI, Pedro, Quintus Mucius Scaevola. Código Civil. Editorial Reus, Madrid, 1948. t. VIII. p. 85. LAFAILLE, Hector. Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales. Editorial Editar. Buenos Aires, Argentina....Este autor expresa: "Diversas causas han contribuido a que la posesión sea uno de los sectores mas...

intrínseca con la oscuridad expositiva¹³. MESA, en su magnífico libro comienza diciendo que la posesión es uno de los institutos más enigmáticos y controvertidos¹⁴, ARTVIA y PICADO, también dicen: “*Los interdictos están vinculados con la posesión. Existe una suerte de unión o “matrimonio jurídico” entre ambos conceptos, que no pueden subsistir de manera separada, son como el alma y el cuerpo, el aire y la tierra. Objeto y causa del proceso se vinculan con el efecto posesorio. Por ello la dificultad que genera el concepto de posesión se reproduce en la sistemática de los interdictos.*”¹⁵ Cabe preguntarse porqué tratar un tema, sobre el cual tanto se ha escrito. La respuesta es la siguiente: Las sociedades evolucionan constantemente, no es lo mismo el problema posesorio en 1966 que el problema posesorio actual. La globalización, las comunicaciones, los tratados de libre comercio, las empresas agrícolas, las grandes urbanizaciones, los contratos agrarios, La construcción por algunos juristas de renombre como Ricardo Zeledón y Enrique Ulate, de una posesión agraria distinta de la posesión civil¹⁶, los nuevos códigos procesales, etc., todo esto hace que cambie el pensamiento de los juristas. Resulta fatal quedarnos anclados en el tiempo, como si el reloj de la historia se hubiere detenido. Decía ULPiano que la jurisprudencia o ciencia del Derecho es *el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto*¹⁷. Esta definición ha sido muy criticada por algunos romanistas, entre ellos Arias Ramos, quien dijo: *que*

¹³ HERNANDEZ GIL, Antonio. La Función Social de la Posesión. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Ed. Madrid, 1967, P. La posesión tiene ganada fama de difícil. Sería presuntuoso negar un fondo de certeza al asunto tradicionalmente repetido. Así y todo hay que deslindar terrenos y no confundir la dificultad intrínseca con la oscuridad expositiva. A veces ésta, que concierne a la posición del sujeto cognocente, contribuye a aquella. Por eso es preciso esforzarse en adoptar una actitud que cierre en lo posible el cauce al confusionismo. A tal fin conviene tener siempre presente la diferencia que hay entre el dato real insoslayable, el factor histórico positivo y el tratamiento científico.

¹⁴ Ob. Cit. Pág. 19.

¹⁵ ARTAVIA Sergio y PICADO Carlos. Los interdictos en materia civil, agraria y ambiental. Editorial DUPAS, premio Alberto Brenes a la mejor obra jurídica 2006-2007.

¹⁶ ZELEDÓN, Ricardo, Derecho Agrario Contemporáneo, Ed. JURUÁ, 2013. ULATE, Enrique, Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria, San José Costa Rica CABALSA, 2009 pág.200.

¹⁷ D. 1. 1. 10. 2

la frase inicial resulta muy extensa y vaga, extremadamente general y no muy feliz. Dice este autor además, que el jurisconsulto junto a sus conocimientos de especialista sobre lo iustum y lo iniustum, que deben ser firmes e intensos (scientia), habrá de reunir aunque en grado menos fuerte (notitia), aquellas nociones que hoy designamos como “cultura general”¹⁸. Nosotros pensamos, por el contrario, que dicha definición es de un clasicismo impresionante. Ningún jurista puede desentenderse de las creencias religiosas de las personas ni de los pueblos, esto es de las cosas divinas. No es lo mismo juzgar a un mahometano fanático religioso, a un indio con sus tradicionales creencias o un judío o cristiano dentro de determinadas circunstancias. Lo mismo cabe decir de las cosas humanas, como las pasiones, el odio, la cólera, el amor, las necesidades vitales de los pobres, etc. La ciencia de lo justo y de lo injusto es el estudio del derecho. Pero cabe preguntarse, como lo hace PEDRO HABA, en su magnífico artículo, CIENCIA JURÍDICA:¿QUÉ “CIENCIA”?. Porque si los juristas no podemos recurrir a métodos en sentido estricto, el vocablo, debemos entenderlo en sentido amplio, ya que las soluciones jurídicas responden a cambiantes constelaciones de interés, y también porque todo derecho es tributario de “ideologías”, que pueden ser más o menos contradictorias (en sí y entre sí), parece difícil que los protagonistas de dicha actividad logren jamás alcanzar a ceñir su razonamiento a criterios tan firmes como los de las ciencias propiamente dichas¹⁹.

En consecuencia, las soluciones de los problemas posesorios, deben cambiar, en la medida que evolucionó nuestra sociedad, si queremos que la justicia sea una realidad para el pueblo costarricense

5. El concepto de posesión en el código procesal civil.

El Código procesal nos da dos conceptos distintos de la posesión interdicial: El primero, lo encontramos en el artículo 459, cuando dice:

“La prueba versará sobre el mero hecho de poseer; o sea la posesión momentánea y actual”

y el segundo concepto, en el artículo 461 al decir que procederá el interdicto,

“Cuando el que se halle en la posesión o tenencia de una cosa es perturbado en ella por actos que le inquieten y que manifiesten la intención de despojarlo”.

El primer artículo define la posesión interdictal como una posesión actual y momentánea, como un mero hecho de poseer.

En este artículo encontramos una clara referencia a la posesión y al hecho de poseer o sea coincide con el Código Civil, de que lo que se protege es la posesión, no cualquier hecho que pueda pasar disfrazado de posesorio, sino al que realmente sea un hecho posesorio.

La confusión, proviene de la redacción del segundo artículo al decir: “el que se halle en posesión o tenencia de una cosa”, porque una lectura superficial, sin base doctrinaria, da la impresión de que o bien se protege tanto la posesión como la tenencia de una cosa o que el artículo equipara la posesión a la tenencia, poniéndolas como dos categorías que por igual merecen la protección interdictal. Ambas interpretaciones son equivocadas. El artículo protege la posesión interdictal y no la tenencia. Tampoco el artículo tiene como sinónimos a las dos expresiones. La interpretación correcta, es que el artículo se refiere únicamente a la protección interdictal y a la tenencia, como uno de los elementos de la posesión interdictal, y no a la tenencia como una categoría independiente de la protección interdictal que también es protegida por los interdictos.

6. Diferencia sustancial entre posesión interdictal y tenencia.

El artículo 461 del Código Procesal Civil corresponde al artículo 660 del Código de procedimientos civiles derogado, el que a su vez era una copia casi textual del artículo 1651 de la Ley de enjuiciamiento civil española de 1881 que dice:

El interdicto de retener o recobrar procederá cuando el que se halle en la posesión o la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle, o cuando haya sido despojado de dicha posesión o tenencia.

Si observamos ese artículo pareciera que la ley de enjuiciamiento civil española de 1881, también confunde ambos conceptos porque habla del despojo de la posesión o tenencia. Empecemos por decir que el Código civil español, en su artículo 430, hace una distinción entre posesión natural y posesión civil y dice:

“Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa como suyos.”

Sin embargo, la doctrina española con toda claridad hace la diferencia entre posesión natural y tenencia. No confunde los conceptos. HERNÁNDEZ GIL, explica la diferencia así:

¿Qué consecuencias engendra en el Código civil la distinción establecida por el artículo 430 entre posesión natural y posesión civil? En orden a la protección interdictal, la distinción del artículo 430 no determina ninguna consecuencia jurídica diferenciadora, porque el artículo 446 dispensa protección a todo poseedor; por lo tanto, lo mismo al poseedor civil que al poseedor natural. El artículo 446 está redactado en términos amplísimos. Esa misma amplitud se refleja en el artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881, que atribuye la protección interdictal al que ostente la posesión o tenencia. Cabría preguntarse a la vista del artículo 1651 de la ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, si protegidos por los interdictos están no solo el poseedor civil, no solo el poseedor natural, sino también el que ostente la tenencia sin llegar a ser un poseedor natural. NO debe responderse afirmativamente: falta en nuestro ordenamiento jurídico un tercer grado posesorio. No parece que por debajo de la posesión natural, que está a su vez por debajo de la posesión civil, exista una tenencia, que, sin llegar a ser posesión natural, esté protegida por los interdictos. El artículo 1651 de la ley de Enjuiciamiento civil mencionada, que alude a la tenencia, es al fin y al cabo, un precepto contenido en una ley de naturaleza procesal y hay que estar a los conceptos del Código civil en problemas concernientes al ordenamiento material; luego si del Código civil no surge una categoría de tenencia como posesión inferior, aunque se la mencione en el artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento civil, carece de entidad propia.”²⁰

La tenencia no es posesión interdictal. Si sostenemos que la tenencia debe ser protegida por los interdictos, estamos otorgándole a la tenencia una categoría que no tiene. Toda posesión interdictal tiene una tenencia, pero no toda tenencia es posesión interdictal.

Esta confusión entre tenencia y posesión interdictal, producida por la lectura gramatical del Código, aplicada no solo al interdicto de amparo

²⁰ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. La Posesión. Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1980. Pág. 111.

de posesión sino a todos los otros interdictos, ha sido fuente de una gran cantidad de fallos equivocados y de manifiestas injusticias.

Todo ser, necesariamente, entra en relación con las cosas, porque está en un lugar, rodeado de cosas. Nos basta con observar el reino animal. En el derecho natural, que ULPIANO definía como “quod natura omnia animalia docuit”,²¹ aquel que la naturaleza enseña a todos los animales, observamos que todos tienen relación con las cosas que le rodean, y que en algunos casos reclaman su exclusividad: La marcación de su territorio, el animal cazado por ellos, las ramas del árbol, -siempre las mismas- en las cuales se posan las palomas, etc. Al hombre en sociedad, también le sucede lo mismo. Entramos en relación con las cosas, algunas simplemente están junto a nosotros, pero otras las *TENEMOS*. Muchas son las cosas con las cuales entramos en relación, las ocupamos pero no las tenemos, otras que tenemos pero que no poseemos y otras de las que somos dueños, que no ocupamos pero poseemos y otras de las que somos dueños pero que no poseemos. Así por ejemplo, el alumno entra en relación con el aula de su clase pero no *TIENE* la clase, simplemente la ocupa. La simple relación física no importa tenencia.

Otras cosas no sólo estamos en relación con ellas sino que las ocupamos y “tenemos”. Así vemos que el artículo 691 Código de procedimientos civiles, derogado, enumeraba una serie de cosas *TENIDAS* por las personas pero que no constituían posesión y así decía:

“No se entenderá que ejercen posesión precaria ni de ninguna especie los administradores, encargados, porteros, guardas, empleados públicos o particulares, peones, pensionistas o pasajeros en relación con las casas de habitación, departamentos, locales, oficinas o fincas que ocupen por razón de los servicios que prestan o que paguen”

La enumeración no era exhaustiva, por eso el mismo artículo decía “*En estos casos u otros de igual índole*”. Este artículo tenía la virtud de que claramente hacía la distinción entre tenencia y posesión y expresamente enumeraba los casos de tenencia que no constituían posesión “*precaria ni de ninguna especie*”

²¹ 14. D.,1,1,1,3

Éste artículos fue sustituido por el artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, pero no usó la frase “no constituyen posesión”, sino simplemente dijo que: “se excluyen del ámbito de aplicación de esta ley”.

A diferencia del artículo 691 del Código de Procedimientos Civiles, el artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, hizo una enumeración que corresponde, a los casos de tenencia, salvo el último párrafo, marcado h) que se refiere a los contratos de arrendamientos de predios rústicos y que constituyen posesión en nombre ajeno, Esto fue así, por tratarse de predios rústicos y no urbanos o suburbanos, que es lo que regula la Ley.

Dice el mencionado artículo 7 de la Ley:

Se excluyen del ámbito de aplicación de esta ley:

Los hoteles, las pensiones, las hospederías, los internados y los establecimientos similares, en cuanto a los usuarios de sus servicios.

Las viviendas y los locales con fines turísticos, ubicados en zonas aptas para ese destino, según los califique el Instituto Costarricense de Turismo, mediante resolución motivada, siempre que se alquilen por temporadas. Esa resolución se publicará en el diario oficial.

Las ocupaciones temporales de espacios y puestos en mercados y ferias o con ocasión de festividades.

La ocupación de espacios destinados al establecimiento o la guarda de vehículos, excepto si se vinculan con el arrendamiento de un local.

El arriendo de espacios publicitarios.

El comodato o la simple ocupación precaria o por pura tolerancia de un bien inmueble edificado. El comodatario u ocupante no modifica su calidad por el hecho de abonar los consumos de acueducto, alcantarillado, electricidad y otros que se deriven del uso del bien, aunque haya registrado a su nombre esos servicios.

El uso de viviendas, locales u oficinas asignados a administradores, encargados, porteros, guardas, peones, empleados y funcionarios por razón del cargo que desempeñan o del servicio que prestan, aunque deban abonar los consumos de acueducto, alcantarillado, electricidad u otros servicios derivados del uso del bien o porque se haya convenido el uso del bien como remuneración en especie.

Los contratos en que, al arrendarse una finca con casa de habitación, la finalidad primordial sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio. Estos contratos se registrarán por lo dispuesto en la legislación aplicable sobre arrendamientos rústicos.

Se debe apuntar como defecto de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, que no contiene la frase del Código de procedimientos civiles, derogado, de: “*En estos casos u otros de igual índole*”, lo que puede llevar al juzgador a interpretar que se trata de *numerus clausus* y no de *numerus apertus* dejando el problema a la interpretación jurisprudencial. Una enumeración como la que hace el artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos mencionado, nunca puede prever todos los hechos y en consecuencia se debe interpretar como *numerus apertus*. Baste citar como ejemplo la propiedad de tiempos compartidos en la legislación norteamericana, que incluyen incluso una garantía hipotecaria. El artículo 279, inciso primero del Código civil, hace una clara distinción entre posesión y tenencia cuando expresa que “tampoco constituyen posesión los actos facultativos o de simple tolerancia”. Esta exclusión se refiere a la adquisición del derecho de posesión por consentimiento del propietario. No debe entenderse que este artículo 279 se refiere única y exclusivamente al derecho de posesión y no a la posesión interdicial. El artículo, hace expresa referencia al consentimiento del propietario, consentimiento derivado del poder de disposición que tiene el dueño de la cosa y que no puede ser sustituido por la voluntad del tenedor de la cosa quien ciertamente la tiene pero en nombre del propietario, por haberlo así dispuesto y consentido el propietario. Los actos facultativos y por tolerancia del propietario no están protegidos por los interdictos.

7. Interpretación jurisprudencial

La Audiencia de Pamplona, en sentencia del tres de abril de 1956, niega la protección posesoria a los actos ejercidos por el actor cuando estos son de simple tolerancia del demandado así expuso:

“Que aun cuando para los efectos de su protección jurídica sólo quepa referirse a la posesión como un estado de hecho, no puede olvidarse que dentro de la técnica de casi todos los ordenamientos legales, no basta el contacto más o menos pasajero con las cosas para constituir la relación posesoria protegible; y así, es el artículo 444 del Código Civil,

el que recogiendo aquella tendencia, dispone que los actos meramente tolerados no afectan la posesión”

En el mismo sentido la Audiencia de Burgos en sentencia del 9 de abril de 1959, expuso:

“Que la Sala, para enjuiciar el presente supuesto, entiende, como el Juzgado “a quo” que la pretendida posesión que el actor invoca para pedir su mantenimiento o reintegración, no es ni puede ser apta para obtener la tutela solicitada, a pesar de hallarse protegida la detención simple, en razón de que la citada posesión o tenencia responde a motivos de buena vecindad, por estar en realidad representada por servicios particulares que la cosa puede prestar a otro sin perjuicio excesivo para el propietario y que éste permite por amistad o cortesía, y porque el hecho de permitirlo, no implica una renuncia a denegarlo posteriormente.”

El Tribunal Primero Civil, ha resuelto el punto en cuanto a los autos facultativos o de mera tolerancia, en forma contradictoria, en sentencia número 12 E, de las 7:50 horas del 5 de febrero de 1997, se sostiene:

*Quiere decir entonces que para determinar si estamos en presencia de un derecho de posesión sí resulta importante aclarar si ha habido actos facultativos o de mera tolerancia, pues con toda claridad el mencionado numeral 279 en su inciso 1) así lo dispone. De manera que para determinar si existe o no posesión de hecho, momentánea o actual, importa poco si ha habido actos facultativos o de simple tolerancia, porque, aun en el supuesto de que la tenencia de la cosa lo haya sido en virtud de alguno de dichos actos, lo cierto es que en esa hipótesis sí existe una posesión de hecho, momentánea o actual, que es precisamente el grado de posesión protegido en el proceso **interdictal**.*

Distinto criterio es el que se expone en la resolución 748 E de las 8:10 horas del 28 de julio de 1995 en que se dijo:

*En esas condiciones la demanda no puede prosperar, aún cuando haya prueba testimonial que afirme que las actoras han hecho uso de dicha salida. De ser así se trata de una liberalidad del titular del inmueble, como una conducta de “buena vecindad”, y como liberalidad puede ser interrumpida sin secuelas discutibles en un **interdicto**.*

En realidad existe un enfoque distinto de lo que es la posesión y de lo que es la tenencia.

En la sentencia No. 1227-L- del TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- San José, a las siete horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de agosto del año dos mil.

Restituir la posesión se conceptúa, a estas alturas, como de imperiosa necesidad atendiendo a la perturbación que al de las cosas orden jurídico producen las vías de hecho contra la tenencia.

Nos parece totalmente innecesario citar la gran cantidad de fallos que equiparan el concepto de tenencia al de posesión.

8. El concepto de posesión en el proyecto del nuevo código procesal civil

En el nuevo proyecto de Código Procesal Civil, se elimina, como debe ser el concepto de tenencia y así se dice:

107.1. Procedencia y caducidad. *Los interdictos sólo procederán respecto de la posesión actual y momentánea de bienes inmuebles. De ninguna manera afectarán las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva, sobre las cuales no se admitirá discusión alguna. Los interdictos son de amparo de posesión, de restitución y de reposición de linderos. Cuando se haya establecido equivocadamente un interdicto por otro, o todos a la vez, de acuerdo con la situación de hecho, se declarará con lugar el que proceda. No procede el interdicto cuando el acto de perturbación o despojo proviene de decisiones judiciales o administrativas. No podrá ser establecido un interdicto si han transcurrido tres meses desde el inicio de los hechos u obras contra las cuales se reclama.*

107.2. Amparo de posesión. *El interdicto de amparo de posesión será procedente, cuando el que se haya en la posesión de un inmueble es perturbado por actos que perjudiquen el libre goce del bien o que manifiesten intención de despojo. Si la demanda se dirigiere contra quien inmediata y anteriormente poseyó como dueño, o versare sobre servidumbres continuas no aparentes, o sobre discontinuas, se aplicará lo establecido en los artículos 307 y 308 del Código Civil, respectivamente.*

La sentencia estimatoria ordenará al demandado mantener en posesión al actor y abstenerse de realizar actos perturbatorios, bajo apercibimiento de ser juzgado por el delito de desobediencia a la autoridad, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que corresponden ante el incumplimiento de las sentencias con condena de no hacer.

107.3. Restitución. *Es procedente el interdicto de restitución cuando el poseedor es despojado ilegítimamente del inmueble, total o parcialmente. La sentencia estimatoria ordenará al demandado restituir en la posesión al actor; bajo apercibimiento de ser juzgado por el delito de desobediencia a la autoridad, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que corresponden ante el incumplimiento de las sentencias con condena de dar.*

Como puede observarse el artículo 107. 1, solo se refiere a la posesión actual y momentánea.

9. Conclusión.

En consecuencia, corresponde a los jueces y a los juristas, que no se dejen cautivar, por las equivocadas tradiciones y delimiten hasta donde sea posible, el concepto de posesión ad interdicta, definida en el Código como posesión actual y momentánea. Sé que es difícil. El caso concreto, presentará muchas dificultades, pero, como siempre los jueces deberán guiarse por la luz de la equidad y la justicia. Ella siempre iluminará el camino, al igual que los los grandes juristas romanos y sus enseñanzas, trascendieron a todo el mundo occidental, hasta nuestros días.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGIO RUIZ , Vicenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1973.
- ARIAS RAMOS, José. *Derecho Romano*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- ARTAVIA Sergio y PICADO Carlos. *Los interdictos en materia civil, agraria y ambiental*. Editorial DUPAS. San José 2007.
- BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, 1965, quinta edición, Madrid, Instituto Editorial Reus.
- BRAY, Georges, *Nociones de Derecho Romano*, Imprenta Eléctrica, Bogotá 1912
- BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de los Bienes*. Con notas y comentarios de Rogelio Sotela Montagné. Ed. Juricentro S. A.
- COLIN, Ambrosio CAPITAN, H. *Curso Elemental de Derecho Civil*, Traducción de la segunda edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español por DEMOFILO DE BUEN, Editorial Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952,
- DE APAGALETI, Pedro, *Quintus Mucius Scaevola*. Código Civil. Editorial Reus, Madrid, 1948.
- Digesto, BARTOLOME RODRIGUEZ DE FONSECA Y JOSE MARIA DE ORTEGA, Barcelona, 1874, y traducción de IDELFONSO GARCIA DEL CORRAL, Barcelona, 1897
- HABA, Enrique P. *Ciencia Jurídica: ¿Qué ciencia?*, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 51, 1984.
- HERNANDEZ GIL, Antonio, *La posesión*. Editorial Civitas S. A. Madrid, 1980.
- HERNANDEZ GIL, Antonio. *La Función Social de la Posesión*. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Ed. Madrid, 1967.
- LAS SIETE PARTIDAS del Rey don Alfonso el Sabio, Part. III, tit. XXX, L. I. Ediciones, Madrid, 1972.

MESA LÁZARUZ, Álvaro. *Tratado de la posesión*. Editorial, ISOLMA. San José, 2012.

RUGGIERO, Roberto *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la cuarta edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por RAMON SERRANO SUÑERA y JOSE SANTA CRUZ TEIJERO, Instituto Editorial Reus, Madrid,

ZELEDÓN, Ricardo, *Derecho Agrario Contemporáneo*, Ed. JURUÁ, 2013.

ULATE, Enrique, *Manual de Derecho Agrario y Justicia Agraria*, San José Costa Rica CABALSA, 2009.

