

Legitimación activa y pasiva en los interdictos de retener y recobrar la posesión

CARLOS VIADA LOPEZ-PUIGSERVER

SUMARIO: 1. Fijación del tema.—2. La protección posesoria en Roma, 3. El Derecho germánico y la «Gewere».—4. El Derecho canónico y la «actio spolii».—5. Derecho histórico español.—6. Derecho vigente: Ley de Enjuiciamiento. Código civil.

I. FIJACIÓN DEL TEMA

Ningún derrotero más incierto e inquietante para el jurista que el posesorio. En el terreno de la pura dogmática de esta institución todo es discutido: su concepto; su ámbito; si la posesión es signo y exteriorización de un derecho o, solamente, de un derecho real, su naturaleza: si la posesión es un hecho nada más (tesis de Windscheid) o un derecho subjetivo (Ihering); su fundamento: si se protege para mantener la paz, el orden jurídico, posición clásica o savigniana, amparando en aras de ésta, incluso al usurpador frente al propietario o titular del derecho o para dotar de un medio expeditivo de protección a los propietarios a cuyo amparo se pueden escurar incluso los usurpadores, como consecuencia de la simplicidad de los presupuestos necesarios para la protección (posición de Ihering); su alcance; si se protege solamente al que se halla en una situación posesoria, derivada de una relación dominical, real o si mulada, o en una relación jurídica no dominical, más digna de jurídica protección—acreedor prendario, secuestrador, precarista, enfiteuta, etc.) o se protege a toda persona que se encuentre en relación de contacto sensorial con la cosa suficientemente revelador de una mínima pretensión jurídica sobre la misma.

No es nuestro propósito llevar a cabo una revisión ni siquiera elemental de estas cuestiones, sino simplemente elegir una, sin duda de la más alta significación en el derecho vivido: la determinación—si es posible—de quién es el titular protegido por los interdictos. Esta cuestión no es un problema mínimo, ni menos una visión particularista o procesalista del tema posesorio, sino que en

él reside, en nuestro sentir, toda la esencia misma de la institución.

La cuestión propuesta tiene dos caras, en íntima corrección, a saber: la del titular activo de la acción interdicial y la del titular pasivo de la misma; es decir, dicho con técnica ya consagrada en nuestra literatura procesal los problemas de la legitimación activa y pasiva de los interdictos.

Naturalmente, nuestro estudio tiende al examen de la cuestión desde el punto de vista de los textos de nuestro Derecho positivo y, aún más, desde el plano de la actuación judicial de los mismos. No nos proponemos, pues, un estudio de los problemas posesorios ni en su contemplación histórica, ni en su consideración dogmática, sino una interpretación de los textos legales con vista a las cuestiones suscitadas en la práctica diaria de la actuación procesal de los derechos.

Mas, pese a lo limitado de nuestro propósito, no es posible prescindir en nuestro trabajo, ni de la historia, ni de la dogmática de la institución. De ésta, porque la posesión es, quizá, la más conceptual de las instituciones del derecho privado; de aquélla, porque sólo la Historia puede explicar la contradicción aparente o real de los textos.

2. LA PROTECCIÓN POSESORIA EN RÓMA

Conocidísimos el concepto, las clases y el procedimiento de los interdictos romanos, no vamos a descender aquí a su examen. Sólo nos proponemos destacar la línea evolutiva de la protección interdicial romana y las enseñanzas que se deducen de aquélla. Si contemplamos la evolución institucional de la protección posesoria romana observamos el hecho de la protección creciente del «*statu quo*» posesorio.

Este proceso evolutivo se explica por otro más general, la afirmación del sistema de justicia pública frente al de defensa privada de los derechos, y cuyos jalones legislativos vienen marcados en el Derecho Romano por la «*lex Julia de vi publica et privata*», el *Decretum «Divi Marci»* y la Constitución de Valentiniano, Teodosio y Honorio (1).

(1) La «*Lex Julia de vi publica et privata*», que P. F. Girard, *Manuel Elementaire de Droit Romain*, 7.^a edición, 1924, págs. 322, n. 1, y 1022, n. 2, atribuye al Emperador Augusto, recogiendo en sus disposiciones otra ley menos importante propuesta por César y reproduciendo las contenidas en otra ley, «*Plantia de vi*», que dicho autor situaba entre la Dictadura de Sila y la Conjura de Catilina, castigaba con penas públicas al que usaba de la violencia para hacer efectivos sus derechos.

El «*Decretum Divi Marci*», del que hay dos versiones un tanto diversas en D. 48, 7, «*Ad Leg. Julia de Vi priv. 7 y D. 4, 2, q. m. c. 13*», sancionaba con la pérdida del crédito al acreedor que pretendía por la fuerza hacerse pago con la cosa de su deudor e imponía la restitución del duplo de lo injustificadamente adquirido por tales medios.

La Constitución de Valentiniano, Teodosio y Honorio del año 389 castigaba con la pérdida del derecho de propiedad al titular que arrebataba la cosa por la violencia de manos del que la poseía.

Se comprende cómo había de influir esta evolución progresiva del sistema público del proceso, la afirmación del principio de orden público, en una institución tan lindante con la legítima defensa cual es la posesoría en donde a veces es tan difícil marcar la línea divisoria del ejercicio legítimo de los derechos con las vías de hecho no autorizadas.

Es la posesión, por otra parte, concepto lindante con problemas jurídicos penales e institución que está en la brecha misma de los dos principios antagónicos—justicia pública, defensa privada—y por ello no es de extrañar que el tema concreto de la legitimación activa interdictal atormente al intérprete, pues esa línea polémica, como tal, está sometida a las naturales mudanzas que la lucha de ambos principios impone.

Nadie duda que el sistema de defensa privada de los derechos privados tiene supervivencias reconocidas en cuerpos legales positivos (2) y un fuerte arraigo en la conciencia jurídica popular, pues es lógica y humana la reacción justa frente al ataque infundado. No se puede exigir—ni aun por la ley punitiva—que nadie acepte pasivamente el ataque a su persona o derechos a la persona o derechos de aquellos que están a él ligados por vínculos de sangre o simplemente por lazos de altruismo.

Hay, pues, un derecho de defensa privada, un derecho de la necesidad, fundado en la insuficiencia del orden jurídico para impedir el desafuero. Mas, ese derecho de la legítima defensa tiene sus límites (en el orden penal bien definidos: problemas del exceso de la defensa, ya en la causa, ya en los medios) y en su determinación en el orden posesorio constituye, a nuestro juicio, una de las cuestiones básicas de la protección interdictal.

Examinando este problema en el Derecho Romano, se observa la línea evolutiva que antes señalábamos, en el sentido de la afirmación creciente del principio de justicia pública frente al de defensa privada, y por tanto, el acotamiento cada vez más estrecho en que la legítima defensa del «statu quo» posesorio puede actuarse.

A primera vista, pudiera obtenerse una conclusión contraria observando la evolución del interdicto «uti possidetis». Este en su primitiva fórmula decía simplemente: «Uti nunc possidetis eum fundum, ita possideatis. Ad versus ea vim fieri veto», de la que pudiera deducirse una protección a ultranza del poseedor actual, si no se considerase que tal fórmula ha de referirse al momento en que el interdicto citado sirve al único fin de preparar un juicio petitorio sobre la propiedad de un fundo, otorgando la posesión interina del mismo al que la tiene en el momento de entablarse el litigio, en vez de dejar la atribución de aquélla a la decisión arbitraria del magistrado.

.. (2) BECEÑA, en sus *Explicaciones de Cátedra*, citaba los arts. 592, 612 del Código civil y los numerosos supuestos de *ius retentionis* de dicho Cuerpo legal y del Código de Comercio. Véanse, entre otros, los artículos 453, 1.730 y 1.922. 5.º del Código civil.

Mas cuando el interdicto cumple su función más generalizada de proteger el «status» posesorio, a la fórmula se le incorpora la cláusula de posesión viciosa—«uti nuc eas aedes, quibus de agitur nec vi nec clam nec praecario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vinc fieri veto»—, que impide pueda ampararse en la posesión al usurpador.

Cuál es la fórmula del Derecho clásico y postclásico, del interdicto «uti possidetis» y la misma excepción de posesión viciosa, se inserta en el interdicto recuperatorio de «vi quotidiana».

Ambas formas, primera del interdicto «retinendae possessionis uti possidetis» y la del «recuperandae possessionis de vi quotidiana» constituyen la expresión del sistema posesorio romano clásico, justamente calificado de aristocrático. Sólo se protege al poseedor cualificado («dominus, non domino») que ostenta una posesión no viciada por la violencia, la clandestinidad o la precariedad.

En caso contrario, la protección se hace reversible y el detentador pierde el interdicto.

No parece exacto entender este sistema protectivo como válido para todas las épocas del Derecho romano. A este fin importa destacar del Derecho justiniano dos hechos de la más alta significación y que implican, de una parte, una concepción más perfilada de los conceptos de adquisición y pérdida del estado posesorio, y de otra, una afirmación del principio del mantenimiento a ultranza del orden público.

El primer hecho que importa destacar es el constituido por las disposiciones del Derecho imperial que luego se recogen en el Digesto—D. 41, 2, 6, 1—y que marcan de manera bien definida la línea divisoria entre defensa privada y acción pública (3).

Es justa la defensa privada, las vías de hecho, cuando no traspasan los límites de la estricta necesidad—proporcionalidad del medio. Por ello está permitido al poseedor de un inmueble (que no pierde su posesión por la cesación del contacto físico con la cosa, mientras no ceda de igual modo su intención de aprovechamiento económico de la misma) que encuentra la cosa invadida clandestinamente arrojar al usurpador, para lo cual puede emplear la energía adecuada para ello. La cuestión estará en no traspasar el límite de la justa defensa—problema del exceso en la defensa—. Si no aporta la entereza necesaria para hacer cesar el despojo, pierde la posesión «corpore» como la pierde «animo» si enterado de ello no acomete la empresa de recuperarla por acción directa.

Esta disposición excepcional contenida en el Digesto parece contradecir la Constitución citada de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Honorio, que castigaba con la pérdida del derecho

(3) «Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et dum ille e nunciis redit, aliquis occupaverit, possessionem, viveri etiam clam possidere, Labeo scribit: retinent ergo possessionem is qui ad nundi num abiit. Verum si revertetes dominum no ad miserit, vi magis intellige possidere, non clam.»

de propiedad al titular del mismo que la arrebatava con violencia a un poseedor; mas cabe conciliar ambas disposiciones considerando que la Constitución citada contempla el supuesto de verdadera posesión, en tanto que la disposición del Digesto se refiere al supuesto de detentación (usupador clandestino), o bien entender que se refiere a las vías de hecho tardías, cuando el usurpador ha pasado a la categoría de poseedor por haber perdido el despojado la posesión «animo» o «corpore», o a las vías de hecho no autorizadas («vi hominibus coactis armatisve»).

El otro hecho que importa señalar es altamente significativo: la desaparición en el Derecho justiniano en la fórmula del interdicto recuperatorio «de vi», de la cláusula de posesión viciosa (4). Este hecho, sitúa, a nuestro juicio, en un plano totalmente distinto el sistema romano de la protección posesoria.

Tal supresión marca un nuevo rumbo a ésta. Se protege al poseedor actual aun contra el despojado, sin que éste pueda alegar la naturaleza viciosa de la posesión de aquél. Se ampara, pues, al poseedor sin más, no importando que se acoja a una adquisición viciosa, violenta o clandestina—de la posesión—, porque el sistema se coloca bajo el nuevo signo que luego ha de acentuar el Derecho canónico. Hay que hacer prevalecer, ante todo, el orden público, el mantenimiento de la paz. El poseedor despojado pudo, en su momento, defender su posesión dentro de los límites legítimos de la defensa privada. Si cedió ante el ataque, si le faltó ánimo o energía para resistir o para reintegrarse no puede luego, con una actividad tardía, pretender entrar de su propia autoridad en el goce de la cosa usurpada y esperar que frente a la acción interdictal del usurpador «consolidado»—permítasenos la expresión— prospere la excepción de posesión viciosa.

Obsérvese cómo ha cambiado el ángulo de la protección y tengamos esta línea evolutiva como guía de la interpretación de los textos de nuestro derecho positivo, de cuya aparente contradicción se han pretendido deducir conclusiones un tanto precipitadas.

3. EL DERECHO GERMÁNICO Y LA «GEWERE»

La distinción entre la posesión y propiedad no fué problema que inquietara en el Derecho germánico. Al que poseía la cosa se le consideraba propietario de la misma, pues sólo se tenía en cuenta el hecho externo y visible de la posesión, hecho que se suponía unido al derecho. Este derecho o, mejor, esta apariencia de derecho sobre las cosas se llamó «Gewere», vocablo traducido

(4) Inst. 4, 15, 6: «Recuperandae possessionis causa solet interdicti, si quis ex possessione funde vel aeditum vi deiectus fuerit: nam ei proponitur interdictum unde vi; per quo is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, licet in ab eo qui vi deiecit vi vel clam vel precario possidebat.»

en las fuentes latinas como «vestidura» o «investidura», y en las italianas y francesas como «saisine». Don Jerónimo González (5) deriva «Gewere» de la raíz «were» (gótico «wasjam»), que significa «invertir» o «vestir».

Sobre el concepto de «Gewere» ha reinado gran oscuridad a causa de lo fragmentarias que son las fuentes. Una monografía de Albrecht, *Die Gewere als Grundlage des älteren deutsche Sachen recht*, publicada en 1828, inició su estudio, y si bien su trabajo no fué muy concluyente logró atraer sobre la «Gewere» la atención de los germanistas. Para Albrecht, la «Gewere» significa la base del Derecho real germánico, su exteriorización, que se confundía con el mismo derecho real y lo absorbía. Sobre el mismo tema publicó Laband una monografía en 1869. Más tarde, Heusler, aproximando el concepto de la «Gewere» al romano justiniano de la posesión de un derecho real, la considera el ejercicio de un derecho real (6). Por último, Huber sentó la doctrina que hoy pasa por definitiva. Para él la «Gewere» es la manifestación de un derecho real que produce por sí mismo efectos de una relación jurídica definida. Su concepto, pues, no es del todo distinto del romano justiniano de la posesión; la «Gewere» no es tanto una situación producida por una relación de hecho sobre la cosa, cuanto la exteriorización o investidura de la relación del derecho real que queda manifestada en especial por los hechos de la adquisición o enajenación (7).

Dos especies se distinguen de «Gewere»: la de hecho («leibliche Gewere») y la ideal («ideelle Gewere»).

La «Gewere» de hecho—«saisin de fait» en el Derecho francés—consistía en la exteriorización de hecho del ejercicio de un derecho real, es decir, en su tenencia material. Su diferencia con la «possessio» romana estriba en que ésta, la posesión, fué hasta el Derecho justiniano, sólo ejercicio de la propiedad, mientras que la «Gewere» de hecho fué, desde un principio, la manifestación del ejercicio de hecho de cualquier derecho real.

Por esto era posible que sobre una misma cosa pudieran existir y escalonarse varias «Geweres», mientras que en el Derecho romano nunca pudo haber más de un poseedor sobre la cosa. Había, pues, «Gewere» tanto en el caso de aprovechamiento total como en el de aprovechamiento parcial; pero no por ello se trataba de un «corpus» romano, sino de un aprovechamiento meramente económico. Dicha «Gewere» se atribuía sólo al que exteriorizaba un derecho real y, por tanto, no se concedía a los criados y administradores que cogían los frutos para el amo (de aquí puede arrancar precisamente el concepto de «Besitzdiener» o servidor de la posesión reconocido en el parágrafo 855 del Código civil alemán, los cuales no gozan de la protección interdictal por

(5) *Estudios de Derecho Hipotecario*.

(6) *Die Gewere*.

(7) HUBER: *Die Bedeutung der Gewere in deutschen Privatrecht*.

no haber la cosa independientemente). Esto en cuanto se refiere a los inmuebles, pues en los muebles la «Gewere» se adquiriría simplemente por el «habet» o tenencia de la cosa.

La «Gewere» ideal obedece a que la «Gewere» genéricamente, no es tanto el ejercicio material de un derecho real, cuanto su exteriorización y publicación. Por ello tiene tanto o más «Gewere» el que es llamado públicamente a ejercerla como el que la ejerce de hecho. Claro que siempre es mejor que a la publicación se una la exteriorización por el ejercicio. La «Gewere» ideal surge en cuatro casos:

1. En la transmisión formal por «*auflassung*». Transmisión en acto público y solemne en forma tal que quede claramente exteriorizada y publicada dicha transmisión; no significa aún la toma material de posesión, pero sí origina, desde luego, una «*reelle Gewere*».

2. En la adjudicación de un derecho real por sentencia. Instantáneamente y sin necesidad de toma de posesión surge una «Gewere» ideal.

3. En la sucesión *mortis causa* el heredero adquiere *ipso iure* por la muerte del causante, la «Gewere» ideal conforme al aforismo «*de mort saisif le viv*».

4. El que es privado de la «Gewere» corporal adquiere por tal motivo la ideal, pues subsiste el derecho real.

Se habla también de «Gewere» yacente—la que corresponde a la mujer, cuando se casa y le es concedida una pensión vitalicia sobre los bienes del marido para cuando éste muera, cobrándola desde luego sin nueva investidura—y de «Gewere» expectante la que nace de una «*auflassung*» condicional: al ser cumplida la condición pasa la «Gewere» expectante a ser actual, sin precisar nueva investidura.

Tres son los efectos que produce la «Gewere», denominados por Gierke, defensivo, de ataque y de realización.

El defensivo se basa—así como el ofensivo—en la idea de que el Derecho germánico tolera el ejercicio de la fuerza para la defensa de los derechos propios con más latitud que el romano. Esta idea se plasma en el vocablo «*selbshilfe*», cuya traducción literal es «autoayuda», traducción que, como observa un autor, no nos hace comprender claramente lo que «*selbshilfe*» quiere decir. D'ez Pastor lo traduce como «acción propia» y Pérez y Alguer como «acción directa». Además del efecto defensivo directo produce la «Gewere» otro de carácter judicial: el derecho a realizar la prueba (8) que puede consistir en un simple juramento el cual da a quien

(8) A este tópico de la prueba como derecho le pone serias objeciones MERRA en su trabajo «sobre a posse de año e dia nos foros da idade media peninsular» (Bol. Univ. Coimbra, 1947, págs. 5-23). Afirma, con razón, que la prueba representa una carga ya que el poseedor ha de justificar su posesión bajo pena de ver destruida la presunción existente a su favor. Por eso algunos (MAYER-HOMBERG: *Beweis u. Wahrscheinlichkeit*) insisten en el «deber de probar».

la posee y le presta la victoria. Todo lo contrario de lo que sucede en Derecho romano donde el poseedor es el demandado y no tiene que hacer más que esperar que el demandante pruebe su derecho.

El segundo efecto —ofensivo— es el propio de la «Gewere ideal» y consiste en que el que tenga ésta puede arrebatar por sí mismo la cosa a cualquier poseedor. Goza además el titular de la «Gewere» ideal, de idénticas ventajas procesales que el de la «Gewere» corporal, o sea, el derecho a realizar la prueba.

El tercer efecto—efecto de realización o traslativo—proviene de la especialidad de la transmisión de los derechos reales en el Derecho germánico, que tenía lugar mediante la transmisión de la «Gewere» que los representaba. Si se trataba de una cosa mueble, se requería simultáneamente la entrega de la misma; si de la transmisión de un derecho real, se requería la transmisión de la «Gewere» ideal por medio de la «Auflassung». En principio, el transmitente debía ser dueño de lo que transmitía, pero pronto la «Gewere» se transformó en algo más que una simple apariencia de derecho, ya que pasó a ser un medio de legitimación. El que tenía la «Gewere» podía disponer de ella y el adquirente quedaba a salvo de toda posible impugnación que pudiera tener su causa en la falta o insuficiencia del poder dispositivo del transmitente y las propias deficiencias de la investidura transmitida, quedaban subsanadas por el goce pacífico de la finca durante año y día.

De esta particularidad arrancó una institución que había de tener enorme resonancia en el Derecho francés, alemán, inglés, flamenco y español: la investidura legítima («rechte Gewere»).

Nacida probablemente a principios del siglo IX en las capitulaciones de los Reyes Francos, que declaraban caducadas en los procedimientos ejecutivos (confiscación) todas las acciones de terceras personas que no hubieran sido ejercitadas dentro de año y día, se extendió a los demás supuestos de transmisión judicial (Auflassung), de forma que los derechos reales o gravámenes de la finca enajenada que no se hubieren hecho valer tras la notificación judicial, quedaban caducados.

Por este camino llegó el Derecho sajón a admitir que, quien siendo demandado probara con testigos la posesión pacífica durante un año, podía hacer uso del juramento para demostrar su investidura y rechazar la petición del adversario. Según indica Heusler, no se contaba ya desde la transmisión formal con efectos liberatorios, sino que se alegaba la posesión pacífica durante el año anterior a la demanda.

La «Gewere» no era, termina Hübner, ni el mero señorío de hecho, ni la protección del acto que traducía la voluntad del propietario, ni como Albrecht imagina un característico derecho de disposición (Vertretung), sino más bien un concepto formal, cuya función más importante, abstracción hecha de sus efectos traslativos, consistía en servir de legitimación formal para ejercitar los derechos reales que en ella se presumían y a los cuales sólo era necesari-

rio retroceder cuando se ponían en tela de juicio. La recepción del Derecho romano-canónico, sin conocimiento de la consecuencia y utilidad práctica de la investidura, llevó la confusión a sus preceptos fundamentales, pero, finalmente, dentro del Derecho inmobiliario, el pensamiento dominante de la institución, o sea, la incorporación de los derechos reales a una forma visible y trascendental, fué una vez más reconocido en el ordenamiento registral (8 bis).

4. EL DERECHO CANÓNICO Y LA «ACTIO SPOLII»

Es corriente en la doctrina la afirmación de que el Derecho canónico marca el ángulo máximo de protección al estado posesorio. Su principio, «spoliatus ante omnia restituendus est», se considera como una exaltación del orden público, inspirador de la mayor parte de los sistemas legislativos de la época moderna. Pero éste es extremo que requiere mayor esclarecimiento y por ello nos vamos a detener, siquiera brevemente, en el examen de esta institución en el Derecho canónico.

En el siglo IX empieza la era de las falsificaciones de textos eclesiásticos: aparecen las Falsas Decretales del pseudo Isidoro, publicadas por Isidoro Mercator o Pescator; las Falsas Capitulares de Benedicto Levita y los Capítulos de Angilramí. Estas colecciones, que tuvieron gran importancia en la evolución del Derecho canónico, la tuvieron aún mayor respecto a la doctrina de la posesión. Su clarísimo fin, ellas mismas lo confiesan: fué el de privilegiar a los Obispos y acoger la idea de que aquellos que eran expropiados, ante todo debían ser repuestos. Recogían, pues, la idea de la «exceptio spoli», a la que no daban aún este nombre, dándole el carácter de privilegio político de los Obispos y refiriéndola exclusivamente a éstos. Tenía además no propiamente carácter de excepción, sino de «officium iudicis», y, finalmente, no se refería a la posesión de cosas singulares, sino sólo a la de un oficio y su correspondiente beneficio.

Posteriormente la práctica va desarrollando este principio que pierde el carácter de privilegio político de los Obispos y adquiere mayor amplitud, extendiéndose a todos los Oficios eclesiásticos y aún legos, y abarcando no sólo ya Universidades como los Oficios y Beneficios eclesiásticos, sino también cosas singulares. Pero en el canon «Redintegranda», del Decreto de Graciano, se vuelve a restringir su concepto a los Obispos. «Redintegranda sunt omnia spoliatis vel electis Episcopis praesentialiter ordinationes pontificum, et in eo loco unde abscesserant funditur revocanda quaquumque conditione temporis aut captivitate aut dolo violentia maiorum et per quasquumque iniustas causas rea ecclesiae vel proprias id et suas substantias perdidisse nascuntur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum».

Si en su origen la «exceptio spoli» no era siquiera una excepción, es lo cierto que sobre su base se configuró poco a poco una excepción y más tarde una acción. Se crea una excepción al admitir la posibilidad de que el despojado impidiese el litigio hasta tanto se le restituyese conforme al aforismo «spoliatus ante omnia restituendus est». Cuando surge la «actio spoli», la «exceptio» pasa a ocupar un lugar secundario. Ya en el Decreto de Graciano podríamos ver en embrión separarse, incluso formalmente, ambos aspectos, pues son tratados en lugares distintos; con la afirmación de que a nadie puede moverse juicio sin antes ser restituído, se establece la «exceptio» y con la afirmación de que el juez de oficio debe restituir, se establece la «actio».

Más adelante la Decretal «Saepe contingit» concede una verdadera acción—«actio spoli»—contra cualquier poseedor de la cosa usurpada, aunque no sea el mismo usurpador. Esta acción canónica, en lo sustantivo no es otra cosa que el interdicto «unde vi» del Derecho romano, hecho extensivo a terceros detentadores de mala fe de la cosa usurpada. Su texto es el siguiente: «Saepe contingit quod spoliatus iniuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato commodo possessionis amisso propter difficultatem probationem iuris proprietatis amittit efectum».

En el año 1230 Gregorio IX encargó formar una nueva colección eclesiástica al español. San Raimundo de Peñafort, llamando a ésta «compilatio nova», en contraposición a las cinco Compilaciones antiguas. Posteriormente esta Colección recibió el nombre con que hoy se la conoce de Decretos de Gregorio IX o simplemente Decretales. En ellas se regulan los interdictos, principalmente en el título XIII, libro II, «De restitutione spoliatorum».

Conviene advertir que las Decretales, siguiendo en esto a la jurisprudencia romana, llamaban interdicto «unde vi» al de recobrar, en el caso de que el poseedor hubiera sido expulsado de su posesión a la fuerza y con violencia. Establece además el Derecho de Decretales las reglas siguientes:

1. No se puede oír al despojante, aunque alegue ser dueño de aquello que despojó, a no ser que el despojado quiera ceder su derecho (9). Parece ser que a este capítulo se opone el XII del mismo título, en que se permite al dueño expulsar al intruso que se entrometió sin saberlo él, y no por eso podrá el expulsado interponer interdicto posesorio (10). Pero este supuesto que contemplan las Decretales no es sino el ya citado del Digesto (D. 41. 2, 6, 1).

(9) *Decretales de Gregorio IX*, cap. I, título XIII.

(10) «Ingressus possessionem, ignorante domino ad quem pertinet potest per ipsum dominum, statim cum sciveret, repelli etiam violenter nec ex tali repulsione competit repulso contra dominum interdictum possessorium.» *Decretales. Capítulo: XII, tit. XIII, libro II.*

2. Más difícil es el Capítulo «Patenti restitutionem beneficij; questio institutionis non canonicas referri non potest (11).

Las Decretales entienden aquí por «praedo» al que, poseyendo injustamente una cosa, es despojado por el dueño a la fuerza y violencia, tomándose la justicia por su mano.

3. Consecuentemente con esto añaden las Decretales que no puede el despojante alegar que el despojado sea criminal (12).

La razón que para ello da Alejandro III es que se puede conjeturar que aquella acusación es interesada como hija de enemistad y malevolencia (13).

4. Ni aun el mismo Juez puede despojar a nadie sin oírle judicialmente (14). Claro está que se trata aquí del poseedor legítimo, pues al despojante se le despoja a su vez sin oírle.

5. No sólo se le despoja al despojante, sino que se le obliga a restituir frutos y rentas y resarcir los que hubiera podido cobrar o percibir el poseedor, aunque el despojante no los haya percibido o cobrado (15).

6. No se puede interponer interdicto de despojo contra el que no despojó ni se complicó en el despojo (16).

7. A su vez, el que recibió del despojante la cosa ocupada no la debe restituir al despojante, sino al despojado (17).

Si el sistema posesorio canónico hubiera de interpretarse por el examen de los citados textos de las Decretales, se obtendría la fácil conclusión de que el sistema protector era amplísimo, tanto en el aspecto de la legitimación activa interdictal, como en el objeto de la misma. Mas si entramos en el examen de las excepciones del sistema, aquella conclusión ha de ser profundamente rectificada.

En efecto, la «exceptio spolii» establecida en el célebre canon «Redintegranda» citado, puede ser enervada por la elección viciosa del despojado. A decir de Martí Miralles (18), «no es necesario para

(11) «Cum quis dicit sede possessionem violenter ejectum, et adversarius dicit cum non fuisse canonicae institutum, respondem prius de violenta ejectione, quam de canonica institutio agi debere, quia praedo etiam secundum rigorem iuris restituendus. Decretales. Cap. V, tit. XIII, libro II.

(12) «Non obstat exceptio criminis agentis interdicto unde vi, vel quod v. aut clam.» Decretales. Cap. VI, tit. XIII, libro II.

(13) «Quoniam criminaliter adversus eum ante restitutionem agere non potest cum praesumatur ejus existere inimicus.» Decretales. Cap. VI, libro II, título XIII.

(14) «Spoliatus iudice iuris ordine praetermisso ante omnia restituatur.» Decretales. Cap. VII, tit. XIII, libro II.

(15) «Violentibus rem cum fructibus etiam qui percipi potuissent restituere, damna resarcire et de injuriis satisfacere compellitur.» Decretales, Cap. IX, título XIII, libro II.

(16) «Interdictum unde vi non competit contra eum qui non spoliavit nec spoliari mandabit, nec spoliatorem ratanc habuit.» Decretales. Cap. XV, tit. XIII, libro II.

(17) «Recipis scien ter rem invam a spoliatore, tenetur eam spoliato restituere, licet non probet dominicum.»

(18) «Spoliatus ante omnia restituendus. Excepciones a este principio. «Revista Jurídica de Cataluña», vol. XVII.

demostrarlo acudir a documentos de carácter meramente doctrinal o científico de dudosa eficacia jurídica; basta fijarse en las notas o comentarios auténticos del mismo Decreto y en las glosas del texto entre las cuales se ve la que sigue al Capítulo IV de la citada causa (tercera de la segunda parte del Decreto), que dice: «Patet ergo, quod spoliati prius sunt praesentialiter restituendi ante quam ad causam sint vocandi sed obiicitur ubi non fuit legitima institutio, ibi non potest restitutio. Non enim probatur destitutus, qui prius non fuit institutus; ac per hoc nec restorationem postulare potest: illi ergo, quorum electio vitiosa est, vel qui a claro non sunt electi, vel a populo expediti, vel qui per simoniam irrepserunt, non sunt habendi inter episcopos; et ideo, si a sedibus quas tenere videbantur expulsi fuerint, non possunt restitutionem peterere a tequem vocentur ad causam.»

La elección viciosa—concluye Martí Miralles—por las diversas causas que en la nota se relacionan, haría ineficaz la «exceptio spoli», examinada en los citados textos del Decreto, únicamente para los casos en que el Obispo despojado hubiese sido legítimamente instituido.

No se crea—sigue diciendo Martí Miralles—que esta excepción al principio «spoliatus...», desaparece con las sucesivas transformaciones que sufrió esta institución dentro del Derecho canónico, pues si bien es verdad que sufrió algún eclipse momentáneo y que algún precepto de la legislación eclesiástica pretendió borrarla para siempre... cuando la «exceptio spoli» se convirtió en verdadera acción de despojo y extendió el radio de su aplicabilidad, paralelamente a su desarrollo fué acompañada de esas mismas excepciones que, al compás de la acción a la cual condicionaban, fueron extendiéndose a otros supuestos y otros medios hasta llegar a la verdadera «exceptio domini».

Dentro ya del campo propio de la «actio spoli», evidentemente esta «actio» es paralela al interdicto romano de «unde vi», cumpliendo análogas finalidades protectivas. Pero entre una y otro median profundas diferencias.

La «actio spoli» implica una protección más amplia que el interdicto recuperatorio «unde vi» en los siguientes aspectos:

1. El «unde vi» se da únicamente en los casos de despojo violento—deiecto—; la «actio spoli» en toda clase de desposesiones violentas o no.

2. En aquél está legitimado pasivamente sólo el despojante; en éste cabe dirigir la acción también contra terceros poseedores de mala fe—*consciis spoli*—. Si a esto se agrega que, según Martí Miralles, este nuevo paso dado por el Derecho canónico para extender el círculo de la «actio spoli», fué seguido de otro debido a la práctica de los Tribunales eclesiásticos, en mérito del cual y en atención a que constituía un obstáculo a muchos interdictos contra terceros poseedores la dificultad en que el actor o interdictante

se había forzosamente de encontrar, al pretender probar que el tercer poseedor conocía la procedencia de la cosa objeto del despojo, se aplicó a la acción de este nombre, sancionada por la «Saepe contingit», la misma amplitud de criterio que para la excepción había adoptado el «Redintegranda» de manera que, según esta innovación por la doctrina canónica, la acción de despojo vino de hecho aplicándose en todos los interdictos contra terceros poseedores, tanto si conocían como si ignoraban la circunstancia del despojo cometido en la cosa que poseían, como se comprueba por Ferrari en «Practica aurea», en donde afirma que ésta es una «communis opinio» entre los decretalistas. «Communis decretalistarum opinio est quad sic ; sive si bona fide seum titulo, sive sine titulo possessor...» y se comprenderá la extensión que tiene la «actio spoli» desde el punto de vista de la legitimación pasiva interdictal.

3. Mientras en el Derecho romano el interdicto «unde vi» se daba únicamente para la recuperación de bienes inmuebles,—«fundi vel aedium»—el canónico lo extendió a toda clase de bienes, tanto inmuebles como muebles ; a toda clase de derechos reales, a los derechos honoríficos de supremacía o preeminencia ; a los derechos concernientes a los oficios o beneficios eclesiásticos ; a los de patronato o elección ; a los de rentas y diezmos, y aún a los de familia en general, y en especial..., a los dimanantes del matrimonio (Martí Miralles).

4. Por último, la protección por la «actio spoli» al simple detentador es el rasgo en que la doctrina se apoya más fuertemente para marcar la separación de ambos sistemas romano y canónico.

Pero esta exposición escueta de las diferencias que separan al interdicto romano «de vi» de la «actio spoli» podrían llevarnos a la conclusión del valor absoluto en el sistema canónico del principio «spoliatus ante omnia restituendus», por lo que se hace preciso exponer siquiera sumariamente, las excepciones al mismo. Seguimos en este punto, y en general, en este apartado de nuestro trabajo a Martí Miralles (obra ya citada).

La excepción admitida al canon «Redintegranda» de la ilegitimidad del título canónico no pasó a las Decretales. Por el contrario, el texto ya citado demuestra concluyentemente su abrogación.

Conviene advertir que «jamás la doctrina canónica ha interpretado estos preceptos de la citada Decretal en términos absolutos ; antes al contrario, la calidad de ladrón del despojador podría servir de excepción o justificación del despojo en algunos casos ; porque como dice la glosa al comentar la palabra «rigorem» de la Decretal, hay ocasiones en que la equidad se sobrepone al rigor del derecho, y ello sucede cuando es el mismo dueño robado el acusado de despojo». «No obstante no se crea que siempre el ladrón, a tenor del derecho canónico, puede ser despojado impunemente por el dueño de la cosa robada. Es necesario distinguir los casos para establecer la verdadera doctrina sobre este punto.» «Por de pronto, los canonistas descartan de toda cuestión o duda, el perfectísi-

mo derecho que tiene el dueño de arrebatarse al ladrón «in continenti» de realizado el hurto, la cosa objeto de él: «non loquimur de occupatione incontinenti facta a domino—dice Francisco de Santsi—nom tunc esset potius justa defensio proprietatis, et dominus in re sua tuenda potest vim vi repellere.»

La cuestión debatida por los canonistas «es el caso de que el dueño pretenda recuperar la cosa robada en poder del ladrón, no «incontinenti», sino «ex intervallo» y entonces, siguiendo al nombrado canonista, diremos: «et distinguendum est inter proedonem notorium et occultum»: distinguiremos entre el ladrón notorio y el oculto, o sea, entre aquel que comete manifiestamente robo, del que no se encuentre en ese caso y resolveremos la duda en el sentido de entender exenta de la responsabilidad del despojo la reivindicación en el primer caso y alcanzando al segundo supuesto.

Inútil resulta pretender destacar cómo esta doctrina recorta el ámbito de aplicación de la «actio spoli», admitiendo una excepción que ni el Derecho romano justiniano ni el Derecho moderno acogen.

Aún más limita dicho ámbito la llamada «exceptio domini» que viene a desvirtuar el tema posesorio desplazando la contienda desde el examen de las cuestiones de puro hecho a las declarativas de derecho, desde el plano del juicio posesorio al petitorio o plenario.

¿Los motivos por los cuales fué admitida por la jurisprudencia eclesiástica la «exceptio domini» en los juicios posesorios, desnaturalizándolos y convirtiéndolos, como dice Menocchio, en juicios mixtos?—se pregunta Martí Miralles—: «De una parte según Ruffini, el retroceso que en los principios de la Edad Media sufrieron los estudios jurídicos; de otra, la influencia del derecho germánico, en el cual no se distinguía entre juicios petitorios y posesorios; las relaciones jurídicas, además de índole especial que en Derecho canónico se presentaban en las cuales no podían tratarse separadamente los conceptos de propiedad, posesión y tenencia, como sucedía en la materia beneficiaria y en las cuestiones de Patronato, y, por último, la misma organización política de aquella civilización con su multiplicidad de jurisdicciones, que hacían tanto más necesaria y apetecible la brevedad en los procedimientos, debieron ser, entre otras, las causas de que esta excepción fuera admitiéndose en los juicios posesorios, constituyendo una modificación trascendentalísima de los principios rigoristas de la legislación romana sobre la materia.»

«No interesa a los fines de nuestro estudio entrar en el examen del fundamento de la «exceptio domini»—si se deriva o no del principio «dolo facit qui petit quod rediturus est»—ni en la contienda teórica sobre su justificación. Sólo importa que destaquemos que esta excepción a la «actio spoli», desarticula totalmente el sistema invirtiendo el orden procesal; transforma la contienda sobre el hecho de la posesión en una contienda sobre el derecho de que la po-

sesión dimana, haciendo inútil la protección sumaria que el interdicto procura.

Y es que no siempre en la Historia del Derecho se ha visto con claridad la función propia de la acción interdicial que tiende a restaurar de modo inmediato el «statu quo» posesorio por la necesidad de mantener el orden público; lo que tiene de función policial la intervención del magistrado, como lo demuestra el origen mismo del interdicto romano, que es un acuerdo del Pretor tomado «extra ordinem».

Conviene advertir que la «exceptio domini», según concordantes testimonios de los canonistas y especialmente de Menocchio, el Abad Panormitano, el Valense, no puede oponerse en los casos de despojo violento.

No nos detendremos en el examen de otras excepciones que, según los expositores de Derecho canónico (entre los cuales no reina precisamente la unanimidad en este punto), cabe oponer al ejercicio de la «actio spoli». Entre ellas citaremos la de presunción de derecho, contraria al despojado; la de «periculum animae», aplicable solamente en las causas matrimoniales y la de daño irreparable, derivado de la reintegración posesoria.

En suma, el Derecho canónico, después de haber ensanchado extraordinariamente el ámbito del interdicto recuperatorio «unde vi», otorgando la acción de despojo no sólo al poseedor sino al detentador, haciéndola eficaz contra terceros poseedores, protegiendo no ya el despojo violento, sino cualquier privación ilegal de la posesión y ampliando su ámbito objetivo a los bienes muebles y al ejercicio de los derechos, acabó por desvirtuar el neto problema posesorio interfiriendo en el mismo otras cuestiones ajenas al simple problema que el interdicto se propone, que es la vuelta sin más al «statu quo» anterior al despojo, sin perjuicio de las acciones sobre el mejor derecho a poseer, que el interdicto no prejuzga.

5. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

Pretender seguir la línea evolutiva de nuestra institución en el Derecho histórico patrio, es tarea que excede a nuestras posibilidades. En él desembocan las corrientes de los tres sistemas—romano, germánico y canónico—mezclándose y entrecruzándose de tal manera que resulta difícil encontrar un puro venero en el que aflore la simple sustancia de uno de los sistemas citados.

Por ello nos vamos a limitar a entresacar algunos textos que estimamos dignos de meditación como base para el esclarecimiento de las cuestiones que estudiamos en nuestro derecho positivo.

En primer lugar es digna de tener en cuenta la reiteración con que nuestros textos repiten la norma punitiva del Derecho prejustiniano, concretamente la disposición de Valentiniano, Teodosio y Honorio. (Véase nota 1 de este trabajo) y ello desde el Fuero

Juzgo a la Novísima Recopilación. «Quien echa a otro omne por fuera de lo suyo, ante que el juicio sea dado, pierda toda la demanda, magüer que aya buena razón. E aquel que fué forzado, reciba su posesión, e todo lo suyo que tenia entréguelo en paz e qui toma por fuerza la cosa que non puede venger por iudizio pierda lo que demanda y entregue el tanto a qui fué forzado» (19).

«Si algún home entrare o tomare por fuerza alguna cosa eu otra tenga en juro, o en poder, y en paz, si el forzador algún derecho y había, piérdalo; e si el derecho non había, entréguelo con otro tanto de lo suyo o con la valia a aquél a quien lo forzó; más si alguno tiene que ha derecho en alguna cosa que otro tuviere en juro de paz, demángelo por el fuero» (20).

«Si alguno entrare o tomare por fuerza alguna cosa que otro tenga en su poder y en paz, si el forzador algún derecho hai piérdalo; e si derecho hay non había entréguelo con otro tanto de lo suyo o con la valia a aquél a quien lo forzó, mas si alguno entiende que ha derecho en alguna cosa que otro tiene en juro y en paz, demándelo» (21).

«Si alguno entrare o tomare por fuerza alguna cosa que otro tenga en su poder y en paz, si el forzador algún derecho ahí había piérdalo e si el derecho ahí non había, entréguelo con otro tanto de lo suyo, o con la valia, a aquél a quien lo forzó, mas si alguno entiende que ha derecho en alguna cosa que otro tiene en juro o en paz demándelo» (22).

Nuestra Ley de Partidas contiene un verdadero ordenamiento de la posesión y de los medios de protección de la misma. La Partida III, tit. II, en su Ley XXX concede la posibilidad de demandar a aquel que tuviere la cosa, aunque no hubiera sido el despojante. Sigue por tanto en este caso el sistema canónico. (Nos volveremos a referir a ella al tratar de la legitimación pasiva.)

El título fundamental sobre la posesión es el título XXX de esta misma Partida. Su ley primera es conocidísima.

«Possession tanto quier dezir como ponimiento de pies. E según dixeron los sabios antiguos, possession es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo, e del entendimiento. Ca las cosas que non son corporales, así como las seruidumbres que han las unas heredades en las otras, e los derechos porque demanda ome sus deudas, e las otras cosas que no son corporales semejantes destas, propiamente non se pueden poseer nin tenér corporalmente, más vsando dellas aquél a quien pertenece el vso consintiéndolo aquél en cuya heredad lo ha, es como manera de possession.»

A continuación alude a la cuasi posesión al decir que las cosas no corporales son tenidas como manera de posesión. Entre las co-

(19) Fuero Juzgo. Ley 2, tit. I, libro VII.

(20) Fuero Real. Ley 4, tit. IV, libro IV.

(21) Ordenanzas Reales. Ley 2, tit. XIV, libro III.

(22) Nueva Recopilación. Ley 1, tit. XXXIV, libro XI.

sas no corporales cita las servidumbres y «los derechos porque demanda vn ome sus debdas». Sigue, pues, un criterio de máxima amplitud en cuanto a la clase de derechos que pueden ser objeto de posesión. La siguiente ley establece dos maneras de posesión: una natural y otra civil, aunque no da a estos conceptos el significado del Derecho romano.

«Ciertamente dos maneras y ha de possessión. La vna es natural y la otra es por otorgamiento de derecho a que llaman en latín *ciuil*. E la natural es, que ome tiene la cosa por sí mismo, corporalmente, assi como casa o su castillo, o su heredad, e otra cosa semejante, estando en ella. E la otra que llaman *ciuil* es, quando algund home sale de casa, de que el es tenedor, o de heredad, o de castillo o de otra cosa semejante, no con entendimiento de la desamparar, mas porque non puede ome siempre estar en ella. Magüer ca estonces non sea tenedor de la cosa corporalmente, serlo ha en la voluntad o en el entendimiento, et valdrá tanto como si estuuiese en ella por sí mismo.»

En la Partida séptima, dedicada al derecho punitivo, vuelve a reaparecer la disposición que ya hemos visto reiterada, de modo constante en otros Cuerpos de nuestro Derecho.

«Entrando o tomando alguno por fuerza, por sí mismo, sin mandado del juzgador, cosa agena, quier sea mueble, quier rayz, dezimos que si derecho o señorío auia en aquella cosa, deue pechar aquel que tomo, o entro quanto valia la cosa forçada, e demas deuelo entregar della, con todos los frutos e esquilmo que dende tomo. E si por aventura aquella cosa que assi, tomo, se perdiesse o se empeorasse o muriesse después, el peligro del empeoramiento o de la pérdida, pertenesce al forçador, en manera que es tenuto de pechar la estimación della a aquel a quien la tomo o la forçó, e está pena a logar contra todos los omes que tomanen e furtaren lo ageno, assi como sobredicho, fueras ende, si el que lo fiziessen fuere menor de catorze años, o loco, o desmemoriado, o si fuesse padre el que entrasse la heredad de su fijo, o señor que entrasse la heredad que ouiesse aforrado. Pero cualquier destos sobredichos, magüer no cava en esta pena, tenuto es de desamparar, e de tornar libremente, aquello que tomo o entro como non deuia, ʔ aquellos cuyo era. E como quier que el menor de catorze años nin el loco, nin el desmemoriado, non caerian en la pena sobre dicha, si aquellos que los touiessen en guarda, entrassen en la manera que de suso diximos, o tomassen cosa agena en nome de aquellos que touiessen en guarda, entonce los guardadores caerian en la pena, también como si lo fiziessen de otra guisa por sí mismo, pechándolo de lo suyo e non de los bienes de los huérfanos» (23).

Pero según la ley siguiente no incurren en esta pena aquellos que atenten contra el que tuviere la cosa no como verdadera posesión, sino por otro concepto que podemos considerar como de

(23) Ley 10. tit. X. Partida VII

tenencia ; en este último caso al despojante se le obliga a devolver la cosa con los daños y menoscabos, pudiendo imponer el juzgador alguna pena.

«Alegando, o emprestando, o encomendando un ome a otro alguna cosa señalada, como quier que el que la tuuiere de alguna destas maneras, se puede servir e aprouechar della, fasta el tiempo que señalaron que la tuuiesse, con todo esso, el señorío, e la pössession de la cosa, siempre finca en saluo al señor della, porque aquel que la tiene por alguna destas razones non la tiene por si mas en nome de aquel que gela dio en guarda o a loguero. E por ende dezimos, que magüer el que la auia assi dado, tomasse aquella cosa por si mismo, o otro alguno por el, sin mandamiento del judgador, a aquel que la touuiese del de alguna de las maneras sobredichas, que non caería en la pena que diximos en la ley ante desta como quier que es tenuto de gela tornar, que se sirva dellá hasta aquel plazo que le señaló que la touuiesse, cuando gela dió. Otro si dezimos, que si alguno fuesse metido en tenencia de alguna cosa por mandado del judgador por mengua de respuesta : o si alguna mujer fincasse preñada de su marido que se muriesse fuesse entregada en la possession de los bienes que fincaron de su marido, porque los touuiesse en guarda, e en nome del fijo, o fija que touuiesse en el vientre, o en otra manera semejante desta ; si después que tuuiesse la tenencia, gela tomassen algunos por fuerça, non caerían por ende en la pena que diximos en la ley antes desta. Porque ninguno destes, que son assi apoderados en las cosas de otro, non ha verdadera possession en las cosas de que son entregados como quier que ayan la tenencia dellas. Pero el que gela tomasse assi, deuele tornar lo quel tomo con los daños, e con los menoscabos que viniere por esta razón. Otrosí el judgador le puede poner alguna pena de su oficio, si entediente que la meresce por el atrevimiento que fizo» (24).

La doctrina tradicional se reitera poco después :

«Empeñando un ome a otro alguna cosa, entregándolo de la possession della en razón de empeño, si después desso gela tomasse con fuerça e por si mismo pierde por ende el derecho, e el señorío que auia en ella. Ca, aquel que tiene la cosa que assi es empeñada, como quier que non a el señorío della, con todo esso, ha verdadera tenencia e por ende non gela deuen tomar, fasta que sea pagada la debda que auia sobre ella.»

«Atrevidos son a las vegadas omes y ha, de tomar por fuerça, como en razón de prenda, o de paga algunas cosas de aquellos que les deuen algo : e como quier que aquellos seanles debdores, tenemos que facen desaguisado. Ca por aquesto son puesto los judgadores en los lugares, porque los omes alcancen derecho por mandamiento dellos, e non lo pueden por ellos mesmos facer. E por ende dezimos, que si alguno contra esto fiziere, tomando alguna

(24) Ley 11, tit. X, Partida VII.

cosa de casa o de poder de su deudor, que si algún derecho auia en aquella cosa que tomó que lo deue perder por ende; e si el derecho non auia, debe tornar lo que tomó e por la osadía que fizó, deue perder el deudor que auia de auer de aquel a quien la forçó; e de allí en adelante, non es tenuto el deudor de responder por ende. E ha lugar a esta pena, quando aquel que prendó a su deudor, lo fizó por fuerça o de otra manera sin derecho, e sin plazer del» (25).

De estos textos se deducen inmediatamente dos consecuencias:

Primera: El claro influjo del sistema romano de la última época; esto es, afirmación del principio de justicia pública, y en consecuencia, que a nadie le es lícito tomarse la justicia por su mano. A salvo, naturalmente, los supuestos de defensa legítima.

Segunda. La influencia asimismo del derecho canónico en cuanto a la extensión de la protección posesoria activamente al deudor y pasivamente a los terceros usurpadores.

Pero este sistema, fundamentalmente romano-justiniano, con vetas canónicas, no representa la síntesis del sistema histórico español. Para que lo fuera, sería preciso completarlo con el estudio de los fuertes estratos germánicos que representan los Fueros municipales y particularmente con el examen de una institución de indudable arraigo en éstos. Nos referimos, claro es, a la llamada posesión de año y día, en la que, en opinión de don Jerónimo González (26), se refleja claramente la influencia de la *Rechte Gewere* germánica.

Esta institución, que tiene su origen en los embargos de bienes por los Jueces reales, en los que se concedía al ejecutado el plazo de año y día para recuperarlos, se aplicó a los casos de enajenación judicial (*Auflassung*), o tipos de transferencia asimilados, y se extendió, en virtud de las Capitulares de los Reyes francos, durante el siglo x, apareciendo ya en el Fuero de Santa María de Alquezar (1075) y Miranda de Ebro (1091).

El sentido general de los Fueros en este punto está reflejado en la disposición del Fuero de Soria, Códice A (Edic. Galo Sánchez), que dice: «Todo aquel que fuere tenedor de algún heredat. non responda por ella, pues que anno y día fuere pasado.» Además de los citados responden a este sistema los de Logroño, San Sebastián, Santo Domingo de la Calzada, Brihuega y Usagre. Se contraponen por los señores Alas, De Buen y Ramos (27), los de Jaca, Estella, Molina de los Caballeros, Medinaceli, Antofñana, Bercedo, Cuenca, Plasencia, Zorita de los Canes y Alcázar que añaden la exigencia de un título de compra o de adquisición, es decir, de un título hábil para transmitir la propiedad.

Frente a las conclusiones que los autores citados obtienen, Jerónimo González opina: «Sin negar las posibles orientaciones que

(25) Leyes 13 y 14 del tit. X de la Partida VII.

(26) J. GONZÁLEZ: *Estudios de Derecho Hipotecario*, pág. 97.

(27) *De la usucapion*, Madrid, 1916.

los precedentes romanos e indígenas hayan impuesto al derecho popular, creo deficientes las investigaciones aludidas y equivocado el valor que en los mismos se concede al título adquisitivo cuando se sostiene, no sólo que los Fueros del segundo grupo exigen una especie de prueba, sino que los del primero no autorizan para «afirmar con fundamento que se diese en ello a la institución que nos ocupa el carácter de modo de adquirir la propiedad.»

«Debe tenerse en cuenta—continúa J. González—para enfocar la materia desde un punto de vista adecuado, que así como los romanos sentaron la energía del procedimiento en los modos de adquirir y formaron con rígido tecnicismo tal doctrina, desconocían los germanos estos desenvolvimientos de la ciencia jurídica y colocaban el eje de la protección a la propiedad directamente en el Derecho procesal, dejando, en cierto modo, al margen los preceptos sustantivos.

El principio que examinamos recibe su consagración definitiva en la conocida ley I, tít. XI del libro II del Fuero Real: «Todo home que demandare heredad a otro, o a otras cosa cualquier, si el tenedor de la heredad, o de aquella cosa que la demandan, quisiere ampararse por tiempo, e dixere qué año y día es pasado que lo tuvo en paz y en faz, entrando y saliendo en la tierra o en la villa el demandador, no le responda el tenedor de la cosa.»

¿Cómo evolucionó el principio? ¿Cómo se concilia con los derivados del sistema romano tan antagónicos?

La autorizada palabra de don Jerónimo González, que titula el párrafo 14 de sus «Estudios de Derecho Hipotecario» así. «Triunfo de la posesión romana», nos da la réplica.

«La enorme preponderancia que el Derecho Romano adquirió en nuestra Patria durante el siglo XII se refleja, no sólo en las Partidas, sino en las mismas Leyes del Estilo que interpretan los preceptos del Fuero Real. Reproduce, es cierto, la Ley 211, aquella disposición de las Capitulares de los reyes franceses que confirmaban las ventas de los bienes del deudor, hechas por los jueces reales, cuando no se hubiere reclamado contra ellas dentro de año y día; pero, en cambio, la 192 preceptúa que «si el tenedor de la cosa se defiende por tiempo de año et día, et el alcalde por presunción derecha sospechase contra el tenedor que non tenga la cosa derechamente, puédele preguntar et apremiar que diga el título por do ovo la tenencia de aquella cosa»; y sobre todo la 242 acepta con la doctrina procesal romana, la separación del posesorio y del petitorio al indicar cómo interpretaban la citada Ley del Fuero real los alcaldes de la Corte: «E entiénde que non sea ténudo de responder este tenedor quanto en la *tenencia*, et finca el tenedor por el año et día en la verdadera tenencia desta cosa más a la propiedad que es el señorío de la cosa, en salvo finca a la parte que la puéde demandar.» «Empero si este que tiene la cosa, mostrase que la compró, o otro título o derecho, et mostrase que la tovo año et día en

faz et en paz del demandador, non será tenuto de responder, sobre la posesión nin sobre la propiedad.»

La Ley del título IX del Ordenamiento de Alcalá todavía sostiene la doctrina que contienen los «fueros de algunas Cidades et logares»: «El que touiere la cosa anno et día que non se excuse de responder por ella, salvo si touiere la cosa anno et día con título e buena fe». Aparecen terminantemente separadas la prescripción de la propiedad y la de la posesión en la Ley 65 de Toro, y a través de la Novísima Recopilación (Ley 3, tit. VIII, libro XI) llega la institución a la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 1.658, y al Código civil, artículo 460, 4, y 1.968, 10) completamente desfigurada, por la equiparación del año y día del Derecho franco al año en que debían ejercitarse los interdictos romanos (Obra citada, página 122 y ss.).

6. DERECHO VIGENTE

A) La terminología.

Como precedentes legislativos inmediatos de nuestros textos vigentes en la materia, citaremos:

El artículo 44 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia que establece: «Toda persona que fuere perturbada o despojada de alguna cosa corporal o espiritual, sea lego, eclesiástico o militar, el despojante o perturbador podrá acudir al Juez para que le restituya y ampare y dicho Juez conocerá de estos recursos por medio del juicio sumarísimo que corresponda.»

Y los artículos 709, 710, 711, 712 y 724 de la LEC de 1855 que son del tenor siguiente:

Art. 709. «El interdicto de retener la posesión sólo tiene lugar cuando ha habido conatos manifestados por algún acto exterior de turbar o inquietar en ella al que la tuviere.»

Art. 710. «El que intente el interdicto de retener la posesión al formular su demanda, ofrecerá su información para acreditar:

1. Que se halla en posesión.
2. Que se le ha tratado de inquietar en ella expresando el acto que se lo haya hecho temer.»

Art. 711. «Admitida la demanda el Juez mandará recibir y recibirá la información ofrecida.»

Art. 712. «Si dada la información resultaren acreditados los dos extremos referidos, declarará el Juez no haber lugar al interdicto.»

Art. 724. «El que solicite que se le restituya en la posesión de que haya sido despojado debe ofrecer la información sobre los hechos siguientes:

1. Hallarse él o su causante, en la posesión o tenencia de la cosa de que haya sido despojado.

2. Haber sido despojado de esta posesión o tenencia designando el autor del despojo.»

La Ley vigente de Enjuiciamiento Civil acepta la denominación de interdictos que acoge la Ley de 1855 y que ni es clásica en nuestros derechos, ni adecuado a su contenido, pues como dice el profesor Prieto Castro, nada tienen que ver con los de esta denominación del Derecho Romano, ya que éstos obedecían a principios completamente distintos y en el fondo constituían un medio rápido de dictar providencias más bien de carácter administrativo municipal.

En la exposición de motivos que don Pedro Gómez de la Serna había redactado para la LEC de 1855 decía que, bajo el nombre de interdictos comprende la Comisión, todos los juicios civiles que reclaman con urgencia una medida que los termine, por interesar inmediatamente al orden público, etc. Ha seguido—dice refiriéndose a la Comisión de Codificación—la nomenclatura romana adoptada entre nosotros sin contradicción desde el siglo XIII.

No obstante estas afirmaciones, es lo cierto que en los textos legales no se encuentran los interdictos con el nombre actual. Por otra parte, en las obras anteriores a la Ley tampoco se ve empleado dicho nombre.

Nada hemos encontrado en nuestros clásicos Barbosa, Cepola, Celso Gutiérrez, etc., que nos hable de la existencia de «interdictos».

Bastante posterior es Hevia Bolaños, el que en su «Curia Filipica» tampoco nos habla de interdictos, sino de acción de despojo.

El Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 es de bastante interés al respecto; en su artículo 44 nos habla del juicio sumarísimo que corresponda y es en la Real Orden de 8 de mayo de 1839 donde por vez primera se vuelve a emplear el nombre de interdicto, si bien no con la denominación clásica, sino con la de «manutención o restitución». En la Instrucción del Marqués de Gerona de 30 de septiembre de 1853, en su artículo 52 se habla de interdictos de despojo y amparo. Y, por lo tanto, es precisamente en la LEC de 1855 donde por vez primera vuelve a emplearse la denominación clásica romana de interdictos de *retener* y *recobrar*.

En realidad, los interdictos que nos ocupan son verdaderas «acciones posesorias» en el recto sentido en que interpretando el artículo 937 del Código civil suizo la emplea Wieland (28) y Rossel y Mentha (29) y cuyas diferencias con las acciones de derecho posesorio perfila von Thur (30) para que los caracteres diferenciales entre acciones propiamente posesorias (Besitzschutzklage) y acciones de derecho posesorio (Besitzrechtklage), son los siguientes:

1. La acción protectoria se da contra un hecho prohibido: esto

(28) *Les droits réels dans le Code civil suisse.*

(29) *Manuel de droit civil suisse.*

(30) *Das neue Recht.*

es, por un ataque positivo a la esfera de la posesión del actor. La acción de derecho posesorio, es además posible, en casos en los cuales la pérdida de la posesión no es motivada por un acto injusto. Se concede, por ejemplo, cuando pierdo mi reloj en el bosque y el que lo halla se niega a devolverlo, o cuando he confiado mi cosa a una persona que la enajena a un tercero de mala fe.

2. La acción protectora se funda tanto para los muebles como para las fincas, en el hecho de posesión como tal. La acción de derecho posesorio solamente se une a la posesión en los muebles, pues respecto a las fincas la presunción de que existe el derecho afirmado, solamente puede ser invocada por titular inscrito en el Registro (31). El mero arrendatario está obligado a ejercer la acción protectora de la posesión.

3. A la acción protectora, salvo una ligera variante, no puede oponerse la excepción de mejor derecho, mientras ha de permitirse sin limitación contra la presunción jurídica. No siempre triunfa el poseedor, sino quien ha demostrado el mejor derecho.

4. El plazo para el ejercicio de la acción protectora de la posesión es muy corto. La acción jurídica de presunción tiene, por el contrario, largo plazo. No caduca, sobre todo, cuando se dirige contra un poseedor de mala fe, por ejemplo, contra un ladrón o un encubridor; caduca a los cinco años, cuando se trata de cosas robadas, extraviadas o cuya posesión se ha perdido involuntariamente.

Nuestra ciencia jurídica de mediados del siglo XIX no pudo alcanzar esta depurada técnica cuyo desenvolvimiento es, sin duda, posterior a la época de formación de nuestras leyes generales. Por ello, puestos a adoptar una denominación, nuestros legisladores, abandonando las tradicionales de acción de despojo, de juicio sumarísimo de expolio, etc., vuelven a la técnica romana (que es posible fuese práctica en el foro) lo que, si se tiene en cuenta el contenido del título XX del libro II de la LEC., no es enteramente correcto, pero es seguramente acertado, pues si bien en el Derecho Romano no hubo interdicto de obra nueva ni otro de obra ruinosa, la «operis novi nunciatio», antecedente del primero y la «cautio damni infecti», base del segundo, son disposiciones adoptadas por el Pretor («extraordinem»), lo mismo que los interdictos y al acogerlos y reglamentarlos en un título unitario, si no muy acordes con la terminología, nuestros legisladores mostráronse muy respetuosos y conocedores de la naturaleza del Derecho procesal romano.

B) Legitimación activa

a) *Los textos positivos.*—Yendo al campo propio de nuestro tema y proyectando ya la primera de las cuestiones que nos propo-

(31) Inútil parece aclarar que el autor establece el paralelismo con referencia al Derecho civil suizo.

mamos en nuestros textos vigentes, la cuestión se centra en dos textos fundamentales de nuestro derecho positivo: el artículo 446 del Código civil, a cuyo tenor: «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado y restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen», y el artículo 1.651 de la LEC., según el que: «El interdicto, de retener y recobrar, procederá cuando el que se halla 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 ya despojado de dicha posesión o tenencia.»

Poniendo en relación los preceptos citados con el total concepto que de la posesión se induce del título V, libro II del Código y especialmente del artículo 430 que encabeza el mismo, se obtiene «prima facie» la conclusión de que la protección posesoria en nuestro sistema es amplísima y que uniendo o sintetizando los sistemas romano-justiniano y canónico y acentuando aún más que ellos, el principio de justicia pública, llega al máximo de protección subjetivamente amparando toda situación de contacto sensorial con la cosa, y objetivamente, trayendo dentro de la órbita interdictal no sólo relaciones jurídicas reales, sino las relaciones jurídicas obligatorias.

¿Será fundada tal conclusión? Veamos las opiniones de los autores poniéndoles en contraste con los precedentes históricos de que nos hemos ocupado sumariamente en los anteriores apartados.

b) *La doctrina.*—Llama la atención la unanimidad con que nuestros comentaristas de Derecho procesal del siglo XIX, anteriores y posteriores a la Ley de 1855, perfilan el interdicto de retener y recobrar la posesión en el amplio sentido que hemos visto deducido de los textos positivos de nuestro derecho. Ello responde, sin duda, a una trayectoria de la doctrina que, embebida de las fuentes romanas justinianas y del Derecho canónico en parte, se conjuga con el principio de orden público con la afirmación del público proceso. No se puede negar a esta doctrina—pese a las opiniones de Martí Miralles—, un fuerte apoyo en nuestro derecho histórico. Los textos de nuestros Cuerpos legales que hemos transcrito reflejan una constante: la repulsa de las vías de hecho para restituir por propia autoridad la cosa al despojado y estos textos, sin duda entroncan, según hemos visto, con el Derecho imperial prejustiniano y con la fórmula del interdicto «unde vi» del Derecho justiniano.

Veamos esta «communis opinio» tomando las citas—luego de compulsadas—del propio Martí Miralles (obra citada).

En primer término, citaremos como autor inmediatamente anterior a la Ley de 1855, a don Juan María Rodríguez que en sus «Instituciones de práctica forense», dice refiriéndose al interdicto de recobrar la posesión:

«Es este interdicto el que se concede al tenedor de una cosa para recuperar la posesión o tenencia de ella de que ha sido privado por otro, de su propia autoridad. El Derecho civil estableció un interdicto «unde vi» que, aunque semejante al de despojo introducido por el canónico, se diferencia, sin embargo, en varias cosas:

1. Que el de despojo es más amplio y de consecuencias más favorables que el «unde vi», porque éste sólo tenía lugar para recobrar las cosas raíces, y aquél, aún para los muebles, derechos y acciones.

2. El primero era personal y no procedía, por tanto, sino contra el forzador de la cosa, y el segundo es real y se concede contra cualquier tenedor de ella.

3. En el «unde vi» se podía admitir al reo alguna excepción y en el de despojo ninguna absolutamente se le recibía, negándosele toda audiencia; y de aquí el sabido principio «spoliatus ante omnia restituendus».

«Comprende este interdicto al que ha sido despojado de una cosa que tuviera en su poder, aunque no sea verdadero señor o poseedor de ella y aunque la retenga «vi. clam, vel praecario», o sea, por fuerza, a ocultas de su dueño, o por ruego o encargo del mismo, dándose dicha reclamación aun contra el que se diga señor, que por su sola autoridad se administrase justicia despojando de la cosa violentamente a su tenedor. Y es la razón, porque en este caso no se trata de atribuir ni quitar ningún derecho, ni se declara que la cosa o su posesión pertenezca a éste ni aquél, sino que se manda únicamente hacer la restitución para que todo vuelva a estar como se encontraba antes del despojo...: la posesión, pues, objeto de este interdicto, es de mero hecho y por esto se concede a todo tenedor de la cosa contra cualquier forzador de la misma, aunque se tenga por dueño de ella. Cuando la ejecución o lanzamiento fuese hecho por el señor a uno que le arrojara de su heredad en el momento mismo de recibir la fuerza, no procederá este interdicto porque «vim vi repellere licet».

Comentando la LEC de 1855, los señores de la Serna y Montalbán, en su «Tratado de procedimientos», dicen: «De propósito se han puesto en la ley las palabras posesión o tenencia, conservando así el espíritu de las antiguas Leyes de Partida, que hacen extensivo este interdicto al caso de que el despojado tenga de su contrario la cosa objeto del litigio, aunque la haya obtenido por fuerza, clandestinamente o por ruego. Y con razón, porque es necesario hacer que los particulares no se hagan por sí mismos justicia, sino que la pidan y obtengan de los Tribunales establecidos para administrarla. De otro modo la anarquía más espantosa reemplazaría al orden social» (32).

De Vicente y Caravantes se expresa así (33):

(32) *Procedimientos judiciales*. Tomo II, pág. 287, 2.ª edición.

(33) *Procedimientos judiciales según la nueva L.E.C.*, 1855, vol. III, 251.

«El interdicto, de recobrar la posesión, es un juicio sumarísimo que tiene por objeto reintegrar y reponer inmediatamente en la posesión o tenencia de una cosa al que gozaba de ella, y de que otro le ha despojado violenta o clandestinamente por su propia autoridad.»

«Este interdicto se funda en el principio de eterna razón de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, sino recurriendo a las autoridades judiciales instituidas para administrarla a cada uno. Su objeto es evitar las luchas y vías de hecho a que recurriría el despojado para recobrar la posesión, si no tuviera un medio legal y expedito para ello»... «El Derecho romano concedió el interdicto «unde vi» al despojado de una cosa inmueble contra el despojante, aunque aquél la hubiese adquirido violenta, clandestina o precariamente»...

«El derecho canónico, en su anhelo de dar la mayor extensión a los medios más suaves y pacíficos para conseguir la reparación del perjuicio causado, adoptó el interdicto «unde vi» con el nombre de *interdicto de despojo*, concediéndole aún para el recobro de las cosas muebles y derechos y contra cualquiera que las detentase, aunque no fuese el mismo despojante, previniendo que no se admitiera excepción alguna al demandado, sino que se reintegrara inmediatamente al despojado en la posesión o tenencia de aquello de que se le despojó, siendo desde entonces máxima en el foro, «spoliatus ante omnia restituendus»; véase la Decretal de Inocencio III de 1216, can. 3.º, causa 3.ª, Quaest. y Cap. «De restituti spoliati».

Este interdicto, con más ventajas que el «unde vi», se adoptó en nuestras antiguas leyes y prevaleció en la práctica (v. las leyes 2.º título 1, libro VIII del Fuero Juzgo; i, IV, IV del Fuero real y 30, II, III de las Partidas) al paso que se consignaron también las disposiciones de las Constituciones imperiales romanas en las leyes V, VII, del Fuero Juzgo, 4 IV, 4 del Fuero Real; 10, X, VII de Partidas y 1.º XXXIV. II de la Novísima Recopilación.

«Este interdicto se da no solamente al que se halla en la posesión de la cosa de que se le despoja, como el propietario, sino aún al que se halla en la tenencia o mera ocupación de la misma que no constituye la posesión legal como los depositarios, comodatarios, prendarios, y, en su consecuencia, aunque no sea señor de la cosa y asimismo, aun cuando la posesión o tenencia fuese viciosa, esto es, se hubiese adquirido «vi. clam. vel precario.» «Esto se funda en que en este interdicto se trata de reponer las cosas al estado que tenían antes del despojo, para que no tengan efecto alguno los actos violentos o clandestinos del despojante, en castigo de su exceso y sin prejuzgarse sobre el mejor derecho de los contendientes a la posesión de la cosa, el cual le queda a salvo para alegarlo después en el juicio correspondiente.»

Y Manresa, el más autorizado exegeta de nuestras leyes de enjuiciar, dice comentando el artículo 724 de la LEC. de 1855:

«En todos nuestros Códigos se encuentran disposiciones encaminadas a impedir el que uno se apodere por propia autoridad de bienes que otro está poseyendo, y a que sea reintegrado prontamente en su posesión el que haya sido despojado de ella violenta o clandestinamente, pero no se detallan los requisitos, los casos ni la fórmula de estos procedimientos, aunque se les da el carácter de breves y sumarios. De aquí el que los expositores acudieran al Derecho romano para suplir el vacío de nuestras leyes y aceptando su doctrina introdujeron en nuestro foro el interdicto «unde vi» de las palabras con que el pretor encabezaba la fórmula del edicto.»

Vino luego el Derecho canónico, y no satisfecho con las condiciones de este interdicto, introdujo otro llamado de despojo que, aunque semejante al anterior, tenía más amplitud y ofrecía resultados más favorables, pues aquél, como personal, sólo se concedía contra el forzador de la cosa, y éste como real, se dirigía contra cualquiera, en cuyo poder se encontrara; aquél se daba para recobrar las cosas raíces y éste alcanzaba también a los muebles, derechos y acciones; y en el «unde vi» se permitía alguna excepción al paso que en el despojo se llevaba desde luego a efecto la restitución, sin citación ni audiencia del despojante. No es extraño, por tanto, que prevaleciera en nuestro foro la doctrina de los canonistas y que se tuviera como axioma de derecho el principio por éstos proclamado de «spoliatus ante omnia restituendus».

En sus Comentarios a los artículos 1.651 y 1.652 de la ley vigente de Enjuiciamiento civil, dice Manresa:

«El que posee en concepto de dueño tiene la posesión natural o la civil, o ambas a la vez, la verdadera y legítima posesión en el sentido estricto de esta palabra. El que posee en concepto de tenedor de una cosa o derecho, cuyo dominio pertenece a otro, no tiene más que la *tenencia*; también en el sentido estricto de esta palabra, con la obligación de conservarlos o el derecho de disfrutarlos, para entregarlos oportunamente a su dueño. En el primer concepto se tiene la posesión, y, en el segundo, la tenencia a que se refieren los artículos de este comentario.»

«Los expositores de nuestro antiguo derecho aceptaron también esta distinción, y si bien estaban conformes en que el interdicto de retener sólo competía al que era perturbado en la posesión y no en la mera tenencia de la cosa, no había igual acuerdo respecto del de recobrar. Los edictos del Derecho romano concedían este interdicto únicamente al que tenía la posesión legítima o jurídica de la cosa, y no al simple detentador; al paso que otros, siguiendo la doctrina del Derecho canónico y el espíritu de nuestras leyes, lo concedían a todo el que era despojado de una cosa que obraba en su poder, sin atender al derecho o título con que poseía, esto es, a todo el que se hallaba en la tenencia o posesión de hecho.»

«Para poner fin a esta diversidad de pareceres y uniformar la jurisprudencia, se declaró en el artículo 724 de la ley anterior y se ha repetido en los de este comentario, que corresponde el inter-

dicto de recobrar a todo el que se halla en la posesión o tenencia de la cosa, lo mismo al legítimo poseedor que al mero detentador. Y al declararlo así, no sólo se ha seguido la opinión más autorizada, sino también la más conveniente, pues siendo el despojo un atentado contra el orden público, debe reprimirse instantáneamente sin atender al título con que poseía el despojado para evitar las perturbaciones consiguientes e impedir que nadie se tome la justicia por su mandó.»

«De lo expuesto se deduce que el interdicto de recobrar no sólo compete al propietario y usufructuario que son los que tienen la posesión jurídica, sino también al inquilino, arrendatario, colono, depositario, comodatarios, al que tiene la cosa en prenda, y aún al que la tiene por fuerza, clandestinamente o por ruegos, los cuales sólo se hallan en la tenencia de la cosa. Puede entablarlo siempre que sean despojados de dicha posesión o tenencia, y contra el que haya causado el despojo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que en el caso de violencia o intimidación en las personas pueda alcanzar a los que hubieran ayudado o ejecutado el hecho por orden de aquél.»

Frente a esta doctrina se vuelve airadamente Martí Miralles considerándola falta de fundamentación histórica y contraria a los rumbos seguidos en la materia por la mayor parte de las legislaciones modernas.

En orden a la fundamentación histórica estima dicho autor que no es cierto el valor absoluto del principio «*spoliatus ante omnia restituentus*», en el Derecho canónico, sino que es objeto de fuertes correctivos mediante las excepciones ya examinadas en el apartado correspondiente de este trabajo.

No les habría sido preciso a los aludidos expositores de nuestro Derecho procesal—dice Martí Miralles—hacer muy fatigosas exploraciones por el olvidado campo de la doctrina canónica, ni emplear mucho tiempo desentrañando el alcance de las glosas, ni esfuerzos extraordinarios para cerciorarse del criterio de la jurisprudencia antigua, les habría bastado el no haber olvidado el verdadero sentido de una Ley de Partidas que algunos de ellos citan en apoyo de su errónea doctrina y para demostrar que el principio no falla jamás, sino que es regla sin excepción. Me refiero a la Ley 27, II, III que dice: «E si por aventura alguno demandasse a otro que le entregase de la tenencia de alguna cosa, e el que la tuiesse, o otro cualquier que la razonasse por suya, dixesse que gela non había porque entregar. porque es suya, o auia otro derecho en ella o otro alguno que dice que es suya aquella cosa, en tal razón como ésta, ante deue ser oyda la demanda, e librada del que demandasse la tenencia, que la del otro que demandasse el señorío.»

«Esta es la regla, pero regla que va seguida inmediatamente de la excepción, que nuestros procesalistas olvidan: «Fueras ende si aquel que demandasse el señorío de la cosa, quissiesse ante mostrar que era suyo luego, e tuiesse sus pruevas ciertas para pro-

varlo, ca entonces ante deue ser oydo e librado que el otro que demandasse la tenencia.»

«Y aún habrían podido nuestros procesalistas precisar el alcance de la excepción que nos ocupa, hasta distinguir los casos en que es aplicable de aquellos en que no lo es. Si hubiesen tenido a la vista otra Ley de Partidas interesantísima para nuestro objeto. Me refiero a la última del título X de la Partida 7.^a, cuyo epígrafe y texto conviene tener a la vista y que son como sigue:

«Como se deue librar el pleyto de la fuerza, ante que los otros pleytos que nascen sobre la cosa forzada.»

«Acaescen a las vegadas pleytos y contiendas, entre los omes, sobre las fuerzas que fazen unos a otros, de manera que aquellos a quien toman algunas de las cosas por fuerza, piden que les entreguen de la possession dellas; e las otras que las tomaron así, dizen que gelas non darán que son suyas e que han derecho en ellas, e que lo quieren provar. E por ende dezimos que quando así acaezca, que tales demandas vengan de consuno sobre una cosa, que la demanda de aquel que dice que seyendo el tenedor se la tomaron por fuerza, deue ser oyda primeramente e librada según derecho; e de si, oyan o libren las demandas de los otros, así como fuera derecho.»

«Con estos textos queda demostrado—concluye Martí Miralles—que la «exceptio domini» en materia de interdictos de despojo, no sólo fué aceptada por la Jurisprudencia canónica, sino que su doctrina pasó a formar parte del derecho secular obteniendo carta de naturaleza en el Derecho regio de Castilla.»

En apoyo de esta opinión, cita Martí Miralles el siguiente pasaje de la «Curia Filípica» de Hevia Bolaños:

«La restitución del despojo hecho por persona privada de su autoridad, o con la del juez, sin ser citado, oído y vencido por derecho el despojado, si ha de hacer sin citar al adversario, con sólo contar (aunque sea por sólo sumaria información), de que teniendo el despojado la posesión fué despojado de ella, como consta en dos leyes de la Recopilación: porque lo que de hecho se hace, de hecho es de derecho sea rescindido, como se dice en él.»

«La restitución del despojo hecho por persona privada, de su autoridad o con la del juez, sin ser citado, oído y vencido el despojado, se hace «ante omnia»: sin embargo, la oposición que haga el despojador u otro tercero, diciendo que los bienes son suyos o que tiene derecho a ellos, aunque se ofrezca a probar, y lo pruebe luego incontinenti, si no es probando por instrumento ejecutivo, porque esta exención no impide la restitución, sino que después de hecha se ha de tratar de la causa de ella, como lo dice una Ley de Partida, y su glosa gregoriana; salvo cuando el despojador reconociera al despojado de otro despojo precedente en la misma cosa, probándolo, porque entonces se ha de admitir la oposición e impi-

de la restitución del segundo despojo hasta que, vista la causa de uno y otro, se determine cuál ha de ser restituido» (34).

Doctrina que, en esencia, repite Ferrero en su «*Librería de Jueces, Abogados y Escribanos...*», etc. (35).

«De las cosas raíces se pierde igualmente la posesión por tres causas: 1) Si se despoja por fuerza de ellas al poseedor; 2) Si en su ausencia entra alguno en ellas y cuando vuelve no quiere el intruso recibirle y 3) Cuando sabe que alguno se introdujo en ellas, y no quiere ir a recuperarlas, temiendo que le eche por fuerza o no quiera admitirle; pero le queda su derecho a salvo para demandarlas, y justificada la intrusión debe ser restituido a su goce, y el intruso despojado ante todos, ya sea hecho el despojo por propia autoridad o por la del Juez sin previo citación del despojado, aunque el despojador u otro tercero haga oposición y prueba, a menos que sea con instrumento ejecutivo o que entre despojado y despojador haya reconvencción sobre otro despojo precedente en las mismas cosas, pues, probado éste, se admitirá la oposición e impedirá la restitución hasta que se decida el litigio.»

Desde el punto de vista de los derechos extranjeros Martí Miralles estima que nuestras leyes y nuestra doctrina van muy allá en orden a la afirmación del principio público en materia interdicial citando al efecto:

a) El artículo 23 del Código procesal francés el que dice: «*Les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées, dans l'année du trouble, par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible par eux ou les leurs, a titre non précaire.*»

b) El artículo 613 del Código civil holandés que dispone: «*La acción posesoria procede contra cualquiera que intente perturbar al poseedor en la posesión que disfruta, hasta contra el propietario, salvo el derecho que éste tiene para pedir la cosa. Sin embargo, cuando se trate de posesión precaria, clandestina o usurpada violentamente, el poseedor no tendrá acción contra quien fué despojado de esta manera.*»

c) El Código procesal del Ecuador, en su artículo 739, dice: «*En este juicio (de recuperación de la posesión), no se podrán alegar sino las siguientes excepciones; haber tenido la posesión de la cosa por el año inmediato anterior; haberla obtenido de un modo judicial; haber precedido otro despojo causado por el mismo actor antes de un año contado para atrás desde que le propuso la demanda; o ser falso el despojo.*»

d) El Código civil argentino, cuyos artículos 2.470, 2.473, 2.477, 2.478, 2.479 y 2.480 son del tenor siguiente:

Artículo 2.470. «*El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia y repulsar la fuerza con el empleo de*

(34) HEVIA BOLAÑOS: *Cursus Filipinas*. Parte II, pág. 28, 4, 5. edic. 1797.

(35) FERRERO: *Librería...* Parte I, cap. X, pár. V, núms. 87-88.

una fuerza suficiente, en tales casos, en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo con tal de que no exceda los límites de la propia defensa.»

Art. 2.473: «El poseedor de la cosa no puede entablar acciones posesorias si su posesión no tuviere a lo menos el tiempo de un año sin los vicios de ser precaria, violenta o clandestina.»

Art. 2.477: «La posesión no tiene necesidad de ser anual, cuando es turbada por el que no es poseedor anual y que no tiene sobre la cosa ningún derecho de posesión.»

Art. 2.478: «Para que la posesión dé acciones posesorias debe haberse adquirido sin violencia; y aunque no haya sido violenta en su principio por no haber sido turbada durante el año en que se adquirió por violencia reiterada.»

Art. 2.479: «Para que la posesión dé lugar a las acciones, debe ser pública.»

Art. 2.480: «La posesión para dar derecho a las acciones posesorias no debe ser precaria, sino a título de propietario.»

En opinión de Martí Miralles estos textos extranjeros demuestran cuán desorbitada es la doctrina española en lo que se refiere al periodo anterior a la publicación del Código civil y como es demasiado apegada a la interpretación literal de los textos de las leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881 que están en evidente desacuerdo con la doctrina de nuestro derecho histórico.

Con todos los respetos a su autoridad, creemos que no aduce una prueba concluyente fundada en textos de sus afirmaciones. El texto de las Leyes de Partidas en que fundamentalmente se apoya, o sea, el de la Ley 27, II, III, no es concluyente, pues aparte su ambigua expresión, no parece referirse a un supuesto de contradicción en el ejercicio de la acción interdictal y en cambio el otro texto de la Partida Séptima que también cita (ley última, X, VII) es terminante en cuanto a la precedencia absoluta de la acción posesoria:

Por otra parte los textos de nuestro Derecho histórico, según hemos visto en la breve exposición que le hemos dedicado, reiteran hasta la saciedad el principio de justicia pública, la repulsa de las vías de hecho, repitiendo con una constancia perfecta las sanciones de la Constitución valentiniana para quien por la fuerza trata de recuperar una cosa de su propiedad, real o supuesta.

Transportando la cuestión a nuestro derecho vigente el absoluto precepto del artículo 446 del Código civil trata de paliarlo Martí Miralles con las disposiciones del artículo 444 del mismo Cuerpo legal que en su opinión establece las excepciones clásicas. Mas ni la interpretación literal ni lógica del precepto, ni su colocación sistemática, ni sus antecedentes históricos, abonan tal conclusión.

En efecto, dicho artículo habla de actos meramente tolerados, lo que en ningún modo autoriza a pensar que contempla el supues-

to de precario (concesión graciosa y revocable de una cosa), sino a lo sumo su contrafigura del comodato (relación obligatoria que no altera la situación real o titularidad, al no transferir la posesión en el sentido clásico), al usuario o todavía mejor, a las llamadas tolerancias de uso, que no llegan ni a ser una relación jurídica obligatoria por su escasa trascendencia en el campo del derecho.

Asimismo habla de actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, lo que dejando aparte la redundancia en que incide el texto legal, no autoriza a pensar que el precepto se refiera a los supuestos de ocupación total clandestina de una cosa. Sabido es, por otra parte, que la clandestinidad, aunque se enuncia tradicionalmente como vicio posesorio, es en realidad un primer acto de la usurpación, que sólo se consolida en el supuesto de fracaso del intento de recuperación—*propria auctoritate*—del poseedor (pérdida «corpore» de la posesión) o de que éste se resigne a la ocupación clandestina y no intente siquiera restablecer el estado posesorio (pérdida «animo» de la posesión). No obstante, al referirse el precepto a actos clandestinos, parece contemplar un supuesto distinto de la clandestinidad como sinónimo de ocupación clandestina y referirse más bien a actos aislados de goce o disfrute de la cosa ejecutados clandestinamente.

En cuanto a los actos ejecutados con violencia, último supuesto preceptivo del artículo que comentamos, la redacción del precepto demuestra claramente que el legislador está contemplando verdaderamente actos aislados, pues el supuesto de violencia, por decirlo así, total, está tratado en tres artículos antes (36).

La interpretación sistemática del precepto confirma también que no está el legislador refiriéndose a los tradicionales vicios posesorios en el sentido de enervar la acción recuperatoria de la posesión, pues de ser así hubiera colocado el precepto dentro del capítulo III «De los efectos de la posesión», en el que se inserta el artículo 446 y no en el capítulo II «De la adquisición de la posesión».

Históricamente, ni los textos de nuestro Derecho abonan otra cosa, ni el Código civil italiano de 1865, cuyos artículos 688 y 689 son antecedente inmediato de nuestro artículo 44 y los 695 y 696 que lo son del artículo 446, se apartan tampoco de la interpretación que defendemos.

Para terminar el tema de legitimación activa trataremos de un problema que ha venido preocupando a la doctrina de estos últimos tiempos y que aún es objeto de jurisprudencia varia y contradictoria. Nos referimos a las acciones posesorias derivadas de relaciones arrendaticias.

En realidad, el problema comprende la doble cuestión de la determinación de la naturaleza de la relación del arrendatario con la

(36) Art. 441: «En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se creó con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de la cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente.»

cosa arrendada, si el poseedor «nomine proprio o alieno» y el relativo al de si la existencia de las acciones derivadas de la relación arrendaticia—*locati-conducti*—obstan a la concesión de las interdictales que fueran procedentes entre los mismos elementos personales de la relación.

La primera de las cuestiones referidas a nuestro Derecho tiene hoy un mero valor histórico, pues según nuestro derecho positivo, la conjugación de los artículos 430, 432 y 445 del Código civil no dejan lugar a dudas sobre el carácter de poseedor de hecho del arrendatario, ya se refiera la posesión a la totalidad de la cosa, sin perjuicio del derecho de dominio del arrendador (art. 432), ya como titular del derecho de uso y disfrute de la cosa arrendada (artículos 430, 1.543 y 1.546).

La duda, sin embargo, existió históricamente y la vemos reflejada en la consulta que se formula y contesta en el tomo VIII de la «Revista de Legislación y Jurisprudencia», correspondiente a 1856, en la que se planteaba el tema relativo a la protección interdictal de los arrendatarios. Dudaba del consultante y fundaba su duda en el texto de la ley 5, XXX, Partida III: «Labradores o yugueros o los que tienen arrendadas o alogadas cosas ajenas, como quier que ellos sean apoderados de la tenencia dellas; pero la verdadera possession es de aquellos en cuyo nombre tienen el heredamiento. E por ende, quanto tiempo quier que ellos las tuviessen assí, non ganarian el señorío de ello. Pero aquellos que tienen a feudo algund heredamiento, o han ende el vsufructo dello, o lo tienen a censo, dando cosa cierta por ello cada año, si fueren apoderados de aquellos heredamientos, ganan la posesión dellos, pero en salud, finca el señorío a sus dueños; de manera que estos atales por tal tenencia como ésta non ganaban la propiedad dellas quanto tiempo quier que las tengan.»

Aunque este texto de la Ley de Partidas sólo es concluyente en cuanto a negar a dichos sujetos (labradores, yugueros, colonos), la «*possessio ad usucapionem*», disposición consecuente a la carencia de uno de los presupuestos prescriptivos, la duda que la consulta de referencia planteaba quedó fuera de la cuestión, pues al publicarse el citado tomo de la revista en 1856, el ponente para la consulta—don Ignacio Miquel—, la resolvió en sentido afirmativo, de acuerdo con los textos de la LEC. de 1855 y el proyecto de Código civil de 1851.

Resuelta esta primera cuestión y reconocida la cualidad de poseedor de hecho del arrendatario, parece prejuzgada la cuestión segunda. No obstante la concesión de las acciones posesorias al arrendatario sigue preocupando a la doctrina (37) y no acaba de encontrar un criterio uniforme de resolución en la jurisprudencia de los Tribunales inferiores.

(37) Profundamente estudia la cuestión RODRÍGUEZ SOLANO en «Rev. Der. Privado» 1944, págs. 921 y ss: «El interdicto de recobrar y las relaciones arrendaticias.»

La cuestión se adversifica en otras varias. Rodríguez Solano las cataloga así: a) Acción del arrendador; b) Acción del locatario; c) Acción del primero contra el segundo, y d) Acción del arrendatario contra el «locator».

En realidad las tres primeras cuestiones se reducen a una y pueden resolverse por un simple silogismo de la primera figura; los interdictos posesorios sólo se confieren para proteger la posesión de hecho; es así que la posesión de hecho corresponde al arrendatario y no al arrendador; luego solamente el primero está legitimado activamente para el ejercicio de las acciones interdictales posesorias.

La cuestión no ofrece duda en nuestro derecho positivo. Aparte los artículos citados del Código civil—430, 432, 445 y concordantes—el artículo 1.560 es concluyente en el sentido de conceder al arrendatario acción directa para defenderse de las perturbaciones de mero hecho.

En cuanto a la procedencia o improcedencia de las acciones interdictales del arrendatario contra el arrendador, doctrina y jurisprudencia se muestran divididas.

Los que se oponen a la concesión de esas acciones esgrimen como argumentos principales los dos siguientes:

1. La existencia de la relación misma arrendaticia, ya que la perturbación que pueda provenir del arrendador, implicará una violación de la relación arrendaticia por su parte, y frente a ella tiene el arrendatario la «actio conducti» para hacer efectiva la obligación de aquél de asegurar el goce pacífico de la cosa arrendada (*proestare uti, frui*).

2. Implicar una colisión entre la «*possessio in ius*» del arrendador y la «*possessio in facto*» del arrendatario, colisión que no puede resolverse en un juicio interdictal en el que no caben sino pronunciamientos sobre el mero hecho posesorio.

Esta segunda objeción se resuelve por sí misma, pues precisamente no se trata en el proceso interdictal de poner en colisión ambas posesiones, y no se discuten ni rozan las cuestiones de derecho y precisamente la sentencia contiene, por imperativo del artículo 1.658 de la LEC, la fórmula de «sin perjuicio de tercero» y se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente.» Sostener opinión contraria equivaldría a resucitar la «*exceptio domini*» del Derecho canónico y su confusión de las cuestiones posesorias y petitorias.

En cuanto al obstáculo proveniente de la existencia de las acciones contractuales entre las partes, tampoco constituye un serio argumento y ello por varias razones.

a) Porque una cosa es la relación jurídica y otra la situación jurídica. La primera engendra en el arrendamiento como en los demás contratos bilaterales un juego de acciones para hacer efecti-

vas las obligaciones recíprocas. Mas la relación arrendaticia crea en el arrendatario una situación jurídica, un «status» posesorio, defendido por las acciones interdictales.

b) Porque es más rápida y eficaz y segura y, en todo caso, más adecuada a la defensa del citado estado posesorio, la acción interdictal que la «actio conducti», acción personal que exige el planteamiento de un proceso declarativo ordinario.

c) Porque, supuesto que las dos acciones condujeran al mismo fin, estaríamos en el caso de acciones concurrentes y la facultad de elección corresponde a su titular.

d) Porque históricamente se comprueba la existencia de obligaciones extracontractuales perfectamente compatibles con las que nacen de los contratos. Las agrupadas por Gayo, bajo la rúbrica de obligaciones *ex variis causarum figuris*, son típicas en este sentido. Entre ellas figuran las obligaciones nacidas de la vecindad (*actio aquae pluviae arcendae; actio finium regundorum*) de la comunidad de bienes (*communi dividundo; familiae erciscunde*) de la tutela, de la gestión de negocios, del parentesco, etc.

En los Juzgados vienen manteniéndose criterios opuestos, si bien parece predominar últimamente nuestra tesis. Citaremos la interesante sentencia dictada por el Juzgado número 12 de Madrid, de fecha 11 de enero de 1947, que en su tercer Considerando dice «que en el terreno doctrinal se oponen reparos (no propuestos en el caso de debate) a la acción de interdicto ejercitada por el arrendatario frente al arrendador, negándola en términos absolutos, porque—se dice—el primero cuenta con el contrato para hacer respetar al segundo la posesión arrendaticia, y por otro lado, posee a nombre del dueño y no puede en su virtud actuar contra éste por confusión de sujetos (litigaría consigo mismo); pero también en el plano especulativo, ofrecen débil consistencia estos argumentos, frente a otros que estimamos de más densidad lógica, a saber: a) Si el inquilino ostenta el nexo del vínculo de arrendamiento con acción personal contra el arrendador (sea o no propietario) para exigir su fiel cumplimiento (mantenimiento de la posesión, número 3, artículo 1.554 C. c.), ello no quiere decir que la consagración de tal derecho excluya necesariamente la acción interdictal en los casos de perturbación simple y de despojo, pues el arrendador, obligado más que nadie al respeto del derecho transmitido al arrendatario, sería de mejor trato jurídico que el tercero, ajeno al pacto al quedar al margen de la rapidez y eficacia inmediata del proceso sumario y especial de interdicto (una vía legal de efectivar derechos ante los Tribunales no empece a otra admitida por los ordenamientos jurídicos en cuanto expresamente no se vede); y b) No es rigurosamente exacto sostener que por el hecho de tener el locatario una posesión representativa del arrendador (art. 432 del Código civil), carece así de otra propia, puesto que en nombre propio suyo, es titular y usa (y hasta puede gozar excepcionalmente) del derecho de arrendamiento—posesión arrendaticia—que jamás le servirá por pro-

longada que sea para alcanzar la propiedad de tracto de usucapión (artículo 447 C. c.), yuxtaposición de posesiones.

Más inciertas aún se nos ofrecen las resoluciones judiciales en orden a la concesión de la acción interdicial al subarrendatario frente al arrendador, al ser lanzado aquél por virtud del ejercicio de la acción de desahucio seguido contra el arrendatario-subarrendador.

El Juzgado número 2 de Madrid dictó en 16 de noviembre de 1945 una sentencia muy comentada de la que copiamos los siguientes Considerandos:

Considerando que está probado el hecho posesorio comprendido en el artículo 430 del C. c., es suficiente conforme al artículo 446, para ejercitar la acción interdicial, ya que este precepto ampara a todo poseedor para que sea mantenido o restituído en su posesión por medio de los interdictos, por lo que es de estimar como cumplido por el demandante, como poseedor inmediato y de acuerdo con la sentencia del T. S. de 21 de noviembre de 1904 el primero de los requisitos del artículo 1.651 antes citado, sin que sea procedente, dado el carácter de estos autos, enjuiciar sobre la validez de las escrituras, base del hecho de la posesión, porque de ello se derivarían pronunciamientos acerca del derecho a poseer a lo que no hace referencia el artículo 446 y que la ley procesal, en su artículo 1.658, reserva para juicio distinto del interdicto.

Considerando que alegado por el demandante como hecho constitutivo de despojo de la posesión el lanzamiento llevado a cabo por el Juzgado Municipal de los de esta capital, de la indicada tienda, cuya posesión se reclama en este interdicto, diligencia que se practicó a instancia de los demandados en ejecución de sentencia dictada en juicio de desahucio instado por éstos contra la Sociedad, se hace preciso enjuiciar si la ejecución de tal sentencia tiene el carácter de expoliación para quien no fué parte en los autos.

Considerando que es principio de derecho recogido en reiteradas sentencias del T. S. como las de 13 de junio de 1928 y 2 de febrero de 1929, por no citar más que las más modernas, que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio y de este principio jurídico se deriva la consecuencia, también declarada por el T. S. (sentencias de 22 de octubre de 1887 y 22 de diciembre de 1910) de que la sentencia dictada en un pleito no perjudica por lo general al que no ha litigado, salvo los casos que expresamente determina la ley, sin que los derechos del que no ha sido parte dejen de subsistir, no obstante el fallo que, al parecer, los contradice y niega, por lo cual viene la sentencia a resultar inoperante para el tercero.

Considerando que esta hermenéutica está fortalecida por los preceptos de la ley procesal que atañen al caso debatido en estos autos como son el 1.599 y 926, ya que el primero no autoriza más que al lanzamiento del inquilino o colono que, naturalmente, han sido los contendientes con el arrendador en el juicio, y el segundo

que preceptúa que, cuando en virtud de la sentencia deba entregarse al que ganó el pleito alguna cosa inmueble, se procederá a ponerlo en posesión de la misma; pero este precepto es aplicable sólo cuando la cosa está en poder del condenado a entregarla como ha declarado el T. S. en muchas sentencias, desde la de 29 de diciembre de 1893 a la de 5 de mayo de 1917, pues si la tiene en posesión otro, el poseedor no puede ser desposeído sin antes ser vencido y oído en juicio (sentencia de 15 de febrero de 1901); y el que ganó la ejecutoria tendrá que acogerse para pedir la ejecución de la sentencia a lo dispuesto en el último párrafo del indicado artículo 926 (sentencia de 10 de junio de 1914).

Considerando que por los fundamentos dichos hay que calificar como acto de despojo realizado por los demandados el instar y conseguir en el procedimiento rogado de ejecución de sentencia el lanzamiento del demandante del local que ocupaba, pues la privación forzosa de la posesión, sin precepto legal que la autorice, no puede estimarse como incluida en el orden jurídico.

Considerando que cumplidos los dos requisitos que el artículo 1.651 de la LEC. exige para que se dé lugar al interdicto de recobrar la posesión procede dictar el fallo con los pronunciamientos señalados en el artículo 1.658 de la citada ley, omitiendo la devolución de frutos por no haber sido objeto de petición en la súplica de la demanda. «El fallo de la sentencia declaró haber lugar al interdicto de recobrar.» Dicha sentencia fué revocada por la de la Audiencia de Madrid de 16 de diciembre de 1946, basándose en que los actos o motivos jurídicos no son acto de despojo y en la falta de legitimación del actor que es el punto que aquí particularmente nos interesa. A este efecto dice un Considerando de dicha sentencia lo siguiente: Considerando que el interdicto de recobrar la posesión, presupone dos hechos fundamentales: un poseedor y un despojante; una tenencia de la cosa y un acto de despojo, tan esenciales y unidos entre sí que la falta de uno impide el nacimiento de la acción interdictal y así como no en toda tenencia o posesión material de la cosa, puede fundarse interdicto ya que es necesaria la posesión de buena fe y con título más o menos eficaz en derecho, porque los Tribunales no pueden amparar posesiones clandestinas, toleradas o violentas, de igual manera no toda perturbación o despojo puede servir de base a aquel juicio posesorio, etc.

Si los fundamentos de la sentencia del Juzgado número 2, con vista al derecho vigente en materia de arrendamientos urbanos en la época en que se dictó son discutibles, los que desde luego no pueden aceptarse—en tema de legitimación activa interdictal—son los de la Audiencia, en el sentido de que sea necesaria la posesión de buena fe con título más o menos eficaz en derecho (?).

Hoy, después de la regulación de subarrendos, consentidos en el capítulo III de la ley de 31 de diciembre de 1946 sobre arrendamientos urbanos, y de las disposiciones transitorias segunda a séptima de dicha ley, en orden a los supuestamente tolerados de fecha

anterior en seis meses a la de 1 de octubre de 1946 a que dichas disposiciones amparan, no es dudoso que la doctrina antes expuesta en orden al arrendatario sea aplicable a los subarrendatarios y por consiguiente tengan éstos también los interdictos posesorios.

C) *Legitimación pasiva.*

Según Prieto Castro, sólo está legitimado pasivamente quien haya ejecutado por propia decisión el acto atentatorio a la posesión o lo haya mandado ejecutar, aunque el beneficio no sea para él, y no la persona que haya sido mero instrumento de la inquietación o perturbación. Persiguen estos principios facilitar el juicio evitando al demandante complicadas averiguaciones.

El artículo 1.652 no excluye que se halle legitimado pasivamente el sucesor a título universal del perturbador o despojante; antes bien, esta legitimación resulta del artículo 659 del Código civil y a ello se opone el 442 del mismo texto legal.

Mayores dificultades ofrece el problema de la legitimación pasiva en caso de sucesión a título singular, hereditario o de otra clase, y que ya se vió no existía en cuanto a la activa. A la vista del precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se examina, la acción posesoria parece asumir carácter personal, pero ello no puede oponerse a la legitimación pasiva del sucesor singular del despojante «*spolii conscius*», que es la doctrina canónica (para la que la acción tiene carácter real) recogida en nuestro derecho histórico (38).

Este precepto aparece también recogido en nuestro Código de las Partidas (39).

Por el contrario, no parece que pueda dirigirse la acción contra el sucesor a título singular adquirente de buena fe, a diferencia del criterio seguido por el Código portugués que autoriza en su artículo 504 a ejercitar la acción de restitución intentándola «no sólo contra el despojante, sino contra sus herederos y representantes o contra tercero a quien se hubiere transferido la cosa por cualquier título. En nuestro Derecho la acción deberá dirigirse contra el causante del acto de perturbación o despojo, si bien, sus efectos se extenderán a los que de él traigan causa; pero claro está

(38) LEONARDO PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, vol. II, pág. 79.

(39) Forçado seyendo algund ome de cosa que quissiesse después demandar en juizio, en su exigencia es de fazer esta demanda aquel que la fallaren o al otro que la forço por sí, o mandó a otro forçarla o a aquel que la recibió del que sauia la auia forçado. Otro si dezemos que si alguno temiendo que le demandare en juizio alguno cosa que tiene la enajenare a otro más poderoso que sí, o que sea de otro fuero, por fazer más trabajar al que entiende que le quiere mouer pleyto sobre ella que puede el demandado demandar al que la touiere. Otrosí puede demandar al que la enajenó quanto daño le vino por aquel enajenamiento. Pero si non quisier fazer la demanda a aquel que tiene la cosa, bien puede demandar la valia della a aquel que la enajenó. Mas después que este previo que diximos, lleuare del enajenador, non puede después demandar al que la cosa tiene. Código de las Partidas: ley 30. tit. II. Partida III.

que si la posición del primer despojante es inatacable por vía interdictal por haber transcurrido el plazo legal de un año y un día, no podrá ejercitarse la acción recuperatoria contra el adquirente de buena fe, aunque sus actos sean de fecha reciente.

Por último, un problema relacionado con el de la legitimación pasiva es el planteado por Manresa en sus *Comentarios* de si además de la acción interdictal, cabe la acción criminal contra el despojante, en todo caso. Cuestión es esta que fué tratada en el volumen I de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, donde se aborda por dos veces este tema del entonces llamado interdicto de despojo.

Examinaba el autor estos artículos publicados en la citada revista, que no era otro que el propio Manresa, las relaciones de este interdicto con el proceso criminal en el Código penal de 1848, en su artículo 441, «caso de usurpación de cosa mueble o de derecho real de ajena pertenencia» ya que este Código prescindía del requisito de la violencia que luego ha vuelto a exigirse en el de 1870 y posteriores. Comentando este autor otros artículos publicados en el *Foro Español* (revista que dejó de publicarse en 1850) a consecuencia de una cuestión entre un alcalde y un juez de primera instancia del mismo Partido de la provincia de Burgos resuelta por la Audiencia de dicha capital, llegaba Manresa a la conclusión de que no todo interdicto de despojo llevaba consigo necesariamente una usurpación criminal, pues el artículo 441 del Código penal de 1848 definía este delito como el que existía «cuando se usurpaba cosa inmueble o derecho real de «ajena pertenencia»; esta pertenencia no es posesión, sino propiedad; por consiguiente, para que exista responsabilidad criminal no basta que haya despojado, sino que es necesario que la cosa sea de ajena pertenencia. Con la legislación penal vigente, la cuestión no ofrece la mayor duda: la acción interdictal es más lata que la criminal, caso de usurpación, y, por lo tanto, siempre que se comete este delito hay despojo, pero no al contrario.