

Una relección sobre la posesión

JUAN B. JORDANO BAREA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO

Introducción.

1. Concepto de la posesión.

Definiciones del Digesto, Partidas, Proyecto de Código civil de 1851 y Código civil vigente. Concepto técnico-jurídico adoptado. Ambito del mismo.

2. Estructura de la posesión.

El *corpus* y el *animus* (*dominii vel rem sibi habendi*) como elementos estructurales de la posesión y de la detentación. «Posesión natural» *corpore solo*, «posesión civil» *animo solo* (posesión incorporal del despojado) y posesión llamada «civilísima». Superación de la concepción antropomórfica de la posesión. El verdadero factor o elemento estructural de la misma: el poder o disponibilidad *de facto*, en sentido social, sobre las cosas. Aspectos generales y concretos de dicho poder.

3. Función de la posesión.

Las tres funciones o efectos principales del fenómeno posesorio: A) tutela jurídica de la posesión. Sus consecuencias: 1.º Ejercicio de las acciones posesorias. 2.º Eficacia de la sentencia recaída en el juicio posesorio. B) La posesión como instrumento de publicidad: 1.º Función legitimadora. 2.º Función de protección de la seguridad del tráfico jurídico mobiliario. C) La posibilidad de su conversión en un *ius in re aliena* mediante la usucapión.

4. Fundamento de la protección posesoria.

Concepto. Teorías acerca de dicho fundamento: A) Teorías absolutas: 1.ª Teoría de la personalidad. 2.ª Teoría de la voluntad. 3.ª Teoría de la continuidad o del mantenimiento del *status quo*. B) Teorías relativas: 1.ª Teoría de la prohibición de la violencia. 2.ª Teoría del vencimiento justificado. 3.ª Teoría de la prerrogativa de probidad. 4.ª Teoría de la propiedad en gestación. 5.ª Teoría de la exteriorización o visibilidad de la propiedad. Conclusión: el principio general de protección de la apariencia aplicado a los derechos de cosas y la interdicción de la violencia, en aras de la *securitas*.

5. Naturaleza jurídica de la posesión.

«Naturaleza de la naturaleza jurídica». Doctrinas: 1.^a Teoría empírica o de la posesión como simple hecho. 2.^a Teoría jurídica o de la posesión como derecho. 3.^a Teoría mixta o de la posesión como hecho y como derecho. 4.^a Teoría de la posesión como apariencia de derecho provisional sobre las cosas. Conclusión: «ser» y «parecer»; apariencia de derecho y realidad jurídica.

INTRODUCCION

La posesión es un tema de *apicibus iuris civilis*: tiene fama de ser uno de los más difíciles y controvertidos de nuestra disciplina. Por eso Ihering consideraba a la posesión como «el juguete que el hada del Derecho ha puesto en la cuna de la doctrina».

En esta relección (*re-lectio*: una lección revisada, repetida con algo de más atención y cuidado) vamos a jugar con la vieja *possessio*, intentando descubrir su auténtica clave. Esa que un viejo y cínico profesor de nuestra asignatura no acertaba a encontrar cuando, desenfadadamente, decía: «Llevo más de treinta años explicando qué sea la posesión y otros tantos defendiendo como abogado (unas veces como actor y otras como demandado) interdictos de recobrar y de retener la posesión... ¡Y todavía no sé qué c... es la posesión!».

Yo, modestamente, a estas alturas de mi vida profesional como catedrático y abogado, sí creo saber lo que es la posesión. Aquí me propongo recordar cómo suelo explicar a mis alumnos, lo más sencilla y claramente posible, la primera lección de la posesión: su concepto, estructura, función, fundamento y naturaleza. Espero con esta *re-lectio prima de possessione* contribuir con un rayito de luz a iluminar tan alto y complejo edificio cual es el de la posesión, construido en nuestro Código civil con elementos tan dispares: unos procedentes del Derecho de Roma, como los artículos 430 a 434 y 451 y siguientes; otros del Derecho de los pueblos germánicos, como los artículos 440, 448, 460.4 y 464; otros, en fin, son huella del Derecho canónico, como —aparte de la regla *mala fides superveniens nocet* (art. 435)— la posibilidad de posesión de los derechos que el artículo 430 reconoce, en paridad con la posesión de las cosas y no cual mera «cuasiposesión», y el derecho de todo poseedor a ser respetado en su posesión, según el artículo 446, en relación con los artículos 1.651 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que extiende hasta cualquier detentador la protección posesoria por medio de los interdictos, no sólo de recobrar, sino también de retener la posesión.

La referida construcción, hecha con materiales de tan diversa procedencia, semeja a la de la Mezquita de mi Córdoba natal, donde hay capiteles, fustes y basas de columnas de la antigua Iglesia bizantina de San Vicente, todavía reconocibles a través de las cruces desmochadas en los primeros a golpe de cincel por los artífices árabes, pero habilidosamente ensamblados dichos elementos por estos últimos con ladrillos y argamasa, hasta labrar el originalísimo arco —o los diver-

sos arcos superpuestos y entrelazados— de herradura, sostén de la techumbre plana con vigas de madera, al no utilizarse en el mundo musulmán la bóveda de medio cañón.

La diferencia está en que la Mezquita de mi tierra resulta un edificio armonioso y conjuntado, mientras que la posesión en el Código civil es una construcción desconcertada y desconcertante.

Trataremos en los párrafos que siguen de buscarle sentido y figura al *puzzle* o rompecabezas de los artículos 430 y siguientes de nuestro Código.

1. CONCEPTO DE LA POSESION

Para trazar el concepto de posesión, bueno será empezar transcribiendo el célebre pasaje del Digesto 41, 2, 1 (*Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum*):

«*Possessio appellata est, ut Labeo ait, a sedibus [a pedis sedibus, según H. Cannegieter] quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχη dicunt*». («Como dice Labeón, la palabra “posesión” viene de “sede”, como si dijera “posición”, porque la tiene naturalmente el que se instala en ella, lo que los Griegos llaman *katoche* o “retención”», es la versión castellana del profesor D’Ors y colaboradores).

Las Partidas afirmaban que «posesión tanto quiere decir como ponimiento de piés», añadiendo que «es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo, e del entendimiento» (P. III, tít. XXX, ley I).

Según el Proyecto del Código civil de 1851, «la posesión es la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueños, ó por otro en nuestro nombre» (art. 425).

Nuestro Código civil, en su artículo 430, dice que «posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos».

Definición que, a nuestro juicio, trata de recoger y compaginar las distintas y opuestas concepciones doctrinales de Ihering y Savigny, tan en boga cuando se procedía a la codificación europea. Otros, en cambio, como Sánchez Román, Valverde, Clemente de Diego y hoy Cuesta Sáenz, siguiendo a Bártolo, Cujacio y Pothier, creen que la «posesión civil» del artículo 430 del Código civil es la posesión con justo título o *iusta acquisitionis causa*, pero el Código, evidentemente, se ha apartado de este pensamiento, ya que el justo título sólo lo requiera para la prescripción adquisitiva ordinaria (*cfr.* arts. 1952 y ss.).

Desde el punto de vista técnico-jurídico, sobresalen las definiciones del Código civil italiano de 1942 y del portugués de 1966.

A tenor del artículo 1.140-1 del primero, «*il possesso é il potere sulla cosa che si manifesta in un’attività corrispondente all’esercizio della proprietà o di altro diritto reale*».

Noción que, casi con los mismos términos, repite el artículo 1.251 del segundo Código: «*Posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real.*»

Por mi parte, definiría la posesión como apariencia provisional de titularidad jurídica real, como un “equivalente jurídico” interino de la misma. Es signo, imagen o visibilidad puramente exteriores de un derecho real, como su reflejo o brillo, con independencia de si se tiene o no.

Esta apariencia de un poder sobre las cosas del mundo exterior, abstracción hecha de la existencia de una titularidad jurídico-real, es provisionalmente protegida por el Derecho en tanto no se pruebe su falta de adecuación con la realidad jurídica.

Hace ya muchos años, desde el curso académico 1953-54, vengo explicando a mis alumnos la posesión dentro de la teoría general de los derechos reales, junto al Registro inmobiliario, concebidos ambos como instrumentos de publicidad. La conexión de la posesión con la apariencia y la publicidad de los derechos de cosas me parece absolutamente necesaria para su adecuado entendimiento.

Sobre esa idea central o idea-madre de la posesión como apariencia de derecho real tendremos ocasión, machaconamente, de volver más adelante.

De momento, basta con decir que la apariencia provisional de derecho en que la posesión consiste se ciñe al campo de los derechos de cosas (propiedad, usufructo, uso, habitación, ciertas servidumbres, censo enfiteútico, superficie, prenda, anticresis) o de algunas relaciones obligatorias (arrendamiento, transporte, comodato, depósito) que, en definitiva, recaigan sobre las cosas del mundo exterior y que permitan un ejercicio *de facto* con cierta estabilidad o duración, semejante a la de los derechos reales. Aquí habría que incluir al precario, que si bien propiamente no es un contrato próximo al comodato (*vid.* art. 1.750 del Código civil) por la facultad *discrecional* del propietario de proceder a su revocación (*cfr.* art. 1.256 del Código civil), sino una simple situación posesoria subordinada (contemplada en los arts. 444 del Código civil, desde el punto de vista sustantivo, y 1.565-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el ángulo visual adjetivo o procesal), de hecho la concesión del *precario dans* suele mantenerse en el tiempo.

Según pone muy claramente de relieve el profesor Martín Pérez, como la posesión no supone necesariamente correspondencia plena con el derecho, sino correspondencia, cual situación de hecho, con su ejercicio, no se precisa valorar ni se reflejan en el campo posesorio los elementos estructurales del derecho subjetivo que determinan su catalogación en clases o tipos, como son los de derecho real y derecho de crédito: posee tanto el que tiene de verdad un derecho real (por ejemplo, de propiedad o usufructo) como quien, sin tenerlo, parece que lo tiene, por ejercitar de hecho un poder sobre la cosa, bien sin fundamento jurídico alguno o bien por ser titular de un derecho de tipo obligacional (por ejemplo, el arrendatario o el comodatario),

porque en tema de posesión se prescinde o abstrae por completo de la titularidad jurídica real.

Pero no cabría extender la posesión en sentido técnico más allá del ámbito que le es propio y que deriva de su *sedes materiae* (arts. 430 y ss. situados en el Libro II del Código, que trata de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones). Ciertamente es que el Código civil habla de «posesión del crédito» (derecho personal) en el artículo 1.164, o de «posesión de estado» en las relaciones familiares (arts. 113, 131-133, 135, 137 y 140), pero en un sentido lato y amplio, equivalente a una situación de apariencia jurídica no típicamente posesoria. Sacar a la posesión de su específico campo de acción supone desnaturalizarla: cuando se habla de la posesión de un crédito, de la posesión de estado de hijo o de cónyuge, etcétera, hay que pensar en la tutela posesoria, que, evidentemente, no puede darse en esos supuestos. Diversa será la hipótesis de la posesión del título de una acción social al portador, porque aquí el documento o título-valor, con el derecho a él incorporado, funciona como un documento-cosa, que sí es susceptible de posesión en sentido técnico y de la consiguiente tutela. Pero, por ejemplo, la famosa sentencia de 9 de enero de 1932 del Juzgado de Primera Instancia madrileño del Distrito de La Latina cometió un error y un abuso lamentables, al estimar una demanda de interdicto de recobrar la posesión, interpuesta por el Presidente y Vocales del Consejo de Administración de «Touring Club Español» para la reposición en sus cargos, de los que habían sido depuestos.

2. ESTRUCTURA DE LA POSESION

Desde Savigny, y con base en las fuentes romanas, se viene repitiendo que en la posesión concurren dos elementos estructurales: el *corpus* y el *animus*; el primero material, aunque no sustanciado siempre en el contacto físico ni bastando éste, y el segundo espiritual o intencional, que Savigny identificaba con el *animus domini* y otros con el *animus rem sibi habendi vel possidendi*. Sumados ambos elementos, integran la posesión; si sólo se diera el primero (*corpus*), habría simple detentación.

La posesión respondería a la fórmula $p = c + a$, siendo c el *corpus* y a el *animus*; la detentación, en cambio, estaría representada por la fórmula $d = c$.

La teoría de Savigny tropezó con la dificultad de ciertos detentadores, como el acreedor pignoraticio, el precarista y el secuestratario, que no obstante carecer del *animus domini*, gozaban en Roma de tutela interdictal.

Ihering creyó suficiente para la posesión el solo *corpus*, que a su modo de ver lleva siempre ínsita cierta intención de poseer. Su fórmula sería, pues, $p = c$; la detentación no protegida respondería a la fórmula $d = c - x$, siendo x un factor puramente negativo derivado

del ordenamiento jurídico romano, que por motivos prácticos negaba protección interdictal a ciertos supuestos (usufructuario, usuario, arrendatario, depositario y comodatario), y que por ello se convertían en simples detentadores.

Ya anticipamos que nuestro Código civil parece integrar ambas conocidas doctrinas en el artículo 430 bajo las clases o especies de «posesión natural» y «posesión civil», a las que, por cierto, concede, en todo caso, igual efecto o consecuencia: la protección interdictal, según el artículo 446 del Código civil en relación con los artículos 1.651 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo así una distinción sin ninguna diferencia *quoad effectum*, que es lo que realmente interesa desde el punto de vista práctico-jurídico.

Pero sin negar la base romanista del binomio *corpus + animus* (discutible, por lo demás, desde la perspectiva del Derecho clásico), que en el fondo significa una concepción antropomórfica del fenómeno posesorio (como, por otra parte, se da por ejemplo en tema de costumbre, domicilio u ocupación), enseguida podemos comprobar que cabe: 1.º una «posesión natural» *corpore solo* (art. 430.1), protegida por los interdictos (art. 446); 2.º una «posesión civil» *animo solo*, inmaterial o incorporeal, la del despojado dentro del año siguiente al despojo (art. 460.4), igualmente protegida; y 3.º hasta una «posesión civilísima», la del heredero, que opera automáticamente, por ministerio de la ley, sin necesidad de material aprehensión de los bienes hereditarios, es decir, *sine corpore*, según la interpretación jurisprudencial del artículo 440 del Código civil (*vid.*, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1947, 9 de junio de 1964 y 29 de mayo de 1980).

Luego podemos prescindir del *corpus* y del *animus*, pues son factores o elementos que juegan o pueden jugar a veces separadamente, como ya observaron los jurisconsultos romanos (D. L. 41, T. 2, f. 3, párrafos 7 y 8 *in fine*, y f. 17, *ad exemplum*).

El verdadero factor o elemento estructural de la posesión, su auténtico meollo, es el poder o señorío de hecho sobre las cosas, entendido como disponibilidad *de facto*, en sentido social, sobre las mismas. Endemann habla de «una relación con la cosa digna, según la conciencia social, de la tutela posesoria». Como afirma Wolff, «el señorío de hecho es lo que aparece como tal ante la conciencia común. La conciencia popular —agrega— es decisiva a los fines de determinar la existencia de la posesión». El efectivo poder —dice Westermann, siguiendo a Kipp y Goldschmidt— es un concepto elemental de la conciencia común que no se puede determinar más detalladamente.

Para acabar de configurar *in genere* el poder o señorío de hecho del poseedor, médula del fenómeno posesorio, conviene tener muy en cuenta el punto de vista económico, tan destacado por Saleilles, cuando afirmaba que la posesión es la apropiación económica de las cosas, sin relación alguna con la posible existencia de un determinado derecho sobre las mismas.

Seguidamente vamos a intentar descubrir aspectos más concretos

del factor o elemento clave de la estructura de la posesión: el «poder del poseedor», como poder de hecho o disponibilidad *de facto*, en sentido social, según la conciencia común o general apreciación de las gentes que integran el grupo de convivencia humana.

Nuestro Código civil no es ajeno a este concepto. En primer lugar, lo encontramos en el artículo 460.4: la posesión *incorporal* del despojado dentro del año siguiente al despojo involuntario únicamente se puede explicar por la conservación de ese poder, según la conciencia común del grupo social. Así se va decantando en diversos Fueros hispánicos: el plazo de «año y día» fijado en ellos para la pérdida de la posesión es fruto, sin duda alguna, de la general apreciación de los habitantes de esos territorios aforados.

Más claro aún es el caso contemplado en el artículo 461: «La posesión de una cosa mueble —pensemos en el portafolios, la estilográfica o el paraguas olvidado en cualquier lugar— no se entiende perdida *mientras se halla bajo el poder del poseedor*, aunque éste ignore accidentalmente su paradero». Aquí falta el *animus* y hasta el *corpus*, entendido en un sentido material o de contacto físico. Es preferible hablar, como hace el Código, de «poder del poseedor», en sentido social, como disponibilidad *de facto*, según la conciencia común o general. El mismo poder que, por ejemplo, conservamos sobre el coche aparcado en la calle, o sobre el chalet adonde sólo vamos los fines de semana o en vacaciones, o el que conserva el bañista sobre la ropa dejada en la playa y el viajero sobre sus maletas colocadas en el departamento mientras está en el coche-restaurante.

Tal poder de hecho del poseedor varía según la naturaleza del objeto sobre el que recae: y así «los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder», dice el artículo 465 del Código civil. Ahora, en este caso, el poder de que venimos hablando es un poder *físico*: hay que dominar materialmente al animal fiero (el león enjaulado o el chimpancé encadenado). En cambio, sigue diciendo el mismo precepto, «los [animales] domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor». Estos animales los poseemos de otra manera, incluso a distancia, como a la gata que se encuentra sobre el tejado durante una aventura amorosa o al perro que hemos dejado salir a dar una vuelta higiénica por la manzana de nuestro barrio. Nadie entendería que perdemos su posesión o señorío de hecho.

Por último, el mismo poder del poseedor, como factor estructural decisivo, lo encontramos en la llamada «posesión civilísima» del heredero, conforme al artículo 440, en su interpretación jurisprudencial y doctrinal, a la luz de la historia. Pues, al parecer, tiene su base en la antigua *saisine* o investidura del Derecho francés consuetudinario, de origen germánico: «El muerto inviste al vivo» en la posesión de los bienes hereditarios sin necesidad de aprehenderlos materialmente, también por la convicción o conciencia social del pueblo, que así lo venía sancionando mediante la costumbre, en virtud del *consensus communitalis*, costumbre después convertida en norma legal escrita.

3. FUNCION DE LA POSESION

Tres son las funciones o los efectos principales que el fenómeno posesorio despliega: A) su especial forma de tutela jurídica (los interdictos de retener y de recobrar la posesión y la llamada acción publiciana); B) una función de publicidad; y C) la posibilidad de su conversión en dominio o en el derecho real de que sea manifestación exterior mediante la usucapión.

A) Por lo que se refiere a la primera de esas funciones, hay que estar al juego combinado de los artículos 441, 444 y 446 del Código civil.

Conforme al primero, «en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello». Se excluye así la autotutela, y los actos ejecutados con violencia «no afectan a la posesión» (art. 444), de tal manera que «el que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente» (art. 441.2 del Código civil y arts. 337 y 517 del Código penal).

Según el artículo 446 del Código civil, «todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen» (arts. 1.651-1.662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

De todos esos preceptos acabados de citar se deducen las siguientes consecuencias:

1.^a Todo poseedor o tenedor que se comporte respecto de una cosa de manera tal que ejerza un poder o señorío sobre ella, aunque en realidad carezca de un genuino derecho sobre la misma (*ius possidendi*), tiene el de ser amparado (el llamado *ius possessionis*), frente a cualquier perturbación o despojo proveniente de un tercero, sin necesidad de alegar ni probar que es dueño o que tiene derecho sobre la cosa, sino simplemente que él, o su causante *mortis causa*, se encontraba en la posesión o tenencia de la misma.

2.^a El ejercicio de la acción de mantenimiento de la posesión (interdicto de retener) o la de reintegración posesoria (interdicto de recobrar) es «sin perjuicio de tercero» y deja impregunada la cuestión sobre la propiedad o la titularidad jurídico-real (posible ejercicio ulterior de las acciones reivindicatoria, declarativa de la propiedad, confesoria y negatoria de servidumbre, etc.) o la «posesión definitiva» (posibilidad de ejercitar la llamada acción publiciana), acción que, en caso de admitirse su subsistencia autónoma (arg. *ex* arts. 445 y 1.947 del Código civil y 1.658-3 y 2.064 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1931 y 20 de febrero de 1962; en contra: sentencias del mismo Tribunal de 21 de enero de 1941 y 13 de enero de 1984, al considerarla embebida dentro de la acción reivindicatoria, siendo una especie de reivindicatoria *relativa*, según resulta del art. 1.252 del Código civil, basada en un «mejor derecho a poseer» del actor frente al demandado), tampo-

co produciría la cosa juzgada material cuando se ejercita como acción principal, no —obviamente— cuando se articula como acción subsidiaria de la reivindicatoria, y ésta es desestimada.

B) Además del efecto o función de la tutela provisional, la posesión es instrumento de publicidad, paralelamente, junto al Registro de la Propiedad (arts. 38 y 34, fundamentalmente, de la Ley Hipotecaria), en un doble aspecto:

1.º La posesión desarrolla una función legitimadora, en cuya virtud «el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo» (art. 448 del Código civil).

2.º En determinadas condiciones o requisitos, los terceros adquirentes (de buena fe y a título oneroso, por el principio *qui certat de danno vitando* [dominus] *antependendus est qui certat de lucro captando* [accipiens], y también por la prohibición de la donación de bienes futuros, cuales son los bienes de ajena pertenencia —que provoca la nulidad de pleno derecho de aquélla en virtud del art. 6.3 en relación con el art. 635 del Código civil—), pueden resultar protegidos y ser mantenidos en su adquisición conforme al artículo 464 del Código civil, en su interpretación llamada germanista, siguiendo la cual la máxima «la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título», supone la irreivindicabilidad de los mismos, excepto en los casos de pérdida, robo o hurto, pero no en los de abuso de confianza o apropiación indebida, y una adquisición *a non domino* por vía de rebote o consecuencia de la *negatio actionis* (acción reivindicatoria).

C) Finalmente, la tercera de las funciones o efectos principales de la posesión es la posibilidad de su conversión en dominio o en el derecho real de que sea exteriorización o visibilidad mediante la *usucapio* o prescripción adquisitiva, sobre la base siempre de una posesión en concepto de dueño o de titular del derecho (arts. 432, 447 y 1.941 del Código civil), bien en su modalidad de usucapión extraordinaria, en la que no se precisa de título alguno ni de buena fe (arts. 537, 1.955-2 y 1.959 del Código civil), bien en la modalidad de usucapión ordinaria, que requiere buena fe, tratándose de bienes muebles (art. 1.955-1 del Código civil), o justo título y buena fe, tratándose de bienes inmuebles (art. 1.957 del Código civil).

De esta suerte, merced al instituto de la usucapión, la apariencia posesoria interina se transforma en realidad jurídica definitiva.

4. FUNDAMENTO DE LA PROTECCION POSESORIA

Preguntarse por el fundamento de la posesión es tanto como indagar su *ratio essendi*, el por qué y para qué trascendental que la aclare de una vez y para siempre; la forma o formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce. El fundamento de un instituto jurídico, en fin, persigue un ideal científico, que es su intelección ge-

nética; esto es, la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución determinada. Comprensión que se logra mostrando cómo un instituto cualquiera no es sino implicación y consecuencia de alguna forma de valor primitiva (Lois Estévez).

Es clásica la obra de Ihering sobre el fundamento de la protección posesoria, donde al inicio sugiere que dicha protección puede resultar a primera vista algo extraño y contradictorio: la tutela de la posesión de quien se apodera ilícitamente de una cosa (por ejemplo, el ladrón), y la desprotección del propietario que reacciona por las vías de hecho frente a quien está poseyendo una cosa suya en contra de su voluntad.

Ihering clasificó las diversas teorías existentes al respecto en dos grandes grupos: A) Teorías absolutas; y B) Teorías relativas. Las primeras intentan justificar a la posesión en sí misma considerada (autónomamente); las segundas, acudiendo a otras ideas o instituciones (heterónomamente). El esquema sigue teniendo validez actual porque las opiniones expuestas con posterioridad son meras variantes de las analizadas en su tiempo por el gran jurista alemán.

A) Teorías absolutas

1. *Teoría de la personalidad*

La primera protección que reciben los derechos sobre las cosas se da históricamente en cuanto que son manifestación o proyección de la personalidad humana. En esta línea de pensamiento, Windscheid y Ferrini consideraban que la tutela posesoria deriva primariamente de la protección de la personalidad del poseedor.

Podría ser así desde el punto de vista histórico, pero nos parece que hoy no es ésta «la llave que abre la cerradura del ordenamiento jurídico de la tutela posesoria», como diría Heck.

2. *Teoría de la voluntad*

Según Gans, Puchta y Bruns, se protege a la posesión por ser ésta encarnación de la voluntad de quien posee. La voluntad posesoria, en sí misma, es un elemento sustancial que reclama protección.

Habiendo nosotros estructurado el fenómeno posesorio al margen del *corpus* y del *animus possidendi*, cifrándolo en el solo poder *de facto* objetivo del poseedor, no podemos, lógicamente, compartir esta doctrina.

3. *Teoría de la continuidad o del mantenimiento del status quo*

Para Stahl y Heck, la razón por la que se protege al poseedor estribará en la necesidad de que la vida jurídica tenga continuidad, que por sí mismo es un bien o valor digno de protección, con indepen-

dencia de que tras de la situación *de facto* exista o no un derecho subjetivo: todo ataque arbitrario al *status quo* es un daño a un interés vital y socialmente necesario. La protección interdictal está construida pensando en la idea de la continuidad que merece mantenerse, haciendo abstracción, por el momento, de a quién corresponde el derecho a poseer (*ius possidendi*); derivaría de «la conveniencia de conservar la continuidad en las relaciones de la vida», como dice la exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944.

Idea ésta que nos parece feliz como punto de partida, pero que —a nuestro modo de ver— necesita ser completada con el principio de protección a la apariencia jurídica.

B) Teorías relativas

1. Teoría de la prohibición de la violencia

Para Savigny, y tras de él Rudorff, entre otros, la tutela posesoria, fundamentalmente, se explica por la idea de que hay que evitar la violencia para conservar la paz jurídica o el orden público constituido. A esta concepción parecerían responder los artículos 441 y 444 del Código civil y 337 y 517 del Código penal. Y, según la exposición de motivos de la ya citada Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, la *possessio ad interdicta* deriva de «la necesidad de mantener la paz pública».

Mas, ¿por qué se prohíbe, en definitiva, la violencia o la autotutela, el tomarse la justicia por su propia mano?

Falta decir, según creemos, que se proscribe la violencia porque se protege provisoriamente la mera apariencia jurídica, en aras de la seguridad.

2. Teoría del vencimiento justificado

Thibaut basa la tutela posesoria en el principio de que nadie puede vencer a otro sin motivos justificados y preponderantes para fundar su derecho. De acuerdo con esta regla o principio, todo el que ejerce de hecho un derecho debe ser mantenido en ese estado *de facto* hasta que otro haya demostrado tener un mejor derecho.

La teoría de Thibaut se detiene en el umbral mismo de la doctrina de la *apparentia iuris*, pero sin penetrar en ella.

3. Teoría de la prerrogativa de probidad

Según esta doctrina, hay que presumir que el poseedor es propietario o titular del derecho por imponerle así la normal probidad de

las personas (Roeder, Arens). Presumiéndose que todo hombre debe ser considerado como probo y honrado mientras no se demuestre lo contrario, se deduce que la relación que ha establecido con la cosa se halla conforme a lo querido por el ordenamiento. Se presumirá que el poseedor tiene un derecho o título para establecer la relación posesoria.

Juicio de valor a que ciertamente respondería el artículo 448 del Código civil (que podría explicarse también por otros cauces: legitimación extraordinaria o aparente, fundada en la posesión a título de dueño), pero que en el fondo deja sin explicar el fundamental artículo 446 del Código civil.

4. *Teoría de la propiedad en gestación*

Además de en la voluntad, fundamenta Gans la protección de la posesión en considerarla como propiedad que comienza, como «propiedad en gestación» o como probabilidad de propiedad. Si la posesión puede conducir a la adquisición de la propiedad por usucapión, al defender la posesión se protege esa propiedad posible (o derecho real limitado, si generalizáramos la doctrina de Gans), que comienza en aquélla.

Ahora bien, no toda posesión es una *possessio ad usucapionem*, sino que —como es bien sabido— cabe una simple *possessio ad interdicta*, y ésta es cabalmente la que hay que explicar en su fundamento.

5. *Teoría de la exteriorización o visibilidad de la propiedad*

Según Ihering, la posesión es el complemento necesario de la protección de la propiedad. La tutela posesoria se defiende porque la posesión presume la propiedad, porque es como la avanzada del derecho de dominio. La posesión sería la exteriorización o visibilidad de la propiedad (o, generalizando, de los demás *iura in re aliena* susceptibles de ser poseídos). Ihering parte de la base de que la posesión se presenta como exteriorización de la propiedad, por lo que un complemento necesario de la defensa de la segunda es la de la primera, aunque esto pueda aprovechar lo mismo a un propietario que a un poseedor no propietario. Si el propietario —afirma Ihering— ante todo ataque a la posesión tuviese que prevalerse de su derecho de propiedad, aunque el ataque no afecte a su título porque el atacante ni lo niegue ni lo discuta, es consecuencia lógica inadmisibles que el que no estuviese en condiciones de probar su derecho de propiedad quedaría privado de toda protección. Ahora bien, por la superficialidad propia del fenómeno posesorio (no se puede distinguir si quien usa de la cosa lo hace por ser propietario de ella o porque la ha robado o hurtado), es claro que la protección concedida al propietario

que posee, únicamente en cuanto poseedor, beneficia de modo reflejo a los meros poseedores que no sean propietarios.

Así pues, se protege a la posesión como forma previa y complementaria de la protección de la propiedad: «La protección de la posesión, como exteriorización de la propiedad —concluye Ihering—, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también al no propietario.» Contra ciertos ataques o usurpaciones de hecho, que no implican o niegan el título fundamental de propietario, le es más fácil a éste actuar en su condición de poseedor, la que se reconoce precisamente para este fin de protección complementaria de la propiedad, aunque excepcionalmente —dice Ihering—, por consecuencia inevitable, beneficie la protección al no propietario, al poseedor sin derecho a poseer. En definitiva, se reconoce y protege la posesión por necesidades de mejor protección de la propiedad.

Conclusión

Esta genial intuición de Ihering alcanza su desarrollo ulterior cuando se la injerta en el principio general de protección de la apariencia de los derechos, como una manifestación más de dicho principio. Y se ensancha el ámbito de la apariencia posesoria subrayando que no sólo exterioriza la propiedad, sino también otros derechos reales posibles.

Hoy, sincréticamente, la opinión dominante conjuga o combina las razones ofrecidas por Savigny e Ihering y sus posteriores desarrollos.

Así, por ejemplo, Barassi y Messineo dicen que la posesión se tutela por virtud del principio de protección de la apariencia de los derechos y también por virtud del principio del respeto al orden constituido, evitándose así al mismo tiempo la violencia y tutelándose la apariencia jurídico-real.

Acaso esta acumulación de razones se pueda reducir a unidad para encontrar una sola causa final de la tutela posesoria: la doble motivación, en realidad, se puede resumir en la única idea de la protección de la apariencia jurídica, pues tutelando ésta, aunque, sea *prima facie* y provisionalmente, se garantiza el *status quo* y la paz sociales, se reprime la violencia e impide la autotutela, todo ello en aras de la *securitas*.

Históricamente —ya lo hemos dicho—, la primera protección de los derechos reales se dio en cuanto que son manifestación o proyección de la misma personalidad humana, pero la segunda protección de los mismos ha sido la de mantenerlos en su sola apariencia o visibilidad exterior para evitar la violencia privada. Más tarde surgió por fin la protección definitiva de los derechos de cosas mediante las acciones reales (reivindicatoria, declarativa de la propiedad, negatoria

y confesoria de servidumbre, etc.), pero subsistiendo aquella tutela provisional en que la posesión consiste, en aras de la apariencia y de la seguridad jurídicas.

A este respecto, es sintomático que —como dice el profesor D'Ors—, *possessio* quiere decir «asentamiento», y que en un principio designaba el asentamiento de un particular en una parcela de terreno público (*ager publicus*) sobre el que no podía haber *dominium* privado, pues su *dominus* era el pueblo romano. Por tanto, desde el punto de vista histórico, la posesión precedió a la propiedad (rústica), si bien después coexisten paralelamente, y hasta pueden superponerse una a otra (la posesión a la propiedad, como apariencia de ésta), mas sin llegar nunca a confundirse ambos planos, el de la realidad y el de la apariencia: y así, en D. 43, 17, 1, 2, se lee: «*Separata esse debet proprietatis a possessione*». En este sentido, podemos seguir afirmando, como en D. 43, 2, 12, que nada tienen en común la propiedad con la posesión, y por eso no se deniega el interdicto (*uti possidetis*) al que entabló la reivindicatoria, pues el que ha reivindicado no parece haber renunciado a la posesión —termina diciendo el mismo texto o pasaje.

5. NATURALEZA JURIDICA DE LA POSESION

Séame permitido, como suelo hacer en otras ocasiones, exponer unas ideas previas acerca de lo que se llama «naturaleza jurídica» de una figura o institución de nuestra disciplina.

Como es obvio, las figuras o instituciones jurídicas no tienen una *phisis* o naturaleza propiamente dicha, como, por el contrario, la tienen un animal o una planta. La «naturaleza jurídica» es una paráfrasis que alude a algo esencialmente distinto.

No se trata, como algunos todavía creen, de un *prius* del que luego deriven todos los efectos, determinados por un nexo causal inexorable. Eso creyó, en su día, la jurisprudencia conceptual, con su «método de inversión» característico. De la llamada «naturaleza jurídica» no puede derivarse nada por el intérprete que no haya puesto antes en ella.

Consiste, pues, no en un *prius*, sino en un *posterius*, algo que sólo se obtiene después de analizar el fenómeno práctico, la normativa aplicable y la eficacia jurídica producida en consecuencia. Es como una gran síntesis de los efectos producidos por una institución o figura jurídica (síntesis estructural y funcional de su eficacia), una fórmula explicativa o pedagógica; de ahí que la usemos tanto los profesores y tan poco los juristas prácticos, pese a la comodidad que supone acudir a una especie de «fórmula de encantamiento» de fácil manejo para apresar de un solo golpe de vista una proteica y compleja realidad social.

De la naturaleza jurídica de una figura o institución, así entendida, no se puede decir que sea verdadera o falsa, sino más o menos buena, según su virtualidad explicativa o didáctica: si explica todo o

casi todo, será magnífica; si explica poco o nada, será pésima. Ha dicho acertadamente el profesor Hernández Gil que «la naturaleza jurídica» es una explicación que, divorciada de los efectos, adviene un esquema conceptual inservible.

Por tanto, la aceptación de una determinada teoría es algo muy relativo y hasta depende de los gustos personales.

Desmitificada la expresión y descubierta la verdadera «naturaleza de la naturaleza jurídica», pasemos ahora revista a las principales doctrinas expuestas para tratar de explicar en breves palabras la estructura y eficacia de la posesión.

Podemos agrupar en cuatro fórmulas las teorías explicativas de la naturaleza de la posesión: 1.^a teoría empírica o de la posesión como mero o simple hecho; 2.^a teoría jurídica o de la posesión como derecho; 3.^a teoría mixta o de la posesión como hecho y como derecho; y 4.^a teoría de la posesión como apariencia de derecho sobre las cosas.

1. Teoría empírica o de la posesión como mero o simple hecho

Según el conocido texto de Paulo, «*possessio rem facti, non iuris esse*» (D. 41, 2, 1, 3), la posesión es cosa de hecho y no de derecho, opinión compartida por no pocos autores, desde los glosadores y los comentaristas del Digesto, con alguna excepción notable, como la de Bártolo, hasta la moderna doctrina (Savigny inicialmente, Thibaut, Bruns, Arndts, Troplong, Laurent, Pacifici-Mazzoni, Roca Sastre, Núñez Lagos, Marín Pérez, Iglesias Cubría, etc.), pasando por gran parte de la doctrina clásica española (Ramos del Manzano, Fernández de Retes, Covarrubias, Vázquez de Menchaca, etc.) y por la llamada jurisprudencia humanista y otros ilustres juristas del siglo XVIII (Duareno, Cujacio, Vinnio, Donello, Heineccio, Pothier, etc.).

Esta tesis ha tenido reflejo en el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, según la reforma de 1944-1946, a cuyo tenor «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles».

La luminosa exposición de motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944, sobre reforma de la Ley Hipotecaria, explica que «el mero hecho de poseer..., si bien trasciende jurídicamente, con dificultad alcanza la integridad de un derecho real. Aunque no se admita el principio *res facti non juris*, es obligado reconocer que, por lo menos, las consecuencias dimanantes del *jus possessionis* están subordinadas a una situación de hecho que, como tal, escapa del área de protección del sistema»; de ahí —añade— que «la posesión de hecho permanece completamente desconectada del Registro [...]. Llevar al Registro el simple señorío de hecho equivaldría a introducir confusión en el sistema e intentar una protección jurídica en absoluto extraña a su naturaleza y fines».

También podrían dar pie a la teoría empírica artículos del Código civil como el 430 o el 445: el primero por cuanto que define a la po-

sesión como «tenencia de una cosa» y el segundo porque habla expresamente de la «posesión como hecho».

No cabe, desde luego, negar la «facticidad» de la posesión como poder *de facto*, pero lo cierto es que engendra consecuencias jurídicas, convirtiéndose de este modo en un «hecho jurídico», es decir, en un hecho de gran trascendencia para la paz social, dotado por ello de eficacia jurídica —*cfr. supra*, parágrafo 3, y preceptos referentes a las presunciones posesorias (arts. 434, 436, 449, 459, 466 y 1.960-2 del Código civil y 35 y 38.1, ap. 2, de la Ley Hipotecaria) y a la liquidación del estado posesorio (arts. 451-458 del Código civil)—. A partir de la rectificación de Savigny (5.ª edición de su famoso *Sistema del Derecho romano actual*), la teoría de la posesión como mero o simple hecho ha dado paso a las que siguen. A saber:

2.ª Teoría jurídica o de la posesión como derecho

Ya, según Papiniano, «*possessio non tantum corporis, sed et iuris est*» (D. 41, 2, 49, 1). La tesis de la posesión como derecho (*res iuris, non facti*) fue defendida por Bártolo, y en la doctrina clásica española por Orozco, Antonio Gómez y Matienzo. Modernamente, la sostienen muchos autores extranjeros (como Ihering, Puchta, Gans, Ennecerus, Von Tuhr, Fadda, Filomusi, Ruggiero, Ferrara, Barassi, Vassalli, Montel, Demolombe, Marcadé, Josserand, Lafaille, etc.) y españoles (Marqués de Olivart, Manresa, Scaevola, Sánchez Román, Valverde, Clemente de Diego, Casso, Pérez González y Alguer, Castán, Hernández-Gil, Espín, Lacruz, Martín Pérez, etc., y, últimamente, Alonso Pérez).

En nuestro Derecho se invocan para apoyar esta tesis los artículos 438 *in fine* y 443, que hablan de la posesión como derecho y de los derechos que de la posesión nacen, pero sobre todo se pone un especial énfasis en la *successio possessionis* del artículo 440, demostrativa de que la posesión en nuestro ordenamiento es un derecho, junto con la «posesión incorporal» del artículo 460.4 y el llamado *ius possessionis* del artículo 446 (tutela interdictal).

Según el profesor Hernández-Gil, principal defensor de esta teoría, «la posesión es el derecho a continuar poseyendo basado en el hecho de poseer», agregando que «la posesión, aun nutrida del máximo contenido fáctico, puede ser integrada en la estructura de los derechos, ya que implica una atribución, un poder y una tutela jurisdiccional, y puede ser concebida como un *derecho que guarda semejanza con los derechos reales, lo cual no quiere decir que se identifique con éstos*: de un lado, porque hay una diferencia de rango, razón por la que ha sido calificada como un *derecho provisional* en cuanto puede ceder o decaer ante el derecho (definitivo); y de otro lado, porque *puede darse fuera de los derechos reales* en virtud de una relación obligacional (arrendamiento, depósito, comodato, etc.) que desplaza hacia otro la posesión de la cosa, aunque se conserve la posesión del derecho (propiedad, usufructo, etc.)».

Ultimamente, el profesor Alonso Pérez comparte esta opinión, afirmando que la posesión es un *derecho subjetivo, de naturaleza análoga al derecho real*, de carácter *provisorio y claudicante*, siendo una verdadera institución jurídica.

Por su parte, el profesor Martín Pérez califica el derecho de posesión como *derecho real*, si bien su situación de *debilidad* motiva su consideración como *derecho provisional*.

En fin, el profesor Lacruz, en su interesante *Contribución a una pedagogía de la posesión*, concibe la posesión como fuente del «derecho a seguir teniendo» o del «derecho a seguir poseyendo», afirmando su indudable condición de *derecho subjetivo, absoluto, real y claudicante*.

Pero si así fuera, no se comprende por qué la posesión no tiene hoy acceso al Registro de la Propiedad (*cf.* arts. 2, 5, 7 y 199 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), convirtiéndose de oficio las antiguas inscripciones de posesión en inscripciones de dominio (art. 355, párrafo 3, del Reglamento Hipotecario), sin perjuicio del régimen de Derecho transitorio (*disp. trans.* 4.^a de la Ley Hipotecaria y 5.^a del Reglamento Hipotecario). Por tanto, actualmente esta doctrina de la posesión como derecho real provisional o claudicante es poco explicativa de nuestro vigente sistema jurídico, donde por cierto cabría la inscripción de un derecho real sujeto a condición resolutoria (arts. 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario).

Los párrafos antes transcritos de la exposición de motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 son harto elocuentes respecto de la negación de la naturaleza de derecho real a la posesión.

Más bien se explica nuestro ordenamiento jurídico actual concibiendo a la posesión como instrumento de publicidad y apariencia, junto al Registro de la Propiedad: la primera es una auto-publicación, una publicidad en bruto, inorgánica, elemental y natural, como la vida misma nos la presenta, en el decir expresivo de Saleilles; el segundo constituye una hetero-publicación proveniente de un órgano y servicio público dirigido a hacer patente frente a todos las situaciones y modificaciones jurídico-reales inmobiliarias.

3.^a Teoría mixta o de la posesión como hecho y como derecho

La doble naturaleza de la posesión, como *res facti* y como *res iuris*, fue sostenida autorizadamente por Savigny a partir de la quinta edición de su famoso *Sistema*. Desde entonces la antítesis hecho-derecho, sin desaparecer del todo, cede el paso a la síntesis hecho-derecho.

Según Savigny, la posesión es, al mismo tiempo, un hecho y un derecho. En sí misma, y por su modo de originarse, es un solo hecho. Pero el hecho produce consecuencias jurídicas, las que engendran derecho en el poseedor.

Entre otros, le siguen Brinz, Appleton y Messineo.

En España, el profesor Guillermo García Valdecasas ha sido el principal defensor de esta teoría. A su juicio, si con la palabra posesión se designan dos objetos de distinta naturaleza, tendremos que admitir con Savigny que la posesión es, al mismo tiempo, hecho y derecho. En su pensamiento, la «doble naturaleza de la posesión» es una doble naturaleza *radical*, esto es, que el elemento de hecho que hay en la posesión es sólo *hecho* y el elemento de derecho sólo *derecho*, estableciéndose así una escisión en el concepto.

No muy lejos de esta concepción, el profesor Albaladejo sostiene que los dos sentidos de la posesión (hecho y derecho) vienen a constituir dos modos de ser de la misma: *poder de hecho* y *poder jurídico* (derecho).

Más integradoramente, el profesor Díez-Picazo, siguiendo a Messineo, afirma que la posesión nace como una *relación de hecho*, mas apenas nacida se convierte en una *relación de derecho* (de tendencia, eso sí, meramente temporal).

La teoría mixta o ecléctica, en cualquiera de sus variantes, nos parece poco explicativa. Toda concepción cifrada en estimar que algo es al mismo tiempo dos cosas no es muy convincente.

A mi modo de ver, la posesión no es ni *res facti* ni *res iuris*, ni mero o simple hecho ni derecho real provisional; tampoco la suma o integración de ambas cosas. Sencillamente, la posesión es apariencia de derecho real que goza de una tutela interina, como desarrollamos a continuación.

4.^a Teoría de la posesión como apariencia de derecho provisional sobre las cosas

«En el mundo jurídico —escribe D'Amelio— el estado de hecho no siempre corresponde al estado de derecho; pero el estado de hecho, muchas veces, y por consideraciones de orden diverso [sobre todo de seguridad, apostillamos nosotros], merece el mismo respeto que el estado de derecho y, en ciertas condiciones y con relación a determinadas personas, produce consecuencias no diferentes de las que derivarían del correspondiente estado de derecho. Uno de estos casos es la apariencia del derecho. Existen, en efecto, situaciones generales por las cuales quien ha confiado razonablemente en una manifestación jurídica dada y se ha comportado de acuerdo con tal manifestación tiene derecho a contar con ella, aunque a la manifestación no corresponda la realidad.»

Aplicaciones del principio de la apariencia jurídica —que se podría formular diciendo que «la apariencia de un derecho equivale, en ciertas condiciones, al derecho mismo», y que hoy no es sólo un principio lógico informador de algunas hipótesis singulares, cual sostuvimos nosotros en 1950, sino un principio general del Derecho —como ha demostrado recientemente mi discípulo el profesor Gordillo Ca-

ñas—, se encuentran en nuestro ordenamiento positivo en muy diversas materias: matrimonio putativo o aparente (arts. 53, 78, 79 muy especialmente, 95, párrafo 2, 98 y 1.395 del Código civil), posesión de estado familiar (arts. 113, 131-133, 135, 137 y 140 del Código civil), posesión del crédito (art. 1.164 del Código civil), protección de terceros en el ejercicio ordinario de la patria potestad (art. 156, párrafo 3, del Código civil), guarda de hecho (arg. *ex art.* 304 del Código civil) o durante la vigencia del régimen económico matrimonial (arts. 1.317, 1.320, párrafo 2, y 1.335, *in fine*, y 1.434 del Código civil), etcétera, y en la legislación hipotecaria, protectora de los titulares registrales y, por excelencia, de los terceros (*cfr.*, entre otros, los arts. 31, 32, 34 muy especialmente, 35, 36, 37, 38 muy particularmente, 40 *in fine* y 220 de la Ley Hipotecaria, y 173, párrafo 2, del Reglamento Hipotecario).

También la posesión, a la vista de los artículos 430 y siguientes del Código civil y 1.651 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil — muy especialmente, arts. 446, 448 y 464 del Código civil y 1.658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, puede ser considerada como una situación concreta más donde se aplica el principio general de protección de la apariencia jurídica en tanto en cuanto dicha apariencia no se esfume.

No han faltado en España autores que defiendan o apunten esta tesis. Así, por ejemplo, el profesor D'Ors escribe en su sugestiva *Introducción al estudio del Derecho* que «la más general de todas las presunciones jurídicas que admiten prueba en contra es la de que las apariencias de hecho deben presumirse como conformes al derecho; así, el que se halla en aparente ejercicio de un derecho que pretende tener, por ejemplo, la propiedad de una cosa, no debe verse forzado a probar tal derecho, sino que debe cargarse la prueba de la inexistencia de ese derecho al litigante que lo niega. *Esta apariencia defendida por el derecho en tanto no se pruebe su falta de fundamento se llama posesión*», añadiendo que «puede decirse que el principio de que la posesión debe ser provisionalmente defendida, y que el poseedor no tiene que probar su derecho, ejerce en la vida jurídica una función similar a la “ley de la gravedad” en el mundo físico; si suprimiéramos tal principio, imperaría un desorden inevitable».

Y en su magistral *Derecho privado romano*, después de decir que la *possessio* se nos presenta genuina y primariamente como una situación de hecho, agrega que Justiniano la entiende como «una apariencia de titularidad, no sólo de la propiedad, sino de cualquier derecho (*quasi-possessio, possessio iuris*)», definiendo luego la posesión civil como «la del que se presenta como propietario».

Otros autores ponen también de relieve el significado de la posesión en cuanto imagen externa de los derechos reales o su apariencia (se corresponda o no con la realidad), siendo para ellos la posesión como una propiedad (o, generalizando, derecho real) de hecho.

Así, para De Diego Lora se contraponen el concepto inicial de la posesión, como simple hecho (propio del Derecho romano clásico), al desenvolvimiento ulterior de la misma, a imitación del derecho,

como apariencia del mismo, para conseguir la «paz jurídica», distinta de la «paz justa» definitiva; la primera se logra en los procesos interdictales; la segunda, en los correspondientes juicios plenarios.

Alvarez Caperochipi sostiene que lo decisivo de la posesión es ser una apariencia *socialmente significativa*, que exterioriza o manifiesta formalmente la propiedad.

Según Ladaria, la posesión y sus efectos se explican como una legitimación derivada del ejercicio aparente de un derecho real por su no titular, constituyendo una situación de hecho en base a la cual su detentador (poseedor o titular aparente) es investido por la ley de legitimación (extraordinaria) para realizar eficazmente actos de goce (arts. 451 y ss. del Código civil) y conservación (arts. 446 del Código civil y 1.651 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y recurre a la teoría de la apariencia jurídica como explicativa de los actos de disposición realizados por el no titular del derecho (art. 464 del Código civil).

Observaciones que, en líneas generales, nos parecen acertadas, si bien no compartimos la afirmación de Ladaria de que la apariencia sólo puede ser invocada por *terceros*, no por quienes son parte en el negocio o acto que la desencadena, tesis esta por cierto compartida por Hernández-Gil y De Angel Yágüez, entre otros, a cuyo juicio no es rigurosamente afortunado el enfocar la posesión —cual fenómeno jurídico completo y complejo— sólo sobre la base de la apariencia.

Nosotros creemos más bien lo contrario: la posesión, interinamente, funda una apariencia de derecho real.

Los interdictos se conceden al poseedor por reputársele un titular aparente, en aras de la *securitas*.

El derecho a los frutos del poseedor de buena fe (a la parte del producto líquido de la cosecha —una vez deducidos los gastos de producción o cultivo— proporcional al tiempo de su posesión) no es desde luego un derecho de goce análogo o semejante al derecho de usufructo (comp. art. 472 del Código civil), sino simple consecuencia de la liquidación del estado posesorio. Por ello, el poseedor que no está de buena fe no tiene derecho a los frutos (art. 455 del Código civil), como sanción o *pena privada* a su estado subjetivo de mala fe.

La usucapión, en fin, pensamos que se explica satisfactoriamente acudiendo a la apariencia mantenida durante cierto tiempo, en las condiciones determinadas por el Derecho objetivo, sin necesidad de recurrir a la idea de una renuncia o abandono tácitos del derecho por parte de su titular.

Por consiguiente, toda la posesión se puede explicar satisfactoriamente —según creemos— a la luz de la protección de la apariencia jurídica provisional: ésta la engloba por completo. Es su hontanar, su cauce y su desenlace.

Resulta sintomático al respecto que el Código civil considere a la posesión como una especie de «equivalente jurídico» del dominio o de los derechos reales (*cfr.* arts. 432, 448 y 464, sobre todo) y que en la liquidación del estado posesorio o regulación de la posesión al

extinguirse se contrapongan, como partes opuestas, el «propietario de la cosa» frente al «poseedor» (art. 451); «el que le hubiese vencido (o haya vencido) en su posesión» (art. 453), «el sucesor en la posesión» (art. 454) o «poseedor legítimo» (art. 455) o conforme a un derecho, frente al mismo «poseedor». Aquí se está reflejando continuamente la antítesis realidad jurídica-apariencia jurídica.

Y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su fundamental artículo 1.658, párrafo 3.º, parte de la misma antítesis. En el juicio posesorio se deja imprejuizada la cuestión jurídica de fondo 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 (plenario) correspondiente».

Podemos, pues, concluir diciendo que posee tanto quien tiene de verdad un derecho real, como quien, sin tenerlo, parece que lo tiene, por ejercitar de hecho un poder sobre la cosa, bien sin fundamento jurídico alguno o bien por ser titular de un derecho de tipo obligacional, porque en tema de posesión se prescinde o abstrae por completo de la titularidad jurídica real, debido a razones de orden o seguridad pública (*pacem servare*).

Hablando en imágenes, se toma en principio como oro de ley lo que reluce como tal, lo sea o no lo sea en realidad: unas veces lo que brilla es oro de verdad («posesión justa» o conforme a derecho), pero otras es latón u oro falso, de imitación, como el llamado «oro alemán» («posesión injusta» o contraria a derecho).

No todo lo que reluce es oro, mas en ocasiones sí lo es; no todo lo que aparece *prima facie* como derecho real lo es verdaderamente (porque sólo hay un derecho de crédito o incluso no hay ningún derecho), pero en otros casos sí hay un auténtico derecho real.

La posesión es un fenómeno que se detiene en la superficie, en la apariencia, y no indaga en el fondo. Importa aquí el «parecer», no el «ser». Es un punto de vista meramente exterior, del «parecer», que no tiene por qué penetrar de momento en el interior, en el «ser» mismo de los poderes o derechos sobre las cosas.

En tema de posesión, provisional o interinamente, «el ser está en el parecer», como diría nuestro gran pensador Gracián: por lo menos, hasta que el «parecer» se desvanezca y triunfe en definitiva el verdadero «ser»; hasta que la realidad jurídica se imponga, por fin, sobre la mera apariencia de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO: *Concepto, estructura y clases de posesión*, en R.D.P., 1962, pp. 588 y ss.
Idem: *Protección y efectos de la posesión*, ibidem, 1963, pp. 305 y ss.
Ley», año VII (1986), n.º 1.544, pp. 1 y ss.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derechos reales*, I, *Propiedad y posesión*, Madrid, 1986.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975.
- BARASSI: *Diritti reali e possesso*, vol. II, Milán, 1952.
- BRAGA DA CRUZ: *A posse de ano e dia no Direito hispânico medieval*, Coimbra, 1949 (*separata* del «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra»).
- CÁMARA: *La adquisición «a non domino» de bienes muebles (Nuevo estudio sobre el art. 464 del Código civil)*, Madrid, 1982.
- CUESTA SÁENZ: *La acción publiciana*, Madrid, 1984.
- D'AMELIO: *Apparenza del diritto*, en «Nuovo Digesto italiano», tomo I, Turín, 1957, p. 550.
- D'AVANZO: *Il possesso*, Milán, 1942.
- DE MARTINO: *Possesso*, en «Comentario del Codice civile» (Socialoja-Branca), Bolonia-Roma, 1960.
- DELGADO ECHEVARRÍA: *Adquisición de frutos por el poseedor*, en A.D.C., 1975, pp. 551 y ss.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo II, Madrid, 1978.
- DIEGO LORA, C. de: *La posesión y los procesos posesorios*, vols. I y II, Pamplona, 1962.
- D'ORS, A.: *Derecho privado romano*, 3.ª edición revisada, Pamplona, 1977.
Idem: *Una introducción al estudio del Derecho*, 3.ª edición, Madrid, 1977.
- ESPÍN: *La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en el Código civil*, en R.D.P., 1943, pp. 539 y ss.
Idem: *La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, Salamanca, 1965.
- FEDELE: *Possesso ed esercizio del diritto*, Turín, 1950.
- FINZI: *Il possesso dei diritti*, Toma, 1915.
- GARCÍA VALDECASAS, G.: *La posesión incorporal del despojado y la posesión de año y día*, en R.D.P., 1946, pp. 334 y ss.
Idem: *La acción publiciana en nuestro Derecho vigente*, en A.D.C., 1948, pp. 92 y ss.
Idem: *La posesión*, Granada, 1953.
Idem: *La doble naturaleza de la posesión*, en A.D.C., 1954, pp. 309 y ss.
- GENTILE: *Il possesso nel Diritto civile*, Turín, 1956.
- GORDILLO: *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia)*, Sevilla, 1978.

- HERNÁNDEZ-GIL: *El giro de la doctrina española en torno al art. 464 del Código civil y una posible interpretación de privación ilegal*, en R.D.P., 1944, pp. 419 y ss.
Idem: *De nuevo sobre el art. 464 del Código civil*, ibidem, 1945, pp. 413 y ss.
Idem: *Algunos problemas en torno a la posesión*, Madrid, 1951.
Idem: *La función social de la posesión (Ensayo de teorización sociológico-jurídica)*, Madrid, 1967.
Idem: *La posesión*, Madrid, 1980.
- IGLESIAS CUBRÍA: *De nuevo sobre la naturaleza jurídica de la posesión*, en R.D.P., 1949, pp. 630 y ss.
- IHERING: *El fundamento de la protección posesoria*, trad. española, Madrid, 1892.
Idem: *La voluntad en la posesión*, trad. española, Madrid, 1896.
Idem: *La posesión*, Madrid, 1926 (donde se recogen las dos obras anteriores).
Idem: *El espíritu del Derecho romano*, trad. española, s.f., tomo III.
- LACRUZ: *Contribución a una pedagogía de la posesión*, en «Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro», vol. II, Madrid, 1976, pp. 49 y ss.
- LADARIA: *Legitimación y apariencia jurídica*, Madrid, 1952.
- LEVONI, *La tutela del possesso*, Milán, 1979.
- LOIS ESTÉVEZ: *Sobre la esencia de la posesión como concepto jurídico*, en A.D.C., 1953, pp. 441 y ss.
Idem: *Sobre el concepto de naturaleza jurídica*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», 1956, pp. 159 y ss.
- MARÍN PÉREZ, P.: *La naturaleza jurídica de la posesión*, en R.G.L.J., 1943, pp. 240 y ss.
- MARTÍN PÉREZ, A.: *La posesión*, Madrid, 1958.
Idem: *Comentarios al Código civil*, dirigidos por Albaladejo, tomo VI, arts. 430 y ss., Madrid, 1980.
- MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, tomo II, Milán, 1946.
- MIQUEL: *La posesión de bienes muebles (Estudio del art. 464.1 del Código civil)*, Madrid, 1979.
- MONTEL: *Il possesso*, en el tratado dirigido por Vassalli, Turín, 1962.
- MORALES MORENO: *Posesión y usucapción*, Madrid, 1972.
- MOZOS, J. L. de los: *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962.
Idem: *Notas para una reestructuración del concepto de «animus» posesorio en el Derecho romano*, en R.G.L.J., 1965, pp. 271 y ss.
- OLIVART, Marqués de: *La posesión. Su noción en el Derecho abstracto*, Madrid, 1884.
- ROCA SASTRE: *La adquisición hereditaria de la posesión*, en R.G.L.J., 1953, pp. 333 y ss.
- RODRIGUES: *A posse. Estudo de Direito civil português*, Coimbra, 1940.
- SALEILLES: *La posesión*, trad. española, Madrid, 1909.
Idem: *La posesión de bienes muebles*, trad. española, Madrid, 1927.
- SAVIGNY: *Tratado de la posesión según los principios del Derecho romano*, trad. española, Madrid, 1845.
Idem: *Sistema del Derecho romano actual*, trad. española, Madrid, 1879.
- VALLET DE GOYTISOLO: *Estudios de Derecho de cosas*, Madrid, 1973, pp. 15-113, 389-408 y 409-508.

