

LA POSESIÓN: DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO CIVIL ACTUAL

ARMANDO TORRENT
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Complutense de Madrid

La posesión es un tema que ha sido y sigue siendo objeto de discusión entre los juristas de todos los tiempos. En la doctrina romanística si dominó hasta hace poco tiempo las tesis interpolacionísticas, hoy se piensa más bien que antes que considerar los textos interpolados, hay que situar el problema de la posesión dentro de las diversas posiciones de los juristas, e incluso dentro del pensamiento de cada jurista, donde el mismo término aparece con contenidos variables. Ya había enfocado FINZI¹ el problema viendo en él un enorme esfuerzo de los juristas a través de conceptos y aplicaciones muy divergentes. Todavía a finales del siglo XIX MEISCHEIDER² creía que la posesión era un enigma invencible (*unlösbares Rätsel*), tesis que después de casi dos siglos de laboreo científico, no puede mantenerse.

El enorme esfuerzo que desde principios del siglo XIX ha tratado de aclarar la posesión, arranca en su formulación dogmática de las geniales construcciones pandectísticas; de un lado la poderosa obra de SAVIGNY³ que basaba la posesión en la tutela de la paz social; de otro en los estudios de JHERING⁴ que enfocaba la posesión como imagen de la propiedad. Desde entonces la literatura sobre el tema se ha enriquecido notablemente⁵, aunque sin llegar a una opinión suficientemente compartida por todos.

En las fuentes romanas no encontramos ninguna definición de la posesión; Paulo en D. 41,2,1 pr. a lo más que llega —siguiendo a Labeón— es a ofrecer una etimología del término viendo la posesión en la actuación de una persona como si fuera dueña de la

¹ FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915.

² MEISCHEIDER, *Besitz*, Berlín, 1876.

³ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, 1803, ult. edic. 1865.

⁴ JHERING, *Der Besitzwille*, 1889.

⁵ Vid. por todos CANNATA, s.v. *Possesso (dir. rom.)*. NNDI; LAURIA, *Possessiones. Età repubblicana*, 2.º 1. ed. 1956; BENÖRH, *Der Besitzerwerb durch Gewaltabhängige im klassischen römischen Recht*, 1972; WESENER, *Ius possessionis*, Fs. KASER, 1976; ALBANESE, *Le situazioni possessorie in diritto romano*, 1985.

Armando Torrent

cosa poseída («*possessio appellata est, ut Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit*»), pareciendo ver en la posesión una situación de mero hecho. Todo el desarrollo de la posesión en Roma avanzará por la vía de ir logrando una creciente protección jurídica a estas situaciones de hecho, no relevantes originariamente para el ordenamiento jurídico, situaciones que frecuentemente concurrían o entraban en conflicto con poderes absolutos reconocidos por el *ius Quiritium*, que desconoció la *possessio*.

Respecto al oscuro tema de sus orígenes⁶ carecemos totalmente de fuentes jurídicas al respecto. La doctrina suele conectarlos con el *ager publicus*; inicialmente *possessio* designaría la situación en que se hallaban los que habían obtenido un trozo de *ager publicus* defendidos por el pretor mediante interdictos; incluso para la BOZZA⁷ aquí estaría el origen exclusivo de la *possessio*; tesis contradicha por GUARINO⁸ para quien *possessio* tiene una aplicación más amplia no sólo referida al *ager publicus*, con lo que elimina el obstáculo del paso de una estructura publicística de la *possessio* (como se pretende al concentrarla sobre el *ager publicus*) a la forma indudablemente privatística de la *possessio* clásica.

Si desde la época arcaica el único poder reconocido y tutelado era el *mancipium*, casi desde el siglo VI a.C. fue introduciéndose el nuevo instituto de la *possessio* que arranca como disponibilidad de mero hecho que duraba mientras se ejercitaba, situación diferente del *mancipium*, derecho que subsiste y pertenece a su titular aunque no lo ejercite. Por ello frente al propietario que conserva su derecho aunque no lo ejercite, el poseedor está en una situación de hecho que dura mientras se mantenga en tal situación; de ahí que pueda definirse la posesión como ejercicio de hecho de un derecho; el poseedor ejercita un derecho sea o no titular de ese derecho. Si la propiedad es un señorío de derecho, la posesión es un señorío de hecho, en el que resplandece el poder que se ejercita materialmente sobre la cosa, con la pretensión del poseedor de excluir a cualquiera del goce y disfrute sobre la misma.

Punto de partida, por tanto, es una *possessio* desconocida en el *ius Quiritium* que se va afirmando fatigosamente en la praxis social como disponibilidad material de una cosa, mientras que el *mancipium* es el derecho a esa misma disponibilidad.

En el campo del *ius civile* se comenzó a operar con una idea análoga a la *possessio* que era el *usus*. En las XII Tablas según la información de Cicerón (*Top.* 4,23 = XII Tab. 6,3: *usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annus est usus*; cfr. Gayo 2,24)) ya se conocía el *usus*⁹ conectado con unos efectos adquisitivos que poco

⁶ Vid. BONFANTE, *Il punto di partenza della teoria romana del possesso*, 1906 = *Scritti*, 3, 1921, p. 216 y ss.; BOZZA, *Sull'origine del possesso*, *Annali Macerata*, 1920; KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2.ª ed., 1956.

⁷ BOZZA, *La possessio dell'ager publicus*, 1, 1939.

⁸ GUARINO, *Diritto privato romano*, 9.ª ed., 1992, 510 i. nt.

⁹ Vid. WATSON, «The origins of usus», *RIDA*, 23, 1976, pp. 215 y ss.

tienen que ver con la *possessio* arcaica. En el caso de que un *paterfamilias* dispusiese (*usus*) pública y pacíficamente de una cosa ajena, a ciencia y paciencia del dueño de la cosa, podía llegar a adquirirla (obtener la *auctoritas*) mediante su disponibilidad durante los plazos de tiempo fijados por el ordenamiento según que la cosa fuera mueble o inmueble. Dentro del proceso de formación del *dominium ex iure Quiritium*, y extendiéndose el *usus* desde las originarias *res mancipi* a toda clase de cosas, el *usus* acabó denominándose también *possessio*, especialmente *possessio ad usucapionem*, idóneo para adquirir la propiedad mediante *usus*. Las posteriores categorías, especialmente *possessio ad usucapionem*, por un lado, y simple *possessio* o *possessio naturalis*, por otra, es cierto que aparecen en las fuentes, pero no parecen obedecer a criterios sistemáticos organizados.

Es PAULO el primer jurista romano que hace una descripción amplia de la posesión (D. 41,2,1,3) afirmando que la *possessio* es una *res facti* antes que *res iuris*, con lo que pone de relieve un contraste evidente entre propiedad (señorío jurídico, *rechtliche Gewalt* que dirá KASER), y posesión (señorío de hecho, *tatsächliche Gewalt*). Pero esta diferencia por así decir genética, tampoco es tan profunda, porque la *possessio* a pesar de ser conceptuada como *res facti* está contemplada por el ordenamiento, y desde el ángulo de la producción de efectos jurídicos, no hay diferencias sustanciales entre ambos institutos, teniendo la apariencia la *possessio* de ser una situación de poder *erga omnes* de un sujeto frente a todos, y no siendo titular el poseedor de un derecho sobre la cosa.

En época clásica la *possessio civilis* se identifica con la *possessio ad usucapionem*, con efectos adquisitivos de la propiedad de la cosa, pero ahora el *ius civile* añadirá nuevos requisitos para que pudieran producirse aquellos efectos, como la *res habilis*, la *bona fides*, y que la *possessio* se basara sobre una *iusta causa*. Esta identificación entre *possessio civilis* y *possessio ad usucapionem* está implícita en JULIANO, D. 41,5,2,1: «*Quod volgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intellegatur*» (cfr. Paulo D. 24,1,26 pr.) y ha dado lugar a una gran polémica en la literatura romanística¹⁰, *possessio civilis* que aun consistiendo en la disponibilidad material de hecho sobre la cosa, tiene este importantísimo efecto adquisitivo a través de la *usucapio*, y donde la interrupción de la situación de hecho hace caer el efecto adquisitivo.

La configuración de la posesión va a experimentar un cambio —no por sutil menos importante— en el siglo III a.C. cuando se introducen los interdictos; si los interdictos permiten recuperar la posesión perdida, sus efectos jurídicos vienen reconducidos no desde la disposición material de la cosa, sino desde la legitimación para tener esta disposición, lo que ocurre no sólo con los *interdicta recuperandae possessionis*, sino también con los *retinendae possessionis*, y sobre todo en estos últimos que protegen la po-

¹⁰ Vid. BOZZA, D. 41,2,2,23 e la classificazione dei genera possessionis, Syn. ARANGIO-RUIZ, 1964, pp. 616 y ss.; La nozione romana della possessio. 1. Época preclassica. 2. Época classica, 1964.

Armando Torrent

sesión actual, en los que por medio de la *exceptio vitiosae possessionis* permiten alcanzar una posición victoriosa a quien no tuviera actualmente la cosa, de donde se infiere que el fundamento para la trascendencia jurídica de la posesión no estaba en la situación de hecho, sino en la legitimación para tener la cosa. Todo el largo tratamiento de GAYO 2,141-155; los títulos D. 41,2 *de acquirenda vel ommittenda possessione* y C. 7,32 *de acquirenda et retinenda possessione* relativos a la tutela interdictal de la posesión¹¹, ponen de evidencia esta protección posesoria interdictal a cuya base está la *possessio* como *res facti*, pero que no es solamente esta situación de hecho el único dato a tener en cuenta para su protección. Frente a la *possessio civilis* cualquier otra situación posesoria *iure civili* no podía tener efectos adquisitivos. Con todas las incertezas de la terminología, los juristas romanos calificaron esta situación no protegida como *possessio naturalis* o *corporalis*; JULIANO en D. 41,5,2,1 habla de *possessio naturalis*; en otros textos se habla promiscuamente de *tenere rem, detinere, possidere corpore, possessio naturalis*¹², como situación absolutamente de hecho, aunque no por ello menos relevante frente a la tutela de la *possessio ad interdicta* que arranca del siglo III a.C. para proteger la *possessio* del *ager occupatorius*. A partir de entonces se empieza a difundir el término *possessio* y va relegándose el *usus* reconocido por XII Tab. 6,3.

También puede reconocerse en las fuentes la distinción entre una *possessio ad interdicta* regular (*possessio* en sentido propio), y una *possessio ad interdicta* anómala (llamada posteriormente *quasipossessio*). La primera, *possessio* por antonomasia, podía tener, como se deriva de las fuentes, dos variantes: *possessio pro suo*¹³ o *suo nomine*, o como hoy diríamos, posesión a título de dueño, como si la cosa fuera propia (no importando si con razón o sin ella); y *possessio pro alieno*, ejercitando el poseedor la posesión con reconocimiento del derecho de otra persona sobre la cosa que en cualquier momento puede reclamar su restitución. Si en la primera variante se habla de un *animus rem sibi habendi*, en la segunda se habla de un *animus rem alienam detinendi*, que en la evolución posterior se identificó con la simple detentación (*detentio*).

Habiendo nacido la *possessio* en Roma por la vía de hecho y al margen de cualquier intervención legislativa siendo la protección pretoria —como todos los remedios pretorios— un acto *magis imperii quam iurisdictionis*, llega un momento en que se estructura sobre dos elementos fundamentales: el *corpus* (sujeción material de una cosa a la voluntad del poseedor) y el *animus*, elementos cuya configuración se debió a la praxis postclásica¹⁴. En esta época, equiparados los *interdicta* a las *actiones*, se advierte la tenden-

¹¹ Vid. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Possesso e quasipossesso*, 1946; BONFANTE, *Corso di dir. rom. 3. Diritti reali*, reed. 1972; GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, 1955.

¹² Vid. KUNKEL, *Civilis und naturalis possessio*, *Symb. Lenel*, 1931, pp. 40 y ss.; KASER, *Wesen und Wirkungen der Detention in den antiken Rechten*, 1953 = «Augschw. Schr.» 1976, pp. 3 y ss.; MACCORMACK, *Naturalis possessio*, *ZSS*, 84, 1967, pp. 47 y ss.

¹³ Vid. VENDRAND-VOYER, *Possessio pro suo*, *Scf. Guarino*, 1984, pp. 1403 y ss.

¹⁴ PS 5,2,1: «Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno [...]» Vid. CANNATA, «Dalla nozione di animo possidere all'animus possidere come elemento del pos-

cia a considerar la posesión como relación jurídica, perdiendo importancia el *corpus* para emerger el *animus*¹⁵, lo que permitirá mantener la posesión *solo animo*¹⁶, de igual manera que sin el *corpus* se mantiene la posesión sobre el *servus fugitivus*¹⁷.

En puro rigor lógico, por tanto, en Roma para que hubiera posesión se requería que el poseedor tuviera la disponibilidad material de la cosa y la intención de tenerla como propia. En la doctrina romanística ha surgido una gran polémica en torno a la clasicidad o postclasicidad del *animus*, sobre todo a partir del estudio de ROTONDI que propendía por admitirlo ya para la época clásica tardía, frente a la tesis de Albertario que veía el *animus* —como todas las manifestaciones de la *voluntas*— de clara impronta postclásico-justiniana. Hay que decir que hoy domina en la doctrina romanista la tesis clasicista de ROTONDI¹⁸. La disociación entre *corpus* y *animus* se advierte en materia de los *saltus hiberni et aestivi*, como también en materia de adquisición de la posesión donde un tercero puede ejercitar como detentador la sujeción material de la cosa en interés del poseedor, o los mismos intermediarios en la posesión¹⁹ que hacen adquirir la posesión en favor de una persona por medio de otros. El *animus* requería, por tanto, un comportamiento psicológico: la autoconciencia de que se poseía. El *animus rem sibi habendi* era la intención (que puede demostrarse con el comportamiento externo) de tener consigo y para sí la cosa, si no como propietario al menos a título exclusivo de manera de poder defender la cosa contra ataques de otros, como si fuera propia. Debido a esta exigencia del *animus* no pueden adquirir la posesión, al menos por sí mismos, los *infantes* y los *furiosi*. Además este *animus* debe ser *perseverans* (igual que ocurre en la *societas* y en el *matrimonium*).

Las categorías de *possessio* que los juristas romanos fueron captando no pueden agruparse en un sistema clasificatorio que pueda llamarse unitario, porque las diversas figuras se entrecruzan, como asimismo los diversos binomios que podemos derivar de las

«sesso», *SDHI*, 27, 1962, pp. 46 y ss., que desprecia la labor de la jurisprudencia occidental sobre la importancia del *animus possidere*.

¹⁵ Vid. BURDESE, *In tema di animus possidendi nel pensiero della giurisprudenza classica*, St. BIONDI, 1, 1965, pp. 517 y ss.; MAC CORMACK, «The rol of animus in the classical law of possession», *ZSS*, 86, 1969, pp. 105 y ss.; BENÖHR, *Irrtum und guter Glaube der Hilfsperson beim Besitzerwerb*, Fests. KASER, 1973, pp. 9 y ss.

¹⁶ Vid. el fundamental estudio de ROTONDI, «Possessio quae animo retinetur», *BIDR*, 1920; add. MAC CORMACK, «Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest», *BIDR*, 1972, pp. 21 y ss.

¹⁷ Paulo. D. 41,2,1,14. Vid. BONETTI, *In tema di servus fugitivus*, Synt. ARANGIO-RUIZ, 2, 1964, pp. 1095 y ss.; MANTHE, «Zur Wandung der servus fugitivus», *TR*, 44, 1976, pp. 133 y ss.

¹⁸ A pesar de la confutación de WIEACKER, *Der Besitzverlust an dem heimlichen Eindringling*, Fs. LEWALD, 1953, pp. 185 y ss. Vid. a propósito, con bibliografía, BARTON, *Animus und possessio animo alieno*, Essays Nicholas, 1989, pp. 43 y ss.

¹⁹ Vid. LAURIA, *Possessiones*, pp. 99 y ss.; NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*, 1960; WATSON, «Acquisition of possession and usucapion per servos et filios», *LQR*, 78, 1962, pp. 205 y ss.; DI LELLA, *Sull'acquisto del possesso domino ignoranti*, *Mnem.* SOLAZZI, 1964, pp. 432 y ss.; por no entrar en el discutido tema de la adquisición *per procuratorem* cuyo estudio no es de este momento.

Armando Torrent

fuentes: figuras como la *possessio pro suo* y *possessio pro alieno*; *possessio civilis*, *possessio naturalis* y *possessio ad interdicta*; *possessio bonae* y *malae fidei*, no responden nunca a unos esquemas que podamos llamar unitarios sobre la *possessio*. En primer lugar porque los requisitos de la *iusta causa* y *bona fides* que podrían predicarse para la *possessio civilis* (que en las XII Tablas y como *usus* llevaban aparejados efectos adquisitivos), son requisitos que los juristas de la última época clásica distinguían para la *usucapio*, pero incluso en esta época, y aún faltando la *fides*, los juristas reconocían aisladamente la *causa* admitiendo una *possessio* basada solamente en la *causa*, como ocurría en el caso del comprador de mala fe —*possessor pro emptore*— que igualmente servía de título para la *usucapio*, por lo que en ciertos casos solo se tenía en cuenta la *causa* para legitimar la *possessio* dejando de lado la *bona fides*.

La categoría de la *possessio ad interdicta* es una creación de los intérpretes modernos, pues tal término no aparece en ningún texto, pero sirve para indicar todas las situaciones posesorias protegidas por la tutela interdictal, que ampara no solo los casos de *possessio* en un sentido que podemos llamar técnico, sino también los casos de detentación, posesiones anómalas en que se posee *alieno nomine* como los casos del acreedor pignoraticio, del precarista y del sequestratario. Pero la tutela interdictal va más allá de una mera protección de esta situación de hecho, porque en relación con la protección interdictal encontramos en las fuentes la mención de una *iusta possessio* que designa asimismo la situación de hecho en que frente al que pide protección interdictal puede oponerse la llamada *exceptio vitiosae possessionis* alegando que frente al adversario el poseedor que reclama el interdicto posee *vi, clam, precario* (con violencia, clandestinidad o engaño), con lo que se llega a la paradoja que aquella posesión es *iniusta* si ha sido arrancada con violencia al despojado de la cosa, pero *iusta* frente a terceros.

En época postclásica se pierde el rigor terminológico y los términos *possessio* y *dominium* vienen a indicar situaciones de propiedad, y no solamente sobre derechos absolutos sino también sobre derechos reales limitados, implicando en cualquier caso una situación de titularidad sobre toda clase de derechos. Seguirán todavía subsistiendo parte de las anteriores precisiones clásicas; así la propiedad será llamada *firma possessio* mientras que la posesión vendrá denominada *momentaria possessio*. JUSTINIANO no aporta ninguna novedad importante en nuestro tema.

Todos los ordenamientos jurídicos modernos conocen y regulan la figura de la posesión, pero al igual que en Roma donde no hubo una figura unitaria de posesión, tampoco los Códigos civiles coinciden en su apreciación, aunque en todos hay un fondo común de relacionar el concepto con el ejercicio de hecho de las facultades del propietario o del titular de un *ius in re aliena*. No se ha hecho realidad, ni entonces ni en ningún momento de la evolución posterior la afirmación de ULPIANO en D. 41,2,12,1 *nihil commune habet proprietatis cum possessione*. La posesión sigue siendo uno de los temas más discutidos del Derecho privado, y creo que puede decirse que la polémica sigue anclada donde la dejaron SAVIGNY: un hecho, y JHERING: un derecho. Acaso la coincidencia mayor hoy

esté en la idea de que la posesión es un estado de hecho por el que alguno tiene una cosa en su poder, y que es apariencia o imagen natural de la propiedad.

La razón dogmática e histórica por la que se sigue encontrando en nuestros días tan ásperas discusiones está en el propio concepto de la posesión, y en la misma heterogeneidad de los sistemas europeos. Los contrastes entre los Códigos civiles derivan de claros factores históricos, como los siguientes:

A) En el Derecho Romano no hubo un concepto unitario de posesión en todas sus épocas.

B) La posesión romana es distinta de la germánica y la canónica.

Si hoy pudiera alcanzarse un concepto dogmático que pudiera ser más o menos compartido por todos los juristas actuales, acaso podría basarse en tres notas fundamentales:

1. La posesión implica una relación del hombre con las cosas.
2. Esta relación es de poder o dominación.
3. Este poder es de hecho, y no prejuzga el tema de si lleva aneja la titularidad del derecho.

El BGB y el Código suizo la conceptúan como dominación o potestad de hecho. Y aunque en general todos entendemos que es un poder o señorío de hecho, esta afirmación requiere muchas matizaciones, pues en muchos aspectos la posesión en cuanto produce efectos jurídicos, no deja de ser un poder de derecho. Lo que ocurre, como ya dijo CARBONI, es que este poder jurídico se deduce del hecho de ejercitarlo y de la manera como se realiza ese ejercicio, independientemente de la existencia real del derecho mismo.

En la discusión moderna pugnan dos grandes corrientes científicas y legislativas:

A) La romanística, que tiene un concepto restrictivo de la posesión y exige un elemento voluntarístico, intencional: el *animus domini*, que es lo que diferencia la posesión de la simple detentación material de las cosas.

B) La germanística, que fundada en concepciones tradicionales de los Derechos germánico y canónico, consideran la posesión no sólo como tenencia de las cosas en el mundo exterior, sino como ejercicio del contenido de los demás derechos, especialmente los de naturaleza real.

Pero con cualquiera de estas dos grandes fundamentaciones, hay una coincidencia sustancial en conceptuar la posesión como ejercicio de hecho de un derecho, independientemente de si el derecho pertenece o no a quien lo ejercita como derecho suyo.

El Derecho germánico, separándose de la influencia romanística, dio una nueva perspectiva a la posesión. En los Derechos germánicos medievales, la idea de la posesión juntamente con la propiedad y demás derechos reales sobre las cosas, se englobó en la *Gewere*, que si originariamente expresaba el acto por el que se transmitía el señorío jurídico sobre los inmuebles (sustancialmente equiparándolo con la toma de posesión),

Armando Torrent

más tarde designará el poder que se adquiere y tiene sobre la cosa misma. Ya explicó D. Jerónimo GONZÁLEZ que la *Gewere* era la relación del hombre con una cosa, que queda reconocida por el ordenamiento jurídico como forma aparente de un señorío legítimo sobre la misma. Esta relación podía ser de muchos modos, sin tener en cuenta que el derecho sobre la cosa fuese total o parcial, ni la diversa intención de quien se encuentra en relación posesoria con la cosa, y sin distinguir entre posesión y detentación; en el fondo la *Gewere* no era sino una «vestitura» que legitimaba el poder sobre la cosa.

A diferencia del Derecho Romano, en la *Gewere* no se distinguía entre posesión y detentación; la *Gewere* sobre cosas muebles era siempre una *Gewere* real, corporal, incompatible con otra *Gewere* sobre la misma cosa. Los efectos de la *Gewere* consiguientemente eran de una extraordinaria amplitud, pudiendo hablarse tanto de efectos defensivos como ofensivos, y —lo que tiene mayor trascendencia— efectos traslativos de la misma. La *Gewere*, como decía D. Jerónimo GONZÁLEZ, no se limitaba a afirmar el derecho y favorecer su ejercicio, sino que extendía su función legitimadora para tutelar a los terceros que de buena fe han contratado sobre las apariencias, de modo que en los Derechos germánicos el contacto con la cosa, a diferencia de Roma, no significaba un mero hecho posesorio, sino una apariencia y presunción de titularidad, en base a la cual los terceros pueden adquirir en firme.

A su vez en estos mismos tiempos medievales, la naciente y pujante doctrina canónica que a partir de las Decretales de Graciano había recibido un impulso extraordinario, y donde las condiciones políticas en que se movía el Papado y la religiosidad de la época atribuyó a los canonistas una influencia notable, va a ampliar la idea de la posesión tal como venía reflejada en las redescubiertas Pandectas justinianas. Los canonistas, atendiendo la necesidad de amparar contra las expoliaciones numerosas relaciones desconocidas en el Derecho Romano, van a ampliar extraordinariamente la protección posesoria; de una parte, a través de la *exceptio* y de la *actio expolii* concedidas incluso en favor del detentador, con lo que extendían de un modo notable las vías de recuperar la posesión; de otra, ampliando el reconocimiento de la posesión sobre los bienes incorpóreos (*quasi possessio*), extendiendo la posesión a todo tipo de derechos susceptibles de ejercicio continuado.

La ambigüedad de los Códigos modernos se debe a que combinan los diversos principios romanos, canónicos y germánicos, y debido a la mayor o menor influencia de las tesis romanistas o germanistas es posible diferenciar dos grandes sistemas en las legislaciones actuales:

1. Legislaciones latinas (Francia, Italia, España), que acogen en mayor o menor medida la doctrina tradicional romana de la voluntad, identificando la posesión con el *animus domini*, desgajando la detentación que no requiere el *animus*.

2. Legislaciones germánicas (Alemania, Suiza) donde se elimina de la posesión el requisito de la voluntad, y donde todo señorío de hecho sobre una cosa entra en el concepto de posesión sin distinguirse entre posesión y detentación, aunque el BGB matiza

que no es poseedor el servidor de la posesión: quien ejerce por otro el poder efectivo sobre una cosa.

Parecería que en nuestros días la posesión hubiera perdido todo interés al menos en el campo inmobiliario debido a la institución del Registro de la Propiedad; sin embargo en materia de bienes muebles conserva toda su importancia, así es en España donde al amparo del art. 464 de nuestro Código Civil la posesión sigue viva en base al principio germanista de inatacabilidad de la posesión adquirida de buena fe, que hace las veces de título de la propiedad. Como dice HERNÁNDEZ-GIL, la posesión no deja de ser una fórmula amparadora del uso personal de los bienes de la naturaleza y de las creaciones industriales e intelectuales, y aporta la estructura jurídica de la concurrencia igualitaria compartida.

El Código Civil español aparentemente parece seguir la huella romana, pero del conjunto de su regulación de la posesión se deriva que combina diversas influencias, por lo que sus resultados desde luego no logran la armonía deseable.

Art. 430. «Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unido a la intención de haber la cosa o derecho como suyos.»

Este precepto en principio sigue la tesis romanista, pero luego en otros artículos se deja sentir la opuesta tendencia germánica, y en realidad no sirve de gran cosa el art. 430 al no establecer una nítida diferencia entre posesión y detentación, puesto que dentro de la posesión admite la mera tenencia, ni tampoco distingue entre posesión y cuasiposesión.

PÉREZ GONZÁLEZ ha visto que a la luz de la regulación del Código Civil español, la posesión tiene una triple significación:

1. Como hecho: arts. 430, 445.
2. Como ficción de la posesión: arts. 440, 450, 466.
3. Como conjunto de derechos derivados de la posesión de hecho: arts. 438, 443.

Ante la ambigüedad de nuestro Código, la doctrina civilística española ha ofrecido interpretaciones muy dispares. Si para CASTÁN y ALBALADEJO la posesión tiene un doble sentido: como hecho y como derecho, y el art. 440 al admitir la transmisión de la posesión a los herederos ofrece un argumento muy fuerte para sostener que se trata de una relación jurídica; para VALLET DE GOYTISOLO la posesión es un hecho, pero actúa como causa de un efecto jurídico. Solamente GARCÍA VALDECASAS insiste en que la posesión es un derecho al afirmar que el derecho de posesión tiene cierta consistencia y autonomía frente al simple hecho posesorio, como se deriva del art. 438 i.f. Por otro lado, dice GARCÍA VALDECASAS, no afectan a la posesión los actos violentos o clandestinos (art. 444); tampoco que el despojado conserve la posesión el año siguiente al despojo (art. 460), y la posesión es susceptible de transmisión incluso por ley (art. 460).

Armando Torrent

Todos los civilistas sostienen que en nuestro Código hay diversos grados de posesión, aunque no se ponen de acuerdo sobre el número y la terminología de los mismos. Un rápido vistazo al Código Civil español es suficiente para poder darnos cuenta de su ambigüedad. Siguiendo una clasificación tradicional podemos hacer el siguiente inventario:

A) Posesión natural y posesión civil. Esta división se deriva del art. 430 del que se deduce que la posesión natural es toda detentación que sólo requiere el *corpus*, y tal como viene situada es el género, mientras que la posesión civil es la especie y exige *corpus* y *animus*: la intención de tener la cosa como propia. El contacto meramente pasajero con la cosa no basta para que se constituya la relación posesoria, pues como señala el art. 444 los actos meramente tolerados no afectan a la posesión.

La duda que plantea el art. 430 es si para la posesión civil se requiere el *animus rem sibi habendi*: tener la cosa con independencia de cualquier tercero; o el *animus domini*: tener la cosa en concepto de dueño.

Ya criticó SÁNCHEZ ROMÁN el art. 430 por diversos motivos: en primer lugar, por decir «intención», porque la intención por sí sola no crea la relación posesoria; pero sobre todo porque el art. 430 no tiene ninguna eficacia práctica, y el mismo Código Civil prescinde del binomio posesión civil-posesión natural, para hablar de «todo poseedor» en el art. 446; de «poseedor en concepto de dueño» en los arts. 447 y 448; de «poseedor de buena fe» en los arts. 451 y ss.

B) Posesión personal o en nombre propio y posesión por otro o en nombre ajeno.

Art. 431. «La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, o por otra en su nombre.»

Este precepto plantea el tema de la posesión inmediata-mediata: la que se tiene sin mediación posesoria, o la que se ejerce por mediación de la posesión de otro, como sería el caso del usufructo. PÉREZ GONZÁLEZ lo relaciona con la posesión en interés de otro, lo que se llama en Alemania *Bedienerbesitzer* (servidor de la posesión); el caso del criado respecto del dueño que ni tiene ni disfruta los derechos sino que ejerce la posesión por otro. Algún jurista español como Castán no admite esta figura de servidor de la posesión, entendiendo que no es verdadera posesión.

C) Posesión en concepto de dueño y en concepto de tenedor reconociendo en otro el dominio.

Art. 432. «La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el tenedor de la cosa o derecho para conservarlos y disfrutarlos perteneciendo el dominio a otra persona.»

En la doctrina del Tribunal Supremo español la posesión en concepto de dueño atribuye a quien la disfruta todas las ventajas de la propiedad mientras no sea vencido en jui-

cio por quien ostente un mejor derecho. La posesión civil encuentra en la posesión en concepto de dueño su expresión más cabal, goza de protección interdictal (art. 447), y es válida *ad usucapionem* (arts. 447 y 448).

D) Posesión justa (no viciosa) y posesión injusta (viciosa). El C.C. español permite esta clasificación que trae su causa del modo de adquirirla. Está claro que la posesión justa es la que se adquiere sin ningún vicio externo, o por decirlo en clave romanística, *nec vi nec clam nec precario*, rechazando el Código la adquisición violenta de la posesión (art. 441), como también la posesión por actos clandestinos o meramente tolerados (art. 444). Está claro que la posesión viciosa no destruye el derecho de posesión del despojado, que puede recuperarla ejercitando el interdicto de recobrar.

E) Posesión de buena y mala fe. El art. 433 define la posesión de buena fe desde su aspecto negativo, y el 1950 desde un aspecto positivo.

Art. 433. «Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide.»

Art. 1950. «La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir el dominio.»

Ambos aspectos se relacionan con la existencia de un título que sirva de base y fundamento a la buena fe, que se presume siempre (arts. 434 y 435) y no es necesario declararla, siendo necesario según el Tribunal Supremo que la mala fe sea declarada judicialmente.

F) Posesión ficticia o presunta (posesión civilísima). A partir de una *Gewere* ideal admitida por el Derecho germánico, la doctrina moderna siguiendo precedentes medievales reconoció junto a la posesión civil unida al hecho material de la posesión, una posición ficticia o presunta independiente del hecho material de la posesión, lo que se llama posesión civilísima, posesión adquirida por ministerio de la ley, que en gran medida se aplicó a las adquisiciones por título hereditario. En España se encuentran casos de posesión civilísima en las Leyes de Toro para la sucesión en los mayorazgos, y en el Código Civil se encuentran casos de ficciones de posesión en los arts. 440, 450 y 466.

Art. 440. «La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia.»

Art. 450. «Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión.»

Art. 466. «El que recupera, conforme a derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha disfrutado sin interrupción.»

Armando Torrent

Presunciones posesorias. Para facilitar la prueba de la posesión, el C.C. establece una serie de presunciones, todas *iuris tantum*.

1. Presunción de buena fe en todo poseedor, art. 434.
2. Presunción de continuidad de la buena fe inicial, art. 435.
3. Presunción del disfrute de la posesión en el mismo concepto en que se adquirió, art. 436.
4. Presunción a favor del poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior, de haber poseído también durante el tiempo intermedio, arts. 459 y 1960 párrafo 2.º.
5. Presunción a favor del que recupera la posesión indebidamente perdida, de que ha disfrutado de ella sin interrupción, art. 466.
6. Presunción relativa a la posesión de cosas raíces sobre los muebles y objetos que se hallen dentro de ellas, art. 449.

Además, la posesión en concepto de dueño tiene en su apoyo una importante presunción de legitimidad, art. 448: «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.» Esta regla no rige para la prescripción adquisitiva, que a estos efectos el justo título no se presume: art. 1954.

Adquisición del dominio por usucapión. La posesión en concepto de dueño, siendo prolongada, produce el efecto especial de transformar la posesión en propiedad, como reza el art. 447: «Sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño, puede servir de título para adquirir el dominio.»

Poseción sobre bienes inmuebles. La posesión y el Registro. Hasta ahora hemos visto la regulación positiva española a propósito de la posesión sobre bienes muebles. No quedaría completa esta panorámica si no habláramos, aunque sea sucintamente, sobre la posesión a propósito de inmuebles, que plantea en toda su crudeza la colisión entre la posesión y el Registro de la Propiedad.

Un hipotecarista del fuste de SANZ FERNÁNDEZ señala que si tenemos en cuenta que la posesión en cuanto es un contacto material con la cosa se desenvuelve principalmente en la esfera de los hechos, y la inscripción en cuanto es simplemente una expresión formal de los derechos se desenvuelve en la esfera de la apariencia formal, ha de llegarse necesariamente a la conclusión de que la posesión (señorío de hecho) y la inscripción (señorío formal) viven con absoluta independencia entre sí.

Sin embargo, los puntos de fricción entre posesión y Registro son inevitables, y se hace necesario determinar hasta donde puede llegar esa independencia, y como han de regularse las relaciones entre ambos. El C.C. se limita a respetar el imperio de la Ley Hipotecaria en cuanto a la pérdida y transmisión de la posesión para los efectos de la inscripción.

Art. 462. «La posesión de los bienes inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.»

Pero dentro de la L.H. las relaciones entre posesión y Registro han pasado por muy diversas etapas, y siempre han supuesto un problema complejo y difícil. Veremos rápidamente como ha evolucionado la legislación hipotecaria en esta materia:

1. Ley de 1861. Admite la inscripción de la posesión, inscripción cualificada por dos notas fundamentales: se obtiene por un procedimiento de titulación posesorio, y es una medida de Derecho transitorio.
2. R.D. de 10 de febrero de 1875. La inscripción de la posesión deja de ser Derecho transitorio para convertirse en permanente.
3. Ley de 1909. La inscripción de posesión pasa a ser un medio de inmatriculación.
4. Ley de 1944-46, vigente. Se expulsa la posesión del Registro.

Art. 5 LH. «Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles.»

La Ley vigente se orientó a la tendencia a favor de la supresión de las inscripciones de posesión, aduciendo dos órdenes de razones: *a)* Teóricas. La posesión fundamentalmente representa una situación de hecho, que como tal escapa del área de protección del sistema registral inmobiliario. *b)* Prácticas. Por las pocas garantías que ofrecen las informaciones posesorias y su reducida importancia ante las facilidades para la inscripción de documentos auténticos.

Ventajas posesorias concedidas al titular registral. También en esta materia ha evolucionado la L.H. Siguiendo a Sanz Fernandez podemos incluir en esta evolución cuatro etapas:

1. Anterior a 1909. El problema posesorio se desenvuelve con absoluta independencia de la inscripción. El titular inscrito que no posea la finca, puede ejercitar tanto la acción reivindicatoria como los interdictos; el poseedor de hecho, solo puede ejercitar los interdictos.
2. Ley de 1909. El titular inscrito tiene la presunción absoluta de que tiene la posesión de las cosas, pudiendo ejercitar tanto los interdictos como el juicio de desahucio.
3. RD de 1927. Reduce la protección posesoria a una simple presunción *iuris tantum* susceptible de ser destruida por prueba en contrario, prueba que puede versar tanto sobre la cuestión de derecho, como la discordancia entre realidad y Registro, como por la existencia de un mejor poseedor.
4. Derecho vigente. Las bases fundamentales de la L.H. de 1944-46 en orden a las relaciones entre posesión y Registro parecen ser las siguientes:

Armando Torrent

A) En principio la titularidad jurídica y la posesión se mueven en planos distintos. El Registro protege plenamente en cuanto a la primera. La posesión por sí misma produce sus efectos con independencia del Registro.

B) No obstante, el derecho de poseer (*ius possidendi*) que va inserto en el dominio y en ciertos derechos reales, ha de ser protegido por la inscripción; de ahí la presunción posesoria del titular inscrito que preconiza el art. 38 de la LH, y el procedimiento de ejecución del art. 41

Art. 38 LH. «Se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.»

Esta presunción —como ha visto ROCA SASTRE— es uno de los puntos más oscuros de nuestro sistema, y es independiente del hecho posesorio, no siendo otra cosa que una consecuencia sustantiva del principio de legitimación registral, y una mera presunción *iuris tantum*. Según SANZ FERNÁNDEZ la LH presume una presunción de hecho o efectiva, *iuris tantum*, y de efectos reducidos en cuanto su valor procesal se desplaza a la carga de la prueba. Para GARCÍA VALDECASAS la presunción que es *iuris tantum*, es un expediente técnico para atribuir al titular inscrito un derecho a la posesión derivado de la inscripción misma. Finalmente, LACRUZ BERDEJO entiende que el art. 38 de la LH presume la posesión civil del art. 430 del Código Civil, y es una posesión *ad interdicta*.

La misma LH articula en favor del titular inscrito un procedimiento para lograr la efectividad posesoria, de modo que el derecho a la posesión que tiene el titular del dominio o derecho real inscrito, se puede hacer efectivo contra el que posea en contradicción con la inscripción, como señalan los arts. 41 de la LH y 137 y 138 del Reglamento.

Art. 41 LH. «Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse por el procedimiento que señalan los párrafos siguientes contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio, siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente.»

Por tanto, la misma LH prevé un procedimiento especial para ejercitar todas las acciones que acrediten la posesión del titular inscrito, que puede ejercitar tanto los interdictos como el juicio de desahucio. Pero el tema es controvertido en nuestra doctrina científica.

GARCÍA VALDECASAS y VALLET DE GOYTISOLO, argumentando sobre la base de la posesión de año y día del art. 460 del Código Civil, entienden que este procedimiento es eficaz en principio frente a la posesión contradictoria de la inscripción que no ha durado más de un año. De opinión contraria es Roca Sastre para quien ni el art. 41 de la LH ni el 137 del Reglamento establecen esta limitación de tiempo: nada tiene que ver el plazo de un año con la posesión contemplada en el art. 41 de la LH.

Para concluir diré que la posesión del titular inscrito del art. 38 de la LH no es la posesión en sí misma considerada, sino la posesión de un propietario que se presume tal por ser titular inscrito; en definitiva, una posesión emanada de la propiedad como manifestación del *ius possidendi*, que constituye una de las facultades que integran el contenido del dominio. Además, el procedimiento del art. 41 de la LH no produce excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio declarativo correspondiente sobre esta cuestión.

