

una sola *personalidad* en cuanto al *hecho* ó al *derecho* posesorios, en relación á su condición ó título de poseedores; la *personalidad* de coherederos, condueños, consocios, etc.

36. ELEMENTOS REALES DE LA POSESIÓN.—La declaración del artículo 437, de que «sólo pueden ser *objeto* de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación», debe entenderse en su aplicación jurídica más amplia, y concordada con la del art. 1.936, según el cual «son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres», sin que por eso deje de reputarse subsistente, antes bien confirmada, la doctrina que establecemos (1), contestando á la pregunta de si pueden poseerse los derechos de todas clases.

Lo dispuesto por el art. 465 (2), acerca de la posesión de animales fieros, domesticados y domésticos, es una reproducción del Derecho *general* anterior (3) y del *especial* vigente establecido por la ley de Caza (4).

37. ELEMENTOS FORMALES DE LA POSESIÓN.

1.º *Modos de adquirir la posesión.*—El art. 438 (5) tiene pretensiones de ser analítico y comprensivo de todos los puntos de vista que al fenómeno jurídico de la adquisición de la posesión se refieren, y, sin embargo, deja mucho que desear para ser claramente entendido y oportunamente aplicado. ¿Qué es eso de que la posesión se adquiere por la *ocupación material* de la cosa? La *ocupación* tiene un valor técnico en el Derecho que no debe ser empleado en otro sentido para no exponerse á una rectificación del lenguaje doctrinal ó prestarse á una inteligencia equivocada. Verdad es que el art. 438 no dice sólo que la posesión se adquiera por la *ocupación*, sino que expresa por la *ocupación material* de la cosa ó derecho *poseído*, y mal puede ser *poseído* cuando se adquiere entonces la posesión; pero aun así resulta que sólo habrá de referirse al *hecho* de la posesión y no al *derecho*, que apenas se concibe la ocupación material de ciertos derechos, y que, en el caso de dar á la palabra *ocupación* su exacto valor jurídico, sería modo de adquirir el *dominio*, pero no la *posesión*. Hay que estar, en la inteligencia y aplicación de esta parte del art. 438, no al valor técnico de la palabra *ocupación*,

(1) Núm. 18 de este Cap.

(2) Inserto en el núm. 30 de este Cap.

(3) L. 18, tít. 30, Part. III.

(4) Arts. 2.º al 6.º, L. de Caza de 10 de Enero de 1879. En la discusión parlamentaria se censuró, sólo en parte con razón, que no se legislara en el Código sobre distintas clases de posesión precaria, ni sobre la de las cosas muebles, la de los valores públicos, la de las accesorias, la de las indivisibles, la de las comunes, ni sobre la concurrencia de dos posesiones de cuerpos distintos, á pesar de que juntos formen un solo cuerpo.—Sr. Danvila, sesión del Congreso de los Diputados de 22 de Marzo de 1889.

(5) Inserto en el núm. 31 de este Cap.

ni á la perspectiva de la adquisición del derecho posterior, sino limitar su alcance á aquellos casos en los que lícitamente, sin contradicción de la posesión de otro, pueda aplicarse la ocupación material de las cosas ó derechos como causa creadora de un estado de posesión de hecho, producto de ciertos derechos relativos sólo al respeto que en principio merece todo estado de posesión para los fines de los interdictos, y por las miras de interés y orden público en que se inspira semejante doctrina y, á lo sumo, como base que después de una larga sanción de tiempo engendra una prescripción de la clase de las ordinarias; mas de ningún modo entendiendo que la ocupación material es y puede ser medio jurídico de adquirir el derecho de posesión, ya á título de dominio, constituyendo un derecho real, ya por otro título jurídico originario de una posesión más ó menos precaria para los fines transitorios del arrendamiento, comodato, etc.

Sólo dentro de estos límites puede producir efecto el primer pasaje del art. 438 que consagra la doctrina de que la posesión se adquiere por la *ocupación material* de la cosa ó derecho poseído, según lo confirma la declaración del art. 441 de que «en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga á ello, y el que se crea con acción ó derecho para privar á otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente». Por cierto que de las dos partes de este artículo la primera está claramente concebida y conforme con la buena doctrina; pero la segunda necesita alguna explicación por ser muy vaga la idea genérica de *Autoridad*, aun añadido el calificativo de *competente*. La razón de no decir que lo son los Tribunales, que es la regla general, consiste, sin duda, en que en algunos casos que el Código expresamente consigna y en otros de leyes, que el mismo ha declarado *subsistentes*, conforme al art. 1.976, es aplicado á *toda clase de Autoridades*, como sucede con algunos preceptos de la ley de Aguas, de la de Minas, etc., de carácter administrativo aquéllas, y no de orden judicial.

Concuerdan con el supuesto de este art. 441, prohibitivo de que la posesión se adquiera violentamente mientras exista un poseedor que se oponga á ello, por el carácter de delito que el hecho puede revestir, los arts. 515 á 535 y 606 á 619 del Código penal, relativos los primeros á los delitos de robo, hurto y usurpación, y los segundos á diversas faltas contra la propiedad.

Inmediatamente después del art. 438 ó del 439, ó á lo menos del 442, y no interpolado entre éste y el 440, ni después, figurando en medio el 442, debieron escribirse los arts. 441 y 444. Del primero acabamos de ocuparnos; é inspirado en análogo sentido el 444, establece

que «los actos *meramente tolerados*, y los ejecutados *clandestinamente* y *sin conocimiento del poseedor* de una cosa ó con *violencia*, no afectan á la posesión». En *explicación* de este artículo notaremos:

1.º Que no parecía muy necesario el uso del adverbio *meramente* que emplea para calificar los actos tolerados ó de simple tolerancia en la posesión, con el propósito de declarar que no *afecten* á la posesión, esto es, en lo que la perjudiquen, ni se reputen creadores de un estado posesorio de eficaz contradicción.

2.º Que el ser esos actos posesorios *meramente tolerados*, y no *afectar*, por tanto, á la posesión de quien los tolere, no excluye la posibilidad legal ó el derecho del que los ejerza para utilizarlos interdictos de retener y recobrar la posesión contra terceras personas, que puedan dar lugar á que sus respectivos supuestos de perturbación ó despojo, puesto que aun siendo aquellos actos de posesión *meramente tolerados* es claro que aquel á quien se toleran goza de la *tenencia* de la cosa, circunstancia bastante según el art. 1.651 de la ley de Enjuiciamiento civil para promover dichos interdictos, aunque la sentencia de amparo ó de restitución de la posesión que recaiga en tales casos se entienda en favor del estado posesorio que tiene el poseedor tolerante, y no el poseedor precario y tolerado que los promovió.

3.º Que la frase del art. 444 que examinamos, por la cual se declara que los actos *ejecutados clandestinamente* y *sin conocimiento del poseedor* tampoco afectan á la posesión, no deja de ofrecer dudas fundadas para su recta interpretación y aplicación, en cuanto que la nota de *clandestinidad* en los actos con los cuales se pretenda contradecir la posesión significa el propósito de ocultarlos al *conocimiento* del poseedor y el empleo de medios secretos ó cautelosos para ello, habiendo bastado en este caso, para no incurrir en un verdadero pleonismo, la palabra *clandestinamente*, y no añadir «y *sin conocimiento del poseedor*»; pero como es buena regla de hermenéutica el atribuir á cada una de las palabras de un precepto legal significación propia para que no resulten inútiles, parece que lo exigido por el Código en este punto es la *conjunción* de las dos circunstancias, esto es, que los actos sean ejecutados *clandestinamente* y, además, *no tenga de ellos conocimiento el poseedor*, ó lo que es lo mismo, que no basta que los actos ejecutados en contradicción de un estado posesorio sean clandestinos *si el poseedor los conoce*, así como creemos de recta inteligencia del espíritu de este artículo, aunque la hipótesis no resulta de tan probable realización, el suponer que tampoco afectarán á la posesión aquellos actos que, sin embargo de no ser ejecutados clandestinamente, sean tan sólo *desconocidos* del poseedor.

4.º Que, por último, en este artículo 444 se añade «ó con *violencia*»,

es decir, los actos ejecutados con ella tampoco afectan á la posesión, lo cual es una repetición innecesaria del art. 445, que dice: «en ningún caso puede adquirirse *violentamente* la posesión — mejor debió decir *materialmente* ó por simple hecho material — mientras exista un poseedor que se oponga á ello.»

Otra de las causas que, según el art. 438, producen el resultado jurídico de la adquisición de la posesión, que ya en este caso parece que se refiere más al *derecho* que al *hecho* de la posesión, es «por el hecho de quedar éstos — la cosa, ó derecho poseído — sujetos á la acción de nuestra voluntad». Aunque el texto no lo dice, es de suponer que es á la acción *jurídica* de nuestra voluntad, esto es, á la acción de nuestra voluntad *según Derecho*, ó con ó por medio de *Derecho* para imponerla, que no puede significar otra cosa que la idea de aquellos hechos constitutivos de la *tradición jurídica*, y á cuyas variadas formas se refieren otros artículos del Código, como son los 1.462 á 1.464, con motivo de la compra-venta, y cuanto dejamos dicho en su lugar correspondiente (1); y aun también los hechos judiciales que determinan un estado de *hecho* y de *Derecho*, más ó menos eficaz, creado por decisión judicial y según las reglas de las leyes de procedimiento, por virtud de las cuales queda también la posesión de las cosas ó derechos sujeta á la acción de la voluntad del que obtuvo las declaraciones de aquel hecho judicial, que son los supuestos á que se refieren las reglas 14.ª y 27.ª del art. 63, y los arts. 1.633 á 1.647 y 2.056 á 2.060 de la Ley de Enjuiciamiento civil relativos ó la competencia de Jueces y Tribunales para conocer de los interdictos; y los 2.061 á 2.070, en sus relaciones con los arts. 384, 385, 386 y 387 del Código civil, y los 2.071 á 2.108, relativos al interdicto de adquirir la posesión, á la posesión judicial en los casos en que no procede el interdicto de adquirir, al deslinde y amojonamiento y á los apeos y prorrates de la referida ley procesal.

Último modo enumerado por el art. 438 para adquirir la posesión, es el de «los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir *tal derecho*»; por donde resulta que con este final puede entenderse que *todo* el artículo se refiere á la adquisición de la posesión como *derecho*, y no á la adquisición de la posesión en general ó como *hecho* y como *derecho*, que es lo que dice el epígrafe del capítulo (2), y lo que permite distinguir el enumerarlos de modo diverso, los unos, eficaces respecto del *hecho*, y los otros, que lo son también respecto del *Derecho*, que el mismo consigna, si bien no dice qué derecho de pose-

(1) Cap. IX de este Tom.

(2) «De la adquisición de la posesión.»

sión es al que se refiere, cuando pueden serlo, ya el *derecho real* de posesión ó *cuasi dominio*, ya cualquiera otra de las posesiones jurídicas de fines más precarios y transitorios que otorgan, sin embargo, *derecho de posesión ó á poseer*, dentro de aquellos límites. De todas maneras, este final del artículo no puede referirse sino á los actos jurídicos, ó sea á la adquisición de la posesión por título eficaz para ello, *inter vivos ó mortis causa*, oneroso ó lucrativo.

El precepto del art. 439 (1) está claramente formulado y se limita á aplicar el principio jurídico de la *representación* á los modos de adquirir la posesión, y es una consecuencia del 431 (2), declarando que no sólo puede adquirirse «por la misma persona que va á disfrutarla, sino también por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno, si bien en este último caso no se entenderá adquirida hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique». Y, sin embargo, resulta deficiente por no establecer, como algún Código lo hace (3), un criterio con arreglo al cual se resuelva la duda que pueda existir en algún caso de si la posesión que un poseedor tiene es en nombre de otro ó en el suyo, tanto más cuanto que cabe la posesión propia y la ajena simultáneamente en una misma cosa, cuando sean por título de Derecho y para fines jurídicos distintos (4). Ciertamente que tienen relación con esta doctrina las prescripciones del art. 445 (5), cuyas reglas para el caso de contienda sobre el hecho de la posesión ofrecen alguna analogía con este punto y podrían aplicarse con relativa pertinencia, como complemento del 439, sobre todo la última de ellas, según la cual «se constituirá en depósito ó guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión ó propiedad por los trámites correspondientes»; pero esto sería una solución dilatoria y algo extraña, que deja siempre en pie la necesidad de una regla complementaria del art. 439, y mediante la cual se estableciera una presunción posesoria para los casos en los que pudiera existir duda de si el que poseía era poseedor en nombre propio ó en nombre ajeno.

Claro es que, refiriéndose este art. 439 á la posibilidad legal de adquirir la posesión por medio de representante legal ó voluntario del adquirente, concuerdan con dicho artículo todos los demás del Código que se refieren á supuestos de representación legal ó voluntaria; tales

(1) Inserto en el núm. 31 de este Cap.

(2) Inserto en el núm. 27 de este Cap.

(3) El portugués, en el art. 408: «En caso de duda, se presume que el poseedor posee en su propio nombre.»

(4) Núms. 18 y 32 de este Cap.

(5) Inserto y explicado en los núms. 29 y 34 de este Cap.

como los 60 á 62, núm. 1.º del 155, 183, 229, 262, 1.709, 1.727, 1.728, 1.888 y 1.892, relativos á la representación *legal* de la mujer por el marido, á la del hijo por el padre y en su defecto por la madre, á la del cónyuge ausente por el presente ó por el tutor de éste, si fuese menor, ó por los padres, hijos ó abuelos, á falta del cónyuge, ó por el administrador nombrado, á la del penado por el tutor, en los casos de interdicción civil, y á la del menor ó incapacitado por la del tutor, ó á la representación *voluntaria* por el mandatario ó por el gestor de negocios ajenos. Las propias indicaciones de concordancia hicimos al explicar el art. 431.

Á semejanza de la doctrina de la posesión *civilísima*, y en conformidad con los principios del Derecho anterior acerca de la sucesión hereditaria, el art. 440 del Código establece: que la «posesión de los bienes hereditarios se entienda transmitida al heredero *su interrupción y desde el momento de la muerte del causante* en el caso de que llegue á *adirse* la herencia»; así como que «el que válidamente *repudia* una herencia se entiende que *no la ha poseído* en ningún momento».

La herencia, como modo de adquirir la posesión, da lugar á una *posesión civilísima* no interrumpida, transmitida por *ministerio de la ley*, sin necesidad de actos ó hechos de posesión material, que parece estar, por tanto, lejos de guardar conformidad con el concepto legal, que hace fundar la posesión, según el art. 430, en la *tenencia* de una cosa ó en el disfrute de un derecho, unida ó no á la *intención*, para que sea *natural ó civil*, á no ser que se dé á la palabra *tenencia* de este artículo definente de la posesión, como entendemos más acertado, no el significado del *acto* de empezar á poseer por un hecho material, ó la posesión material, sino el *estado* en que las cosas ó derechos poseídos se encuentran ó se *tienen* cuando por poseerlos forman, bajo ese concepto de su posesión, uno de los derechos de mayor ó menor categoría de los que constituyen el patrimonio jurídico del poseedor.

El mismo principio que inspira el art. 440 es el del 657, 661 y 989 del Código, reproductores de igual doctrina (1).

La *ficción* de la ley, mediante la cual el heredero se reputa menor en la posesión que su causante tenía, sin solución alguna de continuidad, no necesita, por consiguiente, ningún acto de toma de posesión de los bienes y derechos hereditarios, y sí sólo se confirma ó se destruye, según la ulterior adición ó repudiación de la herencia.

(1) «Art. 657. Los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.»

«Art. 661. Los herederos suceden al difunto, por el hecho sólo de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones.»

«Art. 989. Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona á quien se hereda.»

Hay entre las instituciones civiles que el Código reglamenta (1) una que es la de la *ausencia*, cuyo último período es el de la *presunción de muerte del ausente* (2), el cual debe equivaler, para los efectos de la aplicación de este art. 440, á la muerte misma, mientras subsista la presunción; cuya declaración judicial se entenderá retrotraída á la fecha en que la muerte se presume, dando igual alcance á la ficción posesoria en favor de los herederos presuntivos, y cambiando la calidad de posesión *precaria*, en nombre del ausente, que tuvieron antes los administradores, por posesión en *nombre propio*, á favor de los herederos; doctrina cuyos fundamentos indicamos ya en otro lugar (3).

Pero como la posesión del causante pudiera ser viciosa y de mala fe, el art. 442, que debió colocarse inmediatamente después del 440 sin la extraña interposición del 441, declara que el heredero no sufrirá las consecuencias de tal posesión viciosa *si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban*; si bien tampoco le aprovecharán los efectos de su posesión de buena fe sino desde la fecha de la muerte del causante. Ambas soluciones son justas, porque, siendo la mala fe una condición *subjetiva*, no sería justo hacer recaer sus efectos en la posesión del heredero mientras no se le pruebe que participa de aquélla, además de que, según el art. 434, «la buena fe se *presume siempre*, y al que afirme la mala fe de un poseedor corresponde la prueba»; ni, igualmente, lo sería extender los efectos de esta posesión de buena fe del heredero más allá de la fecha en que empezó, que es la de la muerte del causante (4).

2.º *Modos de perder la posesión.*—Á enumerarlos va consagrado el art. 460 (5). Su texto no exige *explicación*, pero sí debe ser objeto de *observaciones* con las cuales se demuestre su deficiencia, se adicionen sus incompletas reglas con motivos del mismo Código y se acredite una vez más la *inseguridad* del criterio que ha inspirado este título de la posesión. Son éstas: 1.ª Que los modos de perderse la posesión, enumerados en dicho art. 460, son *comunes* á la pérdida del *ius possidendi* y del *ius possessionis* (6); pero se omite el más natural, decisivo y peculiar del *ius possessionis*, que es la *reivindicación*, ó sea el

(1) Arts. 181 á 198 y otros concordantes, que se insertan en el § 1.º, Art. II, Cap. XV, Tomo II.

(2) Arts. 191 y 194 insertos en el núm. 15, y explicados en el núm. 22, Cap. XV, Tomo II.

(3) Núm. 22, Cap. XV, Tom. II.

(4) Tiene relación con esta doctrina la del art. 1.934, que dice: «La prescripción produce sus efectos jurídicos á favor y en contra de la herencia antes de haber sido aceptada y durante el tiempo concedido para hacer inventario y para deliberar» que queda explicado en el núm. 59, Cap. X de este Tom.

(5) Inserto en el núm. 31 de este Cap.

(6) Según el concepto que de ambos se da en el núm. 10 de este Cap.

ejercicio y prosperidad judiciales de la acción reivindicatoria, supuesto que se consigna expresamente en el párrafo 2.º, art. 348, al decir que «el propietario tiene acción contra el *tenedor* y el *poseedor* de la cosa para reivindicarla», cuyo texto y el del núm. 4.º del art. 460 (1) confirman nuevamente la idea de que el Código no siempre hace sinónimas las palabras *tenencia* y *posesión*, como, sin embargo, resulta nada menos que del art. 430, en que la define; y, en cambio, reconoce *tres estados posesorios*, á saber: el de la posesión de uno, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si aquél la tiene más de un año, á los efectos de los interdictos (2); el derecho real de posesión, que da lugar al *ius possessionis* y se defiende por la acción *publiciana*, y el derecho de posesión *excluyente* del dueño, que se garantiza por la acción *reivindicatoria*. 2.ª Que tampoco enumera este art. 460, como modo de perder la posesión, otro que es consecuencia de la declaración del art. 349 (3), relativo á la *expropiación forzosa* por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización y que, cuando no proceda este requisito, los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la *posesión* al expropiado. 3.ª Que, como doctrina similar la de la *interrupción* á la de la *pérdida* de la posesión, deben tenerse en cuenta también los artículos 1.943 á 1.948 (4).

Completa esta doctrina de la pérdida de la «posesión la *ficción legal* del art. 461, según el que, la posesión de las cosas muebles (5) *no se entiende perdida* mientras se halle bajo el *poder* del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero»; advirtiéndose que la palabra *poder* significa poder jurídico ó *derecho*, es decir, seguir en su patrimonio, sin que obste para la ficción de continuar poseyendo la cosa mueble, el que no se halle ésta en su poder *material* y aun el que ignore accidentalmente su paradero. La palabra de sentido más difícil de fijar es el adverbio *accidentalmente*, que no se refiere al *paradero*, sino á la *ignorancia* de éste por parte del poseedor; es decir, á que dicha ignorancia sea *accidental* ó *transitoria* y no *permanente* ó *confirmada*, porque, entre otras razones, si durara más de *un año*, caería bajo la influencia, para los efectos de los interdictos, á favor del nuevo poseedor, del núm. 4.º, art. 460 ó del 1.955, y daría lugar á la pres-

(1) «El poseedor puede perder su posesión. 4.º Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.»

(2) Art. 1.653, L. Enj. civ.

(3) Inserto y explicado en los núms. 19 y 24, Cap. XI de este Tom.

(4) Insertos y explicados en los núms. 39 y 61, Cap. X de este Tom., al tratar de la interrupción de la posesión para la prescripción, sus clases, causas y efectos.

(5) Como las definen y enumeran los arts. 335 y 336, insertos y explicados en los números 24 y 33, Cap. XVIII, Tom. II.