

TÍTULO IV

DE LA POSESION

Artículo 727.—La posesion es la tenencia material de una cosa con ánimo é intencion de retenerla.

En las cosas incorporeales hay cuasi posesion.

ORÍGENES

Ley 1.^a, tít. XXX, Partida 3.^a

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 2228 Cód. Francia.—474 Portugal.—685 Italia.—1637 Vaud.—1986 Valais.—1182 Neufchatel.—1194 Tesino.—3389 Luisiana.—1019 Bolivia.—2134 Nápoles.—Ley 1.^a, tít. II, lib. XLI, Digesto.

COMENTARIO

Las Partidas han explicado la posesion diciendo *posesion tanto quiere decir como posesion de piés*, esto es, *tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo e del entendimiento*. Preséntase pues la posesion, en primer lugar, como un hecho material necesario para ocupar las cosas; pero ese hecho, que considerado únicamente de detentacion, no podria ser objeto de la ley, pasa á ser derecho desde el momento que se ejercita con ánimo é intencion de continuar poseyendo.

Ahorabien, las Partidas, observando que además de los derechos en las cosas corporales, hay otros en las incorporeales, y que en éstas no es posible la tenencia material para poseerlas, admiten una cuasi posesion, consistente en el uso de uno y el sufrimiento de otro, dividiéndose los pareceres de los autores cuando han tratado de examinar si era aplicable á todos los derechos. Acordes aquéllos en cuanto á los derechos reales, no ha sucedido lo mismo respecto á los personales. La generalidad de los tratadistas ha creído que no podía aplicarse la posesion á ellos; pero distinguiendo entre los derechos personales de *tracto sucesivo*, de los que concluyen una vez ejercitados, no hay inconveniente en admitir el derecho

posesorio en los primeros, como en el arrendamiento, por ejemplo, y no en los segundos, que por su modo de ser, una vez ejercitada la accion para reclamarlos y hecha ésta efectiva, han dejado de existir; sin embargo, por más que parezca admisible esta opinion, es punto no resuelto todavía en la práctica.

Artículo 728.—La posesion es natural y civil. La primera consiste en la tenencia material de la cosa, y la segunda en la intencion de no abandonarla, apoyándose en un justo título y áun cuando no se tenga corporalmente.

La mera ocupacion no constituye posesion.

ORÍGENES

Ley 2.^a, tít. XXX, Partida 3.^a
Ley 11, tít. X, Partida 7.^a

CONCORDANCIAS

Concuerta en su última parte con: Art. 2232 Cód. Francia.—474 párr. 1.^o, Portugal.—688 Italia.—1993 Holanda.—3456 Luisiana.—2264 Bolivia.—1641 Vaud.—1198 Tesino.—1990 Valais.—1788 Neufchatel.—Ley 41, tít. II, libro XLI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Junio 1865.

No se considera como posesion la tenencia de un co-heredero en nombre de todos cuando la herencia está *pro indiviso* (Sent. 18 Noviembre 1865).

Igualmente sucede con la eventualidad de un derecho (Sent. 24 Enero 1867).

No se tiene por posesion la del administrador sobre los bienes administrados, porque es precaria (Sent. 17 Diciembre 1867).

COMENTARIO

Natural ó por otorgamiento de derecho, dice la ley de Partida que puede ser la posesion, ya

se ocupe materialmente una cosa, ya se considere propia con ánimo é intencion de no abandonarla, áun cuando el poseedor no la tenga siempre corporalmente. Con esta distincion la ley ha querido hacer constar el derecho, tanto del que siempre tiene una cosa en su poder, como del que con derecho á ella y con intencion de continuar poseyéndola, no la ocupa siempre materialmente, ya por imposibilidad procedente de su misma naturaleza, ya por ausentarse de ella temporalmente. Pero la misma sencillez del motivo que ha tenido la ley para hacer esa distincion, ha engendrado mil dudas y dificultades entre las escuelas cuando han tratado de explicarla. Se ha dicho que la posesion natural y civil no son distintas, sinó dos modos diversos de poseer, cuya doctrina en nada altera el principio establecido en la ley, porque llámeselas á una y otra posesion, ó modos diversos de poseer, las consecuencias siempre son las mismas y el mismo el derecho del poseedor; pero no decimos lo mismo desde el momento que los autores de esa doctrina añaden que la posesion natural debe ser considerada como injusta en cuanto se opone á la civil, que por estar fundada en el derecho es justa. Y no nos parece bien este modo de explicar la posesion natural y civil, porque á nuestro entender es contrario al espíritu de la ley, en el mero hecho de admitir una posesion injusta, habiendo empezado por definirla ántes en general como tenencia derecha. Si es tenencia derecha, no se comprende que uno de los modos de ejercitarla sea injusto. Lo mismo puede contestarse á los que sostienen que esa posesion civil y natural equivalente á justa é injusta, se refiere á poseer con buena ó mala fe, no siendo otra cosa una y otra que diversos modos de una misma posesion. Savigny, por otra parte, explica esta materia con arreglo á los dos efectos que pueden atribuirse á la posesion considerada en sí misma, la usurpacion y los interdictos, y dice que dos son las especies de posesion como dos son los efectos.

Esto basta para indicar las dudas ocurridas al interpretar la ley, dudas á nuestro entender poco fundadas en la mayor parte de los casos, mucho más no constituyendo posesion la mera ocupacion de una cosa, como ha dicho la ley y repetidas sentencias del Tribunal Supremo.

Artículo 729.—Puede ganar la posesion toda persona de sano entendimiento por sí; el hijo por el padre; el procurador y admi-

nistradores por su principal; el tutor ó curador por sus pupilos ó menores, y los arrendatarios para sus dueños, nunca para ellos.

ORÍGENES

Leyes 3.^a, 4.^a y 5.^a, tít. XXX, Partida 3.^a
Ley 22, tít. XXIX, Partida 3.^a
Ley 1.^a, tít. VIII, lib. XI, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Arts. 480 y 481 Cód. Portugal.

COMENTARIO

Dice la ley que puede ganar la posesion cualquiera de sano entendimiento ó de capacidad bastante, y esto se comprende perfectamente, porque para poseer se requiere intencion de hacer nuestras las cosas que ocupamos, requisito imposible de suponer en el incapacitado. Pero ¿qué condiciones se necesitarán para ganar la posesion por medio de otras personas? De lo que se desprende de otras leyes que estudiaremos más adelante, son tres las circunstancias necesarias para que el representado gane la posesion por medio de su representante. Debe hacer éste lo mismo que haría poseyendo por sí mismo; debe tener el poseedor ánimo de adquirir la posesion, y por último, segun da á entender la ley, debe mediar cierta relacion entre representante y representado, como es la que existe entre el padre y el hijo, el tutor y su pupilo, etc. Por consiguiente, mientras no haya aprehension con ánimo de poseer en el primer caso, deseo de adquirir en el segundo, y en el tercero relacion entre representante y poseedor, ya por razon de autoridad del uno sobre el otro, ya por mandato expreso, no se gana la posesion. Tienen, pues, capacidad para adquirirla: los hijos para sus padres, el tutor ó curador para los pupilos ó menores, los síndicos ú oficiales de alguna corporacion en nombre de ésta, y los que por mandato expreso estén facultados para ello. Tambien pueden ganar la posesion los arrendatarios para sus dueños, mas nunca para sí, porque si tienen las tierras en arrendamiento es en nombre de su dueño; de manera que no hacen aquéllos más que continuar la posesion en representacion del propietario.

Artículo 730.—Para adquirir la posesion

se necesita, además de intención de adquirirla, la *tradición* ó entrega del objeto, la cual podrá tener lugar de uno de los modos siguientes:

Primero. Por la entrega material de la cosa mueble objeto de la posesión.

Segundo. Por demostración hecha al adquirente de la cosa que está á la vista.

Tercero. Por la entrega de alguna señal ó símbolo que la represente, como las llaves ó títulos de propiedad.

Cuarto. Por declaración del enajenante, manifestando que retiene la cosa enajenada en usufructo ó arrendamiento á nombre del adquirente.

Quinto. Por adjudicación al dueño ú otro en su nombre, y por mandato del juez en razón de pago.

Sexto. Por el uso y disfrute de la cosa comprada de buena fe, á ciencia y paciencia del verdadero dueño.

Nunca se adquiere la posesión por fuerza, hurto ó cualquier otro medio contrario á las leyes.

ORÍGENES

Leyes 6.^a á la 11, tit. XXX, Partida 3.^a
Leyes 1.^a y 2.^a, tit. VIII, lib. XI, Nov. Rec.

CONCORDANCIAS

Concuerda en parte con: Arts. 1604, 1605 y 1606 Cód. Francia.—1464 y 1465 Italia.—667 Holanda.—1137 Vaud.—728 Tesino.—1441 Friburgo.—1253 Neufchatel.—1350 Valais.—1453 Luisiana.—1604 Bolivia.—Párr. 45, tit. I, libro II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

No puede haber tradición simbólica de una cosa vendida, cuando ántes del contrato no existía la misma en poder del vendedor (Sent. 4 Mayo 1860).

Para ser aplicable la ley 9.^a, tit. XXX, Partida 3.^a, que autoriza al comprador para dejar arrendada la cosa vendida en poder del vendedor, sin necesidad de la material aprehensión de ella, es necesario que la cosa exista en poder del vendedor al tiempo del otorgamiento del contrato (Sent. 4 Mayo 1860).

La mera tenencia de bienes, careciendo de las circunstancias que requieren las leyes para

estimarla *derecha* y sostenible, no puede, según la ley 10, tit. XXX, Partida 3.^a y sus concordantes, ser calificada de posesión legal, y si sólo de intrusión, ineficaz de todo punto para conferir derecho alguno posesorio á los efectos de la prescripción ordinaria (Sent. 26 Junio 1868).

Si la certificación presentada por el demandante de haberse inscrito en el Registro de la propiedad á nombre de un Ayuntamiento la posesión de la parcela de terreno que se litiga no es título cuya entrega equivalga á la tradición material de la cosa vendida, y además no aparece que él la hubiese recibido en tal concepto de la corporación municipal, en cuyo poder debería encontrarse, requisitos necesarios para que pueda tener efecto la tradición simbólica que autoriza la ley 8.^a, tit. XXX, Partida 3.^a, al absolver de la demanda, no se infringe la expresada ley (Sent. 20 Noviembre 1878).

COMENTARIO

Dos requisitos son necesarios para ganar la posesión de las cosas: voluntad de hacerlas propias y aprehensión de las mismas, acto material que tiene lugar mediante la entrega ó *tradición*. De este segundo requisito se ocupa el presente artículo.

Es considerado por los autores, siguiendo á las Partidas, á la vez como modo de adquirir la propiedad y la posesión, pero como en realidad no existe gran diferencia en cuanto á los efectos en uno y otro caso, preferimos tratar aquí reunida toda la materia de tradición á hacerlo en dos ó más capítulos diferentes.

Tiene lugar mediante la entrega hecha por el dueño á otra persona con ánimo de transferir la posesión. Examinando su naturaleza hallamos, que si parece de origen natural en el mero hecho de suponer que el propietario al transmitir una cosa á otro desea que su voluntad tenga cumplida ejecución, no deja de ser también un modo civil, admitido en el derecho y sancionado por la ley.

Requisito indispensable era en Roma la tradición para transferir el dominio; no bastaba el título, era necesario además el modo, así como aquél debía siempre preceder á éste; pero las modernas legislaciones, separándose de esa distinción, considerada por algunos como una de tantas sutilezas del Derecho Romano, juzgan innecesaria la tradición para adquirir el derecho de poseer: por esto el Proyecto de Código, del mismo modo que otros Códigos extranjeros, dan al consentimiento y á la obligación la fuer-

za suficiente para transmitir sin más requisitos la propiedad de las cosas.

Entre estos dos opuestos sistemas ¿cuál debe ser preferido? Sin incurrir en exageraciones en cuanto al modo de llevar á cabo este medio de transferir el dominio, como éste es un derecho que se manifiesta públicamente por medio del signo exterior que le acompaña, y á la sociedad interesa esa manifestación para conocer los derechos de cada uno y evitar los conflictos y litigios que su ignorancia pudiera ocasionar, en este sentido nada como la tradición puede dar á conocer mejor desde cuándo se adquiere el dominio sobre las cosas.

Despréndese de la definición ántes apuntada, que la entrega sólo puede recaer sobre las cosas corporales; pero como también se transmiten las incorporales, ha habido necesidad de admitir una *cuasi tradición*, representada por el uso de aquel á quien se entregan y por el consentimiento de quien las concede, y la ley, siguiendo el ejemplo del Derecho Romano que por ficción, daba por hecha la entrega mediante ciertos actos simbólicos, establece varios modos según los cuales puede tener lugar la tradición, además del que se ejercita por medio de la entrega material de la cosa.

Si un ome vendiesse á otro alguna cosa o gela diesse, o gela enagenasse en alguna otra manera e estando la cosa delante, dijese el que la enagenava al otro, que lo apoderava en ella, veyéndola ambos a dos, maguer este atal no la entre, nin la tenga corporalmente, abóndale tal apoderamiento de vista, para ganar la tenencia de ella (1).

Las leyes 7.^a y 8.^a del mismo título y Partida citan como otro medio de hacer la tradición, el que tiene lugar mediante la entrega de un instrumento, señal ó símbolo, y citan como ejemplo las llaves de la casa y las escrituras ó título de propiedad; porque en efecto, nada puede representar mejor el acto de transferir el dominio de una casa, que la entrega de sus llaves, por lo mismo que son necesarias para penetrar en ella, ó la escritura donde consta su traspaso con sus linderos, derechos y cargas.

Constitutum possessorium es llamado por los autores el medio prescrito en la ley 9.^a para cumplir con el requisito de la tradición. El que enajena una cosa declarando que la retiene en usufructo ó arrendamiento, adquiere la pose-

sión, como si el adquirente, después de haberla hecho suya, la volviera al que se la vendió para que la posea en su nombre; de manera que el primero adquiere la propiedad y la posesión civil, y el segundo la tenencia material.

Esta también se adquiere, según prescribe la ley siguiente, cuando es adjudicada por su dueño, por otro en su nombre, ó por mandato del juez en razón de paga, y, por último, gana la posesión igualmente el comprador que usa de la cosa á ciencia y paciencia de su dueño, *como si el señor gela oviese entregado por sí mismo al adquirente ó á quien le representase*.

Lo detentado por la fuerza, miedo, hurto ó cualquiera otro medio opuesto á las leyes, no transfiere la posesión, y siempre tiene derecho el dueño á recobrar lo que así le fuere sus- traído.

Según se desprende de la definición, la tradición no puede hacerse sino por el dueño que tiene derecho de enajenar; ahora bien, ¿podrá hacerla el pupilo? Conforme á dicho principio, no, porque no dispone libremente de sus bienes ni tiene capacidad para ello, y, por tanto, no puede hacerlo válidamente sin la autorización del tutor; de suerte que no adquiere la propiedad el que recibe la cosa de persona á quien cree dueño de ella, aunque por ello se haga poseedor de buena fe, y no puede aducirse en contra de esta doctrina el derecho concedido al acreedor para vender la prenda en los casos permitidos por la ley, porque esta enajenación no se hace á nombre del acreedor, sino del deudor, que por ser su verdadero dueño transfiere el dominio.

Es materia no bien definida por nuestras leyes, pero sí por las romanas, la que se refiere á los vicios que pueden afectar á la tradición. Puede haber error en la persona, en la cosa y en el título.

Debe tenerse en cuenta el primero cuando se trata de título lucrativo, porque en éste, á diferencia del oneroso, no se atiende más que á la cualidad de la persona; el que vende no lo hace por la misma causa que el donante: el uno busca el precio de cualquiera que compre, y el otro atiende á un ser querido con quien le unen lazos de parentesco, amistad, cariño, etc.

El error esencial en la cosa afecta profundamente á su traslación; mas no cuando él es accidental, como si consistiese en el nombre.

Por último, perjudica á la tradición el error en el título, cuando no hay verdadero acuerdo entre los contrayentes, como sucede si uno en-

(1) Ley 6.^a, tit. XXX, Partida 3.^a

trega como donacion y otro cree recibir en usufructo; mas no cuando, á pesar de la falta de acuerdo, son los dos títulos traslativos de dominio.

No dejó de producir algunas dudas entre los jurisconsultos romanos este último punto, particularmente al explicar los fragmentos de Ulpiano y Juliano que de ello se ocupan; pero es materia que no nos incumbe el tratarla, y basta que hagamos esta indicacion.

Artículo 731.—Se trasfiere no solamente la posesion, sinó tambien la propiedad por la tradicion, apoyada en título hábil, mediante el cumplimiento de las condiciones impuestas en el mismo al adquirente, siempre que éste no hubiere prestado fiador ni tomado plazo para pagar.

ORÍGENES

Ley 46, tit. XXVIII, Partida 3.^a

CONCORDANCIAS

Concuerda en su segunda parte con: Artículo 1612 Cód. Francia.—1574 Portugal.—1469 Italia.—1514 Holanda.—1143 Vaud.—1259 Neufchatel.—1356 Valais.—2463 Luisiana.—1611 Bolivia.—Párrafo 41, tit. I, lib. II, Instituta.—Leyes 13, tit. I, lib. XIX, y 78, tit. I, libro XIX, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Si bien por la ley 46, tit. XXVIII, Partida 3.^a, se establece, por regla general, que el dominio de la cosa vendida no pasa al comprador aunque se haya apoderado de ella, si no ha entregado el precio, por la misma ley se exceptúan el caso en que el comprador se hubiere tomado plazo para pagar, y el de que el vendedor se fiase en aquel del precio (Sent. 14 Diciembre 1861).

Verificada la tradicion de la cosa por el precio dado, queda consumado el contrato de compra-venta (Sent. 9 Octubre 1867).

Tambien determina dicha ley que pasaria al comprador el señorío de la cosa comprada aunque el precio no se hubiese pagado, quedando el comprador obligado solamente á pagarlo (Sent. 31 Marzo 1874).

COMENTARIO

Dos partes contiene este artículo: en la primera se consigna la doctrina general que rige

en materia de tradicion, la cual, con arreglo á ella, puede hacerse por el dueño ó por apoderado en su nombre, si ántes hubiese mediado título hábil, y en la segunda parte se dispone respecto al caso particular de la compra-venta que mientras no se entregue el precio no adquiere el comprador el dominio de la cosa aún cuando haya tradicion, á no ser que la hubiera comprado á pagar á plazos ó que dé fiador.

En cuanto á lo primero, ya hemos dicho en el comentario anterior cómo el dueño que tiene capacidad para disponer de sus cosas puede hacer la tradicion; pero entre los expositores del Derecho Romano surgieron algunas dudas relativas al modo de llevarla á cabo por medio de procurador, porque hallándose dispuesto por una ley, que si la persona encargada por el dueño para administrar sus bienes, vende y entrega alguno de los comprendidos en la administracion, trasfiere su propiedad, nació la duda de si con el poder general de administrar estaba facultada la persona á cuyo favor se había otorgado para vender.

No nos detenemos en exponer las razones alegadas por dichos expositores en pro y en contra, pero si decimos que en nuestra opinion no va incluida entre los actos de pura administracion la facultad de vender otra cosa que los frutos de los bienes, y por consiguiente, no puede trasferir el dominio sobre los últimos el que sólo está encargado de administrarlos. Así parece desprenderse de lo dispuesto en la ley, la que al decir que la trasmision de dominio puede hacerla el dueño ó que la haga otro alguno por su mandado, presupone algo más que un mandato general.

La última parte del artículo tiene fácil explicacion tambien, porque en el contrato de compra-venta no se da por existente el ánimo ó voluntad de transmitir la cosa, mientras no se pague el precio, á diferencia de los demas contratos, que siempre por un medio ó por otro se manifiesta la voluntad del traductor.

Artículo 732.—No es necesaria la tradicion para ganar la posesion:

Primero. Cuando la cosa adquirida se poseía ya por otro título (a).

Segundo. Cuando se trata de repartir las ganancias de una sociedad entre los que forman parte de ella, pues en este caso cada cual tendrá su porcion como si cada uno la hubiere adquirido.

Tercero. En las donaciones hechas hasta cierto tiempo, las cuales pasan, una vez vencido plazo, á los herederos del donante ó á la persona que éste hubiere designado.

ORÍGENES

Ley 47, tit. XXVIII, Partida 3.^a

Ley 7.^a, tit. IV, Partida 5.^a

COMENTARIO

Algunos casos señalan las leyes en los cuales se trasfiere la propiedad sin la tradicion, aún cuando en rigor no es por considerarla innecesaria, sinó porque se da por supuesta.

Tal sucede en el primer caso del artículo, cuando el que adquiere una cosa la poseía anteriormente por otro título; tradicion llamada en el Derecho Romano *brevi manu*, porque evita el rodeo de que el antiguo poseedor entregase la cosa al dueño para que éste se la volviera á entregar.

La misma ley 47, tit. XXVIII, Partida 3.^a, despues de aplicar á la propiedad los modos de hacer la tradicion marcados anteriormente para ganar la posesion, establece otro caso en que aquélla es innecesaria, diciendo: *cuando facen los omes compañías entre si, poniendo que todos los bienes que han, o ganaren delante, que sean comunamente de todos los compañeros; que luego que tal compañía hayan fecha e firmada e otorgada entre si, que pasa el señorío de todas las cosas, que cada uno de ellos ha, a los otros, tambien como si unos a otros se oviesen apoderado en todos los bienes que oviesen corporalmente... Otrosi toda ganancia que cualquier dellos haga, que el señorío della pasa a los otros, tambien como si cada uno dellos la oviese fecha. Nada explica la razon del caso marcado en nuestro artículo como el texto de la ley donde se halla establecido.*

Por último, no es tampoco necesaria la tradicion en las donaciones hechas hasta cierto tiempo, porque pasado éste, como falta el dueño que debe hacerla, se supone hecha desde un principio y pasa el dominio de las cosas donadas á los herederos del donante ó á quien éste hubiere designado.

Artículo 733.—El que posee una cosa durante un año y un día con justo título y buena fe, puede excusarse de responder sobre su posesion.

ORÍGENES

Ley 2.^a, tit. IV, lib. IV, Fuero Viejo.

Ley 1.^a, tit. XI, lib. II, Fuero Real.

Ley 242 del Estilo.

Ley 1.^a, tit. IX, Ordenamiento de Alcalá.

Ley 3.^a, tit. VIII, lib. XI, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

Sent. 4 Junio 1872.

No puede invocarse la ley 3.^a, tit. VIII, libro XI de la Nov. Rec., cuando no se trata de la posesion de año y día, sinó de la propiedad (Sent. 22 Setiembre 1869).

Igualmente no puede apoyarse en ella el que no acredite la buena fe y justo título exigidos á todo poseedor (Sent. 4 Mayo 1868).

A la Sala incumbe el apreciar las pruebas relativas á posesion y servidumbre que se adquieren por el uso, á cuya apreciacion debe estarse mientras no se pruebe haber infringido la sentencia, ley ó doctrina legal (Sent. 19 Marzo 1872).

COMENTARIO

Grandes dificultades ha ofrecido y ofrece en la jurisprudencia lo contenido en este artículo. Establecía el Fuero Viejo en su ley 2.^a, tit. IV, lib. IV, que si uno demandase en juicio la posesion de una finca á otro, y éste probase con cinco testigos haberla poseído y disfrutado por espacio de un año y un día, ganase la posesion, siempre que el demandante no probase del mismo modo que la había tenido aquél en arrendamiento ó de otra manera, y ademas que se había querrellado en ese tiempo.

El Fuero Real eximia tambien al poseedor de cosa por año y día de la obligacion de responder sobre ella en juicio. La ley 242 del Estilo explicó algunas palabras del fuero, y luégo el Ordenamiento de Alcalá exigió como requisito, título y buena fe, ademas del uso por el tiempo dicho para eximirse de responder en juicio sobre esa posesion. Esta ley tuvo por objeto explicar la duda que algunos Fueros, como el de Logroño, Sepúlveda y Cuenca, no habian resuelto, respecto á saber si era necesario título y buena fe ademas del uso por el tiempo; pero quedó sin decidir si estas leyes deberian aplicarse á la propiedad ó á la posesion solamente. La Nov. Rec. resolvió la duda á favor de la última; pero suscitóse luégo otra referente al carácter que debía tener esta ley, punto que ha sido, por