



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DADE

La *possessio* romana. Analogías y  
diferencias con la posesión en el  
Derecho Moderno

Presentado por:

***Álvaro Villamañán Ruiz***

Tutelado por:

***Francisco Javier Andrés Santos***

*Valladolid, 24 de Junio de 2020*

## RESUMEN:

La posesión en el antiguo imperio romano consistía en un estado de hecho en el cual un sujeto tiene una cosa en su haber, independientemente de que sea o no el legítimo dueño de esta.

Cuando vemos a alguien ejerciendo un poderío sobre una cosa, no podremos estar seguros de que esa persona que ejercita un determinado derecho es el titular del derecho de propiedad o cualquier otro derecho real sobre la cosa. Por tanto, es importante recalcar que posesión y propiedad no siempre van a coincidir en la misma persona.

Esta posesión, a pesar de no ser considerada como un derecho pleno, gozará de defensa jurídica. Esto es debido a que se busca mantener el orden en la sociedad, según Savigny. Sin embargo, para Ihering, el verdadero motivo de la salvaguarda posesoria se encontraría en la apariencia jurídica que se desprende de la actuación del poseedor sobre la cosa, como si fuese su legítimo dueño.

La *possessio* romana se clasificará en natural, consistente en la mera detención de la cosa; interdictal, en la que además habrá una voluntad de poseer; y civil, por la cual el poseedor podrá pasar a ser el dueño de la cosa a través de la usucapión.

La posesión estaría formada por el *corpus*, esto es, la tenencia corporal de la cosa; y el *animus*, que es la intención de tener la cosa para uno mismo. Se adquiere la posesión sobre una cosa cuando se den en la misma persona estos dos requisitos. Se admite, además, la adquisición de la posesión por medio de representante.

Siempre y cuando el poseedor conserve el *corpus* y el *animus*, se mantendrá la posesión de la cosa, no siendo preciso que el contacto sobre la cosa sea constante. Se perderá la posesión por la falta de uno de los elementos (*corpus* o *animus*) en la posesión de la cosa, o ambos al mismo tiempo.

Acercas de la defensa de la posesión en el Derecho romano, se crearon los interdictos, que servían de amparo judicial a los poseedores. Se trataba de una protección *extra ordinem*. Encontramos aquí los *interdicta retinendae possessionis* y los *interdicta recuperandae possessionis*.

La posesión de derechos o *quasi possessio* se refiere al caso de quien realiza acciones típicas de un determinado derecho, sin probar que es el legítimo titular. Con origen en la *hereditaris*

*petitio*, se puede ejemplificar con el caso de aquella persona que vemos atravesar todos los días por un terreno ajeno.

Cabe destacar también las denominadas como posesiones anómalas, que serían aquellas que, sin cumplir totalmente con los requisitos posesorios, reciben la protección interdictal. Este es el caso de las posesiones del precarista, el acreedor pignoraticio y el secuestratario.

La posesión moderna recibe influencias del Derecho romano, el Derecho canónico y Derecho germánico. El poseedor de una cosa, por el mero hecho de serlo, podrá ejercitar acciones propias de la defensa posesoria.

La apariencia de titularidad posesoria servirá para fines de defensa de la posesión, publicidad, legitimación y generadora de la propiedad o cualquier otro derecho real.

El *corpus* consistirá en una relación de poderío deliberado, mientras que el elemento intencional se erigirá como un *animus possidendi*, definido como la intencionalidad de permanecer en la relación de dominación sobre la cosa.

Se produce una discusión acerca de si la posesión consistirá en un simple hecho o en un derecho. Para la mayor parte de la doctrina, se deberá configurar como un derecho real, pero que no llega a ser un derecho pleno.

La clasificación de la posesión en diferentes tipos atenderá a diversos criterios, ya sea en posesión civil y natural; posesión en concepto de dueño y en concepto distinto de dueño; posesión en nombre propio y en nombre ajeno; posesión mediata y posesión inmediata; posesión viciosa y posesión no viciosa; y posesión de buena fe y de mala fe.

No será necesaria completa capacidad de obrar para obtener la posesión. Además, las personas jurídicas también serán capaces de ser poseedores. Solo podrán ser objeto posesorio las cosas y derechos susceptibles de apropiación.

Se podrá adquirir la posesión por la ocupación material de una cosa o derecho, por el ejercicio de nuestra voluntad y por lo estipulado legalmente para la adquisición del derecho en cuestión.

La posesión se perderá por abandonar la cosa, por cedérsela gratuitamente a otro, por su extracomercialidad y por la posesión de otro durante más de un año. El poseedor tendrá para defenderse los interdictos de recuperar y de retener la posesión.

## RESUMEN EN INGLÉS:

Possession in the ancient Roman Empire consists of a state of fact in which a subject has a thing to his credit, regardless of whether or not he is the legitimate owner of it.

When you see someone exercising power over a thing, we cannot be sure that person who exercises a certain right is the owner of the property right or any other real right over the thing. Therefore, it is important to remember that possession and ownership will not always coincide in the same person.

This possession, in despite of not being considered a full right, will enjoy legal defense. This is because it seeks to maintain order in society, according to Savigny. However, for Ihering, the true motive of the possessory safeguard is found in the legal appearance that is despised of the action of the possessor on the thing, as if he were the legitimate owner.

Roman possession will be classified as natural, consisting of the mere stopping of the thing; interdictal, in which we will also have a will to possess; and civil, by which the owner may become the title-holder of the thing through usucaption.

The possession would be formed by the *corpus*, that is, the bodily possession of the thing; and the *animus*, which is the intention to have the thing for oneself. Possession of a thing is acquired when these two requirements are met in the same person. The acquisition of possession through a representative is also admitted.

As long as the possessor conserves the *corpus* and the *animus*, he will maintain the possession of the thing, being unnecessary for the contact on the thing to be constant. Possession is lost due to the lack of one of the elements (*corpus* or *animus*) in the possession of the thing, or both at the same time.

Regarding the defense of possession in Roman law, interdicts were created, which serve as judicial protection for the holders. It is an *extra ordinem* protection. We find here the *interdicta retinendae possessionion* and the *interdicta recuperandae possessionis*.

The possession of rights or *quasi possessio* refers to the case of someone who performs typical actions of a certain right, without proving that he is the legitimate owner. With its origin in the *hereditaris petitio*, it can be exemplified with the case of that person we see go through foreign land every day.

It is also worth noting those denominated as anomalous possessions, which would be those that, without fully complying with the possessory requirements, receive interdictal protection. This is the case of the possessions of the squatter, the pledge creditor and the kidnapper.

Modern possession is influenced by Roman Law, Canon Law and German Law. The possessor of a thing, by the mere fact of being it, will be able to exercise typical actions of the possessory defense.

The appearance of possessory ownership will serve for purposes of possessory defense, publicity, legitimating and generating property or any other real right.

The corpus will consist of a deliberate power relationship, while the intentional element will be erected as an *animus possidendi*, defined as the intention to remain in the relationship of domination over the thing.

A discussion ensues about whether possession will consist of a simple fact or a right. For most of the doctrine, it should be configured as a real right, but it does not become a full right.

The classification of possession in different types will meet various criteria, whether in civil and natural possession; possession in concept of owner and in concept different from owner; possession in your own name and in someone else's name; mediate possession and immediate possession; vicious possession and non-vicious possession; and possession in good faith and bad faith.

Complete capacity to act will not be necessary to obtain possession. In addition, legal persons will also be able to be holders. Only things and rights subject to appropriation may be a possessory object.

Possession may be acquired by the material occupation of a thing or right, by the exercise of our will and by what is legally stipulated for the acquisition of the right in question.

Possession will be lost for abandoning the thing, for handing it free to another, for its extra-commerciality and for someone else's possession for more than a year. The holder will have to defend himself the injunctions to recover and retain possession.

**Key words:** derecho, romano, civil, posesión.

## ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN.....	9
1. POSESIÓN ROMANA.....	10
1.1. Concepto.....	10
1.2. Fundamento e historia.....	11
1.3. Tipos de posesión.....	13
1.3.1. Posesión natural.....	13
1.3.2. Posesión interdictal.....	14
1.3.3. Posesión civil.....	15
1.4. Requisitos de la posesión.....	15
1.5. Adquisición, conservación y pérdida de la posesión.....	16
1.5.1. Adquisición de la posesión.....	16
1.5.2. Adquisición de la posesión por medio de representante.....	18
1.5.3. Conservación de la posesión.....	18
1.5.4. Pérdida de la posesión.....	19
1.6. La defensa de la posesión.....	21
1.6.1. Época clásica.....	21
1.6.2. Época justiniana.....	22
1.7. La <i>quasi possessio</i> o posesión de derechos.....	23
1.8. Las posesiones anómalas.....	24
2. POSESIÓN CIVIL.....	26
2.1. Introducción.....	26
2.2. Fundamento de la defensa de la posesión.....	26

2.3. Relevancia y funciones de la posesión.....	28
2.4. Concepto y elementos de la posesión.....	28
2.5. Naturaleza de la posesión.....	29
2.6. Las clases de posesión.....	31
2.6.1. Posesión civil y posesión natural.....	31
2.6.2. Posesión en concepto de dueño y posesión en concepto distinto de dueño...	32
2.6.3. Posesión en nombre propio y en nombre ajeno.....	33
2.6.4. Posesión mediata y posesión inmediata.....	34
2.6.5. Posesión viciosa y posesión no viciosa.....	36
2.6.6. Posesión de buena fe y posesión de mala fe.....	37
2.7. Sujetos de la posesión.....	39
2.8. Objeto de la posesión.....	39
2.9. Adquisición de la posesión.....	40
2.9.1. Ocupación material.....	40
2.9.2. “Acción de nuestra voluntad”.....	40
2.9.3. “Actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho”.....	40
2.9.4. Posesión civilísima de heredero.....	41
2.9.5. Adquisición por representante.....	41
2.10. La pérdida de la posesión.....	41
2.10.1. “Por abandono de la cosa”.....	41
2.10.2. “Por la cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito”.....	42
2.10.3. “Por destrucción o pérdida total de la cosa, o quedar esta fuera del comercio”.....	42
2.10.4. “Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”.....	42

2.11. La defensa de la posesión.....	42
3. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA POSESIÓN ROMANA Y LA POSESIÓN EN EL DERECHO MODERNO.....	44
3.1. Concepto.....	44
3.2. Elementos de la posesión.....	44
3.3. Fundamento de la defensa de la posesión.....	45
3.4. Tipos de posesión.....	45
3.4.1. Posesión natural y posesión civil.....	45
3.4.2. La posesión interdictal y las posesiones viciosa y no viciosa.....	46
3.5. Adquisición de la posesión.....	47
3.5.1. Adquisición de la posesión por representante.....	48
3.6. La pérdida de la posesión.....	48
3.7. La defensa de la posesión.....	48
CONCLUSIONES.....	49
BIBLIOGRAFÍA.....	50

## **INTRODUCCIÓN:**

El tema elegido supone realizar un estudio en profundidad de la posesión en el Derecho Romano y en el Derecho Civil moderno, para a posteriori poder llevar a cabo un análisis de las analogías y diferencias de la *possessio* romana y de la posesión en el Derecho moderno.

Considero que este tema tiene un gran interés por el hecho de abordar dos vertientes diferentes del ámbito jurídico y por la posibilidad de realizarse de forma comparada sobre la figura jurídica de la posesión.

El trabajo se estructura en tres grandes partes diferenciadas: una primera en la que se exponen los rasgos de la *possessio* romana, una segunda que concierne el estudio de la posesión en el Derecho Civil, y una última en la que se realiza un análisis comparado de la posesión y su evolución entre en el Derecho Romano y el Derecho Civil.

Para elaborar este trabajo he empleado diversas fuentes, consistentes principalmente en Manuales de Derecho Civil y de Derecho Romano, así como revistas jurídicas.

Los objetivos perseguidos se centran en mostrar al público las características y la evolución de la posesión en las diferentes etapas histórico-jurídicas.

# 1. POSESIÓN ROMANA.

## 1.1. Concepto.

Cuando el dueño de una cosa lleva a cabo acciones sobre ella, estas corresponden al ejercicio de un derecho de propiedad, el cual se encuentra defendido por el ordenamiento jurídico. No obstante, si estamos ante una situación factual en la que vemos a una persona ejerciendo poder sobre una cosa y haciendo uso de ella, podremos decir que este estado de hecho se corresponde a una situación posesoria. Lo que no podremos afirmar a simple vista es si se trata o no del ejercicio de un derecho de propiedad.

Se dará un derecho de propiedad cuando exista una relación jurídica entre un sujeto, que se sitúa legalmente como dueño, y la cosa, sobre la cual recae su derecho de propiedad.

Dicho esto, cabe entender que la posesión de una cosa no siempre estará en la figura del propietario. Es así que, mientras una persona detiene el derecho de propiedad sobre la cosa, esta puede encontrarse en la tenencia efectiva y real de un sujeto distinto.

La posesión en el Derecho clásico romano sería el hecho de disponer de una cosa, a diferencia de la propiedad, la cual requiere una titularidad jurídica. Se trata, pues, de una situación de hecho, de tener u ocupar una cosa, independientemente de que haya o no un derecho que lo respalde.

Desde un punto de vista etimológico, *possessio* se compone de *pot* y *sedere*, que significan, el primero, un poder sobre una cosa y el segundo, un establecimiento sobre algo, una relación entre una persona y un objeto. (R.Panero, Derecho Romano: 347).

Es importante incidir en la diferencia entre la propiedad y la posesión, que no deben ser vistas de forma unitaria, de lo que se desprenden las siguientes consideraciones: aquel que se hallaba preso, una vez haya sido puesto en libertad, no recobra las posesiones que detenía antes de ser encarcelado; la posesión no se transmite por medio de la herencia, es así que los herederos solo serán poseedores si consiguiesen detener dichas cosas; si alguien recibe una donación, será considerado poseedor, aunque esta sea nula en el ámbito de lo civil; en el proceso de la posesión no se aceptan las particularidades basadas en el derecho a poseer; la posesión del menor de edad puede iniciarse sin permiso del tutor, pues se trata de un hecho y no de un derecho. (J. Iglesias, Derecho Romano: historia e instituciones: 207).

La posesión se desenvuelve como una agregación extrajurídica de la propiedad, fuera del ámbito de estudio del *ius civile*. No obstante, se tendrá en consideración el hecho posesorio con miras a la adquisición de la propiedad por usucapión. (J. Iglesias, op.cit.: 208).

Entendiéndose pues la posesión como un acto realizado por una persona, cuando esta deje de llevarlo a cabo, deja de existir el hecho posesorio. Es importante tener en cuenta el modo en el cual esta situación de hecho se aproxima a la consecución de un derecho, siendo que la propiedad se constituye como una posesión respaldada por el ordenamiento jurídico.

Vamos a delinear a continuación las principales consecuencias jurídicas de la posesión. Primeramente, esta situación de hecho se salvaguarda de las intromisiones de extraños que atenten contra la situación de armonía del hecho posesorio. Se prioriza mantener la posesión del tenedor (para mantener así el orden social) y obligar a acudir a la vía judicial a quien pretenda demostrar que tiene el derecho de la posesión. (J. Iglesias, op.cit.: 208).

Por otro lado, la posesión puede conducir a la adquisición de la propiedad de una cosa, como en la tradición, ocupación, usucapión y en el usufructo (siempre que se dé el requisito de buena fe en el poseedor). (J. Iglesias, op.cit.: 208).

Finalmente, cabe mencionar la importancia de la posesión en el proceso reivindicatorio clásico. Aquel que no tiene la posesión y reivindica su derecho a esta, deberá probarlo, mientras que a quien detiene la cosa se le exime del deber de demostrar continuamente su derecho posesorio (lo tenga o no). (J. Iglesias, op.cit.: 208).

## **1.2. Fundamento e historia.**

Para entender el motivo por el cual se tutela jurídicamente la posesión, debemos fijarnos en la obra de Savigny e Ihering, principalmente. Para el primero, sería el mantenimiento de la paz social la razón por la cual se protegería la figura del poseedor. Por otro lado, Ihering considera que la causa está en el aspecto o manifestación de poderío sobre algo. Es así que, según él, debemos presumir que aquel que se encuentra en posesión de la cosa, es su legítimo dueño.

Con respecto al comienzo de esta defensa posesoria, Savigny la sitúa en los poseedores del *ager publicus* romano. Las parcelas que poseían pertenecían a Roma y no a ellos, lo que les

imposibilitaba de ejercitar acción alguna en defensa de la propiedad frente a las intromisiones ajenas. (R.Panero, op.cit.:349).

En cambio, Ihering argumenta que el inicio de la defensa posesoria se sitúa en la atribución provisional de la cosa que el juez llevaba a cabo hacia una de las partes pleiteadas hasta que se averiguaba quien era su verdadero dueño. (R.Panero, op.cit.:349).

Savigny encuentra en la posesión efectos jurídicos referidos a la usucapión y la protección interdictal. A raíz de esto, entiende que existen un derecho de posesión (*ius possessionis*) y un derecho de poseer (*ius possidendi*). En el caso del *ius possessionis*, estaríamos ante un derecho de posesión transferido a un sujeto, que posee en nombre de otro. En cuanto al *ius possidendi*, nos encontramos ante un derecho a poseer algo. (A. Torrent, Manual de Derecho Privado Romano; 226)

Para este autor, la posesión consiste en la conjunción de la detención de la cosa y la voluntad de ser su amo. No obstante, reconoce la existencia de un tipo de posesión en la que no existe interés por parte de quien detiene la cosa de ser su dueño, sino que se trataría de la acción de un derecho posesorio. Por tanto, podrán realizarse transacciones con la posesión. (A. Torrent, op.cit; 226).

Por otro lado, Ihering establece que la posesión es un derecho. Argumenta que al otorgársele defensa jurídica, se estaría reconociendo al mismo tiempo la existencia de este derecho. Para él, sin posesión no cabrá derecho de propiedad alguno. (A. Torrent, op.cit; 227).

Bonfante hace hincapié en la intención subyacente en las acciones realizadas por el poseedor. Este autor pone varios ejemplos para dar a entender su pensamiento, como la caza o el matrimonio. Dice que el cazador no quiere pasar a ser el propietario de los animales, sino aprovecharlos de diversas maneras. Asimismo, clasifica el matrimonio como estado de hecho. Para él, el poseedor se erige como aparente amo de la cosa. (A. Torrent, op.cit; 229).

Albertario diferencia tres etapas en el estudio de la posesión. La primera, preclásica, en la cual se carece de una definición técnica de la posesión. En la siguiente, etapa clásica, se trata de un señorío de hecho sobre algo salvaguardado por los interdictos del pretor y transformable en propiedad a través de la usucapión. En la última, etapa postclásica, equivale a un derecho. (A. Torrent, op.cit; 229).

Según Papiniano, la posesión sería un hecho. De igual manera piensa Volterra, quien pone el ejemplo de la institución del *postliminium*. Esta hace referencia a los romanos prisioneros del enemigo, quienes en el caso de retornar al suelo romano, conseguían recuperar todos los derechos que tenían en su haber antes del cautiverio. No obstante, no se restauraban las situaciones de hecho, como la posesión y el matrimonio. (A. Fernández de Buján, Derecho Privado Romano: 347).

Cabe hacer mención al artículo 445 C.C. que establece lo siguiente: “La posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión. Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual...”.

Según se avanza en el estudio de la posesión romana van surgiendo algunas cuestiones. ¿Cuáles son los requisitos para que la posesión se transforme en propiedad? Y, ¿en qué casos se deberá conceder amparo a la posesión tratándose únicamente de una situación de hecho y no un derecho como tal?

En la etapa clásica, existe una discrepancia entre el entendimiento del *ius civile* y del *ius honorarium*. El primero requiere una *iusta causa*, esto es, cualquiera que sea adecuada para transferir el señorío, mientras que el otro precisa de una intencionalidad por parte del poseedor de tener la cosa propia. (R.Panero, op.cit.:349).

Después, en la época postclásica y justiniana, en la que se funden *ius civile* y *honorarium*, el *animus* de poseer, es decir, la intencionalidad del poseedor, será el fundamento de la posesión, llegando a aceptarse incluso la posesión sobre derechos (*quasi possessio*). (R.Panero, op.cit.:350).

### **1.3. Tipos de posesión.**

#### *1.3.1. Posesión natural.*

Es la simple tenencia de la cosa. Aquel que detiene la cosa no lo hace con el propósito de quitar de la posesión de esta al resto de individuos, no hay *animus possidendi*. No se le concede protección por vía judicial, puesto que se trata de una mera apariencia posesoria. Solo se da la exigencia del *corpus*.

Serán pues poseedores que podremos encuadrar dentro de esta clasificación aquellos que detienen la cosa en arriendo, para su usanza, centinela o simplemente en sustitución de otra persona en cuyo nombre la tienen en su haber. Estos son el depositario, arrendatario, el comodatario, el usufructuario y el acreedor al que se le ha metido en las pertenencias del deudor por decisión pretoria. Estos no podrán ejercitar la tutela interdictal para defenderse de ataques a su situación de tenencia de la cosa, pero en cambio sí podrán hacer uso de esta aquellos que tienen los derechos sobre las cosas.

Sobre esto dice Gayo: “Poseemos no solo si poseemos nosotros mismos, sino también cuando alguien tiene en nuestro nombre la cosa...como el arrendatario rústico o el inquilino. También se estima que poseemos a través de aquellos a los que hemos entregado en depósito o comodato una cosa...”. (A. Fernández de Buján, op.cit.: 348).

### 1.3.2. Posesión interdictal.

En esta situación posesoria se dan la tenencia material de la cosa junto al elemento intencional consistente en detener la cosa con salvedad del resto. Esto es, no solo habrá *corpus* sino que también hay *animus possidendi*. Además, a esta situación se le dará protección a través de los interdictos del pretor.

Aquella posesión que no haya sido obtenida por la fuerza, ni de forma oculta, ni por concesión precaria, será considerada justa. De lo contrario, estaremos ante una posesión injusta o viciosa.

Aunque toda situación posesoria perteneciente a este grupo se encuentre protegida por el pretor, cabrá hacer una pequeña distinción en función de si la posesión es justa o no. En el caso de que se trate de una posesión del tipo injusta o *iniusta*, el poseedor no se verá auxiliado cuando solicite protección interdictal contra el enemigo, puesto que este tendrá en su mano la opción de interponer la *exceptio vitiosae possessionis*. No obstante, si se le favorecerá cuando la invoque frente a terceras personas ajenas a la contienda. (J. Iglesias, op.cit.: 209).

Serán pues poseedores interdictales: el propietario que posee la cosa; el poseedor de buena fe, que, de manera equívoca piensa que es el propietario; el poseedor de mala fe, como el caso del cleptómano; el enfiteuta, esto es, aquel que tiene el derecho al total disfrute de un terreno de otro; el superficiario, es decir, el que tiene un derecho de pleno disfrute de un

predio situado en fundo ajeno; el precarista, que detiene la cosa por un mera concesión de otro sujeto, dueño de esta, y que, por tanto, puede en cualquier momento revocarla; el acreedor pignoraticio, que detiene la cosa dada en garantía de cumplimiento de la obligación del deudor; el secuestratario, que guarda la cosa litigiosa de manera temporal, con el menester de devolverla al vencedor de la contienda judicial. (A. Fernández de Buján, op.cit.: 349).

Según Paulo, no se puede pasar de ser poseedor natural a poseedor protegido por los interdictos por un simple cambio interno en la intención de poseer o *animus*. (A. Fernández de Buján, op.cit.: 349).

### *1.3.3. Posesión civil.*

Aquel que detiene la posesión, y goza de la defensa interdictal, podrá, en este caso, convertirse en propietario de la cosa mediante la usucapión, siempre que se den en su persona la *insta causa* y *bona fides*.

En el espacio de tiempo previo a la adquisición de la cosa por usucapión, el poseedor civil podía ejercitar la *actio publiciana*, la cual estaba direccionada a la salvaguarda de los poseedores con *insta causa*, esto es, aquellos que hubieran llevado a cabo los actos jurídicos adecuados a la transmisión de la propiedad de la cosa, sin vicios de ningún tipo.

En el Derecho justiniano, la tripartición posesoria tiende hacia una simple diferenciación entre la posesión natural y civil. Dentro de la última se encontraría la antigua posesión interdictal. Esta división se plasma en el artículo 430 C.C.: “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”. (A. Fernández de Buján, op.cit.: 350).

## **1.4. Requisitos de la posesión.**

La posesión se forma por el *corpus* y el *animus*. El primero se define como la detención material de la cosa, mientras que el segundo sería un elemento más espiritual, una intención.

No obstante, en la posesión natural solo se da el *corpus*. El elemento intencional o *animus* lo encontramos en la posesión interdictal y en la posesión civil.

Según el romanista Savigny, se trata de un *animus domini*, esto es, el propósito de ser los amos de la cosa que tienen en su haber. Sin embargo, existen casos de posesión que se encuentran bajo la tutela interdictal, pero en ellos no se da, por parte de quien detiene la cosa, este objetivo de ser los amos de ella. Este es el caso del precarista, el acreedor pignoraticio y el secuestratario. A estas se las considera como posesiones anómalas, y dedicaremos otro apartado a su estudio más adelante. (A. Fernández de Buján, op.cit.: 351).

De acuerdo con Ihering, el *animus* sería la cognición de todos aquellos que detienen la cosa, se percatan de tal situación posesoria y están de acuerdo con ella. De esta manera, alguien que tenga demencia, un impúber, un individuo dormido o quien detenga la cosa sin conocimiento de ello, no podrán situarse como verdaderos poseedores de la cosa, pues no tienen el elemento del *animus*. (A. Fernández de Buján, op.cit.: 351-352).

Existe una excepción, de acuerdo con Ihering, en la que no se les proporciona la defensa de los interdictos a poseedores que tienen en sí el *animus*. Este es el caso del comodatario, el arrendatario, el depositario y el usufructuario. Para fundamentar esta excepción, Ihering simplemente esgrime razones de practicidad histórica y social.

## **1.5. Adquisición, conservación y pérdida de la posesión.**

### *1.5.1. Adquisición de la posesión.*

Se consigue la situación posesoria cuando se den los requisitos del *corpus* y del *animus possidendi* en la misma persona y con respecto de una cosa.

En cuanto al *corpus*, se fue difuminando el concepto materialista que requería de un contacto continuo e directo con la cosa, tendiéndose a una interpretación más abstracta.

Por ejemplo, en el caso de las cosas que no se pueden desplazar, como unas vigas, tomándose la posesión de forma visual e intencional, o a través de un elemento que dé acceso a ellas, como el caso del material almacenado en un trastero, cuando se le entreguen las llaves al comprador. En el caso de un fundo, sería suficiente con entrar en él.

Algunos ejemplos reconocidos en la jurisprudencia son los siguientes:

- *Traditio longa manu*: Según Celso, se transmite la posesión cuando la parte que vende su fundo, apunta con el dedo, desde el fundo del comprador, su propio fundo que le está traspasando. (A. Fernández de Buján, op.cit.: 353).
- *Traditio brevi manu*: Según Gayo, se transfiere la propiedad de algo por la mera aquiescencia. Por ejemplo, en el caso de que una persona estuviese en la posesión material de la cosa de antemano (casos de comodato, depósito o arrendamiento), y el propietario de la cosa permita que se mantenga en la posesión de dicha persona al vendérsela. (A. Fernández de Buján, op.cit.: 353).
- *Traditio simbólica*: No es necesaria más que la entrega de algo que simbolice la cosa cuya propiedad se estaría traspasando. Gayo ejemplifica esto diciendo que “Si alguien hubiera vendido unas mercancías almacenadas, transfiere la propiedad de las mismas al comprador, desde el momento en que haya entregado a este las llaves del almacén”. (A. Fernández de Buján, op.cit.: 353).
- *Traditio tácita*: Gayo y Paulo exponen el caso de la sociedad de bienes en el que se acepta que los bienes de cada asociado pasen a ser de manera automática propiedad de todos los participantes en dicha sociedad. (A. Fernández de Buján, op.cit.: 353).
- *Traditio clavium apud borrea*: El caso más típico es entregar las llaves de un local, cuyas mercaderías cambiarán de propiedad en el caso de que dicha entrega se haya producido próxima al local. Se diferencia de la *traditio simbólica*, pues el elemento entregado (las llaves en este caso) tiene una utilidad (abrir el local donde se guarda la mercancía), no siendo un mero símbolo. (J. Miquel, Derecho Privado Romano; 209).
- *Signatio mercium*: Consiste en marcar las mercaderías con una rúbrica. No se acepta de forma mayoritaria por los jurisconsultos que se trate de una forma de *traditio*. (J. Miquel, op.cit.; 209).
- *Constitutum possessorium*: Estamos ante el caso opuesto a la *traditio brevi manu*. Aquí un sujeto que estaba poseyendo a su mismo nombre pasaría a poseer a nombre de otro. Por ejemplo, el caso de alguien que tiene un local en propiedad y se lo vende a otro sujeto y al mismo tiempo pasa a poseerla como arrendatario mediante el pago de un alquiler mensual al nuevo propietario. (J. Miquel, op.cit.; 209).

Acerca del *animus*, como se ha dicho anteriormente, ni el demente, ni el niño, ni el esclavo serán capaces de conseguir la posesión por sí solos. Ya en la época justiniana se permitía que los *infans* adquiriesen la posesión bajo la *auctoritas* del tutor, mientras que los *infantia*

*maiores* no necesitaban esta autorización. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, Derecho Romano; 279).

El *animus* por sí mismo no es suficiente para convertir una posesión natural en una interdictal, puesto que quien se encuentra en la mera detención de la cosa no podrá, por un cambio en su voluntad, pasar a ser poseedor defendido por los interdictos. Para ello, se requerirá la aquiescencia del auténtico poseedor o la realización de un acto manifiesto que permita dilucidar con claridad que se le ha despojado de la posesión de la cosa al anterior poseedor. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 279-280).

#### 1.5.2. *Adquisición de la posesión por medio de representante.*

Cabe realizar primero un pequeño análisis de la institución de la familia en la época romana. En ella el *pater familias* era el máximo exponente y bajo este se encontraban los hijos y los esclavos. La actividad llevada a cabo por estos repercutía en el patrimonio del *pater* únicamente en los casos en los que le favoreciese a este. No obstante, en la época de predominancia del Derecho honorario, toda actividad de quienes se encontraban bajo el mando del *pater* tenía efectos sobre el patrimonio de este último, fuesen favorables o no. Se obtenían derechos y obligaciones entre los que se encontraba, obviamente, la posesión. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 280).

En la época clásica, se reconoció la posibilidad de adquirir la posesión a través de un auténtico representante. Este era conocido *procurator omnium bonorum*, y se trataba de un gestor general de las haciendas romanas de gran índole. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 280).

A posteriori, en la época justiniana, se pasa a permitir la mediación de representantes de toda clase, pero exigiéndose la confirmación del comprador en los casos en que la adquisición no se llevase a cabo debido a una previa disposición del representado. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 280).

#### 1.5.3. *Conservación de la posesión.*

Siempre que se mantengan en la persona del poseedor el *animus* y el *corpus*, se conservará por parte de esta la posesión de la cosa. No obstante, no será necesario un contacto

constante con la cosa, siendo suficiente que la persona que pretende mantener la posesión de la cosa sea capaz de hacer uso de ella cuando quiera. (J. Iglesias, op.cit.: 213).

Se puede, pues, conservar la posesión de la cosa únicamente con el *animus*. Por ejemplo, los terrenos que se encuentran en desuso durante un periodo cada año, esto es, los *saltus hiberni et aestivi*. (J. Iglesias, op.cit.: 214).

Según Gayo, se puede adquirir de forma no violenta la posesión de un fundo propiedad de otro en los siguientes casos: cuando este se encuentre vacío por haber sido abandonado, por la muerte del dueño sin herederos o debido a una prolongada ausencia en el tiempo del dueño. En el caso de que simplemente el dueño hubiese estado ausente y volviese, no podrá ejercitar acciones posesorias, pues su posesión habría acabado al haber sido ocupado el terreno. No obstante, si fuese poseedor propietario, podrá ejercitar la *rei vindicatio*. Ya en la época justiniana, se acepta que el ausente conserve la posesión solo por el *animus*. (J. Iglesias, op.cit.: 214).

Esto mismo ocurre con la posesión del esclavo huido. Según la jurisprudencia proculeyana, se pierde la posesión sobre este. No obstante, el Derecho de la era justiniana se posiciona nuevamente hacia la conservación, solo por el *animus*, del esclavo fugitivo. (J. Iglesias, op.cit.: 214).

En los casos de intermediación posesoria como serían los del depositario, el arrendatario, el comodatario y el *procurator omnium bonorum*, se mantiene la posesión *animo nostro, corpore alieno*. En el Derecho justiniano se conserva la posesión solo por el elemento intencional incluso cuando el poseedor se ve traicionado por el intermediario, el cual desatiende o transfiere el terreno. También en los casos en que el abandono de la tierra haya sido ocasionado por un tercero. (J. Iglesias, op.cit.: 214).

#### 1.5.4. Pérdida de la posesión.

Se pierde *corpore* en los siguientes casos y ejemplos: cuando otra persona se apropia de un objeto que se encontraba en nuestro haber, cuando seamos nosotros mismos quienes hayamos perdido la cosa, si hubiéramos ocultado la cosa y no consiguiésemos acordarnos dónde. No obstante, y en el caso de que recordásemos el lugar en el cual se encuentra, podremos empezar una nueva posesión. En contraposición a esto, en la época justiniana,

el olvido no hará cesar la situación posesoria, a menos que otra persona se haya apropiado de la cosa.

En el caso de los animales, cesará la posesión sobre estos cuando se trate de animales domesticados que dejen de tener *animus revertendi*, y en el caso de que sean animales salvajes, cuando hayan recuperado la *naturalis libertas*. (R.Panero, op.cit.:355).

El abandono transitorio, un desbordamiento temporal y demás situaciones accidentales fugaces no causan la pérdida posesoria. Para ello, el fundo tendría que encontrarse en condiciones impracticables. Cuando un tercero se apropia del fundo, si se da el caso de que el poseedor se ha retirado de este para ir a hacer sus quehaceres diarios, una vez se encuentre de vuelta, podrá intentar echar al otro empleándose de medio violentos. Quien saliese ganador de dicha disputa será quien mantendrá la posesión del fundo. Así, si el que se apartó del fundo para ir al mercado no consigue echar al otro por medio de la fuerza, perderá la posesión del fundo. (J. Iglesias, op.cit.; 215).

En los casos en que la posesión se lleve a cabo por intermediación de otro sujeto, si a este le echan del fundo por la fuerza, la persona que realiza la intromisión forzosa pasa directamente a ser el poseedor. En los casos de *derelictio*, esto es, abandono del terreno por parte del intermediario, en el Derecho justinianeo se considera que la posesión de este se pierde solo cuando una tercera persona da entrada en el terreno. Acerca de esto, en el Derecho clásico se escinden entres dos posturas diferentes, pues algunos autores piensan que la posesión se pierde en el mismo instante en que se separa del fundo. (J. Iglesias, op.cit.; 215).

Se pierde *animus*, no por olvido, ni falta de noticias de la situación de intromisión, sino por la estricta falta de este *animus* o intención de tener la cosa para uno mismo. En el caso de no querer emplear la fuerza cuando permitido y necesario para recuperar la posesión, prefiriendo usar los medios judiciales en su mano, esto es, la *rei vindicatio*, estaría pues perdiendo la posesión por falta del elemento *animus*, al no emplear la fuerza cuando es debido. Cabe mencionar el caso de que un sujeto caiga en situación de demencia. En este caso, no se cesará la posesión. (J. Iglesias, op.cit.; 215).

Se pierde *animus et corpore*, en los casos de fallecimiento del poseedor, y de dación o abandono discrecional del objeto. (R.Panero, op.cit.:355).

Cuando se trata de una transmisión de la cosa, en el Derecho clásico se considera que se da por pérdida la posesión de la cosa aunque el poseedor no hubiese llegado a su efectiva tenencia. (J. Iglesias, op.cit.; 215).

## **1.6. La defensa de la posesión.**

### *1.6.1. Época clásica.*

En el Derecho clásico fueron creados los interdictos con la finalidad de proteger en vía judicial a los poseedores. Son disposiciones judiciales que buscan conservar un estado de hecho o provocar una determinada conducta sin demora.

Se trata de una protección *extra ordinem*, puesto que la posesión no es un derecho, pero tampoco es completamente ajena al ordenamiento jurídico, hasta el punto del poseedor poder ejercitar acciones reales de las que derivan garantías jurídicas. Este sería el caso de la *actio Publiciana*, que se le concede al poseedor en proceso de usucapión. (J. Iglesias, op.cit: 215-216).

El origen de la defensa de la posesión se encontraba en el auxilio dado por el juez frente a las intromisiones y molestias ocasionadas contra aquellos que de forma consentida cultivaban las tierras públicas o *ager publicus*. Algunos autores, sin embargo, creen que el verdadero origen de esta salvaguarda estaba en la defensa concedida al beligerante al que se le hubiese dejado la cosa contenciosa temporalmente, hasta que se hubiese dilucidado a quien pertenecía la propiedad de esta. (A. Fernández de Buján, op.cit.: 353).

Estos interdictos podrán ser dos tipos:

a) *Interdicta retinendae possessionis*: Se usan para conservar la posesión ante perturbaciones o intromisiones de terceras personas. Hay dos clases:

a1. Interdicto *uti possidetis*: Ampara la tenencia posesoria de inmuebles. En este caso el pretor vedaba cualquier molestia realizada hacia aquel que, en el curso de tiempo durante el cual se promovía el interdicto, se encontraba en posesión no viciosa del fundo frente al adversario. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 282).

a2. Interdicto *utrubi*: Este se dirigía a favor de aquel que hubiese poseído de forma no viciosa, con respecto al contrario, por más tiempo durante los últimos doce meses. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 282).

b) *Interdicta recuperandae possessionis*: Se entablaban para favorecer a quienes un extraño había despojado de la posesión sobre algo. Existen los siguientes tipos:

b1. Interdicto *de vi*: Favorecía a aquel al que le hubiesen echado por la fuerza de un terreno o le hubieran impedido la entrada por medio violentos. Se debía de encontrar en posesión *iusta* del fundo. Se conseguía el restablecimiento de la situación posesoria e incluso compensación por los daños ocasionados. Únicamente se podía ejercitar dentro de los doce meses posteriores desde la situación que lo causaba. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 280).

b.2. Interdicto *de vi armata*: En este caso la desposesión tenía que haber sido llevada a cabo por un grupo de hombres armados. Se podía ejercitar sin el límite temporal del interdicto *de vi*, y a pesar de que se tratase de una posesión viciosa. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 280).

b.3. Algunas fuentes consideran el *interdictum de precario* como uno de los interdictos que cabría clasificar dentro de esta tipología. Este interdicto era concedido por la autoridad pretoria a aquel que, habiendo entregado a otra persona algo de forma temporal, no le había sido devuelta, una vez hecho el requerimiento para ello. No obstante, es importante destacar que este interdicto se le otorgaba tanto a la persona que da la cosa en precario como a posteriores adquirentes de ella. En este segundo caso, no sería adecuado englobar este tipo de interdicto como recuperatorio, pues el que lo interponía no había estado nunca en posesión de la cosa. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 280).

### 1.6.2. *Época justiniana*.

En los interdictos *retinendae possessionis*, se elimina la distinción entre el *uti possidetis* y el *utrubi*, pues ahora los dos favorecen a aquel que posee la cosa o fundo en el momento en que se entabla el interdicto. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 280).

Acerca de los interdictos *recuperandae possessionis*, solo continúa existiendo el *unde vi*, con la principal diferencia con respecto al de la época clásica de que sí favorecerá a quien detenga la posesión viciosa de la cosa. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 280).

Sobre el interdicto de precario, se transforma en una acción que se ejercita para solicitar el acatamiento de una obligación derivada del contrato de precario. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 280).

### **1.7. La *quasi possessio* o posesión de derechos.**

La posesión de derechos incluye a todo aquel que se encuentre llevando a cabo las acciones o potestades que componen un derecho, sin necesidad de comprobarse que quien las realiza es el amo del derecho puesto en práctica. (J. Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 284).

El origen estaría en la *hereditatis petitio* o acción de petición de herencia. Esta acción la ejercita el heredero no poseedor en contra del poseedor no heredero. Este poseedor no heredero podía ser de dos clases: poseedor *pro herede*, el que posee pensando ser el heredero; poseedor *pro possessore*, que posee los bienes derivados de la herencia, pero sin el *animus* de ser el heredero. El poseedor no heredero tenía el derecho de interponer un interdicto que salvaguardase este estado de hecho posesorio. (A. Torrent, op.cit.: 244).

El caso más representativo sería una persona que vemos pasar a diario por un terreno, propiedad de otra persona, como si estuviese en su derecho a ello, esto es, como si tuviese un derecho de servidumbre de paso. Por tanto, aquellos que diariamente le ven atravesar por fundo ajeno, afirmarán que el sujeto posee un derecho de servidumbre de paso.

En la época clásica, *quasi possessio* hacía referencia al estado de hecho de los sujetos que podían ejercitar los interdictos posesorios sin estar en posesión de la cosa, como el titular de un derecho de usufructo, de la *habitatio*, del uso, de superficie, enfiteusis o de las servidumbres prediales. Supone un disfrute de la cosa similar al de la posesión. (J. Iglesias, op.cit.: 218).

En el Derecho justiniano se equipara *quasi possessio* a *possessio iuris*. Se otorgan los interdictos *unde vi* y *uti possidetis* a los usufructuarios de algún bien inmueble. Se llega a aceptar que se

adquieran este tipo de derechos a través de *usucapio* y *traditio*. (T. Giménez-Cándela, Derecho Privado Romano: 185).

Cabe mencionar también en el ámbito del Derecho Justiniano, la *longi temporis praescriptio*, que se rediseña como una forma de adquisición derivativa de la propiedad de los inmuebles al estar en posesión de estos durante diez años, si el dueño se encontraba al mismo tiempo en la provincia; o veinte si no lo estaba. (A. Torrent, op.cit.: 245).

Se habla también en algunas fuentes de una posesión de *status*, en la que se daba por hecho la existencia de un determinado estatus social (ej. *possessio civitatis*, *p. libertatis*, *p. ingenuitatis*). Sus efectos y defensa procesales no eran los empleados para salvaguardar la posesión. (J.

Arias Bonet; J.A. Arias Bonet, op.cit.; 285).

### **1.8. Las posesiones anómalas.**

Acerca de los requisitos necesarios para que se otorgue la defensa interdictal, Savigny dio a entender que la posesión estaba formada por un componente material, el *corpus*, y otro intencional, el *animus domini*. Como ya hemos comentado anteriormente, *animus* consiste en la voluntad de tener la cosa como dueño, mientras que el *corpus* hace referencia a la tenencia física de la cosa.

De acuerdo con esta corriente de pensamiento, en la época clásica había tres figuras que no cumplen a rajatabla estos requisitos, pero son protegidas por los interdictos. Estas eran las situaciones del precarista, el acreedor pignoraticio y el secuestrario.

El precarista se trataría de un sujeto que alberga la posesión de algo de forma completamente revocable por el dueño de la cosa, que se la había entregado, en cualquier momento y sin necesidad de justificarlo. La figura del precario tuvo su inicio en el trato feudal de vasallaje, esto significa que los patronos concedían a sus clientes terrenos en precario para que estos los usasen de manera gratuita. (A. Torrent, op.cit: 234).

El acreedor pignoraticio sería aquel que recibe del deudor una cosa como garantía. De esta forma, se encontraba en la posesión del objeto que había tomado en prenda, pero sin la persuasión de tenerla como su amo, pues aquel que tenía el derecho de propiedad continuaba siendo su legítimo dueño. (A. Torrent, op.cit: 234).

El secuestratario sería aquel que guarda un objeto litigioso a modo de depósito para dárselo en última instancia a aquel que saliese victorioso en la contienda judicial. El secuestratario surge con la *legis actio sacramento in rem*, según la cual se otorgaba de forma transitoria el objeto de litigio. (J. Miquel, op.cit: 206-207).

Savigny justifica estos casos considerándolos como excepciones y argumenta que se trata de una posesión derivada, esto es, transferida por el titular del derecho oriundo en cuestión. Se transfiere el *ius possessionis* del dueño para el receptor de la cosa.

En la época postclásica, el acreedor pignoraticio pasa a tener la cosa dada en prenda en el marco de un contrato del cual se pueden derivar acciones, en este caso la *actio pignoratitia*. El precario pasa a ser un contrato especial innominado, que se protege mediante la *actio praescriptis verbis*. El secuestro se transforma en el contrato de depósito, pudiéndose ejercitar la *actio depositi*.

## **2. POSESIÓN CIVIL.**

### **2.1. Introducción.**

Para entender la figura de la posesión en la actualidad tenemos que fijarnos en su evolución histórica y en las influencias de otras fuentes de Derecho, como son el Derecho germánico, el Derecho canónico y el Derecho romano.

Se puede apreciar influencia romana en la buena fe (art.433), y sus efectos en la liquidación de la situación posesoria (art.451 y ss.); así como en la separación entre posesión civil y natural (art.430).

En el Derecho romano la posesión consta del elemento material y de un elemento inmaterial o espiritual, que consiste en una voluntad de tener la cosa para uno mismo.

El influjo del Derecho germánico se refleja en la presunción de titularidad del derecho exteriorizado mediante el acto posesorio (art. 448), por ejemplo. También en los casos en los que se dé una posesión no corporal, en la que no se establece contacto directo e inmediato sobre la cosa (arts. 440 y 460-4º).

En el Derecho germánico se usa el vocablo “*Genere*” que establece que la posesión se constituye por la conjunción del *corpus*, el *animus* y la propiedad, equiparándose las figuras de la posesión y detentación. (J.L. Jarillo Gómez, La posesión en el Código Civil. Significación de la posesión dentro de los derechos reales: 1-2).

La ascendencia del Derecho canónico se proyecta en la garantía de protección interdictal a toda clase de poseedor (art.446), en la norma de la preeminencia de la mala fe sucedida (art.435) y en la efectiva posibilidad de poseer un derecho.

### **2.2. Fundamento de la defensa de la posesión.**

El ordenamiento jurídico otorga determinados efectos jurídicos a la posesión, salvaguardando condicionadamente a quienes detienen o hacen uso de la cosa contra las tentativas de usurpación o molestia en la posesión llevadas a cabo por un tercero.

No importa la motivación jurídica en la que se sustente la tenencia de la cosa a la hora de concederse defensa jurídica a la posesión, al menos en un momento inicial. La posesión existe jurídicamente y goza de la protección de nuestro ordenamiento legal,

independientemente de que también pueda darse que el sujeto que detiene la cosa sea titular de un derecho del que derive un *ius possidendi* o derecho a poseer.

El poseedor de una cosa, simplemente por el hecho de serlo, podrá ejercitar las acciones intrínsecas de la defensa de la posesión, con el fin de paralizar el disturbio o recuperar el objeto posesorio que le había sido arrebatado. Para ello, únicamente deberá probar su posesión y los ataques que en ella ha sufrido.

Si además, el que detiene el objeto posesorio se encuentra legitimado para ello por ser titular de un derecho, en el caso de que se produjese un ataque a su posesión de la cosa, podría ejercitar las acciones que se derivasen del derecho en cuya posesión se encuentra.

El mero poseedor de la cosa podrá protegerse de los ataques materiales incluso cuando estos se hayan llevado a cabo por el verdadero dueño de la cosa, al haber empleado este la fuerza para recuperarla, en vez acudir a la vía judicial.

De esta manera, podrán verse beneficiados por esta defensa de la posesión aquellos poseedores que no detengan ningún derecho (ya sea real o de propiedad) sobre la cosa.

Para entender el motivo por el cual el ordenamiento jurídico decide proteger esta situación posesoria de hecho, vamos a citar a dos autores cuya obra nos ayudará a entender esta problemática en cuestión.

Savigny arguye que la razón de esta tutela interdictal se encontraría en la manutención de la paz en la sociedad, prohibiéndose todo tipo de violencia. Se hace hincapié en la norma básica de que nadie puede tomarse la justicia por su mano, sino que deberá acudir a la vía judicial. Agrega además, que la situación jurídica por la cual el poseedor (ya sea el titular de un derecho o un mero ladrón) está protegido se justifica por su simple existencia. (J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, *Derechos Reales y Registral Inmobiliario*: 69).

Mientras tanto, Ihering replica que la finalidad estaría en defender la propiedad a través de la salvaguarda de las situaciones posesorias de las que se desprenda una apariencia de esta. Razona que lo normal es que aquel que se comporta como propietario, en realidad lo sea. Por tanto, se opta por defender de antemano a los poseedores, y solo de comprobarse posteriormente que no son titulares del derecho en cuestión del cual hacían uso aparente, se les retiraría dicha protección. Para este autor, el hecho de que de manera involuntaria se acabe concediendo protección a sujetos no merecedores de esta, como el precarista o un

ocupa, debe considerarse como algo accidental, no premeditado ni pretendido. (P. de Pablo Contreras, Derechos Reales: 262).

En nuestro ordenamiento, se ven reflejados claramente los presupuestos de Savigny de preservar el orden y la paz social, en el artículo 441 de nuestro Código Civil, que dice: “En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el detenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente”.

### **2.3. Relevancia y funciones de la posesión.**

La apariencia de titularidad tendrá gran utilidad en la defensa de terceros que hubiesen llevado a cabo actividades comerciales con un poseedor que no es propietario ni titular de un derecho real, pero que se presentaba como tal.

Así pues, la apariencia no solo tiene una función de salvaguarda posesoria, sino también de publicidad, sirviendo de forma parecida al Registro de la Propiedad, al cual la posesión no tiene acceso, por su carácter temporal. (J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, op.cit.: 70).

Podemos apreciar otra función de tipo legitimadora en nuestro ordenamiento jurídico, que se refleja en el art. 448 Cc: “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”.

Por último, se da en la posesión una función productora de la propiedad y demás derechos reales. Esta posesión, después de completar una serie de requisitos legales, se convierte mediante la usucapión en el derecho que se estaba externalizando en la situación posesoria predecesora. (J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, op.cit.: 70).

### **2.4. Concepto y elementos de la posesión.**

De acuerdo con Alonso Pérez, la posesión es la tenencia que goza de una delimitada defensa legal, y que se desarrolla como un poderío de hecho sobre algo sin importar si está respaldado por la titularidad de un derecho. (J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, op.cit.: 70).

De acuerdo con la obra de Savigny la posesión está constituida por dos elementos, que son: el *corpus*, que es el componente material, y el *animus*, de carácter anímico o intencional.

Con respecto al elemento material, cabe destacar algunas informaciones aportadas por nuestro Código Civil en el art. 461, el cual dice que “la posesión de cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque este ignore accidentalmente su paradero”; el art. 430, que dispone 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”, de lo que se puede deducir que la detención del *corpus* (cosa o derecho mencionados) es el fundamento común en todas las clases de posesión; el art. 438, que establece que “La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho”.

A través del análisis e interpretación de estas normas, se puede afirmar que el elemento en estudio, *corpus*, no se equipara de forma simétrica con la tenencia efectiva de la cosa, sino que se trataría de una relación de dominio deliberado, sin necesidad de un mantenimiento de un contacto material constante del poseedor sobre la cosa.

Acerca del elemento intangible, *animus*, este pasó de ser un *animus domini*, según el cual consistía en la intención de haber como propietario y comportarse como tal, a transformarse en un *animus possidendi*, entendido como el propósito de permanecer en la relación de dominio sobre la cosa. (J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, op.cit.: 71).

De no existir *animus*, únicamente podría darse una simple tenencia incapaz de proyectar efectos jurídicos. Adicionalmente, cabe mencionar la dificultad para probar la existencia del elemento espiritual, cuya manifestación se entiende cada vez en mayor medida relacionada al *corpus*.

## **2.5. Naturaleza de la posesión.**

La disyuntiva sobre la naturaleza posesoria consiste en estipular si se trata de un mero hecho o un derecho. La mayor parte de la doctrina argumenta que la posesión sería un derecho real. No obstante, los estados posesorios derivados del *ius possessionis* son clasificados como hechos, pero seguirán siendo aptos para recibir la tutela interdictal. Por

otro lado, aquellos que detengan el *ius possidendi* verán su posesión como un derecho, pues serán titulares del derecho a poseer sobre el objeto de la posesión.

Por un sector doctrinario, la posesión no llegaría a ser más que un mero hecho, del que se desprenden determinados efectos en la esfera legal. Este pensamiento se secunda por lo estipulado en la legislación vigente: el art. 5 de la Ley Hipotecaria descarta la posibilidad de entrar en el Registro de la Propiedad a los “títulos referentes al mero o simple hecho de poseer”; el art.445 Cc, que reconoce la posesión como un hecho; el art. 438, que formula como forma de adquisición de la posesión el hecho de quedar la cosa o derecho poseído sujetos a la acción de nuestra voluntad; el art. 443, el cual señala que “Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas...”, dando a entender que lo que se está realizando se trata de un mero hecho, pues no hace falta una capacidad prescrita de modo a poder adquirir la posesión.

La mayor parte de la jurisprudencia, no obstante, está de acuerdo en que la posesión se trata de un derecho subjetivo consistente en un derecho a continuar en la pose de la cosa, gozando de la potestad de demandar la restauración al estado posesorio anterior a la desposesión de la cosa por un tercero. Estos planteamientos tienen respaldo en los siguientes preceptos del Código Civil: art. 443, según el cual los menores e incapacitados precisarán de la asistencia de representantes legales para poder usar aquellos derechos generados en su beneficio por la posesión; art 438, en el cual emplea el término “derecho” al hacer referencia a la posesión; art. 446: “Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión”; art460.4: “El poseedor puede perder su posesión por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”, en este precepto se muestra un caso de posesión separado de la mera detentación de la cosa.

Si pensamos en la posesión como simple detentación, podremos afirmar que se trataría de un hecho jurídico del cual se derivan efectos jurídicos. Sin embargo, el hecho de que el poseedor cuente con una acción para defenderse de los ataques externos, con potestad de ponerles fin y hasta tomar de nuevo el uso y disfrute de la cosa de la que ha sido despojado, nos lleva a reafirmar que el *ius possessionis*, debido a su vigor excluyente y *erga omnes*, se deberá configurar como un derecho real, que cuenta con una serie de características propias, por los siguientes motivos:

- No es un derecho real pleno, pues consiste únicamente en la potestad de preservar el estado posesorio existente con anterioridad a la intromisión del tercero.
- Es un derecho enclenque y subordinado, por varias razones: primero, solo puede ejercitarse durante el plazo de un año a contar desde que tiene ocurrencia la usurpación o disturbio; finalmente, porque la sentencia dictada en su favor jamás tendrá efectos de cosa juzgada, de forma que, si aquel que realizó el despojo tuviese la titularidad del derecho de propiedad o cualquier otro derecho real posesorio, podrá recuperar la cosa ejercitando la acción de reintegración posesoria correspondiente al caso concreto, ya sea la acción confesoria o la reivindicatoria. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 263).

Es así que el *ius possidendi* se termina por imponer sobre el *ius possessionis*, pues el derecho a poseer del propietario o titular de otro derecho real relacionado con la posesión siempre sale victorioso.

## **2.6. Las clases de posesión.**

### *2.6.1. Posesión civil y posesión natural.*

Según el art.430 Cc., la posesión natural es “la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona”. Al mismo tiempo, la posesión civil sería “esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos”. En esta definición apreciamos la existencia de un sustrato común a ambas clases posesorias, que estaría en la mera detentación de la cosa. Solo si a esta tenencia de la cosa se le sumase un elemento de carácter intencional por parte del poseedor, consistente en el propósito de tener la cosa para sí mismo, entonces podremos hablar de una posesión del tipo civil.

La capacidad principal que se le otorga a la posesión civil es la de utilizarse como base esencial para la usucapión, pues es requisito indispensable para que tenga lugar la preinscripción adquisitiva que la posesión sea en concepto de dueño.

La posesión civil se trataría de la posesión *ad usucapionem*, esto es, la del que posee como dueño o titular de un derecho real adquirible a través de usucapión. Para atestiguar la presencia de una posesión civil debemos intentar apreciar el elemento intencional en el modo de actuar del poseedor como si fuese el titular del derecho susceptible de usucapión. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 264).

Por otra parte, la posesión natural gozará al menos de la defensa interdictal; no solo en los casos en los que el poseedor tiene la cosa fundándose en un derecho no usucapible, como serían los de crédito (comodato, depósito, arrendamiento, etc.) y alguno de los reales, como la prenda; sino también en la situación de mera tenencia de la cosa sin estar respaldada por derecho alguno. Adicionalmente, cabe mencionar que, a pesar de la literalidad del art.430 Cc., se exigirá un matiz intencional consistente en la simple retención de la cosa con un mínimo grado de permanencia. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 264).

#### *2.6.2. Posesión en concepto de dueño y posesión en concepto distinto de dueño.*

Al respecto, el art. 432 Cc. Instituye que “la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona”.

En un primer momento, se cuestionó si los artículos 430 y 432 del Código Civil establecían una misma diferenciación de la posesión o si, por el contrario, se trataba de contraposiciones desiguales. En los primeros estudios llevados a cabo sobre esta temática, se optó por refrendar la segunda tesis, argumentando que si el comodatario o el depositario eran poseedores civiles de su oportuno derecho, no se les podría clasificar al mismo tiempo como poseedores en concepto de dueño sobre la cosa. No obstante esta idea no se sostendría, puesto que según establece el art. 1940Cc. y ss., tanto el dominio como lo demás derechos reales podrán ser susceptibles de la preinscripción adquisitiva. Esto es, por poner un ejemplo, el depositario podrá ser poseedor de la cosa en concepto de titular del derecho de comodato. (C. Lasarte, Compendio de Derechos Reales: 72).

La necesidad de la existencia de una posesión en concepto de dueño o titular de un derecho real para la consecución de la posesión civil o *ad usucapionem*, ya mencionada en el apartado anterior, se ve reforzada por lo que establece el art.447 Cc. “solo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio” y el art. 1.941 Cc., según el cual para que se produzca la preinscripción adquisitiva “la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida”.

Acerca de la posesión en concepto distinto de dueño, es de gran importancia destacar que los poseedores de esta clase guardan y hacen uso de la cosa para la persona a la que le

corresponde la titularidad del derecho sobre la cosa, de forma que simultáneamente existirán dos clases de posesiones diferentes sobre la misma cosa. Esto se ejemplifica en el caso del arrendatario que detiene la posesión de una cosa, que al mismo tiempo estaría poseyendo el arrendador en concepto de titular del dominio sobre la cosa. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 265).

A pesar de que al comienzo del estado posesorio se determine el concepto en el cual se posee en función del método de adquisición de la posesión, este estado posesorio puede experimentar variaciones, lo que se denomina *intervención* de la posesión. De acuerdo con el art. 436 Cc. “se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario”, por lo tanto será necesario un cambio en la voluntad del poseedor, el cual tendrá que exteriorizarse a través de una manifestación visible en el comportamiento de este en contra de dicha presunción, o mediante la participación de otra persona, como en el supuesto de un depositario que decide comprar al propietario la cosa. Existe la posibilidad también de que la inversión en el concepto posesorio se produzca por vía judicial. (C. Lasarte, op. cit.: 73).

Esta tipología posesoria mostrada en el artículo 432 de nuestro Código Civil constituirá la base para la clasificación de la posesión en mediata e inmediata, en la cual haremos hincapié más adelante, y, así mismo, será indispensable en el funcionamiento de la figura de la preinscripción adquisitiva. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 265).

### *2.6.3. Posesión en nombre propio y en nombre ajeno.*

El art. 431 Cc. establece que “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”.

A diferencia del artículo 432 de nuestro Código Civil, este precepto no hace referencia a la titularidad, pero sí al ejercicio del dominio. Se instituye así el fenómeno de la representación posesoria, por el cual se conciben como poseedores en nombre ajeno aquellos que tienen la cosa, no para ellos mismo, sino por cuenta y en nombre de otro, sobre el cual tendrán efectos jurídicos sus actos.

De esta manera, se darán los siguientes arquetipos de representación posesoria:

1.- Primeramente, cabe destacar un caso de representación impropia, siendo tal el de aquellos que detienen un poderío factual sobre algo en representación de un tercero. Esto se podría ilustrar con los siguientes ejemplos: los testamentarios con respecto a sus herederos o las figuras paternas con respecto a sus descendientes menores de edad. Estamos ante una representación que se desarrolla en mayor medida en el transcurso del estado de la posesión que en el dominio de esta. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 266).

2.- La figura jurídica alemana “*Besitzdiener*” que significa “*Servidor de la posesión*”. Ilustra el caso de aquel que posee una cosa como consecuencia de una relación servicial con otro. El servidor de la posesión no estaría poseyendo para sí mismo, sino para aquel a quien pertenece la cosa, y bajo su mando. Por ejemplo, los trabajadores de seguridad de un castillo, el conductor de un autobús, etc. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 266).

Se configuraría pues como instrumento para la posesión de otro, sin ser capaz de usucapir para sí mismo, puesto que ni siquiera deberá ser considerado poseedor natural. No obstante, sí podrá llevar a cabo la preinscripción adquisitiva para la persona en cuyo nombre posee, y también podrá ejercitar la defensa interdictal de acuerdo con lo establecido en la tutela sumaria de la simple tenencia. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 266).

Cabe encontrar referencias a esta figura del servidor de la posesión en nuestro antiguo ordenamiento jurídico, en el art.1651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, según el cual era necesario determinar en la demanda interdictal si los actos de perturbación de la posesión “los ejecutó la persona contra quien se dirige la acción u otra por orden de esta”.

Por último, no consideramos que sea indispensable la existencia de una relación de tipo contractual o servicial entre el que tiene la cosa en nombre de otro y el dueño, puesto que puede darse el caso de que dicha relación provenga de mandatos reglamentarios, como en el caso del depósito necesario, o de actos propios de un gestor sin mandato sobre actividades comerciales de otro. (C. Lasarte, op. cit.: 74).

#### 2.6.4. *Posesión mediata y posesión inmediata.*

Vamos a tomar como punto de partida lo establecido por el art. 445 Cc., que dice “la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión”. No obstante, podrán presentarse dos o más posesiones concebidas como derechos sobre un mismo objeto de la posesión. Nos encontramos con situaciones

de esta clase cuando un sujeto le otorga a otro los derechos posesorios sobre una cosa que tenía en su poder. Podemos ejemplificar esto con la posesión del usufructuario que hace uso y disfrute de la cosa perteneciente al dueño, el comodante y el comodatario, y demás derechos reales ejercibles. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 267).

Será pues poseedor inmediato el que detenga la posesión de hecho de la cosa manteniéndola en su poder, y poseedor mediato que tiene el derecho de poseer la cosa pero se la cede a otro sujeto (poseedor inmediato), pero sigue teniendo el dominio jurídico sobre esta. (C. Lasarte, op. cit.: 75).

Según la opinión de M. Yzquierdo nos encontramos ante una diferenciación de grados de intensidad de la posesión, y no de diferentes clases posesorias. “La posesión inmediata solamente la puede tener una persona, pero la mediata admite, a su vez, tantas graduaciones como transmisiones de facultades posesorias quepa imaginar: el dueño del automóvil cede la posesión inmediata al arrendatario, que a su vez la cede al taller de reparación de vehículos; dos posesiones mediatas protegidos, y una inmediata (también denominada a veces subposesión)”. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 267).

En el supuesto en que se produjese un ataque a la tenencia del poseedor inmediato, el poseedor mediato estará salvaguardado por los interdictos. Esto se comprueba en el art. 463 Cc., que establece que “los actos relativos a la posesión, ejecutados o consentidos por el que posee una cosa ajena como mero tenedor para disfrutarla o retenerla en cualquier concepto, no obligan ni perjudican al dueño, a no ser que este hubiese otorgado a aquel facultades expresas para ejecutarlos o los ratificare con posterioridad”.

Interpreta esta disposición legal Martín Pérez diciendo que se podrá entender lesionada la posesión mediata aunque el poseedor inmediato no la considere a estos efectos, el cual admite las perturbaciones en su tenencia, y que el poseedor mediato podrá defender la cosa de daños ejercidos por el poseedor inmediato. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 267).

De nuevo, esta habilitación de la que goza para protegerse por medio de los interdictos en el poseedor mediato se refuerza por lo establecido en el art. 1.560 Cc. “El arrendador no está obligado a responder de la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador”. Esto se debe interpretar del siguiente modo: el arrendatario podría usar los interdictos para defenderse incluso de las perturbaciones provenientes del arrendador quien, por otra parte,

podrá ejercitar los interdictos también cuando haya ataques de terceros sobre la cosa. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 267).

#### *2.6.5. Posesión viciosa y posesión no viciosa.*

Es importante resaltar lo establecido por el art.444 Cc., según el cual los actos “ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión”.

Es necesario tener en cuenta también lo estipulado por el art.441 Cc., que dice que “en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. 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”. De forma similar establece el art. 455 CP que quien “actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses” a lo que añade que “se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos”.

La posesión viciosa será la adquirida sin contar con la aquiescencia del primitivo poseedor, o en contra de este. Se consigue esta posesión de manera oculta o por la fuerza, a través de una acción de perturbación de la posesión ajena. El poseedor original que ha sido desposeído de la cosa solo cesará en su derecho de posesión sobre esta según el art. 460-4º Cc., que establece que la posesión se disipa “por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”.

La nueva posesión del despojante será, pues, de tipo viciosa, lo que implica que produzca efectos de menor rango. Es así que su tenencia no le valdrá para hacer frente a la demanda interpuesta en vía judicial por el que ha sufrido el despojo de la cosa. Por otro lado, tendremos una posesión no viciosa cuando no se dé la existencia de una apropiación oculta o forzosa por parte del nuevo poseedor. (J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, op.cit.: 80).

De acuerdo con el art. 444 Cc, que establece a mayores que “los actos meramente tolerados...no afectan a la posesión”, cabría definir dicha tolerancia como la aquiescencia del poseedor sobre la realización de determinadas acciones sobre la cosa de acuerdo con Coca Payeras. Destaca, por otra parte, Martín Pérez la inexistencia de cualquier relación

contractual entre el poseedor que da el beneplácito y aquel que realiza los actos. (J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, op.cit.: 80).

Cabe hacer mención a una figura diferente a la de la simple tolerancia, esto es, la posesión de precario. Se desarrolla mediante una dación graciosa a alguien con mantenimiento del derecho de revocación por parte del que está cediendo gratuitamente la cosa. Se considera como una relación contractual que se engloba dentro de la tipología del comodato. Asimismo, puede darse el caso también de que la posesión no cuente con una concesión previa pero sea aceptada por el poseedor primitivo a posteriori. (J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, op.cit.: 80).

Albadalejo distingue entre las categorías de posesión viciosa e injusta, argumentando que no se pueden considerar conceptos equiparables, puesto que el despojado que recobra de forma oculta o constringente la cosa tendrá, pues, una posesión justa, ya que la cosa le pertenecía anteriormente de manera legítima, pero viciosa por el modo en que la recuperó. (C. Lasarte, op. cit.: 76).

#### *2.6.6. Posesión de buena fe y posesión de mala fe.*

De acuerdo con el art. 433 Cc., “se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario”.

Cabe hacer una bipartición previa entre posesión justa e injusta. Estaremos ante una posesión justa si el que posee se ampara en un derecho a poseer o *ius possidendi* legítimo. En el caso contrario, la posesión es injusta mientras que al poseedor no le corresponda el *ius possidendi*. En los casos de posesión injusta será preciso evaluar si la posesión es de buena o de mala fe. (J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, op.cit.: 78).

La buena fe tiene gran relevancia, además de en el proceso de usucapión, en lo relativo a la justificación que el art. 464 Cc., “La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título” concede.

También se hace referencia a la buena fe en el art. 1940 Cc., que dice que la posesión tendrá que ser de buena fe para que se produzca la preinscripción adquisitiva. A raíz de lo establecido en este precepto legal, Albaladejo concluye que dicha buena fe tendrá carácter

de continuidad y deberá mantenerse en el espacio temporal que abarque la tenencia posesoria habilitante para producirse la usucapión, puesto que se sigue la norma jurisprudencial de que la mala fe sobrevinida perjudica. (C. Lasarte, op. cit.: 77).

La buena fe se define como la ignorancia o el desconocimiento disculpable, esto es, aquel que no se pueda obviar con un poco de presteza, por parte de quien tiene una posesión injusta. Puede darse en el caso de que exista un vicio en el título en base al cual tiene la cosa, gozando dicho título de nulidad o anulabilidad de cualquier tipo; o en la forma de adquisición de dicho título. Esto último se produce cuando el poseedor no sabe ni es capaz de intuir que el derecho de poseer que le fue transferido no era real o legítimo, o en el caso de que se apropiase de alguna cosa *nullius* (cosa de nadie), pero que en realidad esta tuviese dueño. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 308-309).

Conforme con Badosa, “el 433 se refiere no a un comportamiento consciente (mala fe) o inconscientemente (buena fe) lesivo, es decir, reñido con las reglas de la convivencia social, sino a un comportamiento (la posesión) cualificado por una circunstancia puramente psicológica, referida, no a cuestiones de relaciones intersubjetivas, sino a cuestión estrictamente jurídico-formal: la carencia de la titularidad de un *ius possidendi* que justifique tal comportamiento (posesión indebida)”. Debemos entender, pues, que tanto la buena fe como la mala fe no gravitan en la creencia de no estar menoscabando a nadie ni en el ánimo de damnificar a otro, respectivamente. Tampoco se trata de creer que se tiene un derecho autoafirmado de uso sobre la cosa (buena fe), ni ser consciente el poseedor de estar menoscabando un derecho ajeno (mala fe), ni de obrar en contra de las creencias morales de la sociedad (mala fe). (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 309).

Se admite de forma mayoritaria en el ordenamiento jurídico que para que un poseedor sea de buena fe será suficiente que él mismo considere de manera prudente que su posesión está siendo respaldada por un título existente, siendo apto para esto un título putativo. Se manifiesta en contra de esta jurisprudencia mayoritaria Badosa, quien refuta la idea del título putativo, “el cual, por ser meramente imaginario, no puede ser válido ni inválido, ya que no cabe que lo no existente se vea afectado por vicio...No existe en la definición del art.433 ningún resquicio por donde infiltrar la admisión del título putativo”. Es cierto que si se pudiese demostrar la ficción de un determinado título, estaríamos ante una posesión de mala fe. Sin embargo, como no es posible la prueba de un hecho negativo, según Lacruz, será necesario aceptar la figura del título putativo en los casos en que la convicción del poseedor siga “a una apariencia objetiva razonable”. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 309).

## **2.7. Sujetos de la posesión.**

De acuerdo con el art. 443 Cc., “Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor”. Según esto, no será necesaria completa capacidad de obrar para obtener la posesión. Asimismo, las personas jurídicas también serán capaces de conseguir un estado posesorio.

El art.445 Cc., establece que “la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión”. Si dos o más sujetos tienen una cosa al mismo tiempo bajo el mismo concepto posesorio, se dará un caso de coposesión. Cada uno de ellos pues, podrá hacer uso de la cosa de forma limitada por el señorío ejercido por el resto de coposeedores. (J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, op.cit.: 80).

El art. 450 Cc., dice que “la interrupción en la posesión del todo o parte de una cosa poseída en común perjudicará por igual a todos”. En la hipótesis de que el estado posesorio acabe por desmembración del objeto de la coposesión, a esta partición se le darán efectos retroactivos: “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”.

## **2.8. Objeto de la posesión.**

No solo las cosas sino que también los derechos podrán ser objetos de la posesión. En este sentido los derechos serán habidos en una situación de disfrute consistente en el ejercicio de hecho del dominio en el que dicho derecho consista.

El art. 437 Cc., establece que “solo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación”. Mientras tanto, el art. 1936 Cc., destaca que “son susceptibles de preinscripción todas las cosas y derechos que están en el comercio de los hombres”. No obstante, la característica de comercialidad de las cosas o derechos no es suficiente en sí misma para considerar que sean susceptibles de apropiación mediante una posesión que conduzca a la usucapión. Lo que sí que podremos afirmar es que no podrán ser objeto posesorio las cosas que se hallen fuera del comercio. Este planteamiento se refuerza por lo estipulado en el art. 460.3. ° que establece la pérdida de la posesión. (C. Lasarte, op. cit.: 83).

Acerca de los derechos, serán objeto de la posesión aquellos negociables que consistan en el disfrute de un bien y consistan en un ejercicio sempiterno o periódico, como la propiedad o la servidumbre.

## **2.9. Adquisición de la posesión.**

De acuerdo con el art. 438 Cc., “la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, por el hecho de quedar estos sometidos a la acción de nuestra voluntad, y por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho”.

### *2.9.1. Ocupación material.*

Se concibe como una actuación del adquirente de aprehensión corporal de una cosa. En el ámbito de los derechos, se actuará sobre el objeto material sobre el cual estos incidan. Se trata de una adquisición originaria. (J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, op.cit.: 83).

### *2.9.2. “Acción de nuestra voluntad”.*

Podremos afirmar que la cosa o el derecho se encuentran en nuestro poder cuando se da un dominio externalizado mediante contacto material inmediato.

Esta relación de dominio podrá conseguirse mediante: la tradición real, que consiste en la dación real de la cosa por quien la estaba poseyendo hacia el nuevo adquirente; y la tradición simbólica, en la que se entrega no la cosa a poseer pero un objeto que da acceso a ella. Se trata pues de adquisiciones derivativas de la posesión. (J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, op.cit.: 84).

### *2.9.3. “Actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho”.*

Cabe destacar en este apartado los supuestos de liquidación judicial de la posesión natural y los de adquisición derivativa de la posesión civil. En este último caso se encuadran tanto la transferencia que el poseedor primitivo hace al nuevo con carácter de gratuidad, como la

hipótesis de que al antiguo poseedor le hubiese sido arrebatada la cosa sin que pasase un año desde el acto de despojo, pudiendo ejercer la defensa interdictal para recuperarla. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 273-4).

#### *2.9.4. Posesión civilísima de heredero.*

Según el 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.- El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento”. El heredero recibe los efectos de la posesión civil adquirida, sin ser necesario establecer un acto de apoderamiento público de la cosa.

#### *2.9.5. Adquisición por representante.*

El art. 439 de nuestro Código Civil establece que “puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique”.

En el supuesto del representante legal, este actúa por cuenta e interés del representante, al igual que el representante voluntario o mandatario. La diferencia radicaría en que el primero encuentra su actuación refrendada legalmente, mientras que el mandatario recibe la aquiescencia de la persona a la cual representa. (J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, op.cit.: 85).

De forma distinta se desarrolla la representación del gestor sin mandato, quien no deberá considerarse como legítimo representante del poseedor, el cual tendrá potestad para ratificar los actos del gestor que actuó sin sus órdenes previas. (C. Lasarte, op. cit.: 87).

### **2.10. La pérdida de la posesión.**

En el art. 460 Cc., se especifican las maneras de perder la posesión:

#### *2.10.1. “Por abandono de la cosa”.*

Según Morales Moreno se trataría de un “acto que implica el desposeimiento voluntario de la misma”. (Lalaguna, Nueva Enciclopedia Jurídica: 38).

#### *2.10.2. “Por la cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito”.*

No supone la pérdida del derecho a poseer, sino la pérdida deliberada del dominio de la cosa mediante la dación o entrega de la cosa a otro. (Lalaguna, op.cit.: 38).

#### *2.10.3. “Por destrucción o pérdida total de la cosa, o quedar esta fuera del comercio”.*

De acuerdo con Martín Pérez, cuando la cosa se encuentre en un estado de hecho en el que el antiguo poseedor no consiga en ningún momento ejercer su dominio, se desvanecerá la relación posesoria sobre la cosa. (Lalaguna, op.cit.: 38).

Acerca de las cosas muebles, el art. 461 Cc., enuncia que “La posesión no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque este ignore accidentalmente su paradero”. Perder algo definitivamente es equiparable a la extracomercialidad de la cosa.

#### *2.10.4. “Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”.*

Durante este periodo de un año, se conservan al mismo tiempo la posesión de hecho del que realiza el despojo, junto con la intangible de quien ha sufrido la perturbación posesoria, que todavía podrá ejercitar el interdicto de recuperar la posesión.

### **2.11. La defensa de la posesión.**

De acuerdo con el art. 446 Cc., “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 procedimiento establecen”. Estos medios procesales serán los interdictos de recuperar y retener la posesión.

Adiciona el art.441 Cc., que “en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor se resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente”.

El interdicto de retener podrá ser ejercitado por cualquier poseedor que haya sufrido un ataque en su posesión. El de recuperar se ejercitará cuando el poseedor haya perdido la cosa completamente en el acto de despojo y se proponga a restituírsela. En la sentencia dictada consistente en el interdicto de retener se instruye a *no hacer*, se insta al atacante a que no realice más tentativas de acoso sobre la posesión. La sentencia del interdicto de recuperar condena también a un *hacer*, obligando al despojante a devolver el objeto de la posesión del que había despojado al poseedor. (P. de Pablo Contreras, op.cit.: 292-3).

### **3. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA *POSSESSIO* ROMANA Y LA POSESIÓN EN EL DERECHO MODERNO.**

#### **3.1. Concepto.**

Para realizar este análisis comparativo de la figura de la posesión en el Derecho Romano y en el Derecho vigente, vamos a comenzar por explicar las similitudes y diferencias en lo que se deberá entender por posesión.

Podemos apreciar una gran similitud en el concepto posesorio, siendo que en la etapa actual el Derecho Civil califica la posesión como la tenencia que goza de una determinada protección legal, y que se desarrolla como un señorío de hecho sobre algo sin interesar si está amparado por la titularidad de un derecho.

Mientras que la posesión en el Derecho Romano sería el estado de hecho en el que se dispone de una cosa, en divergencia con la propiedad, que requiere una titularidad jurídica. Se trata, pues, de una situación de hecho, de poseer u dominar una cosa, independientemente de que exista o no un derecho que lo resguarde.

De esta manera, la posesión se desarrolla tanto en el derecho moderno como en el de la época romana clásica sin otorgársele relevancia al hecho de que se encuentre salvaguardado o no a través de la titularidad de un derecho.

#### **3.2. Elementos de la posesión.**

Tanto en el Derecho Romano como en el Derecho Civil vigente se siguen las pautas establecidas por la obra del autor Savigny, para quien la posesión se forma por el *corpus*, que sería la detención material de la cosa, y el *animus*, un elemento espiritual, tratándose de una intención.

Acerca del elemento espiritual, el *animus*, pasó de ser en la época romana, un *animus domini*, consistente en la intención de haber como dueño de la cosa y comportarse como tal, a convertirse en el derecho actual en un *animus possidendi*, definido como el designio de persistir en la relación de poderío sobre la cosa.

Con respecto al elemento material, denominado como *corpus*, este no será dado gran importancia en el estudio del Derecho Romano, en el que simplemente se establece que la

posesión en la que exclusivamente tengamos un elemento material pertenecerá a la categoría de la posesión natural.

Ya en el estudio de este componente material de la posesión en el Derecho Civil contemporáneo, se le otorga una mayor relevancia al *corpus*, siendo que en la interpretación del art. 461 Cc., se deja entrever la importancia del *corpus* para el mantenimiento de una situación posesoria, aunque se desconozca su paradero. Del art.430 se puede deducir que la tenencia material de la cosa o derecho será la base de toda tipología posesoria. El art. 438 instituye que la adquisición de la cosa da inicio a la posesión.

En el Derecho moderno el elemento material del *corpus* no equivaldrá a la detentación inmediata y constante de la cosa, pues se priorizará la existencia de una relación de dominación consciente sobre la simple tenencia efectiva.

Ante la falta del elemento espiritual del *animus*, nos encontraremos hoy día con una mera tenencia sin efectos jurídicos, equivalente a la conocida como posesión natural en el Derecho romano.

### **3.3. Fundamento de la defensa de la posesión.**

En este ámbito se da una elevada similitud entre las hipótesis planteadas en el Derecho romano hasta la actualidad. Es así que, en nuestro ordenamiento, se ven expresados patentemente los supuestos de Savigny consistentes en preservar la ley y la armonía en la sociedad.

Esto se ve reflejado en el art. 441Cc., que dice: “En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el detenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente”.

### **3.4. Tipos de posesión.**

#### *3.4.1. Posesión natural y posesión civil.*

Se puede apreciar la influencia del Derecho romano en la separación entre posesión natural y posesión civil.

En el Derecho romano a la posesión natural se la considera como una mera detentación de la cosa, sin *animus possidendi*, con la mínima exigencia del *corpus*. Al tratarse de una simple apariencia de posesión, no gozará de defensa judicial.

A pesar de carecer de la tutela de los interdictos para protegerse de las perturbaciones a su estado de hecho posesorio, sí podrán ejercitar dichos interdictos quienes detengan la titularidad jurídica sobre el objeto de la posesión.

En el Derecho vigente se considera pues que la simple detentación de la cosa será la base común sobre la que se erigen tanto la posesión natural como la civil, pudiendo servir además esta última como fundamento para la usucapión. Aquí se llega a equiparar la posesión civil a la *ad usucapionem*.

Según nuestro Código Civil, en la posesión natural habrá defensa interdictal cuando el poseedor tenga la cosa basándose en un derecho no usucapible, como serían los de crédito (comodato, depósito, arrendamiento, etc.) y algunos reales, como la prenda y, del mismo modo, en el estado de hecho posesorio de la cosa que no se encuentra respaldado por la titularidad de un derecho.

A pesar de la estricta interpretación del art.430 Cc., se requerirá una pequeña muestra de la intención consistente en la mera conservación de la cosa con un nimio grado de estabilidad.

De este análisis se puede deducir que en el Derecho moderno se le otorga una importancia ligeramente superior a la posesión natural que en el Derecho romano, pues cuenta con la salvaguarda interdictal y una mínima expresión del elemento espiritual del *animus*.

#### 3.4.2. *La posesión interdictal y las posesiones viciosa y no viciosa.*

La clasificación de la posesión en viciosa y no viciosa en el Derecho civil moderno existía ya en la época romana, como podemos apreciar a través del estudio de la posesión interdictal.

Esta categoría posesoria, que queda a medio camino entre la posesión natural y la civil, consiste en la tenencia efectiva de la cosa con la voluntad de haberla para uno mismo y con exclusión de los demás.

La clasificación posesoria entre posesión *iusta* e *iniusta*, característica y explicada en el estudio del Derecho civil, reflejará importantes consecuencias sobre la posesión interdictal en lo concerniente a la protección pretoria, ya que en el caso de que se trate de una posesión del tipo injusta o *iniusta*, el poseedor no podrá ejercitar la defensa interdictal para defenderse de la demanda colocada en la esfera judicial por aquel que haya padecido el despojo de la cosa, puesto que este último siempre tendrá la oportunidad de ejercitar la *exceptio vitiosae possessionis*. Sin embargo, si le beneficiará cuando la invoque frente a alguien que se encontrase fuera de la disputa.

### **3.5. Adquisición de la posesión.**

En el Derecho romano prevalece la idea de que la adquisición de la posesión comenzará cuando una persona posea la cosa con los requisitos del *corpus* y *animus*. Ciertamente es que ni del *corpus* se requiere un contacto continuo con la cosa, y que el *animus* no es requisito suficiente para producir alteraciones en la posesión de la cosa.

En la etapa moderna, el Derecho civil regula este aspecto de la adquisición en el artículo 438. En este precepto ya mencionado en el trabajo se enumeran las posibilidades habidas para la adquisición de la posesión. Cabe mencionar como la tradición simbólica del derecho civil tiene precedente en la *traditio clavium apud horrea romana*.

Con respecto a la adquisición de la posesión por medio de la herencia, en el Derecho romano, la posesión no se transmite por medio de la herencia, por lo que los herederos tendrán que conseguir la detentación material de las cosas para poder erigirse en su posesión.

En el Derecho civil moderno, nos encontraremos con la figura de la posesión civilísima de heredero. Dice el art. 440Cc., que “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.- El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento”. El beneficiario absorbe los efectos de la posesión civil ganada, sin ser preciso instituir un acto de toma pública sobre la cosa.

### 3.5.1. *Adquisición de la posesión por representante.*

Podemos apreciar como el *procurator omnium bonorum* romano tiene aquí gran influencia en la figura del representante legal actual, mientras que tanto la figura del mandatario como la del gestor sin mandato modernos se asemejan en mayor medida a la de los representantes de la periodo justiniano.

### 3.6. La pérdida de la posesión.

Cabe hacer mención al olvido del paradero de la cosa, y sus consecuencias en cada etapa. Mientras en el Derecho romano clásico se dará por perdida la cosa oculta de la cual no recordamos su ubicación; en el justiniano no será así, con excepción de que otro sujeto lo haya encontrado.

En el Derecho moderno, de acuerdo con el art. 461 Cc., la posesión no se perderá aunque su paradero sea desconocido, siempre y cuando prevalezca el dominio del poseedor sobre la cosa.

### 3.7. La defensa de la posesión.

Los interdictos de recuperar y retener la posesión recogidos en nuestro Código Civil se asemejan y tienen origen en los *interdicta retinendae possessionis* y los *interdicta recuperandae possessionis* de la época romana.

## **CONCLUSIONES:**

A través del estudio de este trabajo se puede entender el funcionamiento de la figura jurídica de la posesión en el Derecho Romano y en el Derecho Civil. Tanto el concepto, como la tipología y efectos quedan ampliamente plasmados en esta obra.

Se puede deducir como consecuencia del abordaje realizado en este trabajo que la posesión en el Derecho Romano y en el Derecho moderno poseen grandes semejanzas, al tratarse pues de una misma figura jurídica que evoluciona a lo largo del tiempo desde la época romana hasta la actual.

De esta misma manera, las diferencias entre posesión romana y civil no suponen un gran distanciamiento entre estas, al tratarse más bien de pequeños cambios sucedidos con el paso del tiempo, que no modifican significativamente el sentido y significado de la posesión.

Este trabajo podrá ser útil de cara a ulteriores investigaciones realizadas en torno la posesión, tanto desde un punto de vista evolutivo, que sería el adoptado en este trabajo, como buscando las analogías y diferencias, ya no dentro de la misma figura jurídica de la posesión, sino de esta con otras figuras jurídicas diferentes como, por ejemplo, la propiedad.

A pesar de que en el trabajo se intenta abordar el estudio de la posesión desde diferentes perspectivas y explicándose los aspectos más relevantes acerca de esta, todavía sería posible llevar a cabo estudios en mayor profundidad.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J.A. *Derecho Romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro. *Derechos Reales*. Madrid: Edisofer, 2016.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. Madrid: *Derecho Privado Romano*. Iustel, 2013.
- GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa. *Derecho Privado Romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Madrid: Sello Editorial, 2010.
- JARILLO GOMEZ, Juan Luis. “La posesión en el Código Civil: Significación de la posesión dentro de los Derechos Reales”. *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, vol. 6, 2008.
- LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique. “Posesión”. *Nueva enciclopedia jurídica*, vol. XX, 1993.
- LASARTE, Carlos. *Compendio de Derechos Reales*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- MIQUEL, Joan. *Derecho Privado Romano*. Madrid: Marcial Pons, 1992.
- PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. *Derecho Romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia. *Derechos Reales y Registral Inmobiliario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- TORRENT, Armando. *Manual de Derecho Privado Romano*. Zaragoza: Edisofer, 2002.