

II. *Pérdida.*—Como la posesión no se adquiere sin el concurso del *corpus* y del *animus*, así se pierde cuando cesa uno de los dos elementos y con mayor razón cuando cesan los dos simultáneamente. *Ut igitur*—escribía Paulo, fr. 153, D. 50, 17—*nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est* (1).

a) Cesan a un tiempo el *animus* y el *corpus* cuando el poseedor pierda el poder de hecho y abandone simultáneamente la voluntad de tener la cosa o ejercitar el derecho. Ocurre esto cuando el poseedor enajena haciendo tenedor de la cosa al adquirente; cuando haga un acto de *derelictio* abandonando la cosa hasta entonces poseída.

b) Puede cesar solamente el *corpus*; subsiste en el poseedor la voluntad de continuar poseyendo, pero tal voluntad no tiene por sí sola eficacia alguna, no pudiendo corresponder a ella el ejercicio completo del poder de hecho. ¿Cuándo se debe considerar perdida la posesión por cesar el *corpus*? Se comprende fácilmente que si toda momentánea suspensión de la relación de hecho entre la persona y la cosa constituyese pérdida, las ventajas que lleva anexas la posesión y la protección que a ésta es concedida resultarían malogradas. El principio general es que se tiene perdida sólo cuando un obstáculo material y permanente se opone al ejercicio del poder de hecho del poseedor. Puede este obstáculo originarse en la cosa misma o de un hecho natural, como cuando el animal salvático readquiera su natural libertad o el domesticado escape a nuestra custodia, perdiendo la *consuetudo revertendi*, o cuando perdemos la cosa sin que pueda hallarse de nuevo; puede provenir del hecho de un tercero si alguien se apodera de nuestra cosa contra nuestra voluntad. Pero el obstáculo debe ser permanente, debe producir una positiva imposibilidad en el poseedor de restablecer su poder de hecho sobre la cosa. Por esto no produce pérdida de la posesión la

Cours II, § 179, núm. 12; Troplong, Prescriz., I, núm. 261; Windscheid, Pand. I, 2. § 155, núm. 10, a.

(1) Ver *lex geminata*, fr. 8. D. 41. 2 y el fr. 44. § 2. D., *nam eins quidem quod corpore nostro teneremus possessionem amitti vel animo vel etiam corpore.*

abstención voluntaria del poseedor de actos positivos de ejercicio de su poder en la cosa; aun cuando la cosa no se halle físicamente en sus manos, queda siempre sometida a su libre disposición y esto basta para que se dé el *corpus* (y con el concurso del *animus*) se conserve la posesión.

Esta situación en que el poseedor, aun no teniendo la *detentio* (ni teniéndola otro por él) conserva, sin embargo, la posesión, hizo decir a los romanos y repetir a los modernos que la posesión, si bien no puede adquirirse con sólo la intención, puede sin embargo, *nudo animo* ser conservada (1). La afirmación se refiere particularmente a los inmuebles en orden a los cuales puede ocurrir que se pierda la relación material sin que por esto se entienda perdida la posesión; es menos factible en ellos una custodia continua que en las cosas muebles, de modo que así como para éstos la pérdida de la tenencia (por ejemplo, por el hecho de que un ladrón que se lleva la cosa), la cesación del *corpus*, implica la pérdida de la posesión, en los inmuebles, por el contrario, no ya la abstención de actos materiales de posesión por efecto de momentáneo abandono, alejamiento del lugar u otra causa, sino ni siquiera la usurpación que cometa un tercero apoderándose del inmueble o expulsando al arrendatario determinan la pérdida de la posesión. Rige en nuestro Derecho (2) en tal respecto la regla según la cual la posesión no se entiende perdida sino cuando la ocupación del usurpador dure más de un año (artículos 694 y 2.124), es decir, cuando el poseedor despojado haya dejado transcurrir más de un año sin intentar recuperar el inmueble o sin entablar la acción posesoria (3).

(1) L. 4. c. 7. 32: *Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest.*

(2) En orden al derecho romano ver Windscheid, Pand. I. 2. § 156, núm. 8; Ferrini, Pand., núm. 260.

(3) Sobre toda esta parte de la doctrina posesoria hay que consultar para el derecho romano el valioso trabajo de Rotondi, *Possessio quae animo retinetur: contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e del animus possidendi* (Bull. Ist. dir. rom., XXX). Hace notar que en el derecho común se solía llamar *possessio civiles* a la *possessio animo* en contraposición a la *possessio naturalis* que es la posesión *corpore*; precisamente en tal distinción halla su total desenvolvimiento el concepto de

Menos frecuentemente se verifica la pérdida de la posesión por cesar el *animus* solamente. Precisa aquí que el poseedor declare su voluntad de no tener ya más la cosa o ejercer el derecho (1), y tal determinación, por regla general, no se toma sin abandonar simultáneamente el *corpus*, dejando la cosa o cesando en el ejercicio del derecho. Sin embargo, puede haberse perdido cesando sólo el *animus*; esto ocurre en el *constitutum possessoriū* en el que quien hasta ahora poseyó la cosa enajenándola a otro, continúa poseyéndola a título distinto y cesa en el *animus* de poseerla para sí, constituyéndose en poseedor en nombre ajeno.

Análogamente a lo ya visto para la adquisición puede también perderse la posesión que se ejerza por medio de representantes. Es claro que la pérdida puede ocurrir por cesar el *animus* en el representado y por cesar en el representante; este último caso se verifica cuando el representante, cambiando el título de su posesión, lo convierte en posesión *nomine proprio* o en posesión en favor de un tercero. Pero puede perderse también por cesar el *corpus* y esto ocurre en todas aquellas formas en que se ha visto que se puede perder el poder de hecho.

III. *Continuación y conjunción de posesiones* (2).—Cuando a la pérdida de la posesión en el poseedor actual corresponde la adquisición de la misma en otra persona, no hay entre ambas posesiones, por regla general, relación alguna de sucesión si no es la puramente cronológica; las dos posesiones quedan distintas e independientes entre sí, con los caracteres y la calificación que les corresponden por el modo con que fueron adquiridas por

que la posesión verdadera y propia es una relación constituída singularmente por la intención que subsiste aun faltando su actuación material.

(1) Fr. 17. § 1. D. 41. 2: *possessio autem recedit ut quisque constituit nolle posidere*, fr. 3. § 6. D. Cód. *In amittenda quoque possessione affectio eim qui possidet intuenda est: itaque si in fundo sis et tamen nolis enen possidere protinus amittes possessionem.*

(2) Ver Messina, *Continuazione del possesso e congiunzione dei possessi* (*Eirc. giur.*, 1908; páginas 193, 229, 261 y siguientes; 1909, pág. 57 y siguientes); Zaurucchi, *La successio e l'accessio possessionis nell'usucapione* (*Arch. giur.*, LXXII, 1904, pág. 177 y siguientes); Suman, *Successio possessionis et vitia defuncti*, Roma, 1917.

cada poseedor. Una transmisión de la posesión considerada en sí mismo y como estado de hecho no es posible, porque éste se establece caso por caso con el concurso del doble elemento que constituye la posesión; no puede darse transmisión del *corpus* entendido como relación de hecho entre persona y cosa, ni menos aún del *animus*. Cuando se habla de transmisión de la posesión debe entenderse (cuando no se hable de tradición de la cosa) o como transmisión del *ius possidendi*, lo que ocurre siempre que se transfiere el dominio, o como transmisión de las ventajas que la posesión lleva anejas; la transmisión en este segundo caso significa que el poseedor sucesivo puede aprovechar de la posesión del precedente y uniendo la propia posesión a la anterior, invocar los efectos posesorios, principalmente aquellos que como la acción de mantenimiento y la prescripción adquisitiva reposan sobre una posesión prolongada por tiempo determinado.

Pero entonces hay en la posesión una verdadera y propia sucesión en cuanto que al precedente poseedor substituye en la relación directamente una nueva persona que ocupe el lugar de la primera. Ocurre esto en la sucesión *mortis causa* a título universal cuando el heredero, sucediendo en el *universum ius defuncti*, substituye, subroga al difunto en la posesión de sus bienes; ésta se transfiere a él *ipso iure* sin necesidad de material aprehensión; continúa de pleno derecho en la persona del sucesor (art. 925); no tratándose de dos posesiones distintas, la posesión del sucesor tiene todos los caracteres de la del causante.

A estas dos diversas situaciones jurídicas corresponden las dos instituciones de la *continuación* y de la *conjunción* de las posesiones, que se verifican respectivamente en la sucesión a título universal (*successio possessionis*) y en la sucesión a título particular (*accessio possessionis*).

La importancia y la función de la accesión de la posesión se manifiesta en que cuando la adquisición de la posesión no es originaria, sino derivativa, y la posesión del poseedor actual no dure lo suficiente para poder invocar la acción posesoria o la usucapión, aprovecha de la posesión anterior y uniendo ésta a la propia se sirve del tiempo que una y otra duraron. Pero la naturaleza y los efectos son distintos según el carácter de la sucesión

En la hereditaria o a título universal no hay propiamente una conjunción de posesiones, sino más bien la continuación de una posesión única, la del difunto por el heredero. «La posesión continua de derecho en la persona del sucesor a título universal», dispone el art. 693 y el art. 925 lo confirma manifestando cómo el llamado a la herencia adquiere la posesión por efecto de la delación hereditaria en el momento de la muerte del *de cuius*, sin necesidad de aprehensión material alguna.

«La posesión de los bienes del difunto pasa de derecho a la persona del heredero». Esto, que la doctrina medioeval designaba como *civilissima possessio* se reduce en definitiva frente a la figura normal de la posesión a una posesión ficticia o artificial. Esto conduce a la consecuencia de considerar al heredero como despojado de hecho si no ha verificado un acto de aprehensión y otro pretende tener derecho sobre los bienes de la herencia y toma posesión de ellos; y puede sin más ejercitar las acciones posesorias que corresponden al poseedor legítimo (art. 926). De que sea única la posesión deriva que en el heredero conserva los caracteres que tenía en el causante; será legítimo o vicioso, de buena o de mala fe, si tuvo estas mismas cualidades en el autor. La continuación de la posesión tiene, pues, carácter necesario, y aprovecha o perjudica al heredero según que la posesión del difunto fuese o no apta para la usucapión, exenta de vicios y digna o indigna de protección.

En la sucesión a título particular, ya sea por acto *mortis causa* o *inter vivos*, como no hay, según dijimos, ni transmisión de la posesión ni sustitución de una persona por otra en la relación posesoria, habrá dos posesiones distintas, la del autor y la del sucesor, en forma que cada una conserva sus cualidades y caracteres propios. La posesión adquiere en el sucesor a título particular caracteres propios independientes de los que poseía en el autor, esto es, podrá ser legítimo o de buena fe aun habiendo sido ilegítima o de mala fe en el autor. Ahora bien, como aquí no hay continuación de la posesión, la ley consiente al sucesor el unir su posesión a la del autor para invocar y gozar sus efectos (art. 693, párrafo 1.º). La unión es facultativa y el sucesor puede servirse de ella para sumar el tiempo de la posesión

propia al de la de su autor, ya a los efectos de la usucapión, ya a los del ejercicio de la acción de mantenimiento, cuando siendo su propia posesión apta para producir uno y otro efecto, halle que la posesión precedente no estaba afecta de vicios o de mala fe; por el contrario, no invocará ésta cuando no le sirviese a tales fines. Para que la conjunción pueda verificarse, precisa: *a*) que ambas posesiones sean uniformes respecto al objeto, que se ejerzan sobre la misma cosa o sobre el mismo derecho; *b*) que sean uniformes en cuanto al título, que se ejerzan con la misma intención, a fin de hacer valer el mismo derecho real; *c*) que entre las dos posesiones no haya habido interrupción civil ni natural, no haya habido privación de la posesión por más de un año (artículo 2.124) ni una demanda o cualquiera otro acto idóneo a interrumpir la prescripción (art. 2.125).

§ 67.—*Grados y efectos de la posesión*

Brugi, Ist. § 39; Pacifici, Ist. III, 1, págs. 11-67; Chironi Ist. I, §§ 116, 120 y 125; Filomusi, Dir. reali, §§ 80-81; Zachariae, Man. I, § 115; Aubry y Rau, Cours II, §§ 180, 182 y 183 bis; Planiol, Traité I, números 2.275, 2.287, 2.311 y siguientes; Windscheid, Pand. 1, 2, § 148.

Si en abstracto la posesión—representada según las diversas construcciones técnicas o legislativas por una relación de hecho que tiene determinados caracteres—es siempre un concepto único, en concreto suele adoptar en cada ordenamiento positivo varias figuras distintas por añadirse a los elementos constitutivos fundamentales otros elementos subjetivos u objetivos a los que la ley atribuye una particular eficacia. Cuando se parte de un tipo elemental de relación física vivificada por el *animus* sin más requisitos ni subjetivos ni objetivos y se considere tal relación como posesión, cualquiera otra relación de aquel tipo que ofrezca otras notas (como la ausencia de vicios, la existencia de un justo título, la buena fe del poseedor) se distingue necesariamente del tipo más elemental y constituye un grado superior de posesión. Se establecen de este modo grados diversos del mismo a los que corresponden efectos diferentes que son más amplios e

intensos a medida que del grado inferior se pasa al grado superior; vienen coordinados a los diversos grados los efectos múltiples que la posesión produce o que a la posesión se asocian, de modo que mientras el grado más elemental sólo produce algunos, el grado más alto y más perfecto los produce todos, es decir, a más de los propios y peculiares todos los demás de los grados anteriores.

Prescindiendo ahora de otras distinciones o categorías que no son de este lugar (1), nuestro Código reconoce tres grados de posesión por haber concebido ésta tan ampliamente que comprende la *detentación*, la figura más elemental de la mera relación de hecho vivificado por el *animus*, para subir a los grados superiores de la *posesión legítima* cuando a los dos elementos fundamentales (*animus* y *corpus*) se unen la ausencia de vicios determinados y una particular calificación del *animus* y de la *posesión de buena fe* cuando a los precedentes requisitos se unan el justo título y la buena fe.

I) *Posesión natural* o *posesión cualquiera*, según la fórmula del art. 695 es aquella que no requiere otros elementos que el material y el espiritual indispensables a toda posesión. A esta figura se refiere el art. 685 que, definiendo la posesión «la tenencia de la cosa o el disfrute de un derecho por sí o por otro que tenga la cosa o ejerza el derecho en su nombre» comprende la mera detentación. Del hecho que no se haga referencia al elemento espiritual no debe deducirse que no se requiere el *animus*; éste se supone; pero la intención de tener la cosa como propia es elevada a requisito de un grado superior de la posesión, la

(1) No figura aquí, por ejemplo, la distinción entre posesión (de las cosas) y quasi posesión (de los derechos) que resulta suprimida en nuestro derecho como ya dijimos; ni la de posesión tenida directamente y posesión tenida por medio de representantes; o finalmente la de posesión real y posesión de derecho. Esta última contraposición se refiere a la posesión del heredero que se adquiere por el sucesor *ipso iure* sin necesidad de material aprehensión por inmediato efecto de la delación hereditaria (artículos 693-98) frente a él el Código llama posesión real (artículos 952, 959, 962) aquella en que el heredero detenta materialmente los bienes hereditarios y que es por esto una posesión de hecho o efectiva, siendo la otra simplemente ficticia.

legítima, la intención aquí referida es la de tener la cosa sometida a la propia disposición, no la de ejercitar un derecho real. Entran en tal categoría los poseedores precarios, esto es, los que poseen en nombre ajeno en cuanto en relación al derecho de propiedad sirven a la ajena posesión y son tales, ya sea que personalmente ejerzan la posesión en la cosa, ya la ejerzan a su vez otros en su nombre. Excluidos resultan, por tanto, los que detentan la cosa en nombre ajeno (encargado, empleado, mandatario), a los cuales ni siquiera la forma más rudimentaria de la posesión sería aplicable, no concurriendo en ellos con el *corpus* un *animus* cualificado.

2) *Posesión legítima*, entiende el Código que es la continua, no interrumpida, pacífica, pública, inequívoca y con intención de tener la cosa como propia (art. 686); concurren, pues, a formar la legitimidad de la posesión una serie de requisitos, de los cuales los unos son objetivos (continua, no interrumpida), los otros subjetivos (*animus domini*); unos designados positivamente (continua, pacífica), los otros negativamente (no interrumpida, inequívoca). Predomina sobre todos el *animus*, que inexactamente la ley designa como voluntad de tener la cosa como propia (el *animus* puede ser también la voluntad de ejercitar en la cosa un derecho que no sea el de dominio), pero no son menos indispensables los demás requisitos que implican la ausencia de determinados vicios, de modo que cuando uno solo de ellos falte, la posesión se convierte en ilegítima y sin que descienda al grado inferior no puede producir más efectos que los que produce el primero y más elemental grado de la posesión (1). Corresponde esta figura en parte a la *iusta possessio* de los romanos cuyos caracteres designados todos negativamente (*nec vi, nec clam, nec*

(1) Ver Gabba, *Intorno alla definizione del possesso legittimo nel Código civ. it. (St. per Fadda, IV, pág. 71 y siguientes)*; afirma que inexactamente los requisitos de la publicidad, no interrupción, condición de pacífica están incluidos en la definición de la posesión legítima; serían más bien aquellos requisitos de la posesión *ad usucaptionem* no ya de la posesión considerada en sí misma sin referencia a la usucapión, es decir, la posesión protegida por la acción de mantenimiento. En una futura revisión del Código esta parte deberá ser corregida.

precario) eran la ausencia de vicios de violencia, clandestinidad, precariedad; pero difiere por haberse añadido caracteres nuevos y por la naturaleza de aquel triple requisito que era común a la *iusta possessio*, pero mientras para éste los caracteres *nec vi, nec clam* eran meramente relativos, exigiéndose que la posesión no se hallase viciada por la violencia o la clandestinidad solamente con relación al adversario (*alter ab altero*) así que *adversus extra-neos etiam vitiosa possessio prodesse potest* (1), para la posesión legítima deben existir de modo absoluto requiriéndose que en la adquisición no haya habido violencia ni clandestinidad frente a ninguno. Ahora, abstracción hecha del requisito del *animus* de que ya se habló respecto a los demás caracteres, hay que observar cuanto sigue.

a) *Continua* dícese la posesión cuando el poseedor no haya cesado nunca de manifestar con actos externos su intención de querer ejercitar un derecho sobre la cosa, lo que supone el que no cese nunca en el ejercicio del poder de hecho. Esta continuidad no debe entenderse en sentido absoluto; es relativa, se conforma a la naturaleza del derecho que se ejercita y, por tanto, cuando éste se disfrute a intervalos se entenderá que existe esta continuidad cuando se hayan efectuado los actos de disfrute de que la cosa es susceptible. No es, pues, menos continua la posesión de un monte talar o de una servidumbre de paso, porque el ejercicio de la facultad que confiere sea por su naturaleza intermitente y no debe, por tanto, confundirse el concepto de continuidad de la posesión con el que preside a la distinción de servidumbres continuas y discontinuas, lo que explica por qué la posesión de una servidumbre discontinua puede muy bien ser continua. A este requisito se refieren las dos presunciones establecidas en los artículos 691 y 692 recordados antes.

b) *No interrumpida* es la posesión cuando no ha habido por obra de un tercero ni privación del goce de la cosa ni acto alguno que sirva a interrumpir la prescripción. La interrupción puede ser natural y civil; es *natural* cuando el poseedor haya sido privado por más de un año del goce de la cosa (artícu-

(1) Ver Gayo, IV, 150; fr. 1. § 9. D. 43. 17.

lo 2.124) (1); es *civil* cuando se entable contra él demanda judicial o se proceda a embargo o secuestro contra él o a cualquiera otro acto que interrumpa la prescripción (art. 2.125). Su efecto es que cuando el poseedor adquiere de nuevo el goce (en el primer caso) o continúe en el mismo (en el segundo), la posesión que sigue al acto interruptivo constituye una posesión nueva que no puede unirse nunca a la anterior para conseguir así el tiempo preciso a la acción de mantenimiento o a la usucapión. Es, por tanto, la interrupción un concepto y un hecho diverso de la discontinuidad de la posesión y no puede suscribirse la opinión de algún autor (2) que ve en la fórmula *continua*, *no interrumpida* la expresión redundante de una misma idea (3); la discontinuidad presupone un acto negativo (omisión de ejercicio) de parte del poseedor, en tanto que la interrupción presupone un acto positivo (desposesión, notificación de la demanda judicial); mientras aquélla depende de la voluntad del poseedor, ésta se origina en el hecho de un tercero (4).

c) *Pacífica* es la posesión no violenta (*nec vi*), aquella que se adquirió y mantuvo sin violencia alguna, física o moral. Para que la posesión resulte ilegítima, debe haberse ejercido la violencia

(1) No persuade lo que a este propósito observan: Venzi en Pacifici, Ist. III, I, pág. 30; Cesáreo Consolo, Poss., núm. 164 y siguientes, y otros que admitirían la interrupción aun por efecto de una desposesión que durase menos de un año; su argumentación se basa en un error.

(2) Así, por ejemplo, siguiendo las huellas de Duranton, *Dr. civ.*, XXI número 206, el Filomusi, *Dir. reali*, § 63, pág. 243.

(3) Esto, como reconoce el mismo Filomusi, pág. 241, sería más fácilmente sostenible en el Código francés, cuyo art. 2.229 emplea la fórmula *continue et non interrompue*, y, sin embargo, la casi totalidad de los autores franceses afirma la diversa significación de las dos expresiones.

(4) Esta última cuestión es también muy discutida; muchos autores (ver Pacifici, Ist. III, I, pág. 12; Giaturco, *Dir. reali*, pág. 104; Baudry-Lacantinerie, *Prescriz.*, núm. 241, etc.), sostienen que la interrupción puede ser producida a más de por el hecho de un tercero por el hecho del mismo poseedor; civil o natural en el primer caso, sería siempre civil en el segundo y éste tiene lugar cuando el poseedor reconozca el derecho ajeno en la cosa poseída perdiendo así el *animus rem sibi habendi*. Toda la argumentación es objeto de controversia. Véanse las principales teorías en las indicaciones de Filomusi, *Dir. reali*, § 63.

contra la posesión; ésta no resulta perjudicada por la violencia que sea causa remota o indirecta de su adquisición (por ejemplo: la violencia empleada para constreñir a otro a celebrar un contrato que implica obligación de entrega de una cosa); pero cuando la violencia es directa, perjudica la posesión, porque es requisito de la misma la ausencia absoluta de tal vicio. Este vicio no acompaña perpetuamente a la posesión; cuando la violencia haya cesado, la posesión se convierte en pacífica y concierniendo los demás requisitos en legítima, como expresamente lo dispone el art. 689 del Código civil. «Semejantemente los actos violentos o clandestinos no pueden servir de fundamento a la adquisición de la posesión legítima; sin embargo, ésta puede comenzar cuando la violencia o clandestinidad hayan cesado».

La violencia debe faltar tanto en el momento de la adquisición como después; pero se comprende que pensando en la licitud del *vim vi repellere*, si el poseedor para conservar su posesión debe rechazar por la fuerza el ataque violento, tal posesión que surgió exenta de tal vicio continúa luego sin él (1).

Doctrina que se debe rechazar es la de aquéllos que para que haya una posesión legítima exigen, a más de una adquisición *nec vi*, que el poseedor no sea molestado o violentado en su posesión (2); la argumentación principal que aducen de que si el significado de *pacífica* en el art. 686 fuese el determinado en el artículo 689, esta última disposición no tendría razón de ser, cae por su base si se considera la función específica de los artículos 687 y siguientes, consistente en determinar mejor los caracteres indicados en el art. 686 (3).

d) *Pública* es la posesión cuya adquisición y ejercicio no

(1) Esto responde al principio general según el cual todos están autorizados a rechazar con la fuerza toda agresión actual e injusta para proteger un estado de hecho legítimo con tal que la fuerza sea empleada *incontinenti, qui continuat non adtentat*; ver Butera en Filang, XXXI, 1906, páginas 496, 594 y siguientes.

(2) Ver, por ejemplo, Troplong, *Prescr.* II, número 350; Laurent, *Dr. civ.*, XXXII, núm. 280; Ricci, *Dir. civ.*, V, núm. 55; Tartufari, *Eff. del poss.*, II, núm. 727.

(3) Ver en tal sentido Aubry et Rau, *Cours II*, § 180, pág. 131, número 23; Venzi en Pacifici, *Ist. III*, I, pág. 32.

son ocultos (*nec clam*); precisa que los actos de goce se verifiquen de un modo visible, en forma que manifiesten a todos y especialmente a aquel a quien la posesión ha sido sustraída la intención del poseedor de querer sujetar la cosa al propio poder. Debe repetirse aquí lo dicho en orden al precedente requisito; cesa el vicio de clandestinidad si ocurrida ocultamente la adquisición, el ejercicio de la posesión se hace luego público (artículo 689); pero viceversa, no basta a hacer clandestina la posesión, públicamente adquirida el que se realice ocultamente cualquier acto de ejercicio.

e) *No equivoca* es finalmente la posesión en que ni el *animus rem sibi habendi*, ni la posesión misma en cuanto a su objeto ofrecen ambigüedad de aquella que no pueda hacer surgir la duda de si el poder de hecho es ejercido por mera tolerancia ajena o por razones de buena vecindad más bien que con la intención de hacer valer un propio derecho; o aquella que es determinada en cuanto a la cosa o derecho en que recae. Suelen los escritores referir este requisito a los anteriores, afirmando que esto exige que la continuidad, publicidad, etc., no sean ambigüas de modo que más que un requisito nuevo y distinto no son más que una ulterior condición de los requisitos ulteriores (1). Sin embargo, parece más exacto entender la *univocidad* como requisito distinto, el cual no puede referirse más que al *corpus* y al *animus* en el sentido ya indicado. Así es equívoca la posesión del condominio respecto a la cosa común, no resultando claro si la posesión que en aquella le corresponde se ejercita por él en nombre propio y exclusivamente para sí o en común, es decir, teniendo por objeto el derecho de propiedad exclusiva (la cosa íntegra) o el derecho de condominio (y, por tanto, una parte ideal de la misma); es equívoca la posesión de quien sin haber adquirido por título la relativa servidumbre, pase por el fundo ajeno, siendo dudoso si el paso se ejercita como derecho o por mera tolerancia del vecino.

A este requisito de la no *equivocidad* se refiere el art. 688: «Los actos meramente facultativos, y los de simple tolerancia,

(1) Ver Aubry et Rau, Cours II, § 217, pág. 337, núm. 8; Baudry-Lacantinerie, Prescriz., núm. 287; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 16, etc.

no pueden servir de fundamento a la adquisición de la posesión legítima».

Son *actos de tolerancia* los que por motivos de buena vecindad o de familiaridad, alguien deja efectuar al propio vecino o a otro que se sirve de la cosa de aquél; son, por regla general, servicios particulares o utilidades que la cosa propia puede prestar a otro sin perjuicio excesivo para el propietario y que éste permite por amistad o cortesía. El pasar por el fundo ajeno, el aprovecharse del ajeno curso de aguas, etc., ofrecen frecuentemente, cuando quien los efectúa no se halla investido de un título legal sino solamente autorizado por un acto de mera condescendencia, el carácter de actos tolerados en cuanto que podrían ser prohibidos; el que se permitan no implica una renuncia a prohibirlos ulteriormente. Puesto que el permiso para efectuarlos puede ser revocado no pueden dar lugar jamás a la adquisición de un derecho por usucapión, y son por ello incapaces de originar una posesión legítima.

Actos meramente facultativos son aquellos que pueden ser realizados por el titular de un derecho complejo, como contenido y desenvolvimiento del derecho mismo, de modo que sea libre de realizarlos o no sin que de la no realización pueda derivarle una pérdida por prescripción extintiva (*in facultativis non datur praescriptio*) ni, por tanto, una adquisición en favor de otro. Corresponden éstos a facultades derivadas de la naturaleza misma del derecho o que nacen de la ley como las que competen al individuo en virtud del derecho de libertad, al dueño por su derecho de propiedad.

Tales son la facultad del propietario de cercar o cerrar el propio fundo, de construir en él, sembrar, abrir pozos, obligar al vecino a que contribuya en los gastos que ocasione la fijación de los lindes (art. 441), la facultad del condómino de pedir la división (art. 681), etc. Ahora, puesto que el derecho exteriorizado por estas facultades no deja de ejercerse porque el propietario no use de modo positivo de las facultades de cerrar, construir, sembrar, etc., es claro que del no ejercicio de éstas no puede derivar en el titular la pérdida de su derecho; su derecho precisamente era el de servirse de la cosa, cerrando o no cerran-

do, construyendo o no construyendo. Nadie puede apoyar en la abstención del propietario del ejercicio de tales facultades, la posesión de un derecho contrario; esto es, pretender que el permiso otorgado, por no haberse edificado en el fundo o no haber sido éste deslindado, se convierta en derecho a prohibir al propietario la edificación o el deslinde. El no ejercicio de estas facultades no significa una condición contraria al derecho, no crea un estado de contradicción entre el hecho y el derecho de donde pueda surgir la adquisición por prescripción de un derecho opuesto. Precisamente por esto es cierto también que si la causa del omitido ejercicio reside en la *contradictio* de un tercero, desde el momento de la contradicción no rechazada por el titular de la facultad, puede iniciarse una posesión legítima en quien la hizo: posesión que tiene por contenido un derecho a prohibir el ejercicio de aquella facultad y que puede llevar merced a la usuración a la adquisición definitiva de un derecho contrario (1).

3) *Posesión de buena fe* es el último y el grado más elevado de la posesión; es la posesión legítima a la que se añaden ulteriores requisitos que la hacen propia para producir efectos más amplios, requisitos que son el título y la buena fe. «Es poseedor de buena fe quien posee como propietario merced a un título apto para transferir el dominio, cuyos vicios ignoraba»; así reza la definición del art. 701, de la que resulta que la posesión de buena fe se funda en un título que en abstracto sería capaz de transferir el dominio, pero en concreto no sirve a transferirlo, debiendo el poseedor ignorar la existencia de vicios en él. No hay que repetir aquí lo ya dicho al hablar del justo título y de la buena fe y de la relación en que se hallan ambos. Bastará añadir

(1) Sobre la teoría compleja y difícil de los derechos facultativos y de las simples facultades en relación con la prescripción y la posesión, ver Poncet, *De la regle que les actes de pure faculté ne peuvent fonder ni possession ni prescription* (*Rev. crit.*, 1880, pág. 450 y siguientes); Salvioli, *Sulla dottrina degli atti meramente facoltativi* (*Circ. giur.*, XVIII, 1887; página 120 y siguientes, Bolchini, *I diritti facoltativi e la prescrizione*, Torino, 1899; Modica, *Le facoltà giuridiche e l'art. 688*, Palermo, 1900; Dusi, *Diritti subiettivi e facoltà giuridiche* (*St. seaesi*, XIX, 1902, pág. 225 y siguientes); Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand. I*, pág. 1.087 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist. II*, pág. 598 y siguientes; *III*, 3, pág. 61 y siguientes.

que el vicio puede consistir en un defecto cualquiera formal o substancial que afecte la relación y cree obstáculo al transferimiento del dominio; tal sería, por ejemplo, el que el transmitente no fuese propietario de la cosa, el ser incapaz el que enajena el haber empleado para la venta de un inmueble la forma verbal en lugar de la escrita que prescribe el art. 1.314 ó para la donación la escritura privada en lugar de la pública, como dispone el artículo 1.056. Se discute si es admitido todo vicio, aun aquel que produce nulidad absoluta del título por defecto de forma con tal que sea ignorado del poseedor. La discusión tiene su origen en la disposición del art. 2.137, que exige para la usucapición decenal a la que solamente puede conducir la posesión de buena fe un título que no sea nulo por defecto de forma. En nuestra opinión no se puede juzgar de los vicios del título del mismo modo en uno que en otro de los efectos que la posesión de buena fe produce, y varios y más o menos intensos son como diremos pronto estos efectos entre los cuales figuran la usucapición decenal por una parte, la adquisición de los frutos y el *ius retentionis* por otra. Ahora, puesto que la condición de no ser el título nulo por defecto de forma es requerida por la ley en la posesión de buena fe en cuanto conduce a la usucapición decenal (artículo 2.137), no en orden a los demás efectos y en particular a la adquisición de frutos y la *retentio* (art. 701), hay que convenir en que para constituir la posesión de buena fe baste un título cualquiera, ya resulte viciado en su forma o en su substancia; dejando a salvo la limitación que a los efectos de la usucapición decenal, la ley establece exigiendo un título que no sea nulo por defecto de forma.

En cuanto a la buena fe, ésta consiste en la ignorancia de los vicios del título, se basa, pues, en un error. Este error puede ser de hecho o de derecho, puede referirse a un hecho que el poseedor ignore (si creyó que el que enajenó era el propietario) o a una norma jurídica, cuya existencia ignore el poseedor, o cuyas consecuencias jurídicas el poseedor no alcance íntegramente. Lo mismo que el error de hecho, así también el error de derecho puede servir de fundamento a la buena fe; ésta puede darse en el error de derecho, sin que a esto sea obstáculo el pre-

cepto general, que prohíbe alegar la ignorancia de la ley; no exime de su cumplimiento tal alegación. Las máximas *nemo censem tur ignorare legem, error rel ignorantie iuris non excusat*, son ciertas y se aplican a los fines de la universal obligatoriedad de las normas, pero no reciben aplicación cuando la ignorancia de éstas se alegue, no para eludir sus preceptos, sino para evitar las consecuencias dañosas de un acto realizado bajo el imperio de un error de derecho o para mantener los efectos favorables de tal acto (1).

La eficacia de la posesión se manifiesta a más de en la especial protección que el Derecho le concede con las acciones posesorias en la serie de beneficios o ventajas (los llamados *commoda possessionis*) que la posesión produce directamente o que se asocian al hecho de la posesión. Corresponde al poseedor, ante todo, la posición de demandado en los juicios en que el propietario de la cosa o el titular del derecho que es objeto de la posesión, reclame como suyos la cosa o el derecho, y la ventaja consiste en poder rechazar la demanda del actor, sin más que invocar su posesión (*possideo quia possi deo*), si el adversario no prueba su derecho. El poseedor viene así dispensado de la carga de la prueba y vence en el litigio cuando el actor no pruebe su derecho. Tiene el poseedor derecho a rechazar con la fuerza toda violencia privada (*vim vi repellere licet*), es decir, puede defender por sí su posesión contra los ataques violentos, sea cual fuere su procedencia. La posesión cuando es legítima, produce la adquisición de la propiedad o de los demás derechos reales si se prolonga por treinta años, bastando solo diez cuando la posesión se une a un justo título transscrito y a la buena fe. Concede derecho a indemnización por las mejoras introducidas en la cosa por el poseedor; si la posesión es de buen fe produce

(1) Ver Venezian, *L'errore di diritto e il possesso di buona fede* (*Giur. it.*, LVII, 1905, pág. 367); Bonfante, *Essenza della bona fide e suo rapporto colla teorica dell'errore* (*Bull. Ist. dir. rom.*, VI, pág. 85 y siguientes, ahora en *Scritti giur.*, II, pág. 708 y siguientes); *Note ulteriori sul giusto titolo* (*Att. Ist. Lomb.*, XXXIX, 1906, pág. 783, ahora en *Scritti giur.*, II, pág. 748 y siguientes); Tartufari, *Eff. del possesso*, núm. 1.092; Cimbalì, *Del possesso per acquistari i frutti*, núm. 104; Venzi en Pacifici, *Ist. III*, I, pág. 40 y siguientes.

en el poseedor la adquisición de los frutos y confiere a éste el derecho de retención en garantía de las indemnizaciones que le son debidas por las mejoras. Crea, finalmente, en favor del poseedor una presunción de propiedad o más exactamente una presunción de legal pertenencia del derecho que es objeto de la posesión, y si la cosa es mueble, la posesión de buena fe produce, sin más, la adquisición de la propiedad en virtud de la regla, según la que «la posesión en orden a las cosas muebles equivale al título».

Sobre si son todos estos efectos de la posesión, efectos propios de la misma, se discute vivamente. Discrepante se muestra la doctrina y la discrepancia deriva de que por efectos de la posesión entienden algunos los que produce por sí misma, sin necesitar el concurso de ningún otro elemento, otros creen que de un modo más general, que son los que se asocian al hecho de la posesión. La doctrina no se ha mostrado acorde, ni entre los juristas antiguos, que enumeraban hasta 72 *commoda possessionis*, ni entre los modernos civilistas franceses que reducen los efectos todos al de presunción de propiedad. Se afirma por muchos, y la enseñanza se remonta ya a Savigny, que no puede considerarse como efecto de la posesión el derecho del poseedor a rechazar con la fuerza toda violencia privada, porque la legítima defensa privada se aplica también a otro estado de hecho contra el que un tercero atente con violencia; en cuanto a la dispensa de la prueba por la posición de demandado que el poseedor asume en el juicio, es común a todo demandado y no efecto particular de la posesión, pudiendo darse también en todo estado de hecho subsistente por la voluntad de una persona. En cuanto a los demás efectos se observa que se reducen todos a la defensa posesoria y a la usucapión o a la presunción de propiedad solamente. La discusión tiene más importancia académica que práctica; si por efectos de la posesión se entienden los que ésta produce por sí, sin el concurso de otros elementos, bien pueden considerarse como los más conspicuos los antes enunciados.

Mayor importancia tiene el observar que tales efectos no son todos producidos por el mismo grado de posesión, sino que se coordinan a los diferentes grados de la misma; cada grado pro-

duce algunos efectos propios, y como cada grado de la posesión resulta de la posesión de grado inmediatamente inferior a la que se añaden requisitos ulteriores, se deduce que mientras el primero y más elemental (posesión natural, detención) no produce sino algunos, la legítima produce, a más de éstos, otros, y la de buena fe produce toda la suma, es decir, los propios, los de la posesión natural y los de la legítima.

Más particularmente:

1) *La posesión natural* es, en primer lugar, *a*), protegida contra todo despojo violento u oculto con la acción de reintegración o de despojo que reintegra al poseedor o detentador rápidamente en la posesión, y se da contra quien haya sustraído oculta o violentamente la posesión, aunque fuese propietario de la cosa poseída (artículos 695 y 696); *b*), exime al poseedor de la prueba en el juicio petitorio, confiriéndole la más cómoda posición de demandado; *c*), le autoriza a defenderse con la fuerza contra todo atentado violento a su posesión.

2) *La posesión legítima*, a más de la tutela antes indicada contra el despojo, *a*), goza de una tutela contra las perturbaciones o molestias, y ésta se actúa con la acción de mantenimiento (art. 694), que tiende a hacer cesar las molestias o perturbaciones; *b*), conduce, si se prolonga por treinta años, a la usucapión (artículos 2.105, 2.106 y 2.135), convirtiendo al poseedor en propietario o en titular del derecho real objeto de la posesión; *c*), da derecho a indemnización por las mejoras con tal que subsistan al tiempo de la evicción (art. 704), en la proporción de la menor suma entre el importe de lo gastado y el de la mejora (artículo 705).

3) *La posesión de buena fe*, protegida por las dos acciones posesorias, *a*), produce la adquisición de los frutos percibidos hasta el momento de la demanda judicial, ya sean *extantes* o *consumpti* (art. 703); *b*), confiere al poseedor la especial garantía del *ius retentionis* por las indemnizaciones que le son debidas por las mejoras, facultándole para retener la cosa hasta que el reivindicante le satisfaga la indemnización, siempre que las mejoras hayan sido demandadas en el curso del juicio reivindicatorio y se ofrezca una prueba de su subsistencia (art. 706); *c*), conduce

a la usucapión con el transcurso de diez años, cuando el título haya sido transcrita (art. 2.137); *d*), finalmente, respecto a las cosas muebles por naturaleza y a los títulos al portador, equivale al título (art. 707).

§ 68.—*Tutela posesoria*

Brugi, Ist. § 40; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 111; Chironi Ist. § 126; Filomusi, Dir. reali, §§ 83-91; Zachariae, Man. I, §§ 158-165; Aubry et Rau, Cours, II, §§ 184, 187 y 189; Planiol, Traité, I, núm. 2.303 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 158-162 (1).

Los medios con que en nuestro Derecho es defendida la posesión son las acciones de mantenimiento y reintegración o despojo; tienden a proteger al poseedor contra los actos que le perturban en su posesión o le desposeen y persiguen la cesación de tales perturbaciones o la readquisición de la posesión. No hay que consignar aquí otros remedios que pueden socorrer al poseedor molestado o despojado como las acciones de carácter penal y las civiles que se dan para obtener el resarcimiento del daño, porque en ellas a lo sumo puede verse una tutela indirecta, ni pueden enumerarse entre las acciones posesorias otras que, como la de denuncia de obra nueva y la de daño temido, nuestro Código aproxima siguiendo al austriaco a las acciones propiamente dichas. Como observamos a su tiempo, tienen con éstas común su carácter de remedios provisionales, pero no son concedidas para proteger exclusivamente la posesión, ya que pueden basarse en un derecho de propiedad.

El sistema adoptado por el Código es el resultado de una larga elaboración; sobre el primitivo tronco de defensa interdicital admitida por el Pretor en el Derecho romano se fueron yuxtaponiendo elementos nuevos importados del Derecho germánico y más todavía del canónico y del consuetudinario francés; de modo que sólo en un sentido muy amplio puede decirse que el

(1) Ver Alauzet, *Histoire de la possession et des actions possessoires*, 1849; Bioche, *Traité des actions possessoires*, 1864; Baratono, *Delle azioni possessorie*, Ivrea, 1876; Brugi, *Azioni possessorie* (en *Dig. it.*).

actual sistema de tutela posesoria deriva del romano. Se halla, sí, enlazado con él a través del Derecho intermedio y por eso precisa para entenderlo bien hacer una indicación histórica.

Cuál fué entre los romanos la primera ocasión en que surgió la tutela posesoria, es discutido. Quizás se originó en la posesión de *ager publicus* (1); más probablemente en una necesidad de orden procesal en cuanto que, precisando en los juicios de propiedad regular la posición recíproca de las partes respecto a la cosa, se determinaba a quién debía corresponder la posesión durante el desenvolvimiento del proceso y a quién de los litigantes debía ser reconocida la posición de demandado y a quién la de demandante (2); como quiera que fuese, puesto que todo ataque a la posesión puede asumir la forma de una perturbación ocasionada al poseedor o la de una desposesión, el Pretor aprestó un doble remedio con el procedimiento interdictal extraordinario: los *interdicta retinendae possessionis* contra las perturbaciones y los *interdicta recuperandae possessionis* contra el despojo. Pertenecían a los *retinendae possessionis* el interdicto *uti possidetis* y el *utrubi*. El primero es especialmente destinado a los inmuebles y para hacer cesar las perturbaciones ya ocurridas e impedir las futuras; tenía como efecto el mantener en la posesión al que en ésta se hallaba en el momento de pronunciar el interdicto, es decir, vencía el poseedor actual con tal que su posesión no resultase viciada frente al adversario (*nec vi, nec clam, nec precario*) (3). Para las cosas muebles especialmente se da el

(1) Así, por ejemplo, Savigny, *Besitz*, § 120; Dernburg, *Entwickelung und Begriff des iur. Besitzes*, 1883; Cuq, *Nouv. rev. hist.*, 1894, pág. 22; *Inst. jur. des Rom.*, I, pág. 483; Pacchioni, *Corso dir. rom.*, I, página 335, etcétera.

(2) Así la mayoría de los autores, basándose en las fuentes; corroboraría esta opinión para una categoría de interdictos el § 4, Inst. 4, 5; *Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis et utrubi cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia sit et ante quaeritur uter ex litigatoribus possidere et uter petare debeat*; ver también Gayo, IV, 148; contrariamente Ferrini, Pand., pág. 337, núm. 2.

(3) Según la redacción del edicto juliano, su fórmula era fr. 1, pr. D. 43. 17.: *Uti eas oedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri aeto.*

segundo, que tenía ordinariamente más bien eficacia recuperatoria, porque venciendo en él, no el poseedor actual, sino quien hubiese poseído la cosa más tiempo en el año precedente, también sin vicios frente al adversario, su efecto corriente era el de hacer recuperar la posesión perdida (1); esta diferencia desapareció bajo Justiniano cuando también en los *utrubi* se tuvo en cuenta la posesión actual. Era *recuperandae possessionis* el *interdictum unde vi* en la doble forma de *int de vi cottidiana* e *int de vi armata*, que protegía al poseedor contra el despojo violento y tendía a hacer que recuperase la posesión que le había sido violentamente sustraída y a asegurarle el resarcimiento de los daños (2); pero éste se daba para los inmuebles; para el despojo de cosas muebles se daba el *int utrubi* y en el Derecho justiniano sirvieron otros remedios.

El Derecho intermedio debía transformar profundamente este sistema de defensa por la introducción de nuevos elementos aportados por el Derecho germánico y el canónico.

Según la primitiva concepción germánica, la posesión, siendo considerada como manifestación externa de la propiedad, no gozaba de una protección suya propia e independiente; se le concedía protección sólo en cuanto en la lesión de la misma se veía una violación del dominio. Toda cuestión de posesión se resolvía, pues, substancialmente en una cuestión de propiedad, porque operándose la prescripción adquisitiva con el transcurso de un año el que poseía más de un año vencía en el litigio por ser reconocido propietario.

Esta concepción fué más tarde modificada y se vino admitiendo la tutela posesoria. El antiguo Derecho francés en el que la institución de la posesión (*saisine*) se estructuraba de modo

(1) La fórmula como resulta de Gayo, IV, 160, Paulo. Sent., 5. 5. § 1; fr. 1. pr. D. 43. 31.: *Utrubi hic homo quo de agitur maiore parte huinsce anni nec vi nec clam nec precario ab. altero fuit quominus is enni ducat vin fieri voto.*

(2) La fórmula, tratándose de la especie de *vicottidians* era fr. 1. pr. D. 43. 16: *Unde vi hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecitcum ille possideret quod ne vi nec clam nec precario a te possideret illum quaeque ille tune ibi habuit restitucis.*

muy semejante a la *gewere* germánica, estatuyó que quien, hallándose en posesión un año completo por lo menos (*saisine d'an et jour*), hubiese sido turbado en la *saisine*, podía accionar en posesorio para hacer cesar la molestia; la acción que aparece en el siglo XIII en las *Coutumes du Beauvais*, de Beaumanoir, y que fué llamada *complainte en cas de saisine et de nouvelleté*, ofrecía fundidos estos dos requisitos esenciales, provenientes, uno, del Derecho germánico, y el otro, del Derecho romano: que la posesión debía ser de un año y exenta de los vicios de violencia, clandestinidad y precariedad (*nec vi, nec clam, nec precario*).

Junto a este primer precedente histórico figura el del *possessorium summariisimum*. Era ésta una forma de procedimiento posesorio creada por los antiguos prácticos y colocada al lado de los procedimientos ordinario y sumario, que resultaban o excepcionalmente lentos o excesivamente rigurosos; surgió por la necesidad de regular rápidamente la cuestión de la posesión de la cosa controvertida durante el juicio posesorio, y la regulación tenía lugar mediante un *mandatum de manutenendo* con el que el Juez llamado a decidir sobre una cuestión de posesión ordenaba, para impedir cualquier acto de violencia entre los contendientes y para evitar también la providencia del secuestro judicial de la cosa, que ésta estuviese en posesión de una de las partes provisionalmente durante el juicio. Cualquiera otra decisión definitiva del juicio posesorio no era prejuzgada por el *summariisimum*, ya que éste no tenía otra función que la citada de una inmediata, rápida y provisional regulación de la posesión hasta el fin del juicio. De la fusión o, por mejor decir, de la conmixinión de los elementos propios del *interdictum uti possidetis*, de la *complainte* y del *mandatum de manutenendo* ha surgido la moderna acción de mantenimiento de nuestro sistema. Exigiendo requisitos más rigurosos que el *int uti possidetis*, ha asumido el carácter fundamental de éste, pero ha tomado del Derecho germánico el requisito del año; en otro aspecto se relaciona con el *mandatum de manutenendo*, cuyo nombre recuerda.

Otra de las acciones posesorias, la reintegratoria o de despojo, se relaciona, por una parte, con el *interdictum unde vi*, por otra, con la doctrina canónica.

Protegía aquél, como se ha dicho, al poseedor de un inmueble contra las expulsiones violentas y exigía (salvo el caso de que se tratase de *vis armate*), que el despojado poseyere *nec vi, nec clam, nec precario* y que el interdicto se ejercitase dentro del año a partir de la *deiectio*; la acción sólo era ejercitable contra el autor de la violencia, no contra los terceros detentadores. En la Edad Media el Derecho canónico introducía un nuevo remedio, el llamado *remedium spolii*: un canon acogido en las falsas decretales del pseudo Isidoro y que luego pasó al Decreto de Graciano, declaraba, con relación a los Obispos expulsados de sus diócesis, que no se pudiese entablar juicio alguno contra ellos si antes no eran repuestos en aquéllas (1). Se confería así a los Obispos una *exceptio spolii* que bien pronto, por obra de los canonistas, debía ampliar su esfera de aplicación y convertirse, de simple medio defensivo, en remedio directo y de ataque; de la *exceptio* derivó la *actio spolii*, con la que los Obispos podían accionar para obtener del despojante la restitución, y generalizado el remedio se extendió a todos los ciudadanos que hubieran sido violentamente despojados de sus bienes. El nuevo principio fué: *Spoliatus ante omnia restituendus*, y el remedio concedido, no sólo al poseedor jurídico, sino al simple detentador, fué hecho aplicable, no sólo contra el despojante, sino también contra el tercero detentador de la cosa, con tal que tuviese noticia del despojo, no sólo por el despojo de inmuebles, sino también por el de muebles, y hasta derechos sin limitación de tiempo y a favor de cualquiera posesión, aunque fuese de mala fe y hubiese durado un mes o un día.

De esta acción deriva la moderna de reintegración que, sin embargo, ofrece algunas características del remedio recuperatorio romano, como el poder ejercerse solamente dentro del año,

(1) El canon *redintegranda* era concebido así: *Reintegrada sunt omnia expoliatis vel electis episcopis praeessentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco unde abscesserant, funditus revocanda quacumque condicione temporis aut captivitate aut violentia malorum et per quascumque iuiustas causas res ecclesiae vel proprias id est suas sultantias perdidisse noscuntur ante accusationem aut regularem ad synodum vocationen eorum;* ver también c. 2 y 4 y sobre la *restitutio spoliatorum*, Decret. II, tit. XIII.

a partir de la fecha del despojo, y el ser ejercitable únicamente contra el autor de éste (1).

Veamos ahora la disciplina a que se hallan sometidas en nuestro Derecho ambas acciones.

I. *Acción de mantenimiento*.—Dispone el Código en el artículo 694: «Quien hallándose por más de un año en posesión legítima de un inmueble, un derecho real o universalidad de cosas muebles, es turbado en su posesión, puede dentro del año, a partir del día en que la molestia tuvo lugar, pedir el ser mantenido en su posesión». Aparecen aquí claros los requisitos de la acción.

a) Se exige ante todo una *posesión legítima* provista de todos los elementos indicados en el art. 686; deben tales elementos concurrir de un modo absoluto y no como exigía el Derecho romano sólo frente al adversario.

b) En segundo término, se exige la posesión *por más de un año*, una posesión que haya durado un año completo, o, como suele decirse, reproduciendo el estilo de los antiguos prácticos: un año y un día. Sirve aquí como en la prescripción adquisitiva la institución de la *accessio temporis* para poder unir a la propia posesión la del autor en la sucesión a título particular. No es, por tanto, mantenible la posesión que dure menos de un año o que no haya durado un año entero con los requisitos todos de la legitimidad; de aquí la consecuencia que tal posesión no está protegida contra las perturbaciones y su defensa se actúa únicamente con la acción de reintegración contra el despojo violento o clandestino.

c) Debe la posesión tener por objeto un *inmueble*, un *derecho real* o una *universalidad de muebles*. De los inmuebles hay que excluir los que constituyen el *demanio* del Estado o de los demás entes públicos en los que no puede darse la adquisición por prescripción (art. 2.113) ni la posesión produce efecto jurídico (art. 690) (2). De los derechos reales sólo los inmo-

(1) El escrito más notable sobre el particular es el de Ruffini, *L'actio spoliæ*, Torino, 1889.

(2) A disciplina particular están sometidos los *aprovechamientos comunales*, cuya posesión estaba tutelada por una magistratura especial: las

biliarios se hallan protegidos, y entre los inmobiliarios sólo los derechos de goce. No se da, pues, la acción de mantenimiento al titular de los derechos reales de garantía, como el acreedor hipotecario, ni al titular de un derecho personal que faculte a la tenencia de una cosa, como el arrendatario de un inmueble o el acreedor anticrético, porque la hipoteca no otorga posesión y el arrendatario o acreedor anticrético no son titulares de derecho real. Corresponde tal acción al enfiteuta, al superficiario, al usuario, al titular de una servidumbre. Si entre las últimas deben excluirse todas aquellas que no sean continuas y aparentes por no ser susceptibles de usucapión, es cuestión muy discutida. Partiendo del precepto del art. 630, en el que se declara que para establecer las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, no es suficiente ni siquiera la posesión inmemorial, sostienen los más que no se da en ellas la acción de mantenimiento. A esto se objeta que de su imprescriptibilidad no se debe sin más concluir la improcedencia de la acción de mantenimiento, pues son distintos los efectos de la adquisición por prescripción y de la defensa concedida con el mantenimiento. Hay que rechazar esta segunda doctrina; las servidumbres que no sean continuas y aparentes pueden basarse en un título y éste podrá ser utilizado en el juicio solamente *ad colorandam possessionem* (1). Mucho se discute acerca de lo que debe entenderse por universalidad de muebles; la teoría dominante considera comprendidas en ella las *universitates iuris* únicamente (de las que son ejemplo típico, y, según algunos, único aquí, la sucesión hereditaria mobiliaria), en cuanto que son también éstas las que el art. 707 excluye de la aplicación de la regla «posesión equivale a título»; otros consideran comprendidas en ella las *universitates facti* y las *iuris*. Pero,

Juntas de árbitros que se hallaban investidas de la facultad de decidir las cuestiones posesorias referentes a tales derechos (ley de 8 de Marzo de 1908, núm. 76, artículos 4 y 9) ahora substituídas por los comisarios regionales (Decreto-ley de 22 de Mayo de 1924, núm. 751).

(1) Ver Aubry et Rau, Cours, II, § 185; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 308; Filomusi, *Dir. reali*, pág. 299; Cesáreo Consolo, *Possesso*, núm. 394 y siguientes.

como ya indicamos en otro lugar, no compartimos la opinión de los que creen que, tanto aquí como en el art. 707, se hace referencia únicamente a las universalidades de hecho (1).

En cuanto a las cosas muebles singulares no es su posesión mantenible; la única acción posesoria admisible para ellas es la de reintegración cuando se dé el despojo violento y clandestino (2).

d) Se da la acción contra las molestias y perturbaciones; y es molestia todo atentado a la posesión legítima consistente en hechos o actos que, realizados contra la voluntad del poseedor, impidan el ejercicio o cambien el anterior estado de posesión, y como quiera que sea implican una pretensión contraria a la posesión ajena. Precisa que el acto se realice con la intención de ejercer un derecho en la cosa y con la intención de oponerse al

(1) Más riguroso es en este respecto el derecho francés en el que las acciones posesorias sólo se dan en materia inmobiliaria; el amplio principio: «en materia de muebles la posesión vale título» (c. fr. art. 2.279) llevaba a la deducción que los muebles no necesitaban de la tutela posesoria porque siendo en ellos la posesión considerada como propiedad, toda cuestión relativa a aquella se resolvía en una cuestión de dominio y el juicio posesorio que es distinto del petitorio resultaba inseparable de éste (ver Planiol, *Traité I*, núm. 2.304; Zachariae, *Man. I*, § 155, pág. 423; Aubry et Rau, *Cours II*, § 185, pág. 181, núm. 2). Esta exclusión general de las cosas muebles no pasó de modo absoluto al Código italiano, en el que el principio del art. 2.279 ha sido templado, atenuado por el art. 707; se admite textualmente la acción de despojo en orden a las cosas muebles, si bien el art. 707 ha influído para privarlas de la *acción de mantenimiento*. Decir como dicen algunos que ésta no se otorga a la posesión mobiliaria porque para las cosas muebles es sólo posible el despojo, no la perturbación, no es del todo conveniente en cuanto que aun siendo cierta la afirmación no es exacta su consecuencia de no poderse admitir la *acción de mantenimiento*, cuando el despojo sea simple. Como se dirá pronto, la *acción de mantenimiento* tiene función recuperatoria y sirve precisamente cuando el despojo no vaya acompañado de violencia o clandestinidad. Lo cierto es que el legislador ha excluido los muebles más que por una incompatibilidad lógica (ver Huc. *Le c. civ. it. et le c. Napoleón*, París, 1868, I, página 158 y siguientes), por el influjo de las ideas tradicionales en la materia.

(2) Es cuestión delicadísima que no encaja en los límites de este curso la de si en un acto administrativo cumplido fuera de los límites legales pueda hallarse un acto de molestia y procederse con la acción po-

goce del poseedor (1) y puede, por tanto, la molestia ser de hecho o de derecho; es de *hecho* si turba, altera materialmente la posesión, como cuando alguien construye en suelo ajeno, o tala árboles ajenos o pretende pasar a través del fundo ajeno sin ser titular de la servidumbre de paso, o se realiza cualquiera de aquellos hechos con los que en las servidumbres el propietario del fundo sirviente tiende a restringirla en perjuicio del dominante o el del dominante a agravarla en perjuicio del sirviente; es de *derecho* si consiste en un acto judicial o extrajudicial, como si alguien actúa en posesorio contra el poseedor legítimo (2) u ordena al arrendatario el que no pague en lo sucesivo al arrendador el precio del arrendamiento (3). La molestia no se limita a la simple perturbación; puede consistir en hechos que priven de la posesión, es decir, en una verdadera desposesión, y en tal caso el mantenimiento asume carácter y funciones recuperatorios; pero como al despojo calificado cometido con violencia o clandestinidad provee la acción de reintegración, débese suponer aquí un despojo simple, que es todo acto no violento ni clandestino que priva al poseedor de la tenencia.

Este último punto es muy discutido. Se niega por algunos (4) el que la acción de mantenimiento pueda darse en actos de despojo aunque éste sea simple, porque su función es mante-

sesoria; y la misma cuestión se plantea en orden a la acción de reintegración si se cometió un despojo calificado. Su solución, que depende de circunstancias y motivos complejos de orden jurídico-administrativo no es acorde; ver Mortara, *Comm., priv. civ.*, I, núm. 186 y siguientes; Meucci, *Dir. amm.*, pág. 91 y siguientes; Orlando, *Princ. dir. amm.*, núm. 577; Filomusi, *Dir. reali*, pág. 311; Venzi en Pacifici, *Ist. III*, 1, pág. 142 y siguientes; Gianturco, *Dir. reali*, pág. 125 y siguientes.

(1) Sobre la necesidad de un elemento intencional y sobre el carácter propio de éste hay discrepancia entre los autores; ver Cesáreo Consolo, *Possesso*, número 347 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist. III*, 1, página 147, n. 1.

(2) Se comprende que no constituye molestia el accionar en petitorio.

(3) Para otros ejemplos, ver Pacifici, *Ist. III*, 1, pág. 125, núm. 3.

(4) Ascoli, *Sull'az. di manutenzione nel possesso* (*Foro it.*, 1890, pág. 648 y siguientes); Cesáreo Consolo, *Poss.*, núm. 304 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist. III*, 1, pág. 149, n. m.

ner en la posesión, no el reintegrar en ésta a quien de ella hubiera sido privado; dos únicos remedios concede la ley: la reintegración contra el despojo calificado, el mantenimiento contra las perturbaciones, y no concede ninguno cuando estas perturbaciones impliquen pérdida de la tenencia sin ir acompañadas de violencia o clandestinidad. Contra tan intolerable consecuencia se ha pronunciado la mayoría de los autores. La opinión dominante comprende en la molestia también los hechos que producen privación de la posesión, para no llegar al extraño resultado de que la posesión legítima se halle protegida contra la verdadera y propia perturbación e indefensa contra un atentado más grave, cual es el despojo simple (1). No faltan argumentos positivos en apoyo de esta doctrina; es la posesión legítima una relación de derecho que otorga al poseedor un *ius possessionis* que no se pierde aunque se haya perdido la tenencia; declara el art. 2.124 que la prescripción se interrumpe naturalmente cuando el poseedor resulta privado por más de un año del goce de la cosa, de lo que se deduce que si la posesión legítima no se pierde sino transcurrido un año a contar desde la privación, se puede dentro del año accionar en mantenimiento para recuperar la tenencia; resulta del art. 697 que si la reintegración en la posesión en caso de despojo no excluye el ejercicio de las demás acciones posesorias por parte del poseedor legítimo, puede el propio despojado que obtuvo con la acción de reintegración la restitución de

(1) Esta y otras razones lógicas o prácticas no convencen a Rotondi, *La funzione recuperatoria dell'azione di manutenzione e la dottrina del possesso solo animo* (*Riv. dir. civ.*, 1918, pág. 521 y siguientes). También él considera que la acción de mantenimiento protege contra actos de desposesión, pero esto es consecuencia de la función de las acciones posesorias en el derecho común y especialmente de la teoría dominante en éste, según la cual, la posesión no se pierde si se pierde sólo la mera tenencia. Debiendo considerarse poseedor a quien hubiere perdido la tenencia, el caso de perder ésta se veía como una especie de perturbación, la más grave; en consecuencia, la *complainte*, que era remedio de mantenimiento, no cambiaba de naturaleza cuando venía aplicada a los casos de sustracción de la posesión natural; subsistía, pues, como remedio *retinentiae possessionis*. Por esta tradición es reconocida a la moderna *acción de mantenimiento* una función recuperatoria.

la cosa, ser demandado por el poseedor legítimo para que a su vez restituya la cosa al legítimo poseedor (1).

e) La acción debe promoverse dentro del año a partir de la fecha en que fué ocasionada la molestia (computándose desde el acto perturbatorio si fué único, o desde el último de la serie si la perturbación consistió en varios actos sucesivos); la ley no consideró oportuno tutelar con un término más extenso al poseedor que no proveyó inmediatamente a su defensa (2).

El Juez, cuando reconozca que concurren todos los elementos indicados, ordena la cesación de las molestias, prohibiendo al demandado que cometa actos perturbatorios; si la perturbación consistió en un despojo simple, ordena la restitución de la cosa al poseedor; si consistió en construcciones, excavaciones u otras obras, dispone la destrucción de las obras y la reducción al estado primitivo (3); puede además condenar al resarcimiento de daños.

II. *Acción reintegratoria o de despojo.*—Se halla regulada en los artículos 695 y 696 del Código civil. Dispone el primero, cuyo precedente inmediato es el art. 446 del Código albertino: «Quien ha sido violenta u ocultamente despojado de la posesión de una cosa mueble o inmueble, cualquiera que ésta sea, puede dentro del año, a contar del despojo sufrido, pedir contra el autor del mismo el ser reintegrado en la posesión», y el segundo: «La reintegración debe ordenarse por el Juez, citando a la

(1) Ver Galante, *Sulla efficacia recuperatoria dell'azione di manutenzione in possesso*. Napoli, 1900; Mortara, *Comm. pr. civ.*, IV, pág. 30, número 1. Adviértase además que tal cuestión pierde en la práctica mucha importancia, dada la amplitud con que la jurisprudencia interpreta el requisito de la violencia. Si este se da y por tanto se admite despojo violento aun en los casos en que se haya obrado contra la presunta voluntad del poseedor, resulta difícil hallar casos de despojo simple.

(2) En general, sobre la acción, ver Luparia, *Sullo scopo dell'azione di manutenzione* (*Arch. giur.*, XXVII, 1881, pág. 122).

(3) Se considera en parte de la jurisprudencia que en la acción de mantenimiento no tiene el Juez facultad de ordenar la destrucción de las obras en que consistió la perturbación. Esta opinión es inexacta (*La c. d. servitu de elettrodotto e l'azione di manutenzione*, en *Rev. dir. comm.*, 1916, II, pág. 745 y siguientes).

parte contraria y bastando la notoriedad del hecho sin dilación por el procedimiento más rápido contra cualquiera persona, aunque fuese el propietario de la cosa quien cometió el despojo».

Quiere la ley castigar el hecho ilícito o delictivo del despojo violento o clandestino y por esto es más rápido y sumario el procedimiento (1) y menos rigurosos los requisitos exigidos para su ejercicio. Son condiciones para el ejercicio de la reintegración:

a) Una *posesión cualquiera*; esto significa que no se exige que sea anual ni que esté exenta de vicios, hallándose protegida la ilegítima y la detención simple. Sin embargo, no todo poseedor podría invocar la tutela. Si no precisa en el despojado un *animus domini*, sin embargo es necesario que tenga el de poseer para sí en orden al particular derecho por el cual él tiene un interés propio e independiente en retener la cosa; débese distinguir en otros términos entre quien tiene *nomine proprio* y posee *nomine alieno* como el arrendatario, el acreedor pignoraticio, el anticrético y quien tiene y posee en nombre ajeno, como el mandatario, el encargado, el gerente. La acción conferida a los primeros no puede extenderse a los segundos que no tienen un interés propio e independiente que hacer valer en la cosa que se les confía (2).

b) Son objeto suyo lo mismo los *muebles* que los *inmuebles*. Y puesto que la acción tiende a reprimir el acto violento y oculto considerado en sí como ilícito, no se aplica aquí el art. 690 que declara ineficaz e improductivo de efectos jurídicos la posesión de las cosas que estén fuera del comercio; puede tal pose-

(1) Por lo demás, no se exime al Pretor del de la observancia del juicio contradictorio y de las demás normas sobre la prueba; ver Mattirolo, *Dir. giud.*, I, núm. 273, núm. 2; Cesáreo Consolo, *Possesso*, núm. 552 y siguientes; Lessona, *La semplice notorietà del fatto nel giudizio di reintegraz.* (*Foro it.*, 1915, I, pág. 75 y siguientes).

(2) Ver Fadda, *Il possesso protetto con la reintegraz.* (*Foro it.*, 1904, I, página 294); Bianchi, *L'azione di Spoglio intentata dal ladro* (*Filang.*, 1899, página 32 y siguientes); Galante, *Sulla nozione del possesso qualunque richiesto per l'az. di Spoglio* (*Corte D'Appello*, 1909, pág. 65 y siguientes).

sión y la de una cosa *demanial* hallarse protegidas contra el despojo.

Una grave cuestión es la de determinar si a más de aplicarse a las cosas muebles y a las inmuebles es aplicable también a los derechos reales, a los que el art. 695 no hace referencia, en tanto que en orden al mantenimiento son recordados por el 694. Es esta circunstancia (el silencio del Código en el art. 695 contrapuesto a la explícita mención que hace el otro) lo que ha inducido a algunos autores (1) a considerar que el despojo de los derechos reales no se halla protegido por la acción de reintegración, y se añade que tal despojo no es ni siquiera concebible, porque el acto violento u oculto podrá turbar sólo el goce de un derecho, nunca despojar al poseedor. La doctrina predominante (2) y de acuerdo con ella la jurisprudencia, ni considera inconcebible el despojo ni interpreta el silencio del Código como exclusión; hay despojo independiente de la privación de la cosa sobre la que el derecho se ejerce cuando el acto oculto o violento no sólo perturbe, sino que prive al poseedor de modo permanente del ejercicio del derecho; habla solamente de cosa el art. 695, pero según la terminología del Código, «cosa» comprende también los derechos *res incorporales*, y además la definición de la posesión (art. 685) comprende la tenencia de una cosa y el goce de un derecho (3). Los derechos reales se hallan, pues, protegidos con la acción de despojo y entre los derechos reales las servidumbres, y no hay que distinguir en éstas entre

(1) Gianturco, Ist., pág. 98, *Dir. reali*, pág. 130 y siguientes; Bianchi, *Servitu legali*, I, núm. 151 y siguientes; Venzi en Pacifici, Ist. III, 1, página 164, n. e. e.

(2) Pacifici, Ist. III 1, pág. 136; III, 2, pág. 310; Baratono, *Az. poss.*, II, número 214; Cesáreo Consolo, *Poss.*, núm. 484; Filomusi, *Dir. reali*, página 307; Ruffini, *Actio Spolii*, pág. 455.

(3) Casos prácticos importantes en los que se puede ofrecer la cuestión, son los del suministrador de energía eléctrica, de agua potable, de gas, que interrumpe el suministro; del que concede el derecho a excavar en el subsuelo o del deudor, que impiden el acceso en el inmueble al concedionario o al acreedor anticrético; ver Maroi, *Il contratto di concessione miniera ia e la tutela possessoria* (*Riv. soc. comm.*, X, 1920).

continuas y aparentes y discontinuas, porque también para éstas es posible una posesión cualquiera (1).

c) Precisa un despojo violento y oculto. Violento es aquel realizado mediante actos arbitrarios que contra la voluntad del poseedor priven a éste de la posesión o impidan el que la ejerza; puede la violencia ser material (*vis atrox*) o moral (*vis compulsiva*), es decir, consistir en amenazas, siendo indiferente si se dirige contra la cosa o contra la persona (2). Pero debe siempre ir asociado para que la acción pueda intentarse al *animus* de despojar de la posesión ajena; mientras por otra parte no es indispensable que la contraria voluntad del poseedor se haya manifestado con oposiciones, bastando una voluntad contraria, expresa o presunta (3). *Oculto* o *clandestino* es el despojo realizado sin saberlo el poseedor; tiene aquí la clandestinidad un valor diverso del que tiene cuando constituye vicio de la posesión, porque en tanto en esta clandestinidad es un vicio objetivo que implica una ocultación frente a todas, aquí basta que el acto se haya ocultado al despojado aun siendo notorio a otros. Debe ir acompañado del *animus celandi*, pero no es indispensable el concurso del dolo o del fraude, aunque la ocultación se verifique corrientemente mediante astucias y disimulos. La mayor amplitud que la acción tenía en el Derecho canónico, para el que bastaba la privación de la posesión por cualquier medio ilícito (4), ha des-

(1) Otra cuestión es la de si la acción de despojo puede extenderse en nuestro sistema a otros derechos como los de crédito, de familia, de rechos sobre bienes inmateriales. En nuestra opinión, la respuesta debe ser negativa; sobre este asunto muy delicado, ver Segré, *Azione di Spoglio e possesso di diritti con partic. rig. al diritto al nome civ., al nome comm., ed all'uso di una insegnă* (*Riv. dir. comm.*, IX, I, 1911, pág. 601 y siguientes).

(2) La progresiva extensión del concepto de *vis* del uso de la fuerza o la amenaza y al acto realizado contra la prohibición del poseedor, se da ya en las fuentes romanas y sobre todo en las justinianas (ver fr. 1. D., 43. 16; 1. § 5. D. 43. 24; 73. § 2. D. 50. 17; 11. D. 43. 16; pero se acentuó más en el derecho intermedio por obra del derecho canónico).

(3) Sobre la eficiencia de la contraria voluntad presunta, hay discrepancia, Filomusi, *Dir. reali*, pág. 310; Venzi en Pacifici, Ist. III, 1. página 161, n.º 2; Cesáreo Consolo, *Possesso*, núm. 501 y siguientes.

(4) El canon *reintegranda* decía ...*quacumque conditione temporis aut*

aparecido en el nuestro, que no admite sino esta doble calificación del despojo.

Debe la acción ejercitarse dentro del año de haber ocurrido el despojo, pero fácilmente se comprende que el año no corre sino desde el día en que el poseedor tuvo o pudo tener noticia de haber aquél ocurrido, y esto tiene importancia especialmente para el despojo oculto. Y puede únicamente intentarse contra el autor del despojo (1) aunque fuese el propietario de la cosa, a lo sumo contra el mandante, jamás contra los terceros poseedores y los causahabientes a título particular del que hizo el despojo; la amplitud que le dió el Derecho canónico permitiendo su ejercicio contra los terceros, restringida ya por una constitución de Inocencio III, que la limitó a los terceros que tuviesen noticia del despojo (2), surtió una última limitación en el Derecho moderno, concediendo la defensa solamente contra el autor y excluyendo todas las demás (3).

Relaciones de las acciones entre sí.—Las relaciones en que están ambas acciones examinadas aparecen claramente de cuanto llevamos dicho; ordenadas a dos fines distintos y ejercitables en condiciones y en supuestos diversos, no son por regla general acumulables ni se da entre ellas aquella concurrencia electiva cuyo efecto consiste en la imposibilidad de ejercitar una segunda acción cuando se ha ejercitado ya una primera, siempre que

captivitate aut dolo aut violentia malorum et per quascumque iniustas causas.

(1) Y contra sus sucesores a título universal y contra los que cooperaron al despojo.

(2) Ver c. 18. x. de rest. spol. 2. 13. *Saepe contingit quod spoliatus iniuste, per spoliatorem in alium re translata, duni adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato commodo possessionis amisso propter difficultatem probationum iuris proprietatis amittir effectum. Unde non obstante iurii civilis rigore sancimus ut quis de cetero scienter rem talen receperit quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit, praesertim quoad periculum animae iniustae detinere ac invadere alicuum, contra possessorem huinsmodi spoliato per restitutionis beneficium succuratur.*

(3) No falta, sin embargo, quien sostenga que es intentable también contra el tercero, aunque tuviere noticia del despojo: Borsari, *Comm. c. civ.*, § 1.482; Cesáreo Consolo, *Possesso*, núm. 481.

por un mismo título correspondan a una misma persona varias acciones. Cuando no concurren los extremos de la acción de reintegración puede intentarse la de mantenimiento si se da por lo menos el hecho de la perturbación; puede, por tanto, una acción ejercitarse subordinadamente a la otra.

En cuanto a la relación entre las acciones posesorias y las petitorias impera y tiene importancia capital el principio que prohíbe acumular el juicio petitorio al posesorio. La posesión se halla protegida en sí y por sí concurriendo los requisitos exigidos por la ley, siendo cuestión aparte el que corresponda o no al titular de la posesión un derecho, no puede el Juez llamado a tutelar la posesión descender al examen de cuestiones referentes al juicio petitorio, ni puede quien reclama contra la molestia o despojo accionar a un mismo tiempo en posesorio y en petitorio; ambos juicios deben quedar separados. Deriva de esto que iniciado el juicio posesorio, ni el actor puede promover juicio petitorio en tanto aquél esté pendiente, ni el demandado puede tampoco entablarlo en tanto no se pronuncie la sentencia y no sea ésta íntegramente ejecutada (Código de Procedimiento civil, artículo 445). Inversamente, como el juicio petitorio absorbe las cuestiones posesorias, la limitación del juicio petitorio lleva consigo la prohibición de entablar el posesorio (Código de Procedimiento civil, art. 443) (1).

FIN DEL VOLUMEN PRIMERO

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Posesión*.—El art. 685 del Código italiano corresponde al 430 del español, pero en la definición dada por éste no se comprende como en el italiano la posibilidad de que la tenencia o disfrute tenga lugar por sí o por medio de otro. Esta posibilidad se contiene en el artículo 431. En cambio, comprende la definición del español la necesidad del *animus* que en el italiano viene requerida por el 686.

Por la misma razón de lenguaje a que se refiere el autor en el texto al comentar el art. 685 del Código italiano, ha desaparecido en el nuestro toda distinción entre *possessio* y *quassi possessio*.

En el citado art. 430 del Código español se distingue la posesión natural, que es la «tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona» y la civil que es «esa misma tenencia o disfrute, unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos» (art. 430).

La posesión puede ser también en concepto de dueño y en concepto

distinto al de dueño (art. 432). Puede ejercitarse por sí mismo y en nombre propio o por otro y en nombre ajeno (art. 431). Puede ser de buena fe, en la que el poseedor ignora pue en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalida y de mala fe cuando el poseedor se halla en el caso contrario (art. 433).

La buena se presume siempre, no perdiéndose esta cualidad sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente (art. 435).

Adquisición y pérdida. - 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 nacan a su favor (art. 443). Exacta esta regla con lo que a las disposiciones originarias se refiere, no lo es como observa Casso (*Derecho civil*, tomo I, pág. 298. Instituto Reus, 1926) en las derivativas, las cuales requerirán la capacidad especial que se exige para el acto jurídico de que se trate.

El hecho adquisitivo no debe ser violento, ni clandestino, ni mera-mente tolerado (artículos 441 y 444) —*nec vi, nem clam, uer precario*— y puede consistir en la ocupación material de la cosa o derecho poseído o en los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho (art. 438).

Puede adquirirse por representante legal, por mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique (art. 439).

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 aadirse la herencia (art. 440). En este caso se produce para el heredero una posesión *civilísima* o por ministerio de la ley.

El Código civil señala las siguientes causas de pérdida de la posesión: 1.^a Abandono de la cosa 2.^a Cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito. 3.^a Destrucción o pérdida total de la cosa o que ésta quede fuera del comercio. 4.^a La posesión de otro aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año (artículo 460). También se pierde por la reivindicación del propietario.

La posesión de cosas muebles no se entiende perdida mientras la cosa se balle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero (art. 461).

Efectos: «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen» (artículo 446).