

POSESION

CAPITULO XVI

La posesión

§ 65.—*Noción de la posesión y fundamento de su protección*

Filomusi, Enc. § 57; Dir. reali, §§ 78, 80 y 82; Brugi, Ist. § 39; Pacifici, Ist. III, § 1, página 7; Chironi, Ist. I, §§ 115, 121 y 122; Zachariae, Man. I, §§ 154-157; Aubry et Rau, Cours, II, I, §§ 177-178; Planiol, Traité, I, núm. 2.263 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 148-152 (1).

El concepto de la posesión es de aquellos en torno a los cuales más han trabajado los juristas de todos los tiempos; no

(1) Extraordinariamente rica es la literatura monográfica. Los trabajos más célebres sobre la posesión son los de Savigny, *Das Recht des Besitzes* (1.^a ed., 1803. 7.^a cuidada por Rudorff, 1865, traducción italiana de Conticini-Firenze, 1839; francesa de Städler, París, 1879) y los escritos de Ihering, *Ueber den Grund des Besitzschutzes*, Iena, 1869 (traducción italiana de Forlani, Milano, 1872; francesa de Meulenaere, *Du fondement de la protection possessoire*, París, 1875; *Fondement des interdits poss*, París, 1882; *Der Besitzwillle*, Iena, 1889, traducción francesa de Meulenaere, *Rôle de la volonté dans la possession*, París, 1891); *Besitz en Handwörterbuch der Staatswissenschaften* y en *Jahrb. f. d. Dogm.*, XXXI, pág. 41 y siguientes (traducción francesa de Meulenaere en *Oeuvres chaises*, II, página 213 y siguientes).

Para la teoría romana y derecho común con referencias a nuestro derecho actual. ver Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittel alter und gegenwart*, Tübingen, 1848; *Die Besitzklagen des röm. und. hent. Rechts*, Weimar, 1874; Meischeider, *Besitz und Besitzschutz*, Berlín, 1876; Kindel, *Die Grundlagen des röm. Besitzrechtes*, 1883; Bekker, *Das Recht des Besitzes bei den Römeru*, Leipzig, 1880; Dernburg, *Entwickelung und Begriff des*

hay materia que se halle más llena de dificultades que ésta, en lo que se refiere a su origen histórico, al fundamento racional de su protección, a su terminología, a su estructuración teórica, a los elementos que la integran, a su objeto, a sus efectos, a los modos de adquirirla y perderla. La causa de tan ásperas dificultades reside en lo extremadamente delicado del concepto mismo que, abrazando un conjunto más o menos amplio de posiciones de hecho, protegidas o consideradas diversamente por el Derecho objetivo se resiente, en la formulación teórica hecha por los juristas y en la positiva dada por los derechos antiguos y actuales,

jurist. Besitzes des röm Rechts, Berlín, 1883; Scheurl, *Zur Lehre vom römu. Besitzrecht*, Erlangen, 1886; Kuntze, *Zur Besitzlehre*, Leipzig, 1890; Kress, *Besitz und Recht*, Leipzig, 1909; Van Hollander, *Ueber den animus in Recht des Besitzes des Römer*, Halle, 1903; Molitor, *La possession en dr. rom.*, Gand 1851, 2.^a ed., París, 1874; Van Weter, *Traité de la possession en dr. rom.*, 1868; Vermond, *Theorie gen. de la poss. en dr. rom.*, París, 1895; Cornil, *Traité de la poss. dans le dr. rom.*, París, 1905; Alibrandi, *Teoria del poss. sec. il dir. rom.* (Opere, I, p. 217 y siguientes); Riccobono, *La teoria del possesso nel dir. rom.* (Arch. giur., L, 1893, pág. 227 y siguientes); Bonfante, *La possessio civilis e naturalis* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, XVI, 1894, página 161 y siguientes, y ahora en *Scritti giur.*, III, pág. 534 y siguientes); Fadda, *Il possesso* (Lez, 1910-11), Napoli, 1911.

Para el derecho francés y el italiano Pothier, *Traité de la possession*; Planck, *Die Lehre vom Bositz nach den Grundsätzen des franz Civilrechts*, Göttingen, 1811; Belime, *Traité de la poss. et des actions poss.* París, 1847; Wodon, *Traité de la poss. et des actions poss.*, 1878; Saleilles, *Etude sur les éléments constitutifs de la poss.*, 1894, y en *Rev. bourg.*, III, 1893, pág. 121 y siguientes, 697 y siguientes; *La poss. des meubles*, París, 1907; Duquesne, *Distinction de la possession et de la selention*, París, 1898; Tartufari A., *Del possesso qualtitolo di diritti*, Roma, 1878; *Dell acquisizione e della perdita del possesso*, Milano, 1888; *Degli effetti del possesso*, Torino, 1886-88; *Del possesso consid. nella sua noz in quanto rig. soggetti e oggetti*, Torino, 1898; Ruggieri, *Il poss. e gl'istituti di diritto prossimi ad esso*, Firenze, 1880; Bellavite, *Il possesso secondo il dir. rom. con riguardo ai cod. mod.* (Arch. giur., III, pág. 511 y siguientes; IV, pág. 583 y siguientes); Scillamá, *Sist. gen. del poss. e delle azioni poss.*, Torino, 1909; Carboni, *Il possesso e i diritti reali in genere*, Torino, 1916; Arnó, *Per la ricostruzione della teoria del possesso*, Modena, 1919.

Para el derecho austriaco, Randa, *Der Besitz nach Osterr. Recht*, 1865; (4.^a ed. 1895) y para el alemán Kuiep, *Der Besitz des B. G. B.*, Iena, 1900, Strohal Sachbesitz, 1897; Saleilles, *Theorie possess. du code civ. allan* (*Rev. crit.*, 1903, pág. 592 y siguientes; 1904, pág. 33 y siguientes).

de oscilaciones conceptuales. En vano se pretendería buscar un punto fijo de partida, que sea común a las varias concepciones teóricas o positivas, y así como la posesión romana fué distinta de la germánica y de la canónica, así difieren también las construcciones teóricas de la institución en el Derecho romano y en el nuestro.

La idea más general de la posesión es la de un estado de hecho por el cual alguien tiene una cosa en su poder, sea en propia custodia o en propio uso, haya o no en él la intención de tenerla como propia. Este estado de hecho puede corresponder o no corresponder a un derecho de aquél que ejerce el poder sobre la cosa; pero tal estado es tomado en consideración por sí y en determinadas condiciones es protegido por el ordenamiento jurídico y produce efectos varios hasta venir transformada en un estado de derecho. En otros términos, la relación en que el hombre está con las cosas del mundo exterior, destinadas a satisfacer sus necesidades, puede ser concebida de dos modos substancialmente diversos: *a)* Como relación de señorío general o particular, jurídicamente ordenado, es decir, reuniendo en sí los requisitos fundamentales del ordenamiento jurídico para que sea reconocido y protegido de un modo absoluto; *b)* o como una relación de mero hecho en la que el hombre se sirve total o parcialmente de la cosa que se halla en su poder y que viene a ser protegido en sí y por sí independientemente de la legitimidad objetiva de tal poder. La relación de la primera especie será la propiedad o un *ius in re aliena*, según el carácter general o particular del señorío; la de la segunda es la posesión. La cual puede hallarse en la misma persona unida al derecho y esto es lo que ocurre comúnmente (ejemplo: el propietario es también poseedor de su cosa); pero puede hallarse separado de aquél en cuanto el poder de hecho resida en una persona diversa de aquélla a quien corresponde el poder jurídico y puede estar separado por voluntad del mismo titular del poder jurídico sin oponerse a éste (ejemplo: el acreedor pignoraticio posee la cosa propiedad del deudor) o sin y aun contra la voluntad de dicho titular (el ladrón posee la cosa robada, el usurpador el fundo usurpado).

No tiene la posesión nada de común con la propiedad y demás derechos reales (1), si bien aquélla pueda conducir a la adquisición de éstos, ni su defensa provisional con la absoluta de éstos, si bien el propietario o titular de un *ius in re aliena* puedan servirse, si tienen el poder de hecho, de la tutela posesoria. Y así se evidencia cómo también son distintos los que escolásticamente son llamados *ius possessionis* y *ius possidendi*; designa el primero el conjunto de derechos que la posesión origina en el poseedor y especialmente el derecho a la tutela posesoria; el segundo, el derecho que tiene el titular del poder jurídico a poseer su cosa de modo que en las hipótesis examinadas, mientras el *ius possessionis* va unido al *ius possidendi* en el primer caso, estos *iura* pertenecen a personas diversas en el segundo.

Esta noción sumaria no es suficiente para fijar el concepto preciso de la posesión; para penetrar en la íntima naturaleza del fenómeno precisa partir de algunas enseñanzas fundamentales del Derecho romano, de cuyos principios fundamentales muchos perduran aún en nuestro Derecho civil, si bien la institución moderna, por influjo del Derecho canónico y del intermedio, ha venido conformándose a un tipo que difiere en varios de sus aspectos de la clásica *possessio* romana.

Possidere significa para los romanos tener una cosa en el propio poder; tener una potestad de hecho en la cosa que dé la posibilidad de disponer de ella en la totalidad de sus relaciones con exclusión de todos los demás y tener la intención de mantenerse en relación inmediata e independiente con la cosa. Es, pues, la *possessio* un señorío, una sujeción concebidos como relación de hecho independientemente del derecho; expresa, mani-

(1) Este es el significado de la conocida frase *separata esse debet possessio a proprietate*, contenida en el fr. 1, § 2, D. 43. 17, cuya continuación explica claramente el concepto *Fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: fieri potest ut et possessor idem et dominus sit*; ver también fr. 12. 1. D. 41. 2: *Nihil commune habet proprietas cum possessione* y fr. 52, pr. D. cod., *Permisceri causas possessionis et usus fructus non oportet quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent.*

fiesta lo que es el normal contenido de la propiedad y exteriorízase como el ejercicio de hecho del dominio. Dos elementos concurren en la formación de la *possessio*: uno, puramente material o físico, consistente en la relación externa o de hecho en que la cosa se halla con respecto a la persona; el otro, psíquico o intelectual, consistente en la voluntad de tener la cosa en la propia disposición libremente y con exclusión de los demás, sujetándola y destinándola de la manera más completa a los propios fines. El primer elemento es designado por los jurisconsultos con las frases *tenere*, *detinere in possessione esse*, *naturaliter* o *corporaliter possidere* y de aquí la *naturalis* o *corporalis possessio* o también con la frase *corpore possidere*, de donde la terminología escolástica tradicional creó el término *corpus* para indicar, no la cosa sobre la que se ejerce el señorío de hecho, sino este mismo señorío o relación física con la cosa. Llaman al elemento psíquico, a la voluntad de disponer *animus* o *affectus possidendi*, términos de los que el lenguaje tradicional crea los de *animus domini* o *animus rem sibi habendi* y que el uso ha abreviado en *animus* (1). Cuando a la relación física o material con la cosa no se une la correspondiente intención de sujetarla, no se da más que una mera *detentación*, una *naturalis possessio improductiva* o casi improductiva de efectos jurídicos; no se tiene posesión, lo mismo que no se tendría *si quis dormienti aliquid in manu ponat* (2).

Que este es el concepto más verdaderamente romano de la posesión, resulta de la etimología de la palabra (*pote* o *potis sedeo*, me siento [de sentar], señor (3); hay que rechazar la que Paulo, siguiendo a Labeon, daba en el fragmento I. pr. D. 41. 2.: *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio quia naturaliter tenetur ab eo es quie i insistit quan groeci πατολήν dicunt*, y que poniendo de manifiesto únicamente el aspecto físico de la

(1) Ver sobre todo el célebre fr. 3, § 1. D. 41. 2: *Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.*

(2) Fr. 1, § 3. D. 41. 2.

(3) Ver Bonfante, *Il punto di partenza nella teoria rom. del possesso (St. per Marioni)*, I, págs. 171 y siguientes, y ahora en *Scritti giur.*, III, página 516 y siguientes).

relación, deja ensombrecido el aspecto espiritual (1). El punto de partida es para los romanos, no la material relación del hombre con la cosa, la mera detentación, sino un poder, porque la *possessio* es *ab origine*, en la conciencia del antiguo pueblo, señorío, dominación (2). Este señorío sobre la cosa sin limitación e independiente implicaba necesariamente el que debía quedar fuera del concepto de la posesión, como contrario a él, el ejercicio de hecho de poderes menos plenos o no autónomos; si la posesión no se da sino sobre cosas corporales (3) y susceptibles de dominio; si la posesión no es más que el aspecto exterior, la actuación externa como poder de hecho de lo que en la propiedad es un poder jurídico, excluidos debían ser de ella no sólo aquellas relaciones que no tienen como objeto inmediato las cosas (por ejemplo los derechos de obligación), sino también los mismos derechos reales diversos de la propiedad, los *in re aliena* en que la cosa no se halla en su integridad sujeta al dominio del titular en el que falta la *possessio corporis*. Sin embargo, como al lado de la potestad de hecho que abarque todas las relaciones de la cosa es posible una potestad de hecho más limitada, circunscrita a una especial relación y correspondiente al contenido de un determinado derecho *in re aliena*, se fué reconociendo análogamente a la posesión de las cosas una posesión de derechos cuyo objeto no es la cosa misma, sino el derecho, por lo que fué llamada *iuris possessio* o (para designar el proceso de extensión del primitivo al nuevo concepto) *quasi possessio*. En otros términos: como el señorío general independiente sobre la cosa constituía la *possessio* como posición de hecho correspondiente a la que jurídicamente constituye la propiedad, así el ejercicio de hecho de un señorío particular y dependiente (que

(1) La misma idea unilateral reaparece en el fr. 3. § 5. D. 41. 2: *Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest quam ut tu stare videaris in eo loco in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris* en el que la conceptual imposibilidad de una posesión correspondiente a varias personas íntegramente sobre la misma cosa se explica recurriendo a la imposibilidad física de la ocupación de un mismo lugar simultáneamente por dos personas.

(2) Bonfante, op. cit., pág. 183.

(3) Fr. 3. pr. D. 41. 2: *Posideri autem possunt, quae sunt corporalia.*

si objetivamente legítimo y jurídicamente reconocido hubiera dado lugar a un *ius in re aliena*) originaba la idea de una *possessio* del derecho correspondiente a una *iuris quasi possessio*. Pero los romanos no pasaron de los derechos *in re aliena* y de las servidumbres o de aquellos derechos reales que, admitiendo un ejercicio continuo, se prestaban a la extensión a ellos del primitivo concepto de la *possessio*. Y también aquí en la *quasi possessio* los elementos constitutivos eran dos: una relación de hecho con la cosa que asegurase su disposición en los límites del correspondiente derecho (elemento físico) y la voluntad de mantenerse en aquella relación para destinar la cosa en su especial relación a la satisfacción de los propios fines (elemento psíquico) (1).

Prescindiendo por ahora de esta figura más tardía y menos espontánea de la *quasi possessio*, es obvio que el elemento que convierte la detención en posesión es el *animus* que, vivificando la relación de hecho, la eleva a relación jurídicamente protegida y capaz de producir efectos jurídicos. Pero alrededor de esto, que es el punto central de toda la doctrina, han surgido vivas discusiones entre los romanistas (y se renuevan hoy con repercusión en la doctrina civilista), ya en orden a la más precisa determinación de los caracteres y contenido del *animus*, ya con respecto a su intrínseca valoración como elemento de la posesión.

Dos teorías tienen especial importancia, siendo opuesta una a otra.

Sostiene Savigny (2) en su obra clásica, ser el *animus* el elemento determinante de la posesión, la voluntad el factor decisivo que transforma la detención en posesión. Esta voluntad es

(1) El concepto de *quasi possessio* comprobado como existente ya en el derecho clásico por Gayo IV, 139, es por algunos atribuído al derecho postclásico; ver Albertario, *Di nuovo sul glossema in Gai*, IV, 139 (Filang., 1914, pág. 69 y siguientes); *La terminología del possesso* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XXVII, pág. 275 y siguientes); Perozzi, *I modi pretori d'acquisto delle servitù* (*Riv. it. p. le sc. giur.*, 1897, pág. 1.167 y siguientes).

(2) Ver sobre el influjo de las ideas kantianas sobre la doctrina posesoria el escrito de Solari, *Sulla dottrina del possesso di Savigny* (*en Studi per Chironi*, I, pág. 555 y siguientes).

la de tener la cosa para sí, es la intención de ejercer la propiedad; el *animus possidendi* se identifica con el *animus domini* (la Ψυχή δεσπόζοντος de las fuentes griegas) (1) y se contrapone de un modo absoluto (porque en la mera detentación hay que admitir también un *animus*) al *animus detinendi* del detentador, el cual, no teniendo o no pudiendo tener la intención de tratar la cosa como propia, la posee por otro (*nomine alieni*). Son detentadores porque no tienen ni pueden tener un *animus domini* el arrendatario, el comodatario, el depositario; poseen *nomine alieni*, no *nomine proprio*; realizan su cometido con respecto a la posesión ajena que reside en el arrendador comodante y depositante, respectivamente.

A la posesión y sólo a la posesión es concedida protección, y ésta se actuaba, como es sabido, mediante los interdictos pretorios. La detentación, por el contrario, se hallaba desprovista de tutela. Había tres casos excepcionales de protección concedida a los detentores: el acreedor pignoraticio, el precarista, el secuestratario al gozar también de la protección interdictal, son designados como poseedores, si bien, como los demás, no quieren tener la cosa para sí. Estos casos excepcionales fueron explicados por Savigny recurriendo al concepto de la *posesión derivada*; el poseedor originario podía transferir a otros su posesión o sea no sólo la material detentación, sino también el derecho de posesión que goza de la protección interdictal. Así esas tres figuras anómalas de poseedores desprovistos del *animus domini* y tratados, sin embargo, como verdaderos poseedores, eran por él elevados al imperio de la regla general que no admite posesión y por ello tampoco defensa sin concurrir un *animus* calificado.

A la teoría de Savigny, que por basarse toda ella en el elemento espiritual es llamada *teoría subjetiva* o de la *voluntad*, se opuso vivamente Ihering con una teoría que él mismo llamó *objetiva* y en la cual se priva al *animus* de toda importancia y a la voluntad de todo valor como elemento decisivo para distin-

(1) Así en la parafrasis griega de las Instituciones (II, 9, § 4; III, 29, § 2) y en los basílicos (60, 5, 22, sch. 1). Es observación antigua pero quizás infundada y no decisiva que a Ψυχή δεσπόζοντος correspondería más exactamente *animus dominantis*.

uir la posesión de la detentación. No es que niegue la existencia de un elemento intencional (porque sin él tendríamos un simple hecho material de la relación de la cosa a la persona), pero niega, sí, la existencia de un *animus* particular de la posesión como elemento esencial de la misma y especialmente de un *animus domini* o un *animus rem sibi habendi*; no reconoce diferencia entre el tener la cosa para sí (*nomine proprio*) y el tenerla para otro (*nomine alieno*). En otros términos, para constituir la posesión es para él suficiente la relación corporal con la cosa acompañada de la intención de querer mantener tal relación; así que toda detentación por regla general es posesión en cuanto que el concepto de posesión requiere un poder físico sobre la cosa, voluntariamente querido y ejercitado (1).

El ordenamiento jurídico, sin embargo, continúa Ihering, no concede defensa en todo caso de detentación; hay algunos en que la *causa possessionis*, la relación que media entre quien tiene la cosa en su poder y aquel de quien la obtuvo, revela que la cosa es tenida en interés ajeno y no propio o es tal que no puede considerarse (por motivos históricos) como digna de protección directa; tal causa degrada, por decirlo así, la posesión, reduciéndola a una relación de mera detentación desprovista de la tutela interdictal. Así sucede con el depositario, el comodatario, el mandatario, el arrendatario, cuya relación con la cosa no es considerada digna de la tutela posesoria por el ordenamiento jurídico.

La diferencia entre ambas concepciones es, como se ve, profunda. Mientras para Savigny constituye excepción en el sistema la protección interdictal concedida al acreedor pignoraticio, al secuestratario y al precarista, para Ihering la excepción consiste en haber sido excluidos de la protección interdictal el arrendatario, el depositario, el comodatario.

No menos apasionadas discusiones han surgido alrededor de otros puntos de la teoría romana de la posesión provocadas, a decir verdad, por la oscilante terminología de las fuentes y por

(1) Ver Scialoja, *Il possesso del precarista* (St. per Bologne, pág. 223 y siguientes).

las dificultades para armonizarla. Aparecen en ellas (y algunos se reproducen en el lenguaje técnico de los civilistas) varios términos designando grados o especies diversas de posesión a los que corresponden efectos jurídicos distintos; al lado de la *possessio simple* hay una *possessio naturalis* o *corporalis*, una *possessio civilis*, una *possessio iusta* o *iniusta*.

Segura e indudable es la significación de esta última: es injusta la posesión adquirida del adversario violenta o clandestinamente o por concesión precaria; justa es la exenta de tales vicios (*nec vi nec clam nec precario*). Discutido es el significado de los restantes términos, de los cuales cada uno significa la ascensión progresiva de la mera detentación a la posesión protegida por los interdictos y a una posesión de grado superior que da lugar a una defensa absoluta, a la adquisición de los frutos, a la adquisición del dominio por usucapión.

Según la teoría de Savigny la *possessio naturalis* denota la relación física con la cosa, la detentación, que no produce efecto jurídico alguno, porque el *corpus* no está vivificado por el *animus domini*. Frente a ella aparece la posesión verdadera y propia y ésta es de dos especies, la posesión que sin especificación indica técnicamente la posesión protegida por el Pretor mediante los *interdictos* (*possessio ad interdicta*) y la *possessio civilis* cuya característica consiste en hacer posible la usucapión (*possessio ad usucaptionem*) y que constituye un grado más elevado de la posesión en cuanto que produce un efecto ulterior (la usucapión) a más del que es común a la precedente, el de ser protegido con los interdictos.

Otros dan a la *possessio naturalis* un doble significado: como contrapuesta a la *possessio* simplemente, aquélla denota la mera relación de hecho, la detentación; como contrapuesta a *possessio civilis* tanto la simple *possessio corpore* (detentación) como la verdadera y propia posesión; es decir, aquella en que el *corpus* está vivificado con el *animus*. *Possessio civilis*, por el contrario, es aquella que a más del concurso del *corpus* y del *animus* presenta otro requisito, el haber sido adquirida mediante una *iusta causa*.

Para otros la contraposición de *possessio naturalis* y *possessio*

civilis radica en que la primera denota la detención, la segunda toda posesión con efectos jurídicos y, por tanto, también la *possessio ad interdicta*.

Es un mérito de Riccobono (1) el haber intentado con éxito una solución de muchos enigmas producidos por la terminología de los textos, despojando la doctrina de los clásicos de los añadidos e interpolaciones bizantinas a las que se debe la desesperante confusión de las fuentes. El resultado de sus investigaciones conduce a sostener que dos figuras de posesión admitió solamente el Derecho romano, una posesión civil reconocida por el *ius civile* y que actúa sólo en la esfera de éste (*possessio civilis*) y una posesión pretoria reconocida por el Pretor mediante los interdictos (*possessio* simplemente o *possessio ad interdicta*). Elementos esenciales y comunes a las dos especies son la relación física con la cosa (*corpus*) y la voluntad de tener ésta para sí de modo libre e independiente (*animus*). Cuando esta voluntad falta no hay más que el hecho de una relación material con la cosa, la mera detención que excluye toda idea de posesión (*possessio naturalis*). Elemento característico de la *possessio civilis* que se añade a los dos primeros es la *iusta causa*, o sea una relación o causa de adquisición de la posesión reconocida por el *ius civile* (y luego también por el *ius gentium*) como apta a producir la adquisición del dominio (ejemplo, donación, compra venta, legado). Toda otra causa que no sea título apto a transferir el dominio y que confiera solamente un poder limitado en la cosa (ejemplo, comodato, depósito, arrendamiento) coloca la relación con la cosa, no sólo fuera de la *possessio civilis*, sino también fuera de

(1) *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse* (Savigny-Stiftung, Röm Abt., XXXI, pág. 321 y siguientes); *La teoria rom. dei rapporti di possesso le dottrine dei moderni e le legislazioni* (Bull. Ist. dir. rom.) XXIII, pág. 5 y siguientes; *Atti de soc. it. per il progresso delle scienze IV eunione*, 1910, página 868 y siguientes; *Vechi e nuovi problemi intorno a la terminología del possesso* (St. per Chironi, I, pág. 377 y siguientes). Sobre los resultados obtenidos por este autor con divergencias por lo que respecta a la terminología justiniana, ver Albertario, *La possessio civilis e la possessio naturalis nelle fonti giustiniane e bizantine* (Filang., XXXVII, 1912, páginas 380, 511 y siguientes); *La terminología del possesso* (Bull. Ist. dir. rom., XXVII, pág. 275 y siguientes).

la pretoria, porque la *causa* excluye la voluntad de tener la cosa para sí de modo libre e independiente, en propia disposición y con exclusión de los demás; se reduce simplemente a la detención o *possessio naturalis* que está siempre desprovista de la protección interdictal. Por vía excepcional, sin embargo, en la categoría de los detentadores el Pretor concede defensa a tres de ellos; la concede al acreedor pignoraticio, al precarista y al secuestratario, aunque falte en ellos el *animus* cualificado que eleva la detención a posesión y la concede por motivos especiales en consideración a la causa de la tradición, la cual exige que el acreedor pignoraticio pueda mantenerse siempre y libremente en relación con la cosa que representa su garantía, que el precarista pueda defenderse contra todos para conservar la cosa puesta a su libre disposición por el concedente, que al secuestratario sea otorgada defensa y no a los que le confirieron el depósito de la cosa controvertida y que precisamente por razón de la controversia fueron privados de la posesión. El *animus* que aquí falta es substituido por la causa de la detención y ésta es suficiente en consecuencia con el *corpus* para elevar la figura a la dignidad de la posesión.

Para representar esquemáticamente las distintas configuraciones de la relación, llamemos *c.* al *corpus*, es decir, a la relación física con la cosa (unida al elemento intencional más rudimentario o *animus detinendi*), *a.* a la voluntad de tener la cosa para sí de modo libre, independiente y exclusivo (*animus domini* o *rem sibi halendi*), *r.* a la relación o *justa causa*, que es el fundamento de la *p. civilis*, y tendremos:

<i>p. naturalis</i> o detención	= <i>c</i>
<i>possessio</i> o <i>p. ad interdicta</i>	= <i>c + a</i>
<i>p. civilis</i>	= <i>c + a + r</i>

Si con *r'* representamos la causa especial de la detención que substituye al *animus*, los tres casos vistos de posesión anómala se expresan con la fórmula *c + r'*. Por otra parte, la divergencia fundamental de las teorías de Ihering y Savigny sobre la distinción entre posesión y detención resulta evidente en

las siguientes fórmulas en que con x se quiere indicar el elemento que, al contrario de lo que ocurre en la posesión, falta en la detención, substrayendo a ésta de la protección interdictal:

Según Savigny: posesión = $c + a$ detención = c

Según Ihering: posesión = c detención = $c - x$

Estas premisas facilitan la comprensión de lo que es la posesión en Derecho moderno y, particularmente en nuestro Código civil.

Conviene, ante todo, sentar que el *animus* tiene gradaciones diversas y de la distinta manera de entenderlo derivan todas las divergencias en su formulación dogmática y legislativa.

1) La especie más elemental es la que acompaña todo acto de detención y que se concreta en el acto mismo de detentar (*animus detinendi*); es la simple voluntad de mantenerse en relación con la cosa, de tenerla.

2) La especie más elevada es, por el contrario, aquella en que el poseedor no sólo tiene la intención de tener la cosa como dueño (*animus domini*), sino que tiene, además, la creencia de ser propietario (*opinio domini*); se apoya ésta en un título apto a transferir el dominio, cuyos vicios, que impiden el efectivo traspaso del dominio, son ignorados del poseedor (poseedor de buena fe).

Entre estos dos extremos hay figuras intermedias en las que el *animus* tiene un contenido diverso, según el derecho que se quiere ejercitar y el interés de la persona a quien la relación posesoria sirve o va dirigida.

3) Hay detentadores que tienen la cosa no para sí, es decir, no en utilidad o ventaja propias, sino exclusivamente en interés ajeno; no se da una relación de sujeción a su poder, de disfrute o apropiación económica, la tienen en custodia y carecen de un *animus possidendi*. Tal es, por ejemplo, la condición del depositario, del mandatario, del dependiente del comercio.

4) Hay quienes detentan la cosa en interés propio para destinárla a una necesidad propia, para efectuar un acto de disfrute en la misma, la tienen en uso, no ya en custodia, como los

primeros. En éstos, si por *animus possidendi* se entiende el *animus domini*, falta el *animus*, porque no tienen ni podrían tener la intención de tratar la cosa como propietarios de la misma o de ejercitar en ella un derecho real cualquiera; pero hay, sin embargo, un *animus* que es de grado más intenso que el de las figuras precedentes, porque la voluntad se dirige a tener la cosa, no en interés ajeno, sino en el propio. Tales son, por ejemplo, el arrendatario y el comodatario.

Ambas categorías, si bien netamente distintas, tienen un elemento común que frecuentemente ha inducido a fundirlas en una sola; es el elemento negativo, consistente en la ausencia del *animus domini*. Ahora bien; puesto que en el lenguaje técnico la voz *poseedor* alterna con la de detentador, se suele decir que éstos son *poseedores precarios* o poseedores en nombre ajeno en cuanto son instrumentos de la posesión ajena, prestan su ministerio a la posesión de aquel de quien recibieron la cosa (depositante, arrendador, comodante). Pero con ulterior subdistinción se añade que mientras los primeros nada poseen por sí, los segundos deben considerarse como verdaderos poseedores, porque no poseyendo la cosa respecto al derecho de propiedad, la poseen, sin embargo, respecto al derecho que pretenden ejercitar. Serían poseedores *nomine proprio* respecto a este derecho, poseedores *nomine alieno* respecto a la propiedad.

5) Frente a las dos categorías examinadas está la de aquellos que poseen la cosa por sí, de modo libre e independiente, que tienen el *animus domini*, quieren sujetarla, tenerla como propia (*animus rem sibi habendi*). En ella figuran dos órdenes de poseedores: por una parte, los que quieren tener la cosa como propia y la intención de tratarla como propietarios; por otra, aquellos que quieren sujetarla no en todos sus aspectos, sino en uno o en varios, ejerciendo un derecho real menor que la propiedad (ejemplo: usufructuario, poseedor de una servidumbre predial); para éstos resulta inadecuada la expresión *animus domini*. Sin embargo, puede justificarse la locución en cuanto que con ella se quiera indicar que respecto al *ius in re aliena*, el poseedor se comporta como un titular efectivo, como propietario de aquel derecho.

Sentado esto, se comprende que el concepto de la posesión pueda variar profundamente, según que se extienda hasta comprender todas las categorías enumeradas antes o se restrinja de modo que excluya no sólo la primera, sino también la tercera y la cuarta. Si se toma como punto de partida que el *animus* necesario a la posesión es el *animus domini* (en el sentido más comprensivo que se ha visto), quedan fuera de la posesión y figuran en el concepto de detención las varias categorías de los llamados poseedores precarios. Y viceversa si al *animus possidendi* se da una significación tal que se contraponga al *animus domini*.

Ahora, respecto al elemento voluntad, y prescindiendo aquí de su calificación, a dos tipos distintos se reduce la posesión en las modernas legislaciones civiles.

Uno es el acogido por el Código civil alemán y por el suizo. Se inspiran en la teoría de Ihering y construyen la posesión eliminando como requisito de su concepción más general el elemento de la voluntad. El Código alemán (§ 854), al declarar que la posesión de una cosa se adquiere consiguiendo el poder de hecho sobre la misma, no exige un *animus* cualificado (salvo, naturalmente, aquel más elemental momento volitivo que es inherente al mismo poder de hecho en cuanto es querido). Y si, posteriormente (§ 872), al distinguir la posesión de cosa como propia y la de cosa como ajena (*Eigenbesitz, Frimdbesitz*) y admitir varias posesiones paralelas y subordinadas (§ 868) funda la distinción en la existencia de una intención de poseer la cosa por sí o como propia del que posee, esto no es óbice para que del concepto general de la posesión se elimine el elemento *animus*. Con otras palabras, la voluntad que la teoría romana y tradicional consideraba como elemento capital de distinción entre la detención y la posesión no posee ya tal virtud; toda detención, en general, es elevada a posesión y sólo cuando la tutela de la posesión tan ampliamente entendida no se da (respecto a aquellos que detentan la cosa por cuenta ajena en cuanto que ejercen el poder en la cosa por otros en cuya inmediata dependencia se hallan, § 855), se está frente a un caso de detención. El criterio distintivo lo da aquí, no la voluntad, sino la situación objetiva, o sea las rela-

ciones específicas en base de las cuales aquel poder de hecho se adquirió; así, pues, se elimina toda indagación sobre aquella para determinar caso por caso si el poder de hecho se debe considerar detentación (1) o posesión. Mas enérgico aún, en lo que se refiere a esta exclusión de la voluntad, es el Código suizo (artículo 919), para el cual es poseedor todo el que tenga en su poder la cosa siquiera sea momentáneamente (2).

En la doctrina tradicional se informa el sistema de las demás legislaciones, entre las que figuran el Código civil francés y el italiano. La distinción entre ambos conceptos es dada aquí siempre por el *animus* y el *animus* es ya la voluntad de tener la cosa como propia (*animus domini* o *rem sibi habendi*), o la voluntad más simple de poseer, de hacer servir la cosa a los propios usos o necesidades sin la intención de ejercer derecho real alguno en la misma. Que si la definición que de la posesión dan ambos Códigos y la formulación de las restantes normas en que se contiene el concepto de la posesión no son siempre claras, visible es el influjo de la teoría romana por una parte y las romano-canónicas por otra.

Mejorando sensiblemente el sistema adoptado por el Código napoleónico (que se ocupaba de la posesión incidentalmente y a propósito de la prescripción, art. 2.228 y siguientes) en cuanto que el nuestro dedica a la materia un título independiente (artículos 685 y 709), el Código italiano define la posesión «la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por sí o por medio de otro que detenta la cosa o goza del derecho en su nombre» (artículo 685). En esta definición, que es traducida literalmente del Código francés (art. 2.228) y que deriva de las doctrinas de Pothier, no se hace referencia a ningún elemento espiritual. El *animus* no aparece como elemento esencial de la posesión sino en el artículo siguiente, el 686, en que se define la posesión legítima concibiéndola romanamente como voluntad de tener la cosa

(1) Ver trabajos preparatorios Prot. III, pág. 30 y siguientes; Crome, *Syst. d. dent. bürig. Rechts*, III, § 345, págs. 27-28; Riccobono, *Bull. ist. diritto rom.*, XXIII, pág. 20 y siguientes; Baudry-Lacantinerie, *Prescrizione* (trad. it. de Segré), pág. 161.

(2) Huber, *Exposé des motifs*, pág. 694; Baudry, op. cit. l. at.

como propia (*aminus domini*). Parece, pues, a primera vista, que una tenencia cualquiera, cualquiera relación física, debía considerarse posesión, a tenor del sentido amplísimo del art. 685. Pero hay que tener presente que ya una neta distinción se hace entre aquel que tiene la cosa por sí mismo y aquel que la tiene por otro, y no entra en la definición el que detenta la cosa en nombre ajeno, sino sólo el que la detenta en el propio. Y por otra parte si la intención de tener la cosa como propia que el art. 686 considera como requisito esencial de la posesión legítima, no agota todas las posibles figuras del *animus* del poseedor, otra voluntad distinta de ésta se admite en la definición del art. 685; es la voluntad de aquellos que se llaman poseedores en nombre ajeno (con referencia al derecho de propiedad) o poseedores precarios, y que suelen designarse genéricamente detentadores.

Finalmente, puesto que en la definición de la posesión, a más de la tenencia de una cosa, se habla del disfrute de un derecho, hay implícita aquí una nueva distinción en cuanto al *animus*, que si con relación a la cosa puede ser *a. detinendi*, con relación a los derechos tiene que ser forzosamente *a. domini*.

Si se parte de estas consideraciones, puede decirse que el concepto de la posesión, según la ley italiana, es más amplio que el romano, siendo el *animus domini* elemento de un grado superior de la posesión, no de todas las especies de la misma; comprende en la posesión la detentación (excluyendo aquella en la que no hay más *animus* que la voluntad inherente e implícita en el acto mismo de detentar) y la detentación constituye el primer grado de la posesión (art. 685) para elevarla a posesión legítima (art. 686) cuando concurra sin vicios el *animus domini* y a posesión de buena fe (art. 701) cuando a los requisitos del legítimo se añada el título hábil para transferir el dominio y la ignorancia en el poseedor de los vicios del título.

Ha desaparecido también toda distinción entre *possessio* y *quasi possessio*; en su definición más amplia, el art. 685 comprende, bajo el nombre de posesión, tanto la tenencia de las cosas corporales como el ejercicio de un derecho, añadiendo que como aquéllas pueden ser poseídas mediante otras personas,

así también el derecho puede ser mediante otro ejercitado.

Son, pues, objeto de la posesión tanto las cosas como los derechos (1), pero ni todas las cosas corporales ni todos los derechos son susceptibles, para nuestro Código, de posesión.

Entre las primeras se excluyen las cosas fuera del comercio; no produce efecto jurídico alguno la posesión de aquellas cosas cuya propiedad no puede ser adquirida (art. 690). Ni, por otra parte, es posible la posesión de cosas que no tengan autonomía o individualidad propia, como aquellas que se hallan unidas a otras formando parte de éstas (2). Se excluyen de los derechos los que no figuran en la categoría de los reales, y de éstos tampoco son todos admitidos como objeto de la posesión. Con esto vuelve nuestro Derecho a los principios de Derecho romano, reaccionando contra la tendencia del Derecho intermedio que al extender la tutela posesoria de los derechos reales a los derechos de estado, de familia, de obligación, acabó por incluir toda especie de derecho con tal que fuese susceptible de un ejercicio continuado. El Derecho feudal y el canónico, sobre todo, habían operado esta amplificación al admitir que quienquiera que hubiese sido violenta o secretamente despojado de una cosa o de un derecho real o del ejercicio de cualquiera otro derecho personal o de crédito (especialmente importantes eran los casos de posesión de diezmos, rentas, censos, oficios), pudiera obtener la reintegración en la posesión de la cosa o del derecho, aunque éste fuese independiente de la tenencia de una cosa. Hoy ya no es posible porque sólo los derechos reales mobiliarios o inmobiliarios son susceptibles de posesión (3), y si también la ley ha-

(1) Ver Milone, *Il possesso delle cose o dei diritti*, Napoli, 1875; Brini, *Possesso delle cose e possesso dei diritti nel dir. rom.* (*St. per Bologne*, página 131 y siguientes); *Possesso di diritti e gestione di negozi in dir. rom.*, Bologne, 1909; Ravail, *Objet de la possession*, París, 1899, y *Revue gen. du droit*, 1900-1901; Finzi, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915 (ver sobre ésta la reseña de Chironi en la *Riv. dir. civ.*, VIII, 1916, pág. 253 y siguientes).

(2) Perozzi, *Sul possesso di partidicose* *St. per Bologne*, pág. 243 y siguientes.

(3) Entiéndase que aquí y posteriormente se habla de la posesión propiamente dicha, es decir, de la posesión legítima protegida con la acción de mantenimiento. Dentro de qué límites las categorías de derechos

bla de una posesión de estado familiar (artículos 118, 121, 171 y siguientes) o de la condición de heredero (art. 933) o del crédito (art. I.242), es en sentido muy diferente al de una posesión técnica a la que se confiere la tutela posesoria (1).

Pero en los mismos derechos reales los hay que no son susceptibles de la posesión. Así, las servidumbres (2) que no sean continuas y aparentes y todas las discontinuas, no son aptas para ser poseídas legítimamente y no son mantenibles (3) porque o falta en ellas la publicidad o son equívocas, siendo incierto si la tal servidumbre se ejercita por tolerancia ajena o como dere-

que se hallan excluidas de la puedan ser tuteladas en caso de despojo por la acción de reintegración, es cuestión muy discutida que cae fuera de la índole elemental de esta obra. Se hablará, sin embargo, más adelante al tratar de la acción de despojo.

(1) La significación de estas frases es diversa: posesión de crédito o de la cualidad de heredero indica que se trata de un acreedor o de un heredero aparente; posesión del estado de hijo legítimo o de cónyuge que uno u otro goza en las relaciones familiares de la condición de hijo legítimo o de la de cónyuge. Pero ninguno de los efectos de la posesión se da aquí. Así, en orden a la posesión de estado, ésta constituye solamente un elemento de prueba del derecho. La posesión verdadera y propia de un derecho de obligación implicaría si se admitiese, que quien tiene el disfrute del mismo exigiendo desde cierto tiempo las prestaciones periódicas del deudor o el pago de los intereses tuviera acción para ser mantenido en el goce del mismo y podría continuar exigiendo cuando el deudor, apercibido de que no era deudor, suspendiese el pago. Esto no lo ha consentido nuestra ley; la acción de mantenimiento que protege la posesión legítima no es concedida más que en orden a los derechos reales. Sobre esto está acorde la doctrina; no falta, sin embargo, quien afirma poderse extender la posesión a los derechos personales (Tartufari, *Del possesso considerato nella sua nozione*, núm. 143 y siguientes). Para la crítica de su doctrina, ver Cesáreo Consolo, *Possesso*, pág. 113 y siguientes. Sobre un caso muy interesante de posesión de créditos reconocido en la antigua legislación napolitana por un Decreto de 30 de Enero de 1817 para asegurar a las instituciones benéficas el cobro de sus créditos, no obstante la pérdida de los títulos relativos, ver Gianturco, *Dir. reali*, página 99 y siguientes.

(2) Lo que sigue no se aplica a las servidumbres legales, las cuales reconociendo su título en la ley son todas ellas susceptibles de posesión.

(3) Ver Germano, *Ammisibilità dell'azione di manutenzione*, etc. (Legge, 1910, pág. 75, núm. 189 y siguientes).

cho independiente (artículos 688 y 630). Para suprimir el equívoco no queda otra solución que la exhibición del título en que se apoye el ejercicio de tal servidumbre; es la exhibición que se suele llamar hecha *pro colorando possessorio* y que no implica un examen del derecho (lo que transformaría en petitorio el juicio posesorio) sino un auxiliar para que el juez compruebe si se trata o no de una posesión precaria. Y lo mismo puede decirse del derecho de hipoteca y de prenda; no obstante ser derechos reales no pueden ser objeto de posesión, porque no pueden ejercitarse de un modo continuo (1).

Puede la posesión corresponder a varias personas a un mismo tiempo y entonces se produce la figura especial de la *coposesión* que se estructura de un modo análogo al condominio. Igualmente al dominio no se concibe que la posesión pueda corresponder íntegramente (*in solidum*) a varias personas y esto fué ya reconocido por los jurisconsultos romanos (2). Se debe entender aquí, análogamente, al condominio, que cada uno posee la cosa o derecho por partes intelectuales (*possessio pro indiviso*) de modo que la cuota sea la medida de los poderes de cada uno sin constituir una parte real o efectiva de la cosa o del derecho sobre que se ejerza la posesión (3).

A la relación de hecho vivificada por el *animus* (en la distinta gradación de que éste es susceptible) el derecho objetivo asocia una serie de efectos entre los que figura en primer término la tutela concedida al poseedor contra todo ataque o perturbación. En qué forma, mediante qué acciones y en qué condiciones la ley actúa esta tutela, es cosa que se verá más adelante.

(1) Ver en sentido contrario, Tartufari, *Del possesso*, pág. 242 y siguientes.

(2) Paulo, fr. 3. § 5. D. 41. 2. *Ex contrario plures candem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est cum ego aliquid te neam tu quoque id tenere videaris... non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris;* ver fr. 5. § 15. D. 13. 6.

(3) Sobre la materia, ver Gugino, *Della possessio in solidum e della composessio in dir. rom.*, Palermo, 1879; Segré, *Sulla natura del composessori in dir. rom.*, 1889; *Possesso pro indiviso e azione di divisione tra composessori* (*Foro it.*, 1907, I, pág. 1.246 y siguientes).

Aquí precisa responder a la cuestión de por qué el ordenamiento jurídico concede protección a un estado de hecho fuera e independientemente del derecho, que por ventura le corresponde, y aunque no le corresponda, ¿cuál es el fundamento de la protección posesoria?

Antigua cuestión a la que los juristas de todo tiempo han dado respuestas muy diferentes, sin que hasta la fecha se haya conseguido acuerdo (1). Quizás la causa del desacuerdo estriba en la posición de la cuestión, que suele ser planteada de modo abstracto, general y filosófico, más bien que con relación a cada ordenamiento positivo en el que existen causas y motivos peculiares que justifican la defensa, mientras en otro ordenamiento se dan otras causas y motivos de índole diversa (2). Quizás también en que las razones aducidas por cada uno se consideran excluyentes de las demás, siendo así que varios y diversos motivos pueden concurrir conjuntamente (3) o ser uno la razón próxima del otro como cada uno de los fines que la tutela persigue, puede ser la razón próxima de un fin ulterior.

Muy difundida, especialmente en la doctrina francesa, una primera teoría afirma que la razón de la tutela posesoria reside en una presunción de propiedad (4). Si el ordenamiento se decide a proteger un estado de hecho y a garantizar al poseedor en su relación con la cosa, proveyéndolo de acciones contra toda perturbación o atentado, es porque se presume (en consonancia al *quod plerumque accidit*), que todo poseedor es propietario. Puede y debe ocurrir que cuando el poseedor no sea propietario

(1) Sobre las varias teorías formuladas por los escritores, ver Savigny, *Das Recht des Besitzes*, pág. 46 y siguientes; Appleton, *Essai sur le fondement de la protection poss.*, París, 1893; ver también Gans, *Ueber die Grundlage des Besitzrechts*, 1839.

(2) Perozzi, *Ist. di dir. rom.*, I, pág. 538, núm. 1.

(3) Milone, *Il possesso delle cose e dei diritti*, pág. 10; Pacifici, *Ist. III*, I, 9, núm. 1; Gianturco, *Dir. reali*, pág. 83.

(4) Siguiendo a Pothier, Poss. § 2 y otros más antiguos: Troplong, *Prescrizione*, I, núm. 237; Zachariae-Crome, *Man. I*, § 157, pág. 425; Aubry et Rau, *Cours II*, § 177, pág. 108; Baratono, *Azzioni poss.*, pág. 20, Buonamici, *Arch. giur.*, IX, pág. 400, etc.; Filomusi, *Enc. giur.*, § 67, págs. 305 y 313, núm. 1; Cesáreo Consolo, Poss., núm. 14, pág. 23, etc.

la posesión sea protegida independientemente de la propiedad y a veces aun contra la propiedad; pero la situación más corriente es la de que a la posesión corresponda generalmente la propiedad y en base de esta normal situación que origina aquella presunción, es concedida la tutela. En este mismo concepto se funda la teoría de aquellos que mejorando la fórmula y considerando la relación posesoria en un aspecto más general, hablan más bien que de presunción de propiedad, de una presunción de legitimidad del derecho poseído (1). Puesto que no solamente las cosas, sino también los derechos se poseen, la presunción excesivamente restringida de propiedad la extienden a todos los derechos y ven la razón de la tutela posesoria en la presunta correspondencia del estado de hecho con el de derecho.

Da una idea muy distinta, si bien algunos la relacionan con la primera parte, Ihering en su célebre obra sobre el fundamento de la protección posesoria (2). No es la presunción de propiedad la que produce la defensa, ni la posesión en sí misma la que ha querido proteger el ordenamiento jurídico (y se alude al romano especialmente). La posesión no es tutelada por sí misma, sino en atención a la propiedad y la tutela de aquélla es un complemento de la tutela de la propiedad, sin que la protección de la primera se justifique con la presunción de la segunda. Ello es que, debiéndose otorgar a la propiedad una defensa más ágil y pronta que la originada en el juicio petitorio, esta defensa se actuó tomando en consideración solamente el elemento externo de la propiedad, es decir, la posesión de hecho manifestada en la posesión, sin que se exija la prueba del derecho de propiedad; considerada suficiente para proteger más expeditamente la propiedad, la simple prueba de la existencia de aquel elemento externo, producía como necesaria consecuencia que en todo caso la posesión resultase protegida, aun cuando no fuese acompañada del derecho de propiedad.

Otros autores recurren al principio del orden y de la seguri-

(1) Ver por ejemplo Zachariae-Crome, l. cit.; Baudry-Lacantinerie, *Prescriz*, núm. 210, pág. 171; Tartufari, *Effetti del possesso*, I, § 19.

(2) *Ueber den Grund des Besitzschutzes*, Iena, 1869 (Trad. it., Forlani, Milano, 1872).

dad pública, a la necesidad de la paz social. No es lícito a quien quiera que sea alterar el estado de hecho que se concreta en cada posesión, porque todo ataque o lesión a ésta implica un acto de violencia y la violencia, como contraria al Derecho, perjudica a la paz social y debe ser reprimida. No puede el Estado consentir que los ciudadanos se hagan justicia por sí y debe impedir (*ne cives ad arma veniant*) todo conflicto violento que pudiera poner en peligro la paz social (1). Ni substancialmente se aleja mucho de este concepto el de que la protección se deba por el respeto a la personalidad humana; toda lesión de la posesión se traduce en un atentado al derecho de la personalidad que es inviolable (2).

Y más precisamente según algunos, es la voluntad humana la que en la posesión se tutela; la voluntad de una persona jurídicamente capaz, que se afirma en el acto de la posesión, exige respeto por parte de todos, en tanto no se demuestre que es injusto; todo atentado contra ella debe ser reprimido aun cuando aquella voluntad no corresponda al derecho, porque sólo a los órganos del Estado se confiere la autoridad de comprobar si tal voluntad es justa o injusta (3).

Se llega así con modalidades y construcciones diversas a afirmar que la posesión debe ser defendida en sí y por sí, abstracción hecha de todo motivo de prohibición de la violencia, de exigencias de la paz social, de presunciones de propiedad o de legitimidad. La razón de la protección posesoria se sitúa en el respeto debido al señorío de la voluntad, en la posesión misma en cuanto que quien ejere un poder de hecho sobre la cosa, debe ser preferido a quien no lo ejerce, *qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille qui*

(1) Savigny, op. cit., pág. 8 y siguientes; Rudorff, *Zeitschr f. gesch. Rechtswis.*, VII, pág. 90 y siguientes; Bonfante, *Ist. dir. rom.*, págs. 304-305, etcétera.

(2) Bruns, *Besitzklaque*, pág. 281 y siguientes; Ferrini, Pand., número 237, pág. 293; Cesáreo Consolo, Poss., núm. 35; pág. 68, etc.

(3) Puchta, Inst. II, § 224; *Kl. civ. Schriften*, número 15; Windscheid, Pand. I, 2, § 148; Randa, *Der Besitz nach Osterr. Recht*, §§ 1-8; Melitor, Poss., núm. 10; Gans, *Ueber die grundlage des Besitzrechts*; etc.

non possidet (1). Y si otro tiene en la cosa un derecho mejor que el que la posee, no debe éste ceder a tal derecho, en tanto no sea demostrada su superioridad (2).

No podemos nosotros entretenernos en el examen y discusión de todas estas teorías. Quizás, como dijimos ya antes, varios motivos pueden concurrir a justificar la posesión. La que a nuestro juicio merece, sin embargo, menos acogida, es la teoría de la presunción de la propiedad, que la más moderna crítica ha demostrado insuficiente y errónea. Si por la referencia que a ella se hace en la relación sobre el Código de Procedimiento civil, se deduce que tal es la razón de la protección concedida a la posesión por nuestro legislador, a nosotros nos parece dudoso que se funde sobre tal motivo (3). A lo sumo puede ser cierto, sólo en la especie más elevada de la posesión, en la de buena fe en que la intención de tener la cosa como propia se une en el poseedor a la *opinio* de ser su propietario (*o titular del ius in re aliena*)

Como deba resolverse la otra cuestión de si la posesión es un hecho o un derecho, no es para nosotros dudoso. La contienda aparece ya entre los jurisconsultos romanos. Es un hecho dicen las fuentes en un lugar, *possessio autem plurimum facti habet* (Pap., fr. 19, D. 4, 6; ver fr. 1, § 3, 3, § 5, D. 41, 2); pero es un hecho, se añade, en otros, *quod plurimum ex jure mutuantur* (Pap., fr. 49, pr., D. 41, 2); *quia*, repite el mismo Papiniano (fr. 49, § 1, D. Cód.) *possessio non tantum corporis sed et iuris est*. Y de éstas, que parecieron inconciliables contradicciones, se originó entre los juristas modernos, romanistas y civilistas, una discusión que todavía no ha cesado (4).

No ven en ella algunos más que una *res facti*, si bien se aso-

(1) Paulo, fr. 2. D. 43. 13; ver fr. 36. D. 41. 2.

(2) Filomusi, *Enc. giur.*, § 67, págs. 305-306, § 68, pág. 321; *Dir. reali*, § 79; pág. 277.

(3) Ver Cesáreo Consolo, *Poss.* núm. 37, pág. 71.

(4) Riccobono, *Bull. ist. dir. rom.*, XXIII, pág. 17-18, cree que la disputa en lo que respecta al derecho romano no tiene ya razón de ser después de sus aclaraciones terminológicas es una *res facti* la posesión interdictal porque se constituye solamente de elementos subjetivos; en la posesión civil entra un elemento jurídico porque reposa sobre una causa que es reconocida por el derecho civil.

cien a la posesión consecuencias jurídicas; es una relación con la cosa, un hecho que confiere al poseedor derechos sin subordinarlos a la existencia de la propiedad o del *ius in re aliena*, que el poseedor ejercita o quiere ejercitar. Pero por esto mismo que produce consecuencias jurídicas, no es en sí un derecho ni basta la tutela a imprimirle tal carácter; tan cierto es que si la posesión se pierde *casu*, no le es concedida protección alguna (1).

Afirmaba, por el contrario, Savigny (2), que es, al mismo tiempo, un hecho y un derecho; es originariamente un hecho que, sin embargo, se convierte en derecho en sus consecuencias, porque crea un derecho personal, el de invocar la defensa interdictal (3).

Para otros, finalmente, es un derecho; es un derecho en cuanto es un interés jurídicamente protegido (4) o en cuanto representa una propiedad incipiente (5); es un derecho, porque la relación de hombre con la cosa se halla protegida por el ordenamiento aún contra el propietario de la cosa (6). Pero de qué naturaleza sea este derecho, se discute mucho; mientras algunos le dotan de carácter real, siendo ejercitable *erga omnes*, otros lo consideran personal, porque en la tutela de la posesión es el derecho de la personalidad el que resulta protegido; otros, en fin, le consideran como un derecho real *sui generis* (7).

(1) Windscheid, Pand. I, 2. § 150; Alibrandi, *Teoria del poss. sec. il dir. rom.* (Opere I, pág. 236 y siguientes); Ferrini, Pand. § 237; Bonfante, Ist. pág. 305; Pothier, Poss., núm. 3; Aubry et Rau, Cours II; § 177; Zucchini-Crome, Man. I, § 155, pág. 422; Baudry-Lacantinerie, *Prescriz.*, página 166.

(2) *Das Recht des Besitzes*, § 5.

(3) Contra la insuficiencia e indeterminación de esta concepción, ver Alibrandi, Opere I, pág. 240; Filomusi, *Enc. giur.*, pág. 311, número 1; *Dir. reali.*, pág. 276; Venzi en Pacifici, Ist. III, 1, pág. 25.

(4) Ihering, *Geist. d. röm Rechts*, III, pág. 39 y siguientes; ver también Fadda, *Possesso*, pág. 74 y siguientes.

(5) Gans, *Syst. de röm Civilrechts*, pág. 202.

(6) Filomusi, *Enc. giur.*, § 67, pág. 311 y siguientes; *Diritti reali*, página 276 y más extensamente Dusi, *Concetto estensione e limiti del diritto subbiettivo del possesso* (*St. sen.*, XVIII, 1901, pág. 65 y siguientes).

(7) Ver Scillamá, op. cit., pág. 442 y siguientes; Ferrara, *Tratt. di dir. civ.*, I, pág. 368, nota que la posesión es una institución no coordina-

La verdad de todo esto es que la posesión puede llamarse un hecho o un derecho, según se mire a los elementos de hecho o de derecho de que está integrado; pero cuando se considera en su conjunto en la disciplina a que la ley le somete, en la protección que ésta le otorga, la posesión asume el carácter de un verdadero y propio derecho.

§ 66.—*Adquisición y pérdida de la posesión*

Brugi, Ist § 40; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 43 y siguientes; Chironi, Ist. I, §§ 123-124; Zachariae, Man. I, §§ 156; Aubry et Rau, Cours. II, §§ 179-181; Planiol, Traité, I, núm. 2.269 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 153-157.

La gran importancia que en la doctrina general de la posesión tiene el estudio de los modos por los cuales aquella se adquiere y se pierde (1) se comprende fácilmente con solo considerar que sólo a la posesión adquirida y debidamente conservada se asocian los múltiples efectos que ésta produce, se consideren o no éstos como directos y propios de la posesión. Con su adquisición nacen las defensas contra los actos de despojo o perturbación, la dispensa de la prueba concedida al poseedor como demandado en el juicio petitorio, la adquisición de los tratos, el derecho de retención, la posibilidad de convertir, merced a la

da sino paralela a los demás derechos reales en el sentido que es un derecho precario respecto a aquellos que son definitivos o perfectos; la posesión sería un derecho más débil, de energía limitada, que sucumbe cuando se pone frente a quien tiene el poder jurídico.

(1) Pueden consultarse a más de las obras generales sobre la posesión, los trabajos siguientes: Hauser, *Stellvertretung im Besitze*, Leipzig, 1871; Schlossmam, *Der Besitzerwerbdurch Dritte*, Leipzig, 1881; Hirsch, *Die Principien des Sachbesitzerwerbes und verlustes nach röm Recht*, Leipzig, 1888; Tartufari, *Dell'acquisizione e della perdita del possesso*, Milano, 1888; Dusi, *La successione nel possesso negli atti tra vivi (Riv. it. per le sc. giur.*, XVIII, 1894, pág. 3 y siguientes; XIX, 1895, pág. 174 y siguientes; XX, 1895, pág. 46 y siguientes); Regelsberger, *Ueber Besitzerwerb., durch Mittelpersoned* (Jahrb. f. d. Dogm., 1902, pág. 393 y siguientes); Solazzi, *La dottrina romana dell'acquisto del possesso per merzo di rappresentanti*, Modena, 1911.

usucapión de treinta o de diez años, en propiedad o en derecho real en la cosa ajena la relación de hecho que se tenga con ésta; cesan estos efectos cuando la posesión se pierde y si se transmite de una persona a otra, se extinguen a veces o se perpetúan también en ésta los efectos que se habían iniciado en aquélla. Suelen los escritores examinar distintamente los modos por los cuales la posesión se adquiere, se conserva y se pierde; mas concisamente puede limitarse la cuestión a tratar de los modos de adquisición y pérdida, resultando implícitamente del examen de las condiciones que hacen que la posesión se pierda aquellas otras que hacen que la posesión se conserve (1). Y como cuando la posesión se transfiere de una persona a otra a la adquisición de ésta corresponde la pérdida en aquélla, es claro que en la teoría de la adquisición y pérdida de la posesión, resulta también comprendida la de la transmisión de la posesión. Sin embargo, la importancia que el fenómeno de la transmisión asume en la doble figura de continuidad y unión de posesiones por las reglas especiales que le son aplicadas, reclama un tratamiento especial.

Bastante escaso es en esta esfera el auxilio ofrecido por el Código, el cual, siguiendo las huellas del francés, no apresta un sistema completo de normas, limitándose a establecer algunas presunciones (artículos 687 y 691) o algún principio general (artículos 688 y 689). La doctrina civilística se ve constreñida a recurrir en gran parte a las enseñanzas del Derecho romano (2) y a la sucesiva elaboración que de éstas hizo el derecho intermedio (3).

(1) Ver Savigny, *Besitz*, § 30; Venzi en *Pacifici*, Ist. III, I, pág. 64. Otros (Cesáreo Consolo, *Possesso* núm 62, pág. 152), prefieren reducir todas las reglas a dos modos, con los cuales se adquiere y se conserva la posesión considerando que no puede haber pérdida de la posesión en tanto ésta se conserve. La divergencia no tiene importancia substancial tratándose de una pura cuestión metodológica.

(2) La *sedes materiae* es allí en el título 41. 2, *de adquirenda vel a mittenda possessione* del Dig. y 7. 32, *de adquirenda et retinenda poss.* del Código.

(3) Ver Brugi, Ist., pág. 305; Baudry-Lacantinerie, *Prescriz.*, página 173; Zachariae-Crome, Man. I, § 156, n.

I. *Adquisición.*—Hallándose la posesión constituida por dos momentos, la relación física con la cosa (*corpus*) y la voluntad de tener ésta en la propia y exclusiva disposición (*animus*), es claro que adquisición de la posesión no puede haber sin la concurrencia de ambos momentos. *Apis cimur possessionem*, dice un notabilísimo texto (1), *corpore et animo neque per se animo, aut per se corpore*. Pero, ¿en qué condiciones se dan ambos elementos?

a) *Corpus*.—La forma más elemental y al propio tiempo la más material con que se ejerce el poder de hecho sobre la cosa es la que se concreta en la aprehensión física de la cosa mueble (*adprehensio, contractatio*) o en verificarse la relación material posible en el inmueble. Pero junto a ésta se dan otras formas en las que la materialidad del contacto real con la cosa aparece atenuada, la *adprehensio* se espiritualiza y el poder de hecho sobre la cosa se considera adquirido tan pronto tenga el poseedor la posibilidad actual y exclusiva de actuar libremente sobre aquélla. Se comienza admitiendo que si, en orden a los muebles, el tomarlos en las propias manos y el trasladarlos no es posible, basta con tenerlos *in conspectu* (2), que no precisa hollar con el pie todo el terreno, bastando el *ingredi* por alguna parte del mismo (3); se afirma que la entrega de la llave de la cueva-bodega *in re praesenti* hace adquirir el *corpus*, respectivamente, al vino que contiene (4); en cambio, la entrega del fundo puede suplirse señalando desde lejos sus lindes (5); para adquirir el *corpus* basta colocar el objeto dentro de nuestra casa (6) y que la fiera caiga en la trampa que preparamos (7), etc. Se llega así a afirmar que la posesión no se adquiere solamente *corpore et tactu*, sino también *oculis et affectu*. Y se acaba admitiendo en la

(1) Fr. 3. § 1. D. 41. 2; ver también fr. 153. D. 50. 17; Paulo, Sent., 5, 2. 1.

(2) Paulo, fr. 1. § 21. D. 41. 2.

(3) Idem, fr. 3. § 1. D. 41. 2.

(4) Idem, fr. 1. § 21. cit., *et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerit.*

(5) Celso, fr. 18. § 2. D. 41. 2.

(6) Idem, fr. 18. § 2. cit.

(7) Proculo, fr. 55. D. 41. 1.

posesión que se adquiere mediante tradición formas de ésta cada vez más espiritualizadas, en las que la entrega material de la cosa se representa por la indicación que de ella se hace o es sustituída por símbolos o suprimida si se considera inútil cualquiera desplazamiento de la cosa. Al lado de la tradición real figuran las varias formas de *ficta traditio*; la *tr. longa manu*, en la que la cosa, en lugar de ser materialmente entregada, es indicada y puesta así en la libre disposición de la persona; la *tr. simbólica*, que se verifica en orden a las cosas contenidas en un edificio o en orden al edificio mismo por la entrega de sus llaves; en orden a los inmuebles, por la entrega de los títulos y documentos relativos (artículos I.464 y I.465); la *tr. brevi manu*, cuando quien debe adquirir la posesión tiene ya en sus manos la cosa a título de detentador (ejemplo, un arrendatario que compre la cosa que le ha sido arrendada), de modo que no precise repetir la entrega; el *constitutum possessorium*, en el que quien enajenó la cosa propia conviene con el adquirente el retenerla, por ejemplo, a título de arrendatario y no necesita hacer entrega al adquirente, sino que se constituye en representante suyo en la posesión.

El recurrir, como la doctrina antigua y sobre todo la medieval hacían, a la idea de una tradición fingida y simbólica, era provocado por el concepto excesivamente materialista que se tenía del *corpus*. Cuando éste se conciba como la posibilidad física y actual de actuar en la cosa y de disponer de ella excluyendo a los demás, toda forma en que tal posibilidad se exteriorice entra en su concepto sin necesidad de aquella artificiosa construcción; la indicación de la cosa, la entrega de las llaves o de los títulos de propiedad, poniendo la cosa a la libre disposición del adquirente (1), producen el *corpus* sin requerirse una material aprehensión, y cuando al *corpus* se une el elemento intelectual basta para que la posesión pueda considerarse adquirida.

(1) Y en general otras formas prácticas de aprehensión, como por ejemplo, el contraseñar las cosas muebles con nombre y marca; ver Kohler, *Das Signiren als Besitzerergreifungsakt* (Grünhut's Zeitschr, XII, 1), el poner la póliza de cargo o boletín de expedición de las mercancías, etc.

Sin embargo, si puede prescindirse de la aprehensión material cuando la disponibilidad se opere por modo derivativo, por tradición que al nuevo poseedor haga el precedente, es natural que tal aprehensión sea indispensable cuando la posesión se adquiera de modo independiente, es decir, mediante una adquisición originaria (por ejemplo, por ocupación); aquí es preciso para que el *corpus* se dé un acto externo en que se manifieste el poder físico que sobre la cosa se quiere ejercitar, si bien ni siquiera en este caso se exige el material contacto con la cosa.

§) *Animus*.—La intención de comportarse con la cosa como un propietario (o respecto al derecho como un titular) o la de tener la cosa en interés propio o ajeno—si en el concepto de posesión se incluye también el de detentación—es tan esencial como el *corpus* a la adquisición de la posesión; no posee quien no quiere dominar la cosa o ejercer el derecho, no obstante hallarse en relación con aquélla o con éste. Puede el *animus* ser declarado expresamente, pero, por regla general, se manifiesta en actos externos que lo revelan. Es la aprehensión misma la que revela frecuentemente el *animus* del poseedor, de modo que parece que, identificado el elemento espiritual con el *corpus*, aquél se desvanezca y se pierda. Otras veces se manifiesta en un acuerdo con el precedente poseedor que implícitamente lo contiene, de modo que parece que con solo el *animus*, sin concurrir el *corpus*, se adquiera la posesión; así ocurre en la *traditio brevi manu* y en el *constitutum possessorium* cuando en el acuerdo de las partes se contiene, respectivamente, la intención de hacer poseedor a quien ya tenía la cosa poseyéndola *alieno nomine*, o la de hacer poseedor a quien adquirió la cosa dejando a título distinto la detención al alienante.

No es, pues, necesario que el *animus* surja contemporáneamente al *corpus*, sino sólo que concurran a un tiempo y perduren ambos elementos. Puede el primero sobrevenir uniéndose al segundo, que existe ya en el poseedor; se opera en tal caso un cambio de *animus*: en lugar de querer como hasta entonces poseer en nombre ajeno, se quiere ahora una posesión *nomine proprio*, produciéndose con la pérdida de la posesión en uno su adquisición en otro. Lo cual puede ocurrir, ya con el consentimien-

to del precedente poseedor, como en la *traditio brevi manu*, ya contra la voluntad de aquél y hasta con un acto ilícito si, por ejemplo, el depositario cambia su *animus detinendi* por un *animus possidendi* alterando el título.

Consecuencia necesaria de la naturaleza espiritual que tiene este elemento es que las personas incapaces de querer no son capaces de adquirir la posesión. Sin embargo, también éstas pueden adquirirla cuando su voluntad imperfecta, deficiente, sea integrada o sustituída por la de sus representantes legales; al menor, al loco, a la persona jurídica, sirve el *animus* del tutor, del curador, del administrador.

Pero, por otra parte, la intención útil a constituir la posesión no puede formarse libremente en todo caso; la ley pone límites a la voluntad declarándola ineficaz por razón de la cosa a que se dirige o por el respeto debido a su relación con el precedente poseedor, y para evitar cuestiones sienta luego presunciones sobre la existencia o duración de la posesión, de las cuales algunas, si bien no se refieren propiamente al *animus*, deben ser recordadas aquí por no perjudicar la unidad de la exposición.

Ineficaz es la voluntad de poseer respecto a las cosas que se hallan sustraídas a la libre apropiación (art. 690). Ineficaz es el cambio de voluntad verificado en quien posee en nombre ajeno sin un cambio de título hecho debidamente. El principio general es que nadie puede por sí solo alterar la causa o el principio de donde trae origen su posesión (art. 2.118), y cuando el arrendatario, el depositario, el usufructuario y, en general, los que poseen la cosa precariamente (art. 2.115) quieran cambiar el *animus* y comenzar a poseer por sí, debe tal cambio ocurrir por causa proveniente de un tercero o por virtud de la oposición o contradicción hecha por éstos del derecho de aquel en cuyo nombre poseen (art. 2.116 (1)). Para proteger a quien posee mediante otros, el Código sienta como regla que cuando se haya comenzado a poseer en nombre ajeno se presume que se continua poseyendo por el mismo título en tanto no se produzca

(1) Véase sobre el cambio de título lo dicho a propósito de la prescripción adquisitiva.

prueba en contrario (art. 687, párrafo 1.º). Por otra parte, puesto que el hecho de la posesión no puede siempre probarse en todos los momentos de su duración, era justo que, probados su iniciación y su fin, se admitiese una presunción favorable por el tiempo intermedio, acogiendo la máxima del antiguo aforismo *probatis extremis praesumuntur media*, el art. 691 admite en favor del poseedor actual que haya probado haber poseído en tiempo más remoto una presunción de posesión por el tiempo intermedio, y el art. 692, excluyéndola para el poseedor actual que no pruebe la posesión antigua, la admite cuando la posesión vaya acompañada de un título, extendiéndola hasta la fecha de éste, salvo en uno y otro caso la prueba en contrario.

Adquisición por medio de representantes.—Hasta aquí se ha supuesto que la adquisición de la posesión sea hecha personalmente, es decir, que el *animus* y el *corpus* hallen concreción en la persona misma que resulte poseedor. Pero la posesión puede adquirirse también mediante representantes cuando un tercero preste su servicio a la posesión ajena.

La regla romana, que se repite en las fuentes, *Possessionem adquirimus et animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno* (1), parece excluir que la representación se admite para uno y otro elemento de la posesión, aceptándose solamente con respecto al *corpus*.

Lo cierto es que el tercero puede representar tanto respecto al *corpus* como respecto al *animus*, pero la representación tiene lugar, por regla general, sólo en orden al *corpus*; en cambio para el *animus* se admite excepcionalmente. El principio general es, en efecto, que el elemento intencional se requiere siempre en aquel que debe adquirir la posesión, y sólo por excepción puede subrogarse el *animus* que en él falta por el *animus* de otro que lo represente. El elemento material puede producirse libremente o por la persona misma del poseedor (*corpore nostro*) o por un tercero (*corpore alieno*) que verifique la *adprehensio* o ejercite el poder de hecho en representación del primero.

Prescindiendo ahora del caso menos frecuente de una repre-

(1) Paulo, Sent., v. 2. 1; fr. 3. § 12. D. 41. 2.

sentación del *animus* que se verifica en la posesión que las personas privadas o incapaces de voluntad (pupilo, mentecato, persona jurídica) adquieran por medio de sus legítimos representantes, cuyo *animus* oficia sustituyendo a aquél de que carecen las dichas personas, la más frecuente representación en el *corpus* implica que la posesión se adquiera en orden a aquellas cosas o derechos que un tercero tenga en su poder con tal que el tercero tenga la intención de tener la cosa o de ejercer el derecho por cuenta de su representado y que éste tenga la voluntad de poseer por medio de su representante.

Doble es, por tanto, la condición a que está subordinada la adquisición por otros.

a) Precisa, en primer término, que el representante tenga la voluntad de tener la cosa o ejercitar el derecho por cuenta ajena, no para sí; puede ser aquél un factor, un mandatario, un comisionista que obre siguiendo nuestras instrucciones, o bien un gestor de negocios que obre sin mandato, pero por cuenta y en interés nuestro. Su voluntad debe dirigirse a adquirir para nosotros, no para sí o para un tercero, porque en este caso nada adquiriríamos nosotros. Pero no precisa de modo absoluto —cuando el *corpus* se verifique por mandato— que el mandatario tenga la intención de adquirir directamente para el mandante o que declare querer adquirir para éste la posesión; se adquiere ésta por el representado, aun cuando el representante haya querido adquirir primero para sí con la intención de hacer luego poseedor al mandante, y también cuando no haya hecho una declaración contraria, es decir, cuando no haya declarado querer adquirir para sí; de lo que deriva que cuando nuestro encargado haya recibido la cosa entregada a él por cuenta nuestra, la posesión de la tal cosa se entiende sin más adquirida por nosotros y no tendría eficacia alguna para privarnos de tal posesión una declaración contraria del *acciépens*. Es supuesto necesario de este primer requisito la existencia de la capacidad de querer en el representante; adquisición de la posesión por otro no es concebible cuando el representante es incapaz de querer.

b) A la voluntad del representado se refiere el segundo requisito: para que se pueda adquirir la posesión mediante otra

persona precisa que tenga la voluntad de poseer o ejercer la cosa o el derecho que otro detenta o ejerce. La forma más corriente en la que suele manifestarse esta voluntad es la del mandato que conferimos a otros para que tomen posesión de una cosa por cuenta nuestra o administren alguna cosa nuestra y aun cuando no haya un encargo especial para una o varias cosas; todo mandato general contiene implícitamente la voluntad de apropiarnos las cosas que el encargado adquiera por cuenta nuestra (1). La posesión se adquirirá por el mandante en el momento en que el encargado aprehenda la cosa por cuenta da aquél, pero puede también darse la representación sin mandato cuando alguien emprenda la gestión de negocios ajenos sin haber recibido encargo (*negotiorum gestio*); la adquisición de la posesión tiene lugar aquí, no en el momenso de la *adprehensio*, sino más tarde, cuando el representado conozca y apruebe con expresa ratificación la posesión adquirida en su nombre (2).

(1) Windscheid, Pand. I, 2. § 155, observa muy atinadamente que aquí hay algo más que una simple representación en el *corpus* y que se puede ver una representación en el *animus*. Refiriéndose especialmente al encargo de administrar todo el patrimonio, por el que, a consecuencia de toda toma de posesión que el administrador realice en ejecución del encargo, el titular del patrimonio se convierte, sin más, en poseedor, escribe: «ciertamente en los casos aquí mencionados el representante es más que un órgano que procura el poder de hecho; es además y al propio tiempo aquél por cuya mediación se actúe el elemento volitivo; aquel para quien quiere adquirir la posesión, tiene la voluntad de poseer solo en cuanto que al conceder el encargo se ha apropiado preventivamente como suya la voluntad del representante».

(2) Ver Ulpiano, fr. 42. § 1. D. 41. 2: *Procurator si quidem mandante domino rem emerit, protimus illi adquirit possessionem: quod si sua sponle emerit non nisi ratum habuerit dominus emptionem.* La razón de la diferencia estriba en que en la *gestio* el *dominus negotii* no puede tener el *animus* de hacer la adquisición antes de tener conocimiento de ésta, mientras que en el *mandato*, el *animus* precede a la toma de posesión de modo que a toda *adprehensio* del encargado está presente, asiste la voluntad del mandante. Se afirma por algunos (por ejemplo, Randa, *Der Besitz*, § 20, número 16; Belime, Poss., núm. 92; Baudry-Lacantinerie, Prescriz., pág. 184) que la ratificación, teniendo efecto retroactivo hace que la adquisición de la posesión se deba considerar ocurrida en el momento de la *adprehensio* por parte del gestor, la cuestión es muy discutida; ver Aubry et Rau