

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*.  
Editorial Hesperia. Jaén, 1981.

Cuando hace bastantes años se me pidió consejo, junto con otros compañeros, sobre si debería mantenerse el *Boletín de Información de Colegio Nacional de Registradores*, como publicación complementaria de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mi opinión fue no solamente favorable, sino que entendía que debería llevar permanentemente una sección de colaboración de casos prácticos surgidos en ese diario quehacer de la calificación. Creo recordar que me comprometí durante los dos años siguientes a publicar una serie de casos que pudieran provocar discusiones entre los compañeros y servir de estímulo para una colaboración mayor de la que la publicación tenía. Prometí y cumplí.

Por todo ello, no puedo menos de ver con complacencia cómo FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ, colaborador asiduo de nuestro *Boletín*, haya recogido en un volumen todos esos problemas prácticos que él denomina «fichero», y que con ellos y varios más que ha agregado nos brinde la posibilidad de tener a mano y reunidas todas sus reflexiones y sugerencias. En mi libro sobre *Teoría práctica y fórmula* había hecho yo otro tanto.

El autor en su «preámbulo» explica el mantenimiento de la palabra «ficha» y la distancia de la de «dictamen», así como califica a su trabajo de jurídico-periodístico con la idea de facilitar una información. Creo que ésa fue la idea que nos guió cuando se decidió la continuación de la publicación del *Boletín* y la que debió ser la inicial que lo creó. Faltó luego, eso sí, una labor de recopilación, que algunos Registradores tienen hecha a base de fotocopias de los diferentes trabajos. Entendí y entiendo ahora que esas notas de colaboración que la publicación exige son como esos esquemas que uno se traza en su estudio para desarrollar luego el posible informe de un recurso gubernativo. Son notas de urgencia, son apuntes, pero son la médula y esencia del pensamiento jurídico, que recibe la forma y el adorno de la palabra escrita. Creo que fue GREGORIO ALTUBE, Notario que fue de Bilbao, el que decía de esa labor del jurista que «hay que saber vendar con el Derecho». Esto es lo que son estos ficheros: la venda, que luego puede ser sustituida por la escayola.

Entrando en el contenido de los casos que se ofrecen, no voy a proceder con mi compañero como suele ser costumbre en ese ruedo de la problemática jurídica: no estoy conforme con lo que dices. No, porque además no es verdad. Tengo que confesar que en esa dura elaboración de mi obra *Estudios sobre Derecho hipotecario* he utilizado con cierta frecuencia sus fichas, que unas veces han llenado huecos existentes y otras me han brindado nuevas sugerencias. Ese proceder, además, es negativo y no conduce

a nada, pues si bien en nuestro trabajo de juristas la fórmula es la de «encender una luz donde puede mantenerse otra contraria», lo que ya no puede admitirse es que el rigor de una calificación se extreme cuando recomiendas un asunto en el que tienes interés. La solución siempre es la misma: toma castaña, para que sigas escribiendo libros. Quizá sea esa la gran servidumbre, o la grandeza, de nuestra función. A mí, sin embargo, todo este proceder me puede afectar, pero no me quita el ánimo de seguir escribiendo, pues escribir para mí es una necesidad, una imperiosa necesidad.

Los temas tratados son importantes y varios de ellos de actualidad, como esos que afrontan el problema del embargo de bienes inscritos como gananciales o presuntivamente gananciales, y los que abordan la adquisición, disposición y conversión de bienes dentro del matrimonio, ajustado todo ello a la Ley de 13 de mayo de 1981. La valoración la hago por el problema de actualidad, porque para mí, en línea horizontal, todos los temas son sugestivos y ofrecen inquietudes doctrinales y prácticas.

El autor adopta un criterio expositivo lógico, en el que por orden alfabético va exponiendo materias, y a mí me hubiera gustado poder utilizar, por mi parte, un método expositivo distinto a través de una clasificación que me inventase, pero de las que podía emplear a base de antecedentes, Derecho comparado, principios del sistema y especialidades de inscripción; sólo el autor me deja el resquicio de los problemas que trata del tracto sucesivo, pues el resto son incidencias específicas sobre temas concretos de inscripción o anotación. Ello viene a demostrar, una vez más, que la obra es de carácter práctico, de soluciones para casos concretos, en suma, de interpretación de la disposición legal, que no viene a ser más que trasplantar toda la generalidad de la norma a la realidad del caso concreto.

Se hace poco lúcido recurrir al sumario de materias para una recensión, pero es que si no lo hago así tengo que descender en cada una de ellas a los diversos problemas que se plantean y ello resulta peligroso, pues corre uno el riesgo de extenderse en aquellos que le interesan o que más atención le llaman, que en otros que pueden ser necesitados por otros. La anotación preventiva (singularmente todos los casos son de embargo); el apoderamiento (poderes en herencia y donaciones); los arrendamientos (todos ellos rústicos); los asientos del Registro (en el problema de su protección judicial); la compraventa (hecha con precio a contado); la comunidad (con sus problemas de extinción); la donación (con las cláusulas de colación, reversional, reserva de disponer y usufructo); la herencia (con la institución bajo condición, el cónyuge viudo, el derecho de transmisión y el pseudousufructo); la hipoteca (la legal, la que se establece sobre la nuda propiedad, la en garantía de rentas y la cancelación por representante legal); la inmatriculación (sobre cuotas pro indiviso); el legado (entrega de legado ganancial); legítima (del viudo); mujer casada (en la situación de separación de hecho); obra nueva (cuando el solar existe en usufructo); partición (con contador partidor); prohibición de disponer (mientras viva el donante que la impone); propiedad horizontal (la rectificación y el acreedor hipotecario); reservas (en su eficacia de la inscripción); segregación (en sus diferencias con la división); servidumbre (en materia de constitución y extinción); sociedad de gananciales (en estos puntos ya citados de adquisición y disposición de bienes); sustitución (en sus dos variantes de fideicomisaria y vulgar); tanteo convencional (en la

problemática de las notificaciones); tracto sucesivo (en la problemática del causahabiente y la solución al interrumpido), y el usufructo (en diversas variantes de consolidación, con facultad de disponer, ganancial y parcial).

El lector avisado comprenderá que cada una de las materias enunciadas y los casos que se plantean ofrecen una infinidad de posibilidades de extensión en cuanto a la recensión. Pues resulta difícil penetrar en una materia con el espíritu aséptico de su exposición, sin caer en la tentación de introducir una opinión doctrinal que refuerce, contradiga o abra un nuevo panorama en la que el autor está. Creo que no es labor de una recensión ésta, pues excede con mucho a lo que el autor espera: que se valore su labor informativa, dejando para un artículo de la *Revista* o del *Boletín* la discrepancia, el enfoque diferente o la solución semejante lograda por otros caminos.

Por todo ello creo que debo terminar esta recensión y felicitar al autor por haber contribuido con su mente y su pluma a descubrir esa finalidad que en su día persiguió el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*. Espero que cunda el ejemplo, ya que con ello llegará a todos aquellos que aún ignoran que intelectualmente se trabaja, se escribe y se labora en este prestigioso Cuerpo Nacional de Registradores de España.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

TREVES, RENATO: *Introducción a la sociología del Derecho*. Taurus. Madrid, 1978.

En el campo del Derecho y a partir de la segunda guerra mundial —según nos dice el autor— aparece la disciplina universitaria de la «sociología del Derecho», desarrollándose la misma no sólo en países capitalistas, sino en los socialistas. Las exigencias de la enseñanza han puesto en claro numerosos problemas de carácter expositivo y sistemático, que se han resuelto de distinta manera, según los ambientes culturales en los que la propia enseñanza se venía impartiendo. Sin embargo, faltaba un texto que diera una idea orgánica de la materia, de las corrientes de pensamiento que la han generado, de los principales temas tratados, de la metodología seguida y de los objetivos alcanzados en el plano de la teoría y en el de la investigación. Con este libro —y según palabras de su autor— se pretende llenar esa laguna.

RENATO TREVES nace en Turín en 1907 y fue discípulo de G. SOLARI y profesor de Filosofía del Derecho en Italia hasta 1939, en que se exilia a la Argentina y allí continúa su labor docente e investigadora. Vuelve a Italia después de la guerra y desde entonces es profesor de la Universidad de Milán. Entre sus trabajos éste, que se ofrece en la publicación, puede servir como modélico. Llega a España en base del interés puesto para su publicación por ELÍAS DÍAZ, catedrático de Filosofía del Derecho, y es ofrecido en una nueva versión por uno de sus discípulos, MANUEL ATIENZA.

No es un libro fácil, y aparte de requerir para su lectura y comprensión una soltura en el manejo de las direcciones filosóficas, necesita unas claves

para su entendimiento. Por supuesto, que yo carezco de la primera condición y quizá en toda la recensión se note mi lamentable ignorancia. Volvemos a lo de siempre: ¿Por qué te metes a recensionar un libro que no dominas?... pues quizá para lograr alcanzar el principio de PETER: mi nivel de incompetencia. Quedan, sin embargo, las claves que ofrece no sólo el autor, sino el presentador de la versión española. Por lo pronto, ni uno ni otro definen la sociología del Derecho. El autor confiesa que lo intentó en don ocasiones —1968 y 1969—, pero que no le gustó la fórmula y opta por considerar que el «problema fundamental es el de la relación entre el Derecho y la sociedad», aunque no sea un problema específico y exclusivo de la disciplina, que ya ARISTÓTELES intuyó. G. GURVITCH lo dijo: «no obstante haber integrado la sociología del Derecho en su metafísica dogmática, tuvo la intuición del problema fundamental de esta disciplina». La obra tiene dos partes, que son las que vamos a ofrecer en la recensión: el Derecho y la sociedad en el pensamiento de los juristas y sociólogos y el Derecho y la sociedad en las investigaciones empíricas. Tres índices —de nombres, materias y sumarial— cierran la obra.

A. *Juristas y sociólogos frente a Derecho y sociedad.*—Siete capítulos destina el autor a esta primera parte de la obra, donde hace brillar la concepción teórica de los sociólogos y juristas en las diferentes etapas y teorías que recoge. Arranca con la problemática de la dependencia o independencia de la sociedad frente al Derecho. Y aquí ya comienzan a situarse los autores y las escuelas. La escuela histórica y COMTE no pasan de considerar al Derecho como una variable dependiente con respecto a la sociedad. Antorcha que recogen los fundadores de la sociología, como SAINT-SIMON, SPENCER; los que heredan sus ideas, como TÖNNIES, DURKHEIM, y los juristas DUGUIT, HAURIOU, SANTI-ROMANO, VON GIERKE, EHRLICH, etc. Frente a ellos aportan la teoría de la variable independiente los representantes de la escuela moderna del Derecho natural, como BENTHAM, MAX WEBER, AUSTIN, KELSEN, etc. Dicho así tan resumido parece simple la cuestión, pero hay que tener en cuenta que el autor desglosa esta síntesis en una serie de teorías que van desde la del utilitarismo, el tratado de la legislación, la sociedad industrial, la filosofía positiva, el evolucionismo, la comunidad y sociedad, la solidaridad mecánica y solidaridad orgánica, el Derecho como regla de la vida social, la institución, el Derecho como hecho normativo, etc., hasta la teoría de la racionalización de MAX WEBER y el principio de la neutralidad de la ciencia.

Quedan, por último, dos concepciones que arrancan de la racionalización de WEBER y que son el funcionalismo y la concepción de la sociedad como conflicto. WEBER sostuvo que la sociedad es o supone un sistema capaz de resolver, en su propio desarrollo, todo posible conflicto, y con ello dio paso a la concepción funcionalista de la sociología y del Derecho, en la que han militado autores europeos y americanos. Frente a esta última teoría surge la concepción de la sociedad como conflicto de MARX y ENGELS, que viene a diferenciar el Derecho como variable dependiente de la sociedad que ostenta el poder, y el Derecho como variable independiente de la sociedad que no ostenta el poder. Con ello desembocamos en la concepción marxista del Derecho y la lucha de clases, el origen de la familia, de la propiedad y del Estado, la transición del capitalismo al socialismo y el humanismo socialista. En unas teorías prevalece el ele-

mento económico-social, en otras el elemento jurídico-normativo y en otras el marxismo como humanismo.

B. *Investigaciones empíricas sobre Derecho y sociedad.*—A la teoría le sucede la práctica, y en estas investigaciones empíricas el autor parte de una división entre juristas y sociólogos que no consideran los dos términos de la relación Derecho y sociedad integral y globalmente, sino que los entienden sectorialmente, particularmente en los elementos singulares de que se componen.

En las corrientes del pensamiento jurídico que han dado origen a la sociología en el Derecho, es decir, a la sociología del Derecho de los juristas, se caracterizan por haber participado en lo que puede llamarse, utilizando el título de un conocido libro de MORTON WHITE, la «revuelta contra el formalismo» legal, conceptual y jurisprudencial en las versiones de GENY, IHERING, EHRLICH, HOLMES, POUND, etc., partidarios todos ellos de una sociología en el Derecho realizada para fines prácticos de la legislación y de la jurisprudencia.

Frente a estas concepciones de los juristas, se alzan las de los sociólogos y su concepción como sociología particular que estudia los fenómenos jurídicos para sus propios fines, teóricos y cognoscitivos, prescindiendo de considerar el problema de la utilización de los resultados, que puede ser hecha por los prácticos. Es decir, los sociólogos desarrollan investigaciones sobre los mismos temas de que se ocupa la sociología del Derecho de los juristas sin la preocupación de su inmediata utilización práctica. Entre ellos cabe citar a KELSEN y HART, como juristas, que tienden a configurar a la sociología del Derecho como una ciencia autónoma y separada de la ciencia jurídica tradicional.

Los tres últimos capítulos de la obra los destina TREVES al examen de los métodos, las normas y los valores y sobre los operadores del Derecho. En los métodos hablan claramente los puntos sobre documentación, muestreo, entrevista y cuestionario, medición y experimento y juicios de valor. En las investigaciones sobre normas y valores surgen los eternos temas de la diferenciación entre Derecho público y privado, familia, propiedad, sucesión, trabajo, legalidad y justicia. Y en las investigaciones sobre los operadores del Derecho supone el examen de la actuación de jueces y funcionarios judiciales, administración de justicia, profesión forense, funcionarios de policía y el Derecho y la moderna sociedad industrial. En todos estos puntos es de resaltar cómo TREVES, según dice MANUEL ATIENZA, ostenta un perfecto conocimiento del campo de trabajo hecho por la sociología del Derecho y la importancia concedida a las investigaciones de sociología judicial.

No creo que sea éste el lugar para hacer una especie de proyección de todo lo recensionado en nuestra particular parcela hipotecaria, pues ello exige una mayor amplitud y un estudio más profundo. De todas formas, quiero recordar tres aportaciones, que deben poner alerta al estudioso de la materia registral, en donde se ha reflejado, como decía Pfo CABANILLAS, más que en ninguna otra, la nueva concepción de la jurisprudencia de problemas; en donde, como dijo GIL MARQUES, hay que volver nuestra vista a los aspectos sociológicos y reales del problema, y dando un giro

de 180 grados, sin despreciar lo hecho, adaptemos nuestras mentalidades a la función social que nos corresponde como miembros cualificados de una comunidad organizada y, por último, en donde FRANCISCO MESA —en un libro cuya recensión he prometido— nos habla de una coordinación entre realidad social y norma. En suma, este libro, difícil y denso, aunque breve, puede muy bien ser un gran elemento de trabajo fecundo en consecuencias beneficiosas para la institución.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *La posesión*. Ed. Civitas, Madrid, 1980, 758 páginas.

«Tratar sólo prácticamente los temas de Derecho es conformarse con un rudimentario empirismo que se sitúa fuera de la ciencia y difícilmente sirve a los propios intereses prácticos... Tratar sólo teóricamente los temas del Derecho no es un agravio contra la práctica; lo es contra la propia ciencia, que empequeñece su objeto si no comprende que en él se encuentran los acontecimientos y conflictos de la vida social y no sólo las normas.» Son palabras del autor para explicar la metodología seguida en su libro.

Hace bastantes años, en la Universidad de Madrid, se hablaba entre los estudiantes sobre los «Apuntes» de HERNÁNDEZ GIL acerca de la posesión. Se mencionaban como *cosa seria*. Aparte de algunos artículos sobre aspectos del tema, la disertación como discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia es un segundo momento en que don ANTONIO presta atención, en letra impresa, a la posesión. El libro objeto de esta recensión es la meta. Meta que no impide quizá posteriores preocupaciones sobre un instituto de enorme relevancia en Derecho —pero destacadamente en la sociedad— y «hueso duro de roer», dígame lo que se diga.

El autor es bastante conocido en y fuera de España. Y se convirtió en notorio ante la incidencia de ser Presidente de la Constituyente de 1978. En mi personal opinión, su más merecida fama se le puede atribuir, si es exacta mi creencia, por haber puesto su mano en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma del Título Preliminar del Código Civil español, y en su propio contenido, respecto de la gestión compromisoria que culminó en la Constitución española de 1978 y en su preámbulo. Digo esto por lo que, en la *Metodología de la Ciencia del Derecho*, escribía el propio autor, respecto de que, si bien el intérprete de la norma se limita, en principio, a hacer ciencia jurídica, ayudando a elaborar la realidad entendida como orden jurídico, mediante el recurso a la formación de un todo sistemático, al que se llega por la actitud valorativa finalista, engendrando una crítica que prepare el camino al cambio; puede también luego, y por aquella previa labor, contribuir por sí a la determinación del contenido y alcance de esa realidad, plasmada en nuevas normas, que, como expresión de un sentido hermenéutico anterior, provoca esta otra realidad. Con lo que la teoría, en cuanto comprensión del mundo, opera dialécticamente sobre ese mundo, modificándole. Esto es, teoría muy práctica, teoría

para la vida, ésa ha venido en ser la constante preocupación de HERNÁNDEZ GIL. El libro sobre la posesión es otra prueba más.

Es prueba adicional no sólo en su estimación metodológica, sustantiva y vital, sino total. Porque también ha sido objeto de preocupación en el autor el lenguaje, entendido como objeto de conocimiento, pero también como instrumento de dar a conocer (que de eso se trata, junto con otras muchas cosas, en *El abogado y el razonamiento jurídico*). Su verbo, preciso, exacto, fino, elegante, vuelve a repetirse en *La posesión*, no por lujo, sino por necesidad fundamental. Lo dice en el prólogo que él mismo se hace: «¿Está siempre completamente claro el pensamiento? ¿Cuál es la palabra exacta?...».

Estamos, pues, ante un libro contentivo de excelente teoría directamente dirigida a la práctica, en el que abunda el deslizarse rápidamente y de modo fugaz a la práctica para reforzar la teoría: una pincelada aquí, un brochazo allí, un destaque en el momento preciso, un resalte oportuno, ofrecen, en trama dialéctica, más y mejores resultados en ocasiones que la simple explicación o que la sola percepción experimental; todo ello sin perjuicio de un profundo sistema. Se explica el acierto que me da la razón acerca de una impresión que tengo desde hace varios años: que algunos problemas en tema de posesión no tienen su origen tanto en el entramado normativo, sino en la perspectiva que podamos adoptar al acercarnos a ella y a éste. Quizá en tema de posesión, más que respecto de cualquier otra figura jurídica, es aconsejable «irse» de cuando en cuando desde el Derecho a la pura vida social, para retornar más tarde al mundo técnico jurídico. Sea porque se *descansa* de la tensión técnica, sea porque ese *baño* en lo social nos da nuevas percepciones, los frutos técnicos que se obtienen así son apreciables. Idas y venidas son frecuentes en *La posesión*.

Casi cien páginas se dedican a una de las medulas del tema: aprehender el fenómeno posesorio. La labor se inicia con el contraste inicial entre la percepción empírica y el significado de la posesión en el marco del Derecho, la alternativa hecho-derecho, que es tradicional, pero que poco parece resolver, por lo que se recurre, en concesión graciosa que se sabe a ninguna parte lleva con resultado definitivo, a la etimología, para resaltar, en panorama de disparidad de criterios, la multivocidad del término, que diferencia entre posesión y tenencia, ésta siempre enraizada en aquélla, pero no a la inversa, lo que se contrasta con el Derecho romano y el Código Civil. Se impone, por ello, la necesidad de precisar una variedad de significados de la posesión, diferenciando la inherente a los derechos (reales principalmente), la que es base de la adquisición de los derechos reales, y, en fin, la posesión en sentido más propio, la que es causa del problema y eje de la investigación.

Naturalmente, como causa del problema, destaca de inmediato el fundamento de su protección en el marco jurídico, tema que no por antiguo carece de validez; muy por el contrario, significa ir directamente a la esencia última de la legitimidad, aspecto éste que con frecuencia, y al amparo de la legalidad, se da resuelto por la dogmática —incluso en una dogmática renovada—, que olvida la energía inherente a las cuestiones fundamentales. Plantear la razón de la protección posesoria obliga a exponer las diversas orientaciones elaboradas por la doctrina, que no se aceptan por el autor, quien se siente igualmente vinculado a exponer su

propio criterio: es el punto de partida, naturalmente, la protección interdictal, referible a toda modalidad posesoria, por lo que es base para hallar un fundamento común, si bien limitado al campo de la jurisdicción, seguido de las consecuencias reconocidas a algunas modalidades de posesión. Por la primera consideración, puede concluirse que la seguridad jurídica —pienso si no sería mejor hablar de la seguridad impuesta por una organización del grupo humano, remitiendo a una autoridad la solución de conflictos, si bien puede quererse decir lo mismo— explica y tiene energía para fundamentar la protección de todo poseedor, incluso del autor del despojo; por la segunda, es menester buscar el fundamento de la protección posesoria —y la propia esencia del instituto— en la mayor valoración de la *realidad de una conducta* frente al formalismo de la atribución nominal de un derecho. ¿Realidad de la conducta? ¿Plasticidad de un actuar? ¿Facticidad? No; también una apariencia, que no es negación de lo real, sino su necesario complemento. Realidad es lo que aparece (siquiera como realidad inmediata, convención social eficaz), de donde lo que aparece es también realidad. La apariencia, como fantasma alejado de la realidad, desvirtuación de ésta, ninguna relación mantiene con lo que aparece en la posesión. He aquí un punto que merece meditación reposada, pues nada impide que en una figura surjan varias apariencias de diversas realidades (subjéctiva y objetiva). En la posesión, la apariencia es identidad de realidad objetiva, por lo que no tiene fundamento referirla a una apariencia de realidad subjéctiva, como pretendía la teoría de la legitimación aparente expresiva de ejercicio de un derecho, existente o no en el caso concreto, que es explicar la posesión pensando en otras figuras, pero no en la posesión, que se degrada.

Se desemboca así en la naturaleza jurídica del objeto de análisis, siendo eje de referencia la alternativa drástica: la posesión como hecho o como derecho, abrazándose francamente esta última alternativa. Se rechaza la consideración fáctica de la posesión por insuficiente, cuando no contradictoria (hecho que desemboca en un derecho, siendo lo uno y lo otro), resaltándose que la configuración como derecho no impide, por el contrario, reclama, su estimación fáctica (presupuesto, contenido); lo que se prueba por su contraste con el derecho real, fijado en su doble aspecto, interno (proyección directa sobre el objeto) y externo (deber general de abstención, que se concreta en la protección interdictal), que se proyecta más allá, al imponerse una restitución en la posesión, de la simple facticidad.

El compromiso de la calificación reclama defender posiciones, siéndole fácil al autor desmontar las teorías que rechazan tal carácter (enraizadas todas en una concepción propietarista siempre periclitada), bien sea porque resulta insulso pretender prioridades entre acción y entidad sustantiva (IGLESIAS CUBRFA), bien porque carece de significado negar a la posesión su propia naturaleza so riesgo de confundirla con el dominio (GENTILE), que reclama identificar la diversidad con un solo derecho subjéctivo, o porque en el ámbito estricto del alcance fáctico de los interdictos, se confunde derecho a poseer y derecho de poseer. Menos base tienen disquisiciones simplonas —la posesión no es un derecho, porque se indaga su razón de ser, argumento que vale, *a contrario sensu*, respecto de cualquier derecho subjéctivo, histórico en su existencia y en sus caracteres, en especial respecto de la propiedad— o que confunden protección posesoria



y orden público, como si la paz social y el amparo del poseedor respondiesen a cauces diversos u opuestos, cuando éste se contiene en aquél.

Una afirmación en tema de naturaleza jurídica significa, luego de hecha, su contraste. ¿Qué es la posesión históricamente? ¿Cómo ha sido entendida? Desconociendo una teoría romana de la posesión, si disponemos de varias romanistas, circunscritas esencial y magistralmente a SAVIGNY y a IHERING, quienes, si bien bajo perspectivas diversas, situado el primero en un plano subjetivo, psicológico casi, y en una perspectiva objetiva el segundo, coinciden ambos, y es su posible error, en analizar la posesión desde la perspectiva dominical, con lo que juzgan aquélla en función del dominio y no por sí misma, cuando poseer es socialmente primario a la propiedad. No se avanza mucho más cuando, con mayor arraigo social, se amplía la esfera de comparación desde el dominio a los demás derechos reales (SALEILLES, FEDELE, NAVARRO DE PALENCIA), siendo necesario el esfuerzo de BONFANTE, siempre preocupado de la realidad social —aspecto que en la posesión se ofrece de manera muy especial—, enfoque que le permite resaltar la irrelevancia de un *animus* subjetivo, pero también la de un *corpus* concebido como detentación física; supone, sí, una intencionalidad, pero de resultados prácticos, no sobre la titularidad jurídica; reclama, ciertamente, una conexión sujeto-objeto, pero entendida socialmente, lo que separa posesión y titularidad real, y que explica la ignorancia posesoria respecto de los muebles, que nace muy tardíamente. Camino de investigación éste bien iniciado, continuado por ALBERTARIO, para ofrecernos *las posesiones*, en variedad de etapas relacionadas entre sí, pero que modifican igualmente el fenómeno social posesorio por la refundición normativa que se va produciendo.

El Derecho germánico vive otra perspectiva cifrada en la *gewere*, como expresión de investidura en el poder inmobiliario, que con el tiempo se ofrece como tangibilidad de estar investido y que, posteriormente, el Derecho canónico referirá a una gran diversidad de objetos y situaciones. *Gewere* se ofrece como término casi único que expresa, en diversos momentos, situaciones distintas (corporeidad, transferencia expresa o afirmada presuntamente, posesión como exclusiva realidad jurídica), compatibles entre sí (*gewere* dormida) y cuyo régimen normativo es diverso, según su objeto y su alcance. Con rasgos que en ocasiones aproximan *gewere* y *possessio*, aquélla corre por vías propias, así en su configuración y eficacia como en la consideración de sus componentes (realidad-apariencia). Hay más trabazón íntima entre derecho real y *gewere*, que entre derecho real y posesión.

El feudalismo, que obliga a la glosa a adaptar el Derecho romano a las nuevas situaciones, amplía la noción posesoria —separando posesión y detentación—, reforzando la energía de su amparo —protegiendo como posesión la mera detentación—; bases que el Derecho canónico lanza para romper el esquema y juego posesión-propiedad, no sólo por la inclusión posesoria de los derechos, sino por el alcance procesal, pues, cabe decir, la casuística usa de la posesión como recurso de orden público, instrumento de paz frente a la violencia del momento, que expande la posesión para identificarla con el *statu quo*. Al tiempo que por la *exceptio expolii* se refuerza la situación del poseedor, al permitirle paralizar cualesquiera acciones del expoliador, si bien careciendo de iniciativa el expoliado, la

*actio*, más tardía, permite la restitución sin considerar la cuestión en su fondo.

Con estos antecedentes, se procede a la redacción del Código Civil, que nace a la vida en un momento preciso de la vida científica, que se pone de relieve ante la Base 11, texto de suyo susceptible de ser entendido con diverso significado y alcance, y que parece matizarse por la discusión senatorial como expresión de la teoría dominante en hermenéutica del Código Civil, pero rechazo también del sentido social y político de la posesión codificada. Técnicamente, el Código Civil abraza los principios romanos, pero mantiene la tradición canónica y no desconoce manifestaciones germánicas de la *gewere* de escasa pureza.

¿Para qué sirve la indagación de un significado normativo? Si se afirma vigente, no, obviamente, para saber cómo sirvió, sino para aclarar cómo sirvió para que siga sirviendo. Es requerido conocer el pasado para, por el presente, llevarlo al futuro, con las nuevas exigencias de éste. Precisar la posesión en el Código Civil reclama saber qué es la posesión, como fenómeno social, ahora y para luego. La función que deba cumplir la posesión, como presupuesto y como fin, es, pues, fundamental para prevenir el significado hermenéutico. Claro que no es necesario profundizar aquí, cuando ya se ha hecho de manera completa (*La función social de la posesión*), interesando resaltar quizá el cambio de signo en la función social de la posesión, su tendencia a ser no instrumento individual, sino posibilidad social (dependiendo de su manejo), pero útil ante dos modelos de sociedad: en la capitalista, freno del dominio abstracto, pues no cabe posesión en abstracto; en la denominada socialista, señala un ámbito mínimo del individuo, vuelto a su sociedad, pero no absorbido por ésta. Esta premisa autoriza luego al análisis de la regulación del instituto en su detalle.

El enfoque parece, creo, impecable: perfilada la esencia de la institución, se impone analizar sus diversas categorías, el juego de la buena fe, el objeto a que se refiere, el *iter* vital (adquisición, modificación, extinción) y las consecuencias jurídicas. A ello se dedica un capítulo por tema, para en los tres subsiguientes analizar la posesión tendente al derecho, la mobiliaria y, en fin, el amparo procesal.

Con relación a las modalidades, peculiar del Código, es erigir en básica la distinción habida entre posesión natural y posesión civil, perfilando como elementos fundamentales los clásicos *corpus* y *animus*. El primero, concebido como relación económico social, no física; el segundo, como expresión o creencia de titularidad cualquiera, y no sólo de dominio, creencia que debe valorarse como concurso o coincidencia subjetiva-objetiva, lo que hace que entre posesión natural y civil no exista un abismo de requisitos, sino de cualificación en los mismos. Ciertamente que el Código recoge la tesis de SAVIGNY, ciencia del momento, pero sin plena identidad; el Código considera como posesión la jurídicamente relevante y no restringe el *animus* al dominical. ¿Con qué alcance se ofrece la distinción? Inicialmente, porque solamente la posesión civil sirve de base a la usucapión, pues en el plano procesal su tratamiento es el mismo. Cabe, no obstante, obtener una mayor utilidad, pues la dicotomía, contra lo que pretende un amplio sector doctrinal, permite separar la posesión natural de otras tenencias que no son posesión y ayuda a precisar la noción del poseedor civil como contentiva de dos manifestaciones: por concepto

de dueño o titular de un derecho real y como titular del dominio, distinción que se analiza conjuntamente con la de en nombre propio y en nombre ajeno, precisamente para deslindar los campos típicos de ambas subcategorías.

Punto de partida, como siempre, el Derecho romano, que concibe la *possessio por suo* como la originaria (en el sentido de la doctrina corriente), y la *animus domini* como derivativa (en igual sentido), añadiendo a aquélla el momento justinianeo una exigencia de buena fe, y desde luego, ofrece singular dificultad para precisar qué es posesión en nombre ajeno. Fundamental para intentar una respuesta es el juego de los artículos 431 y 432 del Código Civil, según tengan o no una relación íntima, es decir, según se entienda que posee en nombre ajeno quien actúa por representación o quien no lo sea por título de dueño. SCAEVOLA, MANRESA, los anotadores de ENNECERUS, han propuesto tesis que reúnen ventajas e inconvenientes. HERNÁNDEZ GIL es partidario de mantener la dualidad de distinciones bímembres, considerar que dichas categorías se contienen en los artículos 431 y 432, resultando ambos imprescindibles y debiendo buscar su armonía interpretativa, así como respecto de otros preceptos (arts. 430, 439, 447), para con tales presupuestos, que responden a una aprehensión de la posesión, intentar la solución. El artículo 431 resalta el ejercicio; el artículo 432 destaca el tener; aquel ejercicio puede actuarse propiamente o por otro, que actúa por cuenta del primero y con quien está jurídicamente ligado; es, pues, una posesión en nombre ajeno. Fijar quién ejerce la posesión en nombre propio no es problemático, pues se incluyen todos los que ejercen por sí, con independencia del concepto que justifique tal posesión, aclarando que ejercicio por sí no significa ejercicio personal. Más difícil es precisar el ejercicio en nombre ajeno, que para el autor es expresivo de una situación de representación, como destaca en los tiempos actuales la condición de arrendatario, del que no tiene sentido decir que posee en nombre del arrendador; el arrendatario posee por propio nombre y en concepto diverso al de dueño. El artículo 431 debe complementarse con los artículos 439 y 1.709. Por su parte, el artículo 432 se refiere al título de la posesión, que puede ser por concepto de dueño o por otro, resaltándose una noción autónoma de la posesión, no vinculada solamente al dominio, sino al dueño de cualquier derecho real, pues precisamente el artículo 447, así como el 1.941, exige que para acceder al dominio por usucapión, se posea a título de dueño, por lo que no es dueño el propietario. Deviene así compatible la posesión en nombre propio y por concepto distinto de dueño, que se incluye en el artículo 432, referible a la posesión derivada de una relación obligacional (arrendamiento, comodato, depósito, etc.).

No cabe, sin embargo, dar entrada en el Código a la dualidad posesión mediata e inmediata, inherente al Derecho alemán, que ignora la posesión de los derechos, alcance de la distinción que el Derecho español logra precisamente por esta última modalidad. Y luego de analizar la dicotomía fundamental que separa a la doctrina española, así como la acogida dispensada a aquella clasificación por la jurisprudencia, concluye HERNÁNDEZ GIL que nada nuevo se logra con su incorporación. Similar posición asume respecto del servidor de la posesión y su pretendido encaje en el artículo 431.

La coposesión, como figura diversa de la conjunción o concurso de posesiones, es una situación excepcional, que el Código Civil considera en el artículo 445 como posesión compartida en los casos de indivisión, de índole interina (art. 450 del Código Civil) y referible a la posesión autónoma, sí, pero también a la derivada de un derecho. La norma impide alterar la exclusividad posesoria de manera coetánea, por mismo concepto y sobre mismo objeto (art. 445, proposición primera). En su función, la proposición segunda del artículo 445 dicta criterios de solución de conflictos, solución que, en la disparidad que nos ofrecen VALLET y DÍEZ-PICAZO, debe estimarse de carácter provisional, señalando una preferencia —cuyo encaje procesal no es tema simple—, de trascendencia cautelar subordinada a un juicio de fondo, no ya sobre el hecho, sino sobre el derecho de poseer; aunque recurrir a esta cuestión no será siempre imperativo, pues la energía del artículo 445 deviene en muy útil, porque solamente cuando no tienen encaje sus criterios de prioridad es posible plantear la cuestión en su fondo, lo que muestra el contenido ritual del precepto.

La buena fe, elemento de retroalimentación del Derecho por la moral, es un presupuesto de lo jurídico, no efecto propio del Derecho, aunque no se requiera una adecuación exacta y rigurosa en ocasiones, que, prevista normativamente, se concreta en un plano subjetivo, presentándose no como categorías distintas, sino como aspectos concomitantes de un mismo concepto. Ciertamente, hasta la reforma del Título Preliminar del Código Civil, no adquiere la buena fe tal categoría de modo expreso —sin significar dicha reforma innovación alguna, pues la misma tónica mantenía el artículo 1.258 del Código Civil—, pero su doble función normativa reconocida —criterio, en defecto de ley y costumbre, pero también principio informador del Ordenamiento todo, por lo que ascendente sobre la norma legal, según el artículo 1, 4, del Código Civil— queda claramente sancionada en el artículo 7, 1, del Código Civil, que no puede entenderse como, por receptor de un principio, norma que lo anula al sujetarlo a la ley.

Aquel presupuesto objetivo, ¿tiene distinta significación en el ámbito de la posesión, en que la norma es precisa y configura la buena fe como presupuesto fáctico del que se derivan particulares efectos? Una respuesta precisa reclama contemplar el contenido de los artículos 433 y 1.950 del Código Civil. Ambos preceptos no pretenden enmarcar el concepto de buena fe, sino determinar cuándo un poseedor está inmerso en ella, situación fijada por una ignorancia o una creencia, como términos equiparados, que destacan un aparente plano subjetivo diverso al objetivo (que se ignora o se cree distinto), como entiende una doctrina mayoritaria, pero que no tiene por qué ser así, adquiriendo relevancia una noción ético social de la buena fe, en que la percepción subjetiva solamente puede considerarse presente si es correspondiente con el reclamo objetivo, único modo de evitar un «proceso de intenciones» (DÍEZ-PICAZO); de donde los preceptos citados no solamente reclaman la buena fe como supuesto normativo, sino que describen un contenido objetivo, social, en que la buena fe consiste y al que el sujeto debe atenerse para considerarse inmerso en la hipótesis; son los *puntos de referencia*: hay ignorancia o creencia, pero también se enmarca qué puede o debe ser creído. Y nunca mejor prueba que el análisis de algunos de esos puntos de referencia.

Aquella exigencia ético social se resalta en la alusión del artículo 433 al título y al modo. Ortodoxo el precepto en su alusión al título, es sensato en su referencia al modo (conceptos con pleno significado en nuestro sistema, no consensualista), pues hay adquisiciones que no descansan en el título, tal como lo entiende el artículo 609 del Código Civil, cual la ocupación (que también reclama un elemento volitivo). Que el artículo 1.950 del Código Civil se exprese con alcance más limitado es obvio, por referirse a adquisiciones calificadas (en la doctrina corriente, mayoritaria en la de habla española) como derivativas, significando vicios de capacidad o legitimación en el *tradens*, lo que pone de relieve un mayor alcance del artículo 433, que se da en el artículo 1.950, pero no a la inversa, con las inherentes consecuencias respecto de la exigencia de una buena fe objetivada en la adquisición, que es siempre posesoria y no imperativamente la de un derecho real. Que el Código prescinda de aquella exigencia en la usucapión extraordinaria no significa que la excluya. Pero incluso quienes defienden una buena fe subjetiva pretendiendo amparar el título putativo, deben, para llegar a esta conclusión, reforzar una buena fe ético social, so riesgo de llegar al capricho en sustitución de la misma buena fe. Para evitar la reducción psicologista, el artículo 433 vinculó buena fe con título, lo que, a su vez, obligó a dulcificar la noción de título; pero distinto es prescindir de éste al calificarlo de putativo, pues o se estima inexistente o soñado, o fundado en un hecho objetivo, sobre el que el sujeto actúa su creencia, hecho objetivo que ya es punto de referencia. Y la defensa del título putativo, imposible en la usucapión ordinaria, en que el título es fundamento de la misma, fuera de ella hace que el título no sea un requisito autónomo, pues el artículo 433 vincula buena fe y modo. El Código flexibiliza el enmarque de la buena fe, como se deduce del contraste de los artículos 433 y 435, que amplían la buena fe al hacerla girar en torno al conocimiento o no del carácter indebido de la posesión; pero ni esto significa aceptar el título putativo o la buena fe subjetiva, ni mucho menos prescindir de una buena fe ético social.

Este es el sentido que se encierra en el régimen de presunciones posesorias del Código Civil. En su regulación destaca el artículo 434, que afirma la buena fe e impone la carga de la prueba a quien la niegue, bastándole al poseedor acreditar que lo es para que su buena fe deba contradecirse probando la mala fe, aunque, ciertamente, en la práctica, el poseedor tiende a probar directamente su buena fe. Entre ambos términos de referencia, buena y mala fe, no caben estadios intermedios, pues la posición del *dubitans* no encaja dentro del Código. Aquel precepto se complementa con el artículo 436, que, manteniendo una continuidad en la presunción, reconoce que la misma puede cesar. Se desemboca, así y por ello, en un régimen de prueba con diversas alternativas: prueba de la mala fe desde el origen, en tiempo posterior al origen y anterior a la interpelación judicial y mala fe resultante de dicha interpelación (subdistinguiendo aquí otras tres situaciones diversas: interrupción no consolidada, consolidada y cambio en la situación posesoria).

Esta constante presencia de la buena fe concebida como criterio ético social obvia pretender la defensa del estado de duda como expresivo de buena fe, pues quien duda no está seguro, lo que es incompatible con la ignorancia o la creencia, y quien duda no puede ir a buscar la buena fe, pues ésta requiere estar inmerso en ella. La buena fe es «ceguera, que

cesa ante el más leve rayo de luz». Cabe decir lo mismo del error, si no es excusable, excusabilidad que opera objetivamente. No obstante, no es pacífica la teoría respecto del error de Derecho, algo aclarado por la nueva redacción del artículo 6, 1 y 2, del Código Civil, que es claro no excluye el error de Derecho por el principio de inexcusabilidad de la ley, y que permite aceptar dicho error siempre que incida en las cuestiones de puro hecho (conscientes de la dificultad de separar las cuestiones fácticas y las jurídicas), siendo un factor explicativo de la buena fe, siendo ésta, en su estimación económico social, muy útil para flexibilizar las estimaciones pertinentes.

A la misma conclusión acerca del carácter ético objetivo de la buena fe se llega en tema de subsistencia de la buena fe inicial, no desde el momento en que la prueba así lo establece, sino desde el momento al que la prueba se refiere (art. 435 del Código Civil), lo que es coherente con la situación de interpelación judicial, en que la misma pone fin a la ignorancia.

Y cabe concluir lo mismo en el análisis de la posesión en personas jurídicas, distinguiéndose las diversas modalidades (sociedad civil y la mercantil) y sus particulares problemas, en que un plano subjetivo no impide la presencia de la mala fe objetivamente considerada.

Enmarcada de tal manera la posesión, en su esencia y presupuestos, pasa el autor al análisis del objeto, comenzando su labor por separar contenido y objeto, a veces identificados en la propia normativa, refiriéndose expresamente al objeto de la posesión como cosa o derecho, dualidad que resalta insistentemente el legislador predicando la susceptibilidad de apropiación, requisito amplísimo, equiparable a susceptibilidad para el tráfico; amplitud que no es sino expresión de un largo proceso evolutivo, que se inicia con la plasticidad del Derecho romano, atenuada mediante la *quasi possessio*, y que se rompe con la expansión que el Derecho canónico da a la posesión. En el Código español, la posesión va referida a las cosas muebles e inmuebles y a los derechos, mereciéndose precisar su ámbito respecto de uno y otro objeto. Con relación a las cosas, lo son las susceptibles de apropiación (art. 347), y como éstas pueden ser muebles o inmuebles (art. 333), que abarcan toda categoría de cosa, se refleja así un criterio amplísimo, del que deben excluirse los derechos que reciban la calificación de mueble o inmueble, por no ser cosas, sino objetos equiparados. La posesión de las cosas así delimitada implica la de sus componentes, bastando la posesión de una parte para que se entienda la del todo si la posesión de esa parte se considera imposible de separar del todo, lo que ocurre con la posesión de cosas simples en sentido jurídico (económico social); pero si se trata de cosas compuestas, la relación posesión del todo y de las partes no se ofrece en términos tan absolutos, siendo factible posesiones diversas de las partes y de un todo por personas distintas si las partes ofrecen cierta autonomía. Esa relación entre partes y todo, que preocupó la atención de SAVIGNY, se manifiesta moderadamente en la diferenciación entre partes integrantes y pertenencias; con relación a las primeras, su concepto reduce la posibilidad de su posesión a estrechos límites, posibilidad determinada por qué se entienda o en qué consista el hecho posesorio, por consecuencia de la exclusividad posesoria del artículo 445. Diferentemente, las pertenencias permiten una

posesión independiente, no ofreciendo problemas su conexión con la entidad expresiva del todo.

Respecto de los derechos, el problema que suscitan es cuáles son susceptibles de posesión. El artículo 437 limita la posesión a los susceptibles de apropiación, como equivalente a inserción en el tráfico, criterio sustentado por los artículos 333 y siguientes, 1.164, etc., lo que permite referir la posesión a cualquier derecho, si bien la doctrina restringe ese ámbito a los derechos reales, perfilándose la posesión como figura cuyo basamento directo o indirecto lo son las cosas; directamente, por su inherente apropiabilidad; indirectamente, porque, susceptibles de usos diversos y distintos, los derechos que expresan tales usos son los que se presentan como objeto de la posesión. Ciertamente; la posesión de créditos del artículo 1.164 expresa una apariencia de crédito que no se tutela más allá de dicha apariencia, en que la buena fe juega de modo diverso a la posesoria al ser en aquel caso determinante y no factor añadido. La posesión de estado es un simple medio subsidiario de prueba. Es, además, significativo, que la posesión se regule en el libro segundo, y que el artículo 1.930 asigne a la usucapión la esfera del dominio y demás derechos reales. Pero, no obstante, debe llamarse la atención sobre este punto: que no es tanto el carácter real o personal del derecho lo que le hace susceptible de posesión, sino la continuidad en su ejercicio, que no suele darse en el derecho de crédito, pero tampoco en algún derecho real (tracto).

De lo dicho cabe precisar que la posesión es de cosas o de derechos, según la posición del observador y de la relación jurídica pertinente, ya que la dualidad posesoria opera unida a los diversos conceptos de posesión, que ahora actúa directamente, ahora integrada en un derecho. Ejemplo problemático lo es la prenda, cuyo objeto puede ser una cosa o un derecho, y no empuja el fuerte acento posesorio que se deduce de los artículos 1.863, 1.864, 1.872, y de la Ley de 16 de diciembre de 1954, se discute si hacia el exterior puede presentarse como derecho poseído. Y otro ejemplo lo son las servidumbres discontinuas y no aparentes, que no son susceptibles de usucapión, pero que, por la exclusión de ésta, no se deriva la de la posesión; que carecen de una exteriorización inequívoca (al ser discontinuas y no aparentes). Pero la continuidad no debe entenderse literalmente, sino como modo autónomo de producir un contenido inherente a la servidumbre, sin cesación, pero con intermitencia (artículo 1.941 del Código Civil), ejercicio que puede valer como posesión; y si la exigencia de apariencia va referida al propio bien, no son incompatibles la ausencia de signo exterior y la apariencia posesoria que se manifieste por signos del comportamiento.

Pero no solamente las cosas y los derechos perfilan el objeto de la posesión, sino que ésta puede configurarse mediante el ejercicio de un derecho, si bien como consideración predominantemente doctrinal e incluso legislativa (Código Civil portugués), que ha servido para equiparar, superando la posesión de cosas y de derechos, ejercicio del derecho con posesión. ¿Es esto posible? Parece que no, pues no existe una correspondencia directa. La posesión tiene vida con independencia absoluta de la titularidad de un derecho, sin perjuicio de puntos de conjunción: ciertos elementos externos requeridos en la posesión no son imprescindibles para el ejercicio del derecho; que la conducta inherente a la posesión reclame

un ejercicio no significa que éste desemboque en un derecho subjetivo; la actuación posesoria señala la posesión, pero no el derecho; la posesión no es efecto, sino *prius*, del ejercicio, aunque pueda presentarse como *posterius* del derecho; se actúa la posesión cuando no se puede actuar el derecho (ocupación sin violencia de cosa ajena).

La dinámica posesoria se analiza enmarcada propiamente en tema de adquisición, conservación y modificación.

La adquisición posesoria se encuadra en amplios términos, siendo habilitados para ella incluso los menores e incapaces. Cómo sea esto así queda oscuro todavía para el Derecho romano, siendo las opiniones dispares, pero es premisa en el Código Civil, que, es verdad, no legitima a todos, pues ha de reclamarse, en todo caso, una mínima consciencia (como puede deducirse del juego de los arts. 443 y 449 del Código Civil), lo que explica la exclusión de esas personas para adquirir la posesión de los derechos (art. 443, respecto del art. 438). La ocupación es manera de adquisición, expresiva de un comportamiento exteriorizado, que por ello no es dable contraponer a la «otra» manera, el hecho de quedar las cosas sujetas a la acción de nuestra voluntad, pues acción y voluntad mantienen un encaje que, por no psicológico, expresan un significado económico social, llegando aquella ocupación hasta donde pueda comenzar la violencia. Y también lo es el tránsito posesorio expresado en la tradición de la cosa (art. 460, 2, del Código Civil). El Código hace referible la ocupación a los derechos (art. 438), pero ¿es esto posible? Parece más bien que se ocupará la cosa a que el derecho se refiere. Y también regula la adquisición posesoria por el cumplimiento de las formalidades previstas para adquirir un derecho.

Importancia particular destaca la relación entre tradición y posesión, pues aquella nos trae a ésta, pero también la posesión opera como tradición. La razón de esta relación hay que encontrarla en las diversas funciones o variantes que se encierran en el término *tradición*, en que aparece la posesión cumpliendo un fin diverso: como instrumento para realizar la tradición; como presupuesto para que la tradición se efectúe (y que abre la puerta incluso a las adquisiciones *a non domino*), y como entidad autónoma a la que la tradición se subordina y da sentido, siendo instrumento de aquella.

Tradición y posesión manifiestan un intenso paralelismo e incluso identificación, al analizarse la tradición no tanto como entrega de la cosa, sino como desplazamiento de la posesión, dentro de un proceso de espiritualización al que han concurrido la posesión y la tradición misma, lo que es claro al intensificarse un debilitamiento del *corpus* y reforzamiento del *animus*, produciéndose una auténtica elipsis de la tradición en los sistemas consensualistas; e incluso en el nuestro, en que subsiste la exigencia de título y modo, siendo éste la tradición, hay hipótesis en que ésta es meramente nominal. La tradición real expresa como fenómeno constante la presencia de la posesión, también existente en la *traditio brevi manu*, como en el *constitutum possessorio*, por diferencia de las situaciones de *traditio clavium*, *longa manu*, o por conformidad, en que se nos ofrecen signos o indicios de tradición, lo que también ocurre en la tradición instrumental, en que no se da la entrega, sino otro hecho que vale lo mismo, si de la propia escritura no se deduce o resulta lo contrario; no se trata de prescindir de la tradición, sino en ser expresada



de distinta manera, pudiendo concurrir asimismo la propia y real entrega, diversidad de expresión referible solamente al efecto real, incluso no siendo el enajenante poseedor al darse una espiritualización de la tradición, que, desde luego, no se da igual en la posesión, por lo que, en este caso, hay que reconocer que el otorgamiento de la escritura implica una tradición que no alcanza a la posesión (otra alternativa, una posesión civilísima, no es viable ante la ausencia de una norma similar al artículo 440 del Código Civil).

En tema de transmisión de la posesión de los derechos, es menester conjugar el artículo 1.464 con el objeto de la posesión, debiendo restringir la amplitud con que el Código identifica compraventa y cesión de derechos, que llevaría a admitir una posesión de créditos, pero también por el ámbito que el propio artículo 1.464 señala a la tradición, como medio de transferencia del derecho real, al remitirse al artículo 1.462, fundamental en tema de tradición; no olvidando que la tradición es propia del derecho real, mientras que la posesión existe en ciertos derechos de crédito. Por lo que la norma del artículo 1.464 será referible a la posesión en tanto en cuanto prevenga una tradición con posesión, con lo que surge una íntima relación con el artículo 438, inciso final. Se delimita así la transmisión posesoria de los derechos a los susceptibles de posesión misma. Aquel precepto manifiesta tres normas, una de remisión al artículo 1.462 (previniendo la entrega del objeto del derecho); otra específica para los derechos, sin remisión al artículo 1.462 (como entrega adecuada a un derecho mediante el uso consentido que del derecho hace el comprador), y una tercera subordinando la aplicación de la segunda a la inaplicabilidad de la primera, por referencia al artículo 1.462 en su totalidad.

Respecto del *constitutum possessorio*, de origen algo oscuro —en función de qué se entiende por detentación y por posesión en nombre ajeno—, dado que no lo previene expresamente el Código, y considerando que se trata de la conversión del poseedor en nombre propio en poseedor en nombre ajeno, como éste se expresa en la representación, puede presentarse como figura frecuente. Su posibilidad se encaja en el artículo 1.462, al limitar entendida la entrega si del contenido de la escritura no resulta o se deduce claramente lo contrario; pero se trata de una posibilidad delimitada en cada situación concreta, sin viabilidad de una defensa en abstracto, pues si el Código admite situaciones en que es dable el *constitutum* posesorio, a las partes corresponde la precisión.

En el marco de las relaciones *mortis causa*, el artículo 440 previene una posesión civilísima en transferencias universales, que se ofrece en la doctrina como adquisición *ipso iure* hereditaria y expresión de la *gewere*, cuyos efectos resultan en: a) investir al heredero de la cualidad y condición de poseedor, quien ya lo es aunque tome posesión efectiva —por lo que nada añade—, por lo que debe corregirse la nomenclatura de los artículos 1.631 y siguientes de la LEC, pues no cabe un interdicto de adquirir lo que ya se tiene, siendo finalidad de tal interdicto facilitar la prueba del título hereditario; b) asistir al heredero en las acciones interdictales; c) beneficiar al heredero la posesión de su causante; d) legitimar a aquél para ejercitar la acción de desahucio. Se trata de una sucesión en la misma posesión, no obstante el régimen que, respecto de buena y mala fe, sustenta el artículo 442 del Código Civil, que sólo limita las consecuencias de la transmisión de la posesión misma. Limítrofe con

la sucesión universal, se ofrece la accesión de posesiones del artículo 1.960, regla 1.ª, del Código Civil, concibiendo dos posesiones en relación jurídica singular, cuyo alcance es facultativo, y siempre que ambas posesiones expresen igual carácter o naturaleza.

Y cabe negar una pretendida modalidad de adquisición de la posesión vía judicial, pues la jurisdicción carece de autonomía y se limita a precisar la efectividad de una posesión ya existente.

Independiente de la adquisición posesoria es la conservación, no solamente por su distinción en el Derecho romano, sino porque engloba situaciones diferentes, recogidas en los artículos 444, 461 y 465 del Código Civil, que ponen de relieve una permanencia en la posesión, sin necesidad de ejercicio inmediato del poder, a veces con la simple intención, lo que provoca en ocasiones una equiparación entre posesión y derecho.

La distinción dogmática entre interrupción, conservación y continuidad refleja para este concepto un significado más amplio, que incluye o determina previamente a los anteriores, porque refleja la manifestación social de la estructura posesoria, en que adquiere plena relevancia el valor en uso de los bienes, para lo cual deben éstos ser usados. La continuidad en el tiempo es expresión de la duración institucionalizada. Y ante esa continuidad reacciona el Ordenamiento de diversas maneras: protegiendo y favoreciendo la continuidad en sí misma, subordina a ella la calificación de situaciones como posesorias, impone su respeto mediante la protección interdictal y la beneficia en su mantenimiento al generar la usucapión.

La contemplación en sí de la continuidad, como concepto que está, aunque no se exprese así, surge en preceptos cuales 459, 436, 1.941 y 1.943, y en el artículo 1.960. El Ordenamiento presume la continuidad, pues si ésta no se da, la posesión desaparece, por lo que al propio poseedor corresponde acreditar un cambio o modificación en su concepto posesorio, lo que resalta asimismo que continuidad no es continuación, algo estático, sino dinamismo. La posesión es, pues, perfectamente compatible con el cambio en la posesión, que así debe enunciarse, y no un cambio en el título, pues ni toda posesión lo presupone, ni tiene relevancia esencial sino en tema de usucapión. Ese cambio así concebido no es unidimensional, en el sentido de manifestarse desde la posesión a la posesión en concepto de dueño, sino que cabe un camino inverso, si bien aquella acepción, estricta, es la mejor contemplada en el Código Civil, manifestando por ello especial preocupación por el cambio y rodeándole de cautelas, que nos viene del Derecho romano y que aparece en numerosos cuerpos legales extranjeros, fundamentalmente el principio de que nadie puede cambiar por sí la causa de su posesión. Pero precisando el régimen del cambio en el Código Civil, es menester atenerse a dos criterios principales: su marco preferente se encuentra en el artículo 436, que junto a la presunción de continuidad admite el cambio mediante prueba en contrario, mediante cualquier medio de prueba que destruya la presunción; y conforme al mismo precepto, el cambio puede darse en las dos dimensiones, siempre que se esté en la situación de posesión. Una modalidad de determinación del cambio es la contradicción, que solamente tiene sentido en la dimensión estricta, debiendo proceder la *contradictio* del que no sea poseedor en concepto de dueño, mediante un comportamiento

o una declaración negocial de carácter positivo, que permite conocer objetivamente al contradicho (por lo que no trascienden los actos *vi, clam* o *praecario*), y que por ello permite la oposición, pues si ésta se produce es obvio que la contradicción es ineficaz y no llega a ser tal sino en el marco conceptual. Y no parece adecuado el criterio de reclamar, para la efectividad de la contradicción, el término de año y día (los arts. 460 y 438 son referibles al cambio en sentido estricto y no al inverso). Del cambio queda protegido el propietario vía artículo 463, quien, sin su voluntad, no puede resultar perjudicado, pues el precepto facilita al mismo medios para defenderse e incluso dificulta el cambio, aunque no lo impide.

La posesión puede perderse, aparte de por razones objetivas, por acto unilateral o bilateral. De las diversas causas enunciadas en el artículo 460, la más propia e interesante se significa por la adquisición que hace otro, ya que las otras suelen implicar la pérdida de un derecho real. Dos situaciones surgen en este tema que tienen gran relieve: La significación del artículo 460, 4.º, que reconoce la adquisición de la posesión y consiguiente pérdida, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, respecto del artículo 444, que rechaza los actos ejecutados por la fuerza; quien actúa contra la voluntad de otro, ¿no actúa con violencia?; el autor acepta el pensamiento de SCAEVOLA, para quien la violencia inicial se subsana si la posesión se prolonga año y día. Otro problema relevante suscita el artículo 463, enmarcado en tema de pérdida de la posesión por razones sistemáticas, que parece considerar que un dueño no perderá la posesión por actos de otro que es tenedor si no los consiente el primero, concluyendo HERNÁNDEZ GIL, luego del contraste entre dicho precepto y el artículo 1.942 y el análisis de antecedentes y de la doctrina, que encierra el artículo 463 una norma protectora del dueño, quien si bien puesta la tenencia en un tercero por actos de otro no consentidos, no podrá actuar fácticamente, si puede hacerlo judicialmente para recobrar esa tenencia y los daños.

Frutos, gastos y mejoras expresan esencialmente el contenido de la posesión, siquiera es claro que no lo agotan.

Poseer una cosa no tiene sentido si no se usa y ni se disfruta, y es la percepción de los frutos el primer efecto exterior de la posesión, punto que preocupa al legislador en previsión del cese de la posesión, que reglamenta conforme a unos simples principios perfilados por la buena o mala fe, la presencia de uno o más sujetos en la posesión, por el concepto en que se posea y grado en que se halle el sujeto y el estadio de los propios frutos. No se trata, pues, de buscar un parangón con el dominio para así deducir las razones legislativas, sino contemplar éstas en función de lo que la posesión implica por la conducta en que se expresa, como realidad plena.

Norma esencial lo es el artículo 451, 1.º, que atribuye los frutos al poseedor en su continuidad, desde que se perciben o separan. Criterio similar al de los frutos civiles, si bien se consideran producidos por días, lo que permite una mayor precisión en su atribución. Regla que, respecto de quien posee de buena fe, sólo decae mediante interrupción legal, por poner fin a la buena fe, al desaparecer la creencia o ignorancia en el detentador, lo que ocurre con el emplazamiento o actuación extrajudicial que sea indubitada como hecho para el poseedor; a diferencia de la in-

interrupción de la usucapión, que reclama un conocimiento de la propia reclamación.

Una cuestión se plantea ante el criterio de la restitución por anulabilidad negocial, respecto de si se superpone o no a la condición de poseedor, tema tocado por la jurisprudencia con una orientación no del todo rigurosa, ante el que el autor se inclina por la preferencia restitutiva, pues en el artículo 1.303 no se hace salvedad del artículo 451.

Extinta la posesión, se abren en abanico un conjunto de derechos y deberes. Con relación a todo poseedor, se le abonan los gastos necesarios. Respecto del de buena fe, además los hechos para la producción de frutos industriales y naturales, si los mismos se hallaren pendientes, pero el dueño puede sustituir dicho abono por la autorización para terminar el cultivo y recolección pendientes (hecha abstracción de las dificultades prácticas que, por el natural *iter* procesal, genere el transcurso del tiempo, y que puede significar multiplicación de la genérica hipótesis normativa), así como los gastos útiles hechos en la cosa, pero no los de lujo o recreo, que podrán ser retirados si el sucesor en la posesión no prefiere su abono, sin detrimento del objeto. Como garantía, se le concede derecho de retención. Con relación al de mala fe, carece de derecho a los frutos, correspondiendo al poseedor legítimo incluso los que hubiera podido percibir y no sólo los efectivamente percibidos.

En caso de pérdida o deterioro de la cosa, se instrumenta la obligación de indemnizar. Si se es poseedor de buena fe, la responsabilidad sólo actúa si hubo dolo; y ante el problema de conjugar una posesión de buena fe con una actitud dolosa, luego de revisarse las posiciones doctrinales en boga, que se rechazan por prescindir de uno de los términos de referencia o incidir en un subjetivismo indefendible, cuando el sentido de la hipótesis normativa puede alcanzarse contemplando sólo al poseedor, sin conexión con el verdadero dueño, que, de buena fe, actúa dolosamente perjudicando la cosa antes de la interrupción de esa buena fe, considera el autor que el precepto, luego de afirmar una exoneración de responsabilidad para el poseedor de buena fe, la admite por comportamiento doloso, señalando quién responde y, desde luego, respondiéndose ante quien sufra las consecuencias de esa actitud dolosa: quien de buena fe posee un camión, y dolosamente lo embiste contra la casa de un tercero para perjudicarlo, responde del daño producido al bien, precisamente porque actuó con dolo, no por no ser poseedor de buena fe, y responde, en su momento, frente al poseedor legítimo. Diferentemente, el poseedor de mala fe no queda sujeto a una exención de responsabilidad, que decae ante dolo, sino que queda sujeto a una rigurosa responsabilidad por pérdida o deterioro en todo caso, e incluso por fuerza mayor si retrasó la entrega.

Respecto del régimen de mejoras, como el de los frutos, se contempla en el Código desde la perspectiva del cese de la posesión, partiéndose de la hipótesis de que quién posee puede mejorar, atribuyendo las naturales a quien venza en la posesión, pues no hubo actividad del poseedor que pierda para generarlas y son inherentes a la cosa misma; y las derivadas de la actividad del poseedor generan un derecho de indemnizar su valor, bien por abono de gastos o del incremento en el valor de la cosa, eligiendo quien vence en la posesión; y las de lujo le conceden un derecho real sobre los objetos en que consistan, pudiendo retirarlas si no causan

deterioro y el sucesor en la posesión no prefiere abonarlas. Por el contrario, el poseedor de mala fe carece de derecho al reintegro de los gastos de lujo, aunque se los puede llevar (en el objeto invertido) si no daña con ello la cosa y si el poseedor no prefiere su abono.

Luego del estudio de la posesión en sí misma considerada, es procedente su análisis como fundamento de la adquisición de derechos, esto es, como base de la usucapión, tema al que se dedican otras ciento cincuenta páginas con magnífico método: delimitando la usucapión en su concepto, fijando las relaciones de la posesión con aquélla, que lleva a concretar la posesión apta para la usucapión, interrupción y continuidad, legitimación, título en la usucapión y, finalmente, efectos de la posesión a través de la usucapión.

Luego de la precisión conceptual, que configura la usucapión como una consecuencia de la posesión cualificada y de la razón de su existencia, que expresa el predominio de la realidad sobre el formalismo jurídico, corresponde un matiz respecto de la prescripción, que tienen un mayor ámbito, corriendo por caminos diversos, lo que no impide el concurso de usucapión y prescripción en una misma situación jurídica. Como producto histórico, se forma en el devenir del Derecho romano, que va enunciando sus requisitos y que conoce como distintas las hoy usucapión ordinaria y extraordinaria, cuya refunción se debe al Derecho justiniano, y que aparece desconectada del Derecho germánico, en que la *gewere* hace innecesario el tránsito al dominio.

La usucapión nos ofrece un juego de posesión y tiempo, por lo que se da en la usucapión lo dicho respecto de la posesión, lo que lleva a restringir la formulación del artículo 1.936, conforme a la pauta del artículo 1.930, por lo que no es base de usucapión cualquier posesión, sino la cualificada en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, que, en el contexto del Código, son reclamables para cualquier modalidad de usucapión. Se desemboca de esta manera en el tema de la posesión justa o injusta dicotomía que el autor expresa y conscientemente rechaza como concesión al formalismo y positivismo jurídicos, para plantear así el sentido de los requisitos de la posesión apta para usucapir:

a) Clandestinidad y posesión pública. No son conceptos de estricta correspondencia, pues si lo clandestino siempre es no público, no ocurre a la inversa. El artículo 444 es importante a este respecto, pues al no afectar la posesión los actos clandestinos o de que el poseedor de una cosa no tenga conocimiento, reconoce la clandestinidad con conocimiento del poseedor (tolerancia, v.gr.) o de otras personas incluso, debiendo ser, pues, actos clandestinos para el poseedor los que no afecten su posesión; pero lo ignorado o clandestino deja la posesión incólume: el único poseedor legalmente conocido no se afecta, ni quien pretende situarse en su lugar lo consigue. Surge así un diverso tratamiento, riguroso en la posesión *ad usucapionem*, que no se da en la *ad interdicta*, en que la independencia posesoria no se manifiesta igual. En efecto, en función del artículo 446 y el régimen procesal y esencial de los interdictos, cabe que actos que no afectan a la posesión, según el artículo 444, puedan desembocar en situaciones protegidas interdictalmente; y no por la exigencia procesal de acreditarse la tenencia, sino porque el interdicto protege un estado posesorio, y vía artículo 430, la tenencia es posesión natural. De donde la clan-

destinidad será inconveniente para el que pretende poseer, no por ser un vicio, sino por la dificultad de acreditar el hecho de poseer que fundamenta la tutela interdictal. Pues bien, esto no ocurre en la posesión *ad usucapionem*, en la que quien la pretende debe acreditar los requisitos exigidos, incluso el título, por lo que la clandestinidad produce siempre sus efectos, ya porque impide adquirir o deja ineficaces los actos en que exista, ya porque el tiempo en que se dé no se computa, ya porque impide la publicidad.

Pero la ausencia de clandestinidad no significa publicación, debiendo matizarse si la exigencia de que la posesión sea pública implica algo diverso a la publicidad inherente a todo estado posesorio. En efecto, la clandestinidad se contempla como ataque a la posesión, que deviene ineficaz, mientras la publicidad se predica de la propia posesión, a la que no se llega *clam*. La publicación se reclama del artículo 1.941 expresamente como exigencia por la dogmática; de que quien pueda verse afectado, pueda conocer; reclamo liberal individualista que hace depender el Derecho de la pretensión subjetiva, que carece de sentido, siendo más sensato estimar que aquella exigencia va referida al uso de la cosa que sea normal y adecuado, sin añadir nada más a la publicidad posesoria, lo que se traducirá en un elemento de la prueba conforme con criterios empíricos usuales.

b) Violencia y posesión pacífica. La violencia, para combatirla, la predica el Código, así frente a quien pretende poseer como frente a quien es perturbado en su posesión, imponiendo en todo caso la intervención jurisdiccional, no cupiendo un sentido aislado del artículo 444, respecto de los artículos 441 y 446, como habían destacado PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, por lo que no es dable rechazar la violencia con la violencia del despojado (excepcionar éste sería imposible en el juicio de interdicto, limitado al hecho posesorio, según el art. 1.652 de la LEC). Solamente cuando la violencia cesa es dable hablar de posesión y de su adquisición consiguiente, si existe año y día (art. 460, 4.º), o si, por vía delictiva, prescribió la acción penal, comenzando entonces la posesión civil (art. 1.956). Se explica por ello la exigencia de que la posesión tiene que ser pacífica, pues sin paz no hay posesión.

c) Tolerancia, licencia y precariedad. La exigencia del artículo 444 se corresponde con el artículo 1.942, que piensa en la posesión a título de dueño, concibe los actos a que se refiere como posesorios, pero les niega energía para adquirir tal concepto; conocidos por el dueño, no se opone a ellos, entendiendo por conocimiento incluso la negligencia, por la indiferencia que ésta expresa y la tolerancia que supone, cuando no abandono. Distintos son los actos efectuados con licencia; la licencia implica la tolerancia, pero no al contrario, pues en aquélla existe una expresa actividad del dueño.

El precario, rico en matices jurídicos en el Derecho romano, pasa en España a convertirse o apreciarse como una detentación tolerada, cuyo perfil es jurisprudencial, y como desarrollo de la legislación rituaría, que ha llevado a plantear si el precarista se halla en situación diversa de una actividad tolerada y si le cabe ampararse en los interdictos. La diferenciación es eminentemente empírica y difícil de realizar, pues precario

y posesión no se ofrecen como estados puros, lo que incita, debe incitar, al análisis nada extremo, a la ponderación de las circunstancias, debiendo sustentarse un criterio cauteloso, que puede alentar la tutela interdictal (procedimiento que no es dable definir si el precarista es o no poseedor, pero sí es dable plantear la certidumbre de un despojo), sin contradicción entre el precario y sí inherente desahucio, cuyos trámites, por lo demás, expresan que el precarista tiene derechos, que el dueño no desconoce la situación existente ni puede actuar como si no existiese. Proteger esa esfera puede hacerse idóneamente con la tutela interdictal.

Para culminar la usucapión, se reclama una posesión no interrumpida, si bien con la relatividad propia de este concepto, que no impone la rigida continuidad; es suficiente con que el poseedor no pierda la posesión o que el dueño no la reclame. Precisamente la extinción natural conoce que la continuidad no es continuación, pues puede estarse sin actuar menos del año o incluso perderse —porque aconteció indebidamente— sin interrupción posesoria. Y cabe la permanencia real, pero sin trascendencia, como ocurre con la interrupción civil, ya efectuada judicialmente mediante citación hecha debidamente (luego continuada en sus trámites), ya en acto de conciliación seguido de demanda sobre pretensión de posesión o de dominio (celebrado aquél o por no incomparecencia del demandado), o por reconocimiento hecho por el poseedor, lo que es obvio, pues es el afectado quien está indicando que no hay usucapión al no considerarse dueño.

En la interrupción civil, los matices del procedimiento han devenido en problemáticos. La demanda y su presentación, ¿equivalen a la citación judicial? El autor se inclina por la negativa, no sólo por razones prácticas, sino por exigencias del propio procedimiento en juicio declarativo, que exige admisión a trámite previa certificación del acto de conciliación, siendo preceptiva la intervención judicial; citación judicial y no acto de parte, aunque el Juez no sea competente, hecha al poseedor, cumpliendo la diligencia correspondiente. Ello es claro contrastando el diferente alcance de la prescripción y de la usucapión, de las que ésta ofrece un estado protegido.

Otrosí, ¿cuáles son los alcances de una citación nula? Realizada la citación sin ajustarse a las solemnidades legales, por defecto de la cédula, la citación es nula, salvo que el afectado se dé por enterado. El Código reclama solemnidades legales y se remite a la LEC, por lo que la posible inobservancia de aquéllas no afectan la eficacia del acto. Surge una citación nula, que exige una estimación judicial. ¿Cómo se produce? No siendo viable la reposición, dable contra la citación o emplazamiento, pero ni contra las diligencias en su cumplimiento, en las que no interviene el demandante, la reposición le es impedida, y excluido el incidente de nulidad de actuaciones, se abre un resquicio para que el demandante vea perjudicado su interés ante una citación practicada sin las solemnidades legales, sin darse el demandado por enterado, con nulidad judicial declarada. Díez-PICAZO intenta la solución identificando citación judicial con presentación de la demanda, produciendo efectos siempre que *a posteriori* haya sido admitida a trámite, criterio que rompe en dos su tesis general; del mismo modo que reconoce el autor, se divide la propia ante esa citación judicial nula cuando reclama una interrupción de la usucapión con protagonismo del demandado, que no se produce por el modo de cana-

lizarse el comportramiento del demandante, que llevaría a concluir el perjuicio de éste por algo que no le es imputable. Pero cree superable el problema a la luz de la reforma de 1974, que autoriza a evitar el imperialismo de la literalidad, ponderar la equidad y que, al consagrar la buena fe en el ejercicio de los derechos, autoriza a separar la orden de citación que el Juez efectúa, pero no la hace de la práctica misma, con lo que resultados no atribuibles ni al Juez ni a la parte se convertirán en plenamente interruptores. Así, una mera incidencia de un simple agente judicial no afecta al tema sustantivo que ofrecen los intereses en conflicto. En todo caso, la sentencia, al estimar la demanda, fija el momento de la interrupción, que no se dará si hay desestimación.

En tema de legitimación, el artículo 1.931 aparece inicialmente como norma de remisión a lo establecido para los demás modos de adquirir; norma imprecisa porque no siempre ofrece el Código tales previsiones (ocupación) o las exige especialmente (donación). El punto es relevante porque la usucapión significa un proceso en el tiempo, siendo menester precisar si el menor, que puede poseer, puede culminar la usucapión. Considerada ésta como un fenómeno propio y completo —al tiempo que ser efecto de la posesión en cuanto probable—, como modo sólo es referible a quien tiene capacidad para obrar desde su comienzo, y si fuere menor quien inició la posesión, deberá ser asistido por sus representantes legítimos para poder usucapir el derecho de que se trate.

El significado del título es diverso en el Código (arts. 467, 468, 536, 609, 660, 385, 1.065, etc.). En el ámbito posesorio, el concepto que parece recogerse es el de título como fundamento de la adquisición y la adquisición misma. En tema de usucapión, el artículo 1.940 refiere el título al de la posesión, de significación atributiva, pues, como destaca el artículo 1.952 del Código Civil. Al exigirse un título justo, éste se separa del suficiente; no es el completo, sino uno defectuoso, que es lo que subsana la usucapión, pero es justo; no eficaz, pero sí virtual para la eficacia; lo que el artículo 1.953 cifra en verdadero y válido.

¿Lo es el *pro derelicto*, o se reclama siempre un carácter traslativo? El Derecho romano ofrece las dos tendencias, sabiniana y proculeyana, y más parece preocuparse de fijar las cosas hábiles para adquirirlas. Las Partidas insisten en los títulos traslativos y omiten el *pro derelicto*, aunque extienden la usucapión extraordinaria a cualquier medio de obtención de la cosa; la doctrina inmediatamente anterior al Código y la subsiguiente toma en cuenta el título traslativo, pero la doctrina posterior se aparta de esta tónica para aceptar el título *pro derelicto*. No parece posible sustentar tal tesis, aparte de otras razones, por el propio artículo 1.950, que tajantemente sujeta la buena fe a una creencia respecto de la condición de dueño en el transmitente, resaltando un recibir, una reputación de dueño para el otro y la creencia de su posible transmisibilidad subjetiva, ninguna de cuyas circunstancias se da en la ocupación, lo que es sistemáticamente concorde con el artículo 433 y con el artículo 1.952, que resalta la idea de transferir. En el ámbito inmobiliario, la Ley del Patrimonio del Estado no deja dudas; en muebles, el artículo 1.955, 1.º, reclama la posesión no interrumpida con buena fe; ¿por qué no se menciona el título? No hay que recurrir al artículo 464, pues ya se incluye en el artículo 448 de modo general; pero tal presunción no opera para la usucapión, pues el título nunca se presume (art. 1.954). La nece-



sidad de prueba se excluye en la usucapión ordinaria mobiliaria al ser suficiente la posesión. Esto es lo que se ha dicho con otras tesis. Pero también cabe decir que el artículo 1.955, 1.º, y el artículo 464 pueden entenderse, sin que el artículo 464, 1.º, quede sujeto al artículo 1.955, 1.º; el artículo 1.955, 3.º, se refiere a todo el artículo 464, menos a su proposición primera, que es la regla fundamental. Si no hay remisión aquí, y sí en el resto, ¿no es prueba de autonomía? Además, el hecho de que tal norma integre la relativa al régimen de la usucapión ordinaria, no significa que equivaler posesión a título sólo signifique esa integración, lo cual permite el artículo 464, punto obligado de partida en su párrafo primero, para configurar una adquisición *a non domino* (voluntaria desposesión de aquél, quien recibió, que luego enajena), que no está en la adquisición *a non domino* del artículo 1.955, 1.º; reconocer en el artículo 464 una adquisición directa sin usucapión reduce el ámbito de ésta, pero no la elimina. La usucapión mobiliaria trienal es más amplia que la del artículo 464, y donde éste no llega actúa la usucapión.

Entre posesión y título para usucapir se reclama una perfecta correspondencia, pues es la posesión lo transmitido y solamente el tiempo en ésta permite acceder al derecho. Por ello, el negocio bajo condición suspensiva elimina el tiempo de ésta del cómputo para usucapir; pero luego y aparte, es idóneo cualquier título transmisible (venta, permuta, donación, pero con exclusión del putativo o la división de cosa común, por no tener tal carácter. No lo es tampoco el título hereditario, por recaer sobre una universalidad, pero es típico el título de la sucesión singular).

Reclamar del título que sea verdadero es, en cierto modo, redundancia, pues se trata de reclamar su existencia y, por ello, su prueba, por lo que no es tal el título falso o el simulado ni, como se dijo, el putativo. Y estimarle válido supone que reúna condiciones de eficacia, aunque no las correspondientes al tipo previsto, por lo que solamente es inválido *ab initio* el nulo o inexistente. La noción de validez así fijada ha sido restringida jurisprudencialmente, empleando una noción de buena fe como ignorancia en la legitimación del disponente, que ha limitado la noción del vicio a la facultad de disponer, cuando su concepto es mucho más amplio, superponiendo así el artículo 1.950 al propio 1.952.

Efecto fundamental de la posesión, vía usucapión, es la adquisición del derecho real de que se trate, lo que se presenta, naturalmente, en cuanto probabilidad. Ciertamente, es un efecto *ipso iure*, pero que normalmente aparece en la contención, cuando se alegue por vía de excepción (siquiera su alcance lo hace más propio de la reconvención, aunque por la jurisprudencia existente es casi irrelevante el punto), o por instancia del interesado en vía declarativa. E importa destacar la dualidad de aspectos en la usucapión, el fáctico y el jurídico, por el diverso alcance de la potestad judicial, destacada en alguna sentencia concreta.

La eficacia va referida, ciertamente, al momento del inicio de la posesión. El juego del tiempo es aquí total, presupuesto de hecho normativo, lo que explica el régimen existente respecto de los frutos y actos realizados en el denominado período intermedio.

Objetivamente, los efectos abarcan, y se limitan, a aquello que fue objeto de posesión, no a la entidad objeto, pues coincidiendo ambos en materia mobiliaria —regularmente—, no es igual en inmuebles, lo que supone un posible poseedor de parte del inmueble, con consiguiente de-

recho de deslinde de los muebles sitios, etc., estándose siempre al título en la usucapión ordinaria, pudiendo darse la extraordinaria en el exceso. En el ámbito hereditario, el artículo 1.934 resalta que el hecho de la sucesión no altera el proceso de la usucapión, si bien el fallecimiento altera por sustitución a las personas favorecidas o perjudicadas con la usucapión. Si de comunidad se trata, el sentido del artículo 1.933, nada sencillo de delimitar, parece que debe entenderse con referencia a otras cosas distintas a las tenidas en copropiedad o coposesión sobre las que la cotitularidad se proyecta mediante alguno de los cotitulares, resultando una precisa correspondencia entre los artículos 1.933 y 450.

La posesión de bienes muebles ha preocupado siempre a HERNÁNDEZ GIL. Más de ciento cincuenta páginas dedicadas al punto ratifican artículos anteriores sobre el tema, que casi se centra en el fundamental artículo 464 del Código Civil.

La distinción mueble-inmueble es básica en el Código, no sólo porque la use como criterio clasificatorio, sino porque el carácter mueble o inmueble es en ocasiones esencia de un instituto o de un concepto; porque una institución recibe diferente configuración según el bien a que se refiera; porque según el bien, se fijan mayores o menores garantías, criterios de forma, etc. En tema de posesión, se contienen normas específicas para los muebles, destacando los artículos 449, 461, 464 y 465 como principales. El primero fija una presunción de adscripción, con relevancia hermenéutica, en sí y respecto de los artículos 346 y 347. El artículo 461 es característica del mueble, a la vez poseído sin saber momentáneamente dónde se halla. El artículo 465 se ocupa de una categoría de la que prescinde el Código, los semovientes, contenidos en tres clases, en que se ofrece una equiparación entre animales mansos y amansados, que no coincide con el régimen del artículo 612, 3.º, que prescinde del *animus revertendi*; la antinomia puede, no obstante, resolverse anteponiendo la regulación contenida en el artículo 612, 3.º, sobre animales amansados, en tema de adquisición y pérdida de los mismos, extendiendo dicha regulación a los efectos posesorios si media ocupación por tercero de un animal amansado dentro del término limitadísimo de veinte días, no desplegando efectos entonces la equiparación que hace el artículo 465 en este punto concreto.

Fundamental es, no obstante, el artículo 464, centrándose en su primer párrafo la polémica sobre diversos aspectos: ¿qué sentido tiene la equivalencia de la buena fe posesoria respecto del título y sus consecuencias, así como la reivindicación limitada a los casos de pérdida o privación ilegal? La equivalencia entre posesión y título, ¿conduce a una adquisición *a non domino* con independencia de la usucapión? ¿El tema fundamental lo es la adquisición o la reivindicación?

Después de hacer un inventario de las diversas teorías sustentadas en la doctrina española, resaltando dos posturas, la romanista y la germanista, conservadora y progresista, respectivamente, en que la jurisprudencia se inclinó de inmediato por la primera solución, y luego de recordar sus dos artículos sobre el tema, abrazando un criterio de avanzada, se replantea el autor el tema. ¿Qué decir? En esencia, mantener el pensamiento anterior, cambiado en alguno de sus matices, con el estímulo del nuevo artículo 3, 1, del Código Civil, no sin antes enfrentar una tercera dirección, magistralmente trabajada por VALLET DE GOYTISOLO,

quien centra en la reivindicación mobiliaria, pero no en la usucapión ordinaria ni en la adquisición *a non domino*, el tema eje del precepto, lo que significa un avance, y grande, en la interpretación romanista, si bien poco se avanza prácticamente si no se circunscribe la privación ilegal a la sancionada con reivindicación.

El artículo 464 tiene un rico trasfondo en el Derecho germánico y por la virtualidad de la *gewere*, que se refuerza en el medievo por su concepción acerca de los muebles. Hoy se dan unas situaciones económico sociales análogas, en que el interés social no estriba en proteger a ultranza al propietario formal, sino al propietario real representado en el adquirente, concurriendo múltiples razones para ello: la agilidad del tráfico; la dificultad del control mobiliario, con frecuencia no documentada; la dificultad de identificación de los muebles, y el imperativo de dar certeza a las transacciones. Pero aquel trasfondo tampoco significa que la dicotomía o antagonismo que clásicamente se han ofrecido respecto de los Derechos romano y germánico sea como se nos ha servido, pues al Derecho romano no le es desconocido un régimen diverso para unos y otros bienes. Incluso el aforismo «nadie da lo que no tiene» ofrece en Roma soluciones singulares distintas: en el acreedor pignoraticio, en las enajenaciones del Fisco, hay adquisiciones *a non domino*. El artículo 464 no responde tampoco a un mecanismo puro germano, y desde luego, el Derecho romano se contiene en él, sobre todo en el reclamo de buena fe, no estando nada claro el rastro de los criterios germanos en el Derecho histórico español.

En el sistema del Código Civil, el artículo 464 no está solo, sino dentro de un conjunto de preceptos que fijan un régimen propio y diferenciado para los muebles. La identificación de posesión de buena fe y título no es ligereza, pues posesión, buena fe y tercera son elementos de la apariencia (expresiva de una realidad objetiva), cuyos efectos, además, no se cifran siempre existentes, que encontramos con abundancia en el Código, siendo el artículo 464 un caso más. No es que todos los preceptos traten de lo mismo, sino que instrumentan criterios informadores similares; preceptos que se analizan, en parangón con el pensamiento de VALLET, para acreditar que la irreivindicabilidad no está sola en el artículo 464 del Código Civil, cuyo significado queda centrado en la expresión *privación ilegal*, cuyo sentido, según el artículo 1.962, en su párrafo tercero, se remite al artículo 1.955, que lo hace, a su vez, al artículo 464, expresándose el primero con distintas palabras, pero igual concepto: pérdida, y no extravío; privación ilegal (art. 464, 1.º, inciso segundo) o cosa sustraída (art. 464, 2.º), o privación ilegal, que repite el artículo 1.955, por hurto o robo. Se delimita así la privación ilegal, que no puede identificarse con todo lo que no sea una privación legal. No acaba de convenirse HERNÁNDEZ GIL ni de la tesis de VALLET, que analiza en detalle, ni de las aportaciones de MARTÍNEZ CALCERRADA, ni mucho menos aún de la posición jurisprudencial sentada en 19 de junio de 1945, que analiza en sus fundamentos (posible sustitución del término francés *vol* por el amplio de *privación ilegal*; la razón histórica de identidad romana y del Derecho español; la exigencia del tráfico, amparada en el Código de Comercio; la carga de la prueba; el valor adquirido por los muebles y el riesgo correspondiente de extender la irreivindicabilidad; no facilitar las

adquisiciones del dominio sin una transmisión), que el autor desfondadamente: no puede usarse la sustitución de una palabra como argumento para desmontar todo un régimen sobre bienes mobiliarios, como representa en el *Code* el reconocimiento que se hace en el artículo 2.279 de las adquisiciones *a non domino*, ni mucho menos usar una adversativa reductora de un ámbito como medio para extinguirlo; la razón histórica, sin más riqueza de detalle, es tan falsa como cierta, pues en nuestra historia se dio tanto el Derecho romano como el germano, aunque sea menor, siendo la regla del artículo 464 una de origen germano, de donde se generalizó al Derecho intra y extra europeo; amparada la seguridad del tráfico por el Código de Comercio, que en la Exposición de Motivos de su Proyecto reclama derogar la regla romanista, éste no agota aquella seguridad, que limita a ciertos bienes en una determinada circulación, y es más radical que la norma civil, al no considerar la buena o mala fe del adquirente, ni el modo de perderse la posesión, aparte de que el argumento cabe revolverlo en contrario, al ser el Derecho mercantil la punta de lanza de la vida civil; revertir la carga de la prueba por el artículo 464, es fijarle un criterio contenido en el artículo 448, haciendo aquél innecesario en este punto, aparte de no conjugar el uso de los artículos 448 y 1.954 con igual coherencia que se hace respecto de éste y el artículo 464; no buscar la «expansión» del artículo 464 en función del incremento del valor e importancia de los muebles, que es la razón de la admisión de la regla que contiene en todos los sistemas, deviene en contradictorio; finalmente, argumentar como antiético un sentido que facilite la adquisición *a non domino*, pudiendo ser altamente moral subjetivamente, puede no serlo objetivamente e incluso permite barajar una noción de la moral antiética, que puede beneficiar a quien dio motivo a ser desposeído (que nunca será perjudicado al serle reconocida una acción indemnizatoria).

Entiende el autor que el artículo 3, 1, del nuevo Título Preliminar del Código Civil es relevante en este tema. La novedad del precepto radica en situar como *ius cogens* una realidad doctrinal y jurisprudencial anterior respecto del empleo de determinados criterios, conforme que hay que acceder al significado normativo.

Cuando se dice que la posesión equivale al título, «equivale» significa una afirmación de igualdad y de diferencia. La diferencia estriba en que son diversos *título* y *posesión*; la igualdad radica en asimilarlos. La posesión desempeña, porque no es, el papel de título. Cuando luego de la equiparación, se añade que, *sin embargo*, quien pierda la cosa o sea privado ilegalmente, puede reivindicarla de quien la posea, se afirma una relación con la afirmación precedente, que queda limitada por lo enunciado después, es decir, no siempre la posesión equivale al título. Si el enunciado que restringe reconoce la reivindicabilidad, el primer enunciado restringido está señalando lo contrario, la irrevindicabilidad, inexistente salvo que haya pérdida o privación ilegal. Negar la irrevindicabilidad, que es expresión jurisdiccional del dominio, es negar el dominio; y si se niega el dominio a uno, es para atribuírselo a otro, al adquirente de buena fe. Del contexto del artículo 464 forma parte su segundo párrafo, que reitera la expresión del párrafo primero acerca de las cosas perdidas, cambiando la expresión «hubiese sido privado de ella ilegalmente»

por la de cosa «sustraída». El paralelismo del contexto, que relaciona los artículos 1.962, 1.955 y 464, impone entender por privación ilegal el hurto o el robo; lo mismo que lo es referir la adquisición *a non domino* del artículo 464 junto a otras normas de contenido distinto, pero armónicas.

Como el artículo 3, 1, señala los antecedentes históricos, reconoce el autor que el artículo 464 tiene una base de que carecen las teorías romanistas. El Derecho germánico mantuvo un régimen posesorio mobiliario distinto por función de la buena fe, que en Derecho romano no está dotada de particularidades. Y si el Código recoge el criterio de la buena fe es que se apartó del Derecho romano. El Derecho germano, en sus principios, con influencias romanistas, llega al *Code*, si bien en nuestros antecedentes cómo ocurrió esto es problema debatido.

Los antecedentes legislativos, también señalados en el artículo 3, 1, se usan ricamente por HERNÁNDEZ GIL, destacando el carácter científico y práctico con que se redactó algún proyecto antecedente, en que la posesión forma parte de los derechos reales, que se ordenan conforme a los principios germanistas; cómo en las actas existentes de la Comisión General de Codificación, y en anotaciones de diversas carpetas, se expresa preocupación por una regulación insuficiente, frente al Derecho austríaco, y se toma nota de la insuficiencia del proyecto de Código Civil, su equivalencia respecto del Código de Comercio. La Base 11 de la Ley de Bases, realmente nada aporta. En la deliberación ante el Senado, BOSCH criticó una regulación protectora de la *intención de poseer*, frente a la *intención de trabajar*. No se duda del uso del artículo 2.279 del *Code* y de la sentencia de la Casación francesa de 20 de mayo de 1835, que equiparó robo a estafa.

El artículo 3, 1, configura la realidad social como similar al contexto, realidad social que es factor de movilidad cambiante, que permite ajustar las normas a los hechos en su devenir, lo que permite modificar sentidos por vía de interpretación, sin necesidad de reforma legislativa, salvo ante el absoluto divorcio de norma y vida. Y si el momento actual se ofrece completamente distinto al germánico que originó la regla de irreivindicabilidad mobiliaria, no obstante, se llega a su imperativa exigencia: no es concebible un capitalismo industrial de alto consumo en que prive una rígida transmisión causal, la reivindicabilidad mobiliaria como sagrado principio, que, además, atenta contra la propiedad de las relaciones de cambio (pues la irreivindicabilidad es pugna entre propiedades, no entre un propietario y quien no lo es), que son lo normal hoy y ahora.

Hoy y ahora, el Proyecto de Ley uniforme sobre la adquisición de buena fe de objetos muebles corporales, elaborado por el Comité de expertos gubernamentales del UNIDROIT, coincide con la tesis sustentada por HERNÁNDEZ GIL.

Reinsiste, pues, el autor en su tesis de 1944, pasando a estudiar el ámbito de aplicación del precepto contenido en el artículo 464, 1.º, en el que jugando dos conceptos, bienes muebles y posesión, no puede verse referido a la categoría mobiliaria genérica a que se refieren los artículos 333 y siguientes del Código Civil, pues la noción de objeto en la posesión impide tan amplia generalización, que debe concretarse a las cosas y a los derechos que recaigan sobre cosas, con relatividad a su carácter

real o personal, como se indicó al tratar del objeto de la posesión. Que los derechos reales limitados encajan en el artículo 464, 1.º, parece punto tranquilo y sin dudas, pues abundan muchas razones. No parece, sin embargo, aconsejable igual solución respecto de derechos personales susceptibles de posesión. Si la usucapión limita su presencia al dominio y demás derechos reales, se excluye de los de crédito, y hay afinidades entre el régimen de la usucapión y el artículo 464 y relacionados. Quedan también excluidas del artículo 464, 1.º, otras adquisiciones *a non domino*, admitidas sin polémica, cuales las cosas muebles compradas mediante subasta pública; las empeñadas en Montes de Piedad; las mercaderías adquiridas en establecimientos mercantiles; la moneda con que se paguen mercaderías (sin perjuicio de una posible repetición por su valor); los títulos al portador transmitidos con intervención de Agente, Notario o Corredor, y, por supuesto, los automóviles, dado su régimen especial de registración, no empece que ésta corre por cauces algo diversos del problema posesorio que aquí se trata, dado que deben armonizarse las normas civiles y las administrativas, al menos mientras no se produzca una disparidad absoluta, que reclame para cada tipo su propio ámbito competente; finalmente, las universalidades, no sólo por razones empíricas derivadas de su relevancia económica, sino por su dependencia de las relaciones jurídicas que versan sobre un todo unitario.

Las sesenta últimas páginas quedan para tratar la tutela interdictal de la posesión, factor en que el autor observa la razón de la calificación de la posesión como derecho, y reflejo de la diversidad histórica del instituto en el ámbito procesal, pues el interdicto original se expresa en el ámbito ajurídico como instrumento de mantener un *statu quo*, y separado, pues, del procedimiento ordinario, distinción que deja de tener significación al convertirse en ordinario el procedimiento *extra-ordinem*, careciendo de justificación la diferenciación entre interdicto y acción. Aquellos interdictos, existentes para resolver múltiples cuestiones, y no sólo las posesorias, no se parecen en nada a los actuales, aunque se da un paralelismo en cuanto así el romano como el actual están vacíos procesalmente de posibilidades, pues la mayor injerencia administrativa, la expansión de la actividad tipificada delictiva, etc., reducen la posesión y su tutela a un rincón del Derecho civil.

De la regulación que ofrece la LEC solamente dos interdictos de retener y de recobrar son los posesorios; el de adquirir es petitorio; el de obra nueva no es estrictamente posesorio, por mor de la legitimación activa; el de obra ruinosa desborda totalmente la posesión. Su formulación conceptual en el Código Civil y en la LEC no guarda una rigurosa correspondencia por mor de las funciones del lenguaje: un contraste entre los artículos 446 del Código Civil y 1.651, 1.652 y 1.657 de la LEC parece concluir que los interdictos son pertinentes en dos situaciones determinadas, ante un despojo y ante una inquietación.

Despojo es la perturbación posesoria, cuya regulación rituarial parece insuficiente, debiendo completarse con el Ordenamiento y la propia realidad social. Ante el despojo, la situación posesoria previa se altera por dejar de existir, pero el despojado sigue siendo poseedor por virtud de la legitimación procesal y la imposibilidad de que el despojante adquiriera la posesión, limitándose el despojo a la perturbación de los poderes de

hecho. No hay pérdida. En Derecho romano, el despojo es un acto violento en todo caso, referido a los inmuebles, exigencia atenuada por el Derecho canónico, y que se continúa en el Derecho posterior. Nuestro Ordenamiento no exige violencia, remitiéndose la LEC «al despojo» como materia de información previa, por lo que hay una remisión al momento social, a las circunstancias particulares, al comportamiento del que actúa, pero también al del propio poseedor, para delimitar el concepto, que no debe hacerse depender de una intención previa pues cabe despojo sin ésta. Sí ofrece, no obstante, unos límites objetivos, definidos por la inquietación y el ilícito penal.

La sentencia que recaiga restablece la situación posesoria alterada, dependiendo su concreto alcance de la entidad del despojo.

La inquietación posesoria no es enmarcable en un concepto delimitado, pues la riqueza de la realidad en que una inquietación pueda darse lo impide. Cabe delimitarlo como toda inquietación que no es despojo, invasión o amenaza de ella en la esfera posesoria que no alcanza a privar de la posesión. La legislación rituarial, en los trámites de información previa, exige acreditar el hecho de la inquietación o fundados motivos de que se cree se será inquietado, expresados en los hechos externos en que consista la perturbación, de donde se deduce su carácter de probable como posible, superando percepciones subjetivas o meras sospechas del poseedor. La sentencia ordena el mantenimiento en la posesión y poner fin a los actos o su abstención en lo futuro, y no sólo a los actos acontecidos, sino a otros que tengan igual alcance.

La legitimación activa corresponde al poseedor, entendida en todas sus ricas y diversas manifestaciones, contentiva de sus diversas categorías, en todos sus conceptos, respecto de todos sus posibles objetos y por todos los efectos que produce. Pero el juego de los interdictos permite la expresión mínima de la posesión como entidad autónoma y con independencia del derecho que pueda implicarla, de la clase de que se trate, del concepto por el que se tenga, que es la expresión del artículo 446, en que queda excluida la tenencia no posesoria. Correspondientemente, aquella legitimación se reconoce a los poseedores por concepto de dueño y otro distinto, a los que lo son en nombre propio y en nombre ajeno, a los de cosa y derecho, a los coposeedores y a los herederos y coherederos. Respecto del problema acerca de la posibilidad de legitimación respecto del arrendador y arrendatario, se declara el autor partidario de reconocer legitimación posesoria al arrendatario, pues el arrendamiento como contrato no excluye el tema posesorio, ni éste depende siempre del arrendamiento; admitir que el arrendatario es poseedor, pero no frente al arrendador, es concebible la posesión en un solo sentido, afirmándose un poseedor no protegido interdictalmente, pero que lo es y lo está respecto de las demás situaciones. No significa ello desconocer el ámbito derivado de las propias relaciones contractuales, que, por el contrario, deben tenerse muy presentes para fijar los límites de la defensa interdictal respecto de la contractual. Y con relación a la protección interdictal del arrendador, les es dable, pues es poseedor de hecho del derecho, aunque no lo sea de la cosa; no es excusa la facultad del desahucio, pues éste deriva del incumplimiento y no de la perturbación posesoria.

La legitimación interdictal no requiere subordinarse al período de año y día, según duda motivada por el artículo 460, 4.º, porque ni el despojado ha perdido la posesión, ni el autor del despojo la adquiere; la protección interdictal no reclama acreditar una adquisición legítima, aspecto éste que no se plantea en los interdictos, cuyo fin es la situación de hecho con exclusión de una acción directa, facilitando el acceso sencillo, elemental, a la jurisdicción. Por el contrario, sujetar al plazo la intervención interdictal podría significar, puesto que es plazo de pérdida, pero también de adquisición de la posesión y de presentación de la demanda, la caducidad de la acción. Aparte que el plazo es reclamado por el artículo 460, 4.º, como elemento de un modo de adquirir, existiendo otros modos que la atribuyen sin concurso de tiempo.

En el plano de la legitimación pasiva la fórmula usada por la legislación rituarial, de que por el actor señale la persona contra quien se dirige la acción u otra por orden de ésta, como ejecutora de los actos perturbadores, permite una legitimación de diversas personas, si fueron varios los autores con igual grado de participación, o con intervención de diversa entidad en que uno actúa por inducción de otro, siendo éste el pasivamente legitimado entonces. Bajo este enfoque, y dado que la perturbación puede consistir en un conato, es fundamental deslindar la imputación de actos de la de inducción con especial cuidado. ¿Cabe incluso referir la legitimación a quien no actuó? La respuesta que debe darse es negativa; no es defendible en la sucesión universal, pues solamente el heredero que sabe es perjudicado por las consecuencias de la posesión viciosa del causante; en la sucesión por título singular, parece aconsejable plantear la cuestión en el ámbito del juicio de interdicto y, destacadamente, en la posesión de muebles —pues en el ámbito inmobiliario un despojante no puede intervenir en un acto dispositivo al que le es requerido documento público—, hipótesis en la cual el despojante expresaría una situación de privación ilegal, que impide la adquisición al tercero de buena fe, que pierde frente a la reivindicación del propietario en el juicio petitorio, mientras que en el interdicto, el despojado no habrá de plantearse la buena o mala fe, siendo su preocupación actuar contra el despojante y contra el que detenta la cosa, so pena de arriesgar la situación posesoria, y que el tercero pueda alegar su buena fe es cuestión de fondo.

Respecto de la prescripción y caducidad de acciones, Código Civil y legislación rituarial son coherentes al señalar el término de año; pero tal coherencia no es identidad. Que el artículo 460, 4.º, señale el mismo plazo que el artículo 1.968 no significa que respondan a igualdad de planos. Aquél señala un término de pérdida que queda subordinada a una adquisición; la previsión del artículo 1.968 no se condiciona a adquisición alguna. El artículo 1.653 de la LEC efectúa una formulación más completa, que actúa en el ámbito judicial estrictamente, sometiendo el plazo al tratamiento típico de la caducidad.

\* \* \*



Hay algo en una recensión —incluso en una demasiado larga, como ésta— que no puede traslucir. Y es la técnica, y la elegancia técnica, en labores de hermenéutica, que es lo que separa a un jurista de un aprendiz de brujo, a un sistema de Derecho de un conjunto de leyes. A los aprendices de brujo les aconsejo la lectura del texto, para que vean cómo se interpreta un Ordenamiento, labor que queda muy lejos de «descolgar» reglas de cualquier texto para ofrecerlas como «creación jurídica». Y para desvirtuar alguna opinión que por ahí circula, conforme a la cual es imposible sistema y vida. HERNÁNDEZ GIL acredita que el sistema es para la vida, que no hay vida sin sistema (en cuanto labor intelectual de captar la misma) y que sistema y vida pueden marchar de la mano.

E. VÁZQUEZ BOTE