



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La coposición: análisis del art. 445 C.c.

M^a Elena Lauroba Lacasa



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial – SenseObraDerivada 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial – SinObraDerivada 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 4.0. Spain License.**

M.^a ELENA LAUROBA LACASA

LA COPOSESION

(Análisis del art.445 C.c.)

**Tesis doctoral dirigida por
el Dr. Ferran Badosa Coll**

Abril 1996

INTRODUCCION

PRIMERA PARTE

CAPITULO I. LA POSESION SOLIDARIA	1
1. El principio <i>duo in solidum possidere non possunt</i>	1
1.1. La configuración del principio en las fuentes romanas.	1
1.2. La evolución posterior	6
1.2.1. La Edad Media	7
1.2.2. La Edad Moderna	12
1.2.3. Los Pandectistas	15
2. El concepto de solidaridad posesoria en relación con el art.445 Cc.	16
2.1. Posesión solidaria como negación de la pluralidad: La vocación de exclusividad.	16
2.2. La posibilidad material de una pluralidad de posesiones solidarias frente a la imposibilidad jurídica. La función del objeto.	19
2.3. La posesión solidaria como ordenación de la legitimación de una pluralidad de sujetos	21
2.4. Un supuesto específico de <i>compossessio in solidum</i> : las servidumbres. La irrelevancia de la indivisibilidad del derecho para la solidaridad posesoria.	23
2.5. El ámbito de la incompatibilidad del art.445 Cc.	27
2.5.1. La incompatibilidad horizontal	28
2.5.2. La incompatibilidad vertical	28
2.6. Recapitulación	29
3. Dos supuestos que corroboran el principio anterior	30
3.1. La posesión incorporal del despojado: el art.460.4 Cc.	30
3.2. Posesión material y posesión tabular	32
CAPITULO II. LA ACOTACION DEL CONCEPTO DE COPOSESION	35
1. Introducción	35
2. La pluralidad de sujetos	36
2.1. La denominada coposesión "analítica" o "impropia"	37
2.1.1. El art.431 Cc.	37
2.1.2. El art.432 Cc.	39
2.1.3. Las aportaciones de ambos artículos en relación a la coposesión estricta.	40
2.2. Algunos supuestos controvertidos	40
2.2.1. La comunidad de goce	41
2.2.2.1. La posesión del usufructuario de cuota: el art.490 Cc.	41
2.2.2.2. Otros supuestos de comunidad de goce	45

A) La posición del usuario	45
B) El arrendatario de cuota	46
2.2.2. Dos aportaciones de derecho comparado	47
2.2.2.1. La "condetenzione" italiana.	48
2.2.2.2. Las tesis germánicas. La especificidad de los §§1.081 y 1.206 BGB.	49
3. La exigencia de un único objeto	56
3.1 Introducción	56
3.2. La <i>compossessio pro diviso</i>	59
3.2.1. La situación derivada de la copropiedad <i>pro diviso</i>	59
3.2.2. El supuesto tradicional de <i>compossessio pro diviso</i>	61
3.3. La posesión de parte de una cosa	61
3.4. La multipropiedad	64

CAPITULO III. LA ESTRUCTURA DE LA COPOSESION. LAS RELACIONES ENTRE LOS SUJETOS 66

1. La estructura de la coposesión: las diferentes teorías formuladas	66
1.1. La división ideal de la cosa.	67
1.2. La coposesión como división del animus	69
1.3. La coposesión como posesión de cuotas y detentación del total	69
1.4. La coposesión como división del poder de hecho que recae sobre la cosa 70	
1.5. La coposesión como persona jurídica y como persona colectiva	71
1.6. La coposesión como pluralidad de posesiones sobre la cosa.	74
2. Las relaciones entre los sujetos: la autonomía, el reconocimiento y la cooperación	75
2.1. Los instrumentos de ordenación de la pluralidad de poderes	76
2.1.1. La cuota	76
2.1.1.1. La cuota como referente de los elementos cuantificables 76	
2.1.1.2. Un requisito histórico prescindible: el carácter cierto de la cuota.	78
2.1.2. Los límites de los aspectos no cuantificables	80
2.1.2.1. Los criterios del art.394 Cc.	80
2.1.2.2. El uso <i>civiliter</i>	82
2.2. La consideración colectiva o de grupo	83
2.3. El fundamento de la repercusión de las conductas individuales en los restantes partícipes.	84
2.4. La actitud psicológica de cada poseedor: la no comunicabilidad de la buena o mala fe.	86

CAPITULO IV. EL CONTENIDO DE LA COPOSESION	89
1. La división clásica. El <i>animus</i>	89
1.1. Las claves de la controversia sobre el <i>animus</i>	90
1.2. Una interpretación conciliadora: la atención al <i>animus</i> para valorar el paso de la coexistencia al reconocimiento	92
2. El régimen jurídico del poder sobre la cosa	92
2.1. Introducción	92
2.2. El «concepto posesorio» como parámetro global de la conducta del coposeedor	95
2.3. El «estatuto coposeedor» de la cosa como parámetro de cada comunidad concreta	96
2.4. La tolerancia como índice de salvaguarda del «estatuto coposeedor»	99
2.5. El «estatuto coposeedor» como régimen legitimador de las conductas de los coposeedores	101
2.5.1. El «estatuto coposeedor legal»	103
2.5.1.1. Las conductas solidarias	103
A) Las reparaciones sobre la cosa como paradigma de la facultad ilimitada	103
B) Facultades limitadas por la existencia de otros comuneros	106
Ba) El uso de la cosa en su acepción más estricta.	106
Ba.1) El uso simultáneo. La denominada "posesión promiscua"	108
Ba.2) Las modalidades de ejercicio conjunto: la distinción alemana	109
Ba.3) Usos en interés de un comunero que no afecten a los restantes miembros: los usos satisfactivos secundarios	111
Bb) La legitimación del coposeedor para intervenir en la formación de la voluntad colectiva	113
Bc) La facultad de pedir la división de la cosa común	114
2.5.1.2. La legitimación para realizar actos que tienen como referencia el parámetro de la cuota: La obtención de los frutos	115
2.5.2. El «estatuto coposeedor convencional» como resultado de la voluntad de los coposeedores. La manifestación de la colectividad	116
2.5.2.1. Las decisiones dirigidas a la administración y mejor disfrute.	116
A) Los acuerdos sobre el uso	119
Aa) La distribución del uso no supone la extinción de la coposición	120
Ab) Los pactos parciales	123
B) Nombramiento de administrador a partir de pacto de los	

coposeedores y designación judicial en caso de abuso	123
2.5.2.2. Las alteraciones o innovaciones en la cosa común .	125
2.5.3. Especial referencia a la coposesión mediata	127

CAPITULO V. LA TUTELA INTERDICTAL DE LA COPOSESION: LA SALVAGUARDA DEL «ESTATUTO COPOSESORIO» 129

1. Introducción	129
2. El fundamento de la legitimación del coposeedor para interponer los interdictos	130
3. Finalidad y objeto de los interdictos de retener y recobrar	132
3.1. La privación o despojo	134
3.2. La perturbación	134
4. La interposición de los interdictos de retener y recobrar frente a terceros .	139
4.1. La perturbación dirigida estrictamente contra a uno de los comuneros	139
4.2. Legitimación en el supuesto de distribución del uso	140
4.3. Las actuaciones de tercero avaladas por la aquiescencia de un comunero	141
5. La tutela interdictal en los conflictos entre coposeedores. Su controvertida idoneidad	142
5.1. El interdicto de recobrar: sin limitaciones entre los coposeedores. . .	145
5.2. Las singularidades del ejercicio del interdicto de retener entre coposeedores	146
5.2.1. La compatibilidad/ intercambiabilidad del interdicto <i>uti possidetis</i> y la <i>actio communi dividundo</i> en las fuentes romanas	147
5.2.2. Una solución normada: El § 866 B.G.B.	148
5.2.3. La viabilidad del interdicto de retener entre coposeedores en el Ordenamiento jurídico español	152
5.2.4. La perturbación posesoria como extralimitación del «estatuto posesorio» del bien. El <i>animus turbandi</i>	155
5.2.5. La función de los acuerdos en la tutela posesoria	158
5.2.6. La excepción <i>feci, sed iure feci</i> como argumento legitimador del condómino. Su función en el Derecho español	159
5.2.7. Otros supuestos especiales	161
5.3. Coposesión <i>mediata</i> e interdictos	162
6. Los interdictos de obra nueva y de obra ruinosas	163
6.1. El interdicto de obra nueva	164
6.2. El interdicto de obra ruinosas	166

CAPITULO VI. LA USUCAPION COMO EFECTO DE LAS POSESIONES AD COUSUCAPIONEM 167

1. Introducción	167
2. La usucapión conjunta como resultado de una pluralidad de posesiones <i>ad</i>	

<i>cousucapionem</i>	168
2.1. La irrelevancia de las variaciones de los titulares durante el período prescrito para usucapir	169
2.2. El requisito de la buena fe en la usucapición ordinaria conjunta	171
2.2.1. La buena fe como condición individual de cada poseedor	171
2.2.2. La exigencia de la buena fe durante todo el período de la usucapición	172
3. La prescripción de un coposeedor "en beneficio" de los restantes: el supuesto del art.1.933 Cc.	174
3.1. La usucapición a partir de una copropiedad establecida	175
3.2. La usucapición desde la estricta condición de coposeedor	177
3.2.1. El "status" del comunero poseedor <i>ad usucapionem</i>	177
3.2.2. La triple función del art.1.933 Cc.	181
3.2.3. La repercusión de la buena o mala fe del coposeedor ejercitante	183
3.2.4. El supuesto específico del art.548 Cc.	185
4. La interrupción de la posesión ad usucapionem: el art. 450.2 Cc.	187
4.1. La interrupción natural.	188
4.2. La interrupción civil	190
4.2.1. La doble relatividad de esta modalidad interruptiva	190
4.2.2. La exigencia de litisconsorcio pasivo necesario	192
4.2.3. La especificidad de las servidumbres	194
4.3. El reconocimiento del coposeedor: su carácter relativo.	194
4.4. La interrupción relativa a una parte de la cosa	195
CAPITULO VII. LA EXTINCIÓN DE LA COPOSESION	197
1. La desaparición de la pluralidad de poderes de hecho: la concentración	197
1.1. La extinción de la coposesión por actuación del poseedor <i>ad cousucapionem</i> v. el resto: los caracteres de su conducta	198
1.1.1. Primera teoría: la interversión formal de la causa de la posesión	199
1.1.2. Segunda teoría: la interversión de hecho	200
1.1.3. Tercera teoría: la extensión de la posesión	202
1.1.4. La necesidad de reubicar las teorías anteriores. La generalización del supuesto a todo coposeedor infractor	203
2. Por división del objeto	206
2.1. El art.450 Cc. como referencia indicativa de la naturaleza de la partición. Su irrelevancia.	207
2.1.1. La "retroactividad" de la posesión dividida	208
2.1.2. La irrelevancia de la situación posesoria real previa a la división.	210
2.1.3. La transformación del concepto posesorio.	211
3. La liquidación de la coposesión	211

3.1. La restitución de los frutos	212
3.2. La asunción de los gastos	213
3.3. La responsabilidad por el deterioro o pérdida de la cosa	215

SEGUNDA PARTE

CAPITULO I. LAS SOLUCIONES PROPUESTAS PARA UNA INTERPRETACION SATISFACTORIA DE LA SEGUNDA PARTE DEL ART.445 CC.

1. El carácter aparentemente novedoso del art.445 en el panorama jurídico.	217
2. Las diferentes interpretaciones del art.445.2 Cc. Su refutación	218
2.1. Solución preliminar a un juicio posesorio o petitorio	218
2.2. Solución a la concurrencia de interdictos de recobrar	220
2.3. El art.445 Cc. como reflejo de la acción publiciana	221
2.4. Las contiendas entre posesiones de menos de un año	224
2.5. Como solución a determinados conflictos espaciales	226
2.6. Los supuestos de doble cesión de la posesión	228
2.7. El art.445 en relación con el art.448 Cc.	232
2.8. El recurso a otros Ordenamientos jurídicos	234
2.8.1. Las referencias tradicionales: el §372 ABGB.	234
2.8.2. La regulación del Código civil argentino	236
2.9. Las propuestas de MANRESA	237
2.10. Las especulaciones jurisprudenciales	239
2.11. Los turnos de aguas	244
3. La inclusión del art.445 Cc. en el art.41 de la Ley Hipotecaria tras la Reforma de 13 de junio de 1927	245
3.1. Un antecedente esclarecedor: el art.41 de la LH. de 1909	246
3.2. La vertiente política del Real Decreto de 13 de junio de 1927	252
3.3. El nuevo procedimiento del art.41 LH. La alegación del art.445 Cc.	253
3.3.1. Titular inscrito v. poseedor actual	255
3.3.2. Titular inscrito v. poseedor más antiguo	255
3.3.3. Titular inscrito v. poseedor que alega título. La condición del demandado	256
3.3.4. La exclusión del depósito o guarda judicial	259
3.3.5. Recapitulación	259
4. Las claves para descifrar el art.445-2 Cc.: Una primera aproximación	260
4.1. La necesidad de interpretar el art.445 como un todo	261
4.2. El significado de la expresión "la posesión, como hecho"	261
4.3. El ámbito de la "contienda" del art.445.2 Cc.	262
4.4. El art.445 se inscribe en el interdicto de retener	263

CAPITULO II. CONFIGURACIÓN Y TRANSFORMACIONES DE LOS INTERDICTOS DE RETENER	266
1. La tutela de la posesión en Roma	266
1.1. La época clásica	266
1.1.1. Los <i>interdicta retinendae possessionis</i>	267
1.1.2. El iter procedimental clásico de los interdictos	270
1.2. La configuración postclásica	271
1.3. La integración justineana	273
1.4. La necesidad de reconstruir el interdicto <i>uti possidetis</i> : la carencia de fuentes clásicas	273
2. La situación preexistente a la recepción del derecho romano en la Edad Media: la influencia de los derechos germánico y canónico	274
2.1. El derecho germánico	274
2.2. El Derecho canónico	277
2.2.1. La <i>exceptio spoli</i> . El canon <i>Redintegranda</i>	277
2.2.2. La <i>actio spoli</i>	278
2.2.3. La Decretal <i>Licet causam</i> de Inocencio III	280
3. La recepción del Derecho romano	282
3.1. La presentación del interdicto <i>uti possidetis</i>	282
3.2. La designación del procedimiento como posesorio ordinario	286
4. El procedimiento sumarissimum	289
4.1. Presentación	289
4.2. La configuración procesal de los juicios posesorios: la yuxtaposición plenario-sumario/sumarísimo	291
5. Un caso clarificador: el sistema posesorio francés	294
5.1. La <i>complainte</i>	295
5.2. La <i>récreance</i> o <i>recredentia</i>	297
6. El desplazamiento de los caracteres del juicio ordinario y sumario: El <i>sumarissimum</i> en sentido estricto.	298
6.1. Presentación	298
6.2. Dos referencias emblemáticas: MENOCCHIO y REIFFENSTUEL	302
6.3. Los caracteres del procedimiento sumarísimo en sentido estricto	305
6.4. La nueva metamorfosis del sumarísimo posesorio	309
7. La situación peninsular	311
7.1. El posesorio plenario	312
7.2. Los procedimientos sumarios	314
7.2.1. Sumarísimo de interín / <i>mandatum de manutenendo</i>	314
7.2.2. La tenuta	315
7.3. El s.XVIII como prolongación de la confusión	317
7.4. El siglo XIX: El camino a la unificación procedimental y conceptual de los	

interdictos	318
7.4.1. Introducción	318
7.4.2. La regulación procesal francesa como referente próximo	319
7.4.3. La dispersa regulación de la Novísima Recopilación y la normativa promulgada por las Cortes de Cádiz	320
7.4.4. El "Reglamento provisional para la administración de justicia" de 1835.	322
7.4.5. Las interpretaciones de los juristas: el <i>Febrero</i> de GARCIA GOYENA y AGUIRRE	323
7.4.6. La "Instrucción para arreglar el procedimiento en los negocios civiles con respecto á la Real jurisdicción ordinaria" del marqués de Gerona: un primer intento de unificación.	329
7.4.7. La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855	331
7.4.8. La Ley de Enjuiciamiento civil de 1881	338
8. Recapitulación	339
CAPITULO III. EL INTERDICTO DE RETENER EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL VIGENTE	341
1. Introducción	341
2. Presentación de la demanda. Información previa	341
2.1. La posesión o tenencia del actor	343
2.2. La perturbación o inquietación	344
3. La segunda fase. El juicio verbal	344
3.1. La citación a la otra parte	344
3.2. La réplica del demandado mediante la interposición de un segundo interdicto: la acumulación de ambos procedimientos	345
3.3. El acto del juicio verbal	346
3.3.1. La limitación de las pruebas	347
3.3.2. La alegación de los criterios del art.445 Cc.	349
3.3.2.1. La mejor prueba de la posesión actual	349
3.3.2.2. El examen de la posesión más antigua	350
3.3.2.3. La aportación del título como elemento no distorsionador del proceso posesorio	352
A) El título como recurso subsidiario	352
B) La separación entre el ámbito posesorio y el petitorio	352
C) El ámbito de la consulta: la <i>possessio ad colorandam</i>	356
3.3.2.4. La conexión entre los títulos	359
4. La Sentencia judicial	359
4.1. El contenido de la resolución	360
4.2. El recurso al depósito o guarda judicial	361

5. La mera disputa sobre la posesión ¿integra el objeto del interdicto?	362
5.1. Primer indicio: la <i>turbatio verbis</i>	363
5.2. Segundo indicio: la distinción en la doctrina italiana y francesa entre turbación de hecho y turbación de derecho	365
6. La alegación de los criterios del art.445 en un juicio no interdictal	368
CONCLUSIONES	369
BIBLIOGRAFIA	375

INTRODUCCION

I

La figura de la coposesión no ha despertado el interés de los juristas si nos guiamos por las escasas obras monográficas y por la residual atención que le conceden los manuales generales. En 1674, Joachimus Krüger, al iniciar su *Disputatio Inauguralis "De compossessione"* -primer tratado que conocemos sobre la materia-, reconocía "quamvis enim ipsa possessionis materia tot variis dd.tractatibus illustrata, tot consiliis deducta fuerit, continuaeque super possessione lites in judiciis ventilari soleant; attamen de compossessione pauca sunt, quae doctores proponunt. Vocabulum penitus ipsis est incognitum, rei sparsissimam saltem faciunt mentionem". Su análisis -situado en las coordenadas del *Usus modernus Pandectarum*- no supuso el inicio de una fructífera sucesión de estudios parangonables. Las aproximaciones doctrinales a la coposesión se inscribieron, por lo general, en el estudio de la copropiedad y se limitaron a aspectos puntuales, básicamente a la legitimación activa y pasiva de los coposedores para ejercitar interdictos entre sí, y a las peculiaridades de la usucapión en favor o en contra de la comunidad. Ese desinterés probablemente va ligado a la tradicional desconfianza sobre la conveniencia de mantener las situaciones de comunidad, ya que, como señalara Gregorio López en el Preámbulo a P.6,15 "toda comunión suele dar lugar a la discordia".

Tampoco los Códigos civiles prestan atención específica a la coposesión. En ningún caso hallamos un apartado expreso que procure una regulación integral. A lo sumo se menciona en una norma programática, como en el art.445 Cc., en que se opone a la posesión solidaria y en el art.2.401 del Código civil argentino, su precedente, o en relación a cuestiones interdictales -§ 866 BGB., art.2.489 del Cc.argentino...- o respecto a la posesión *ad cousucapionem* -art.816 Code francés, arts.1.933 y 450 Cc.-. Todas estas circunstancias corroboran nuestro aserto inicial: en la actualidad apenas hallamos estudios sobre la materia porque los autores

contemporáneos no se centran en un tema que sus leyes sólo contemplan de refilón: como singulares referencias podemos destacar el artículo de Martin WOLFF, "Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich", *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, n.44, la reciente monografía de Paolo POLLICE, *Contributo allo studio del composseso* (1993) y, en nuestro país, el clásico trabajo que Juan B. VALLET de GOYTISOLO publicó en 1947 en la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, "La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble".

La falta de una regulación específica obliga a formular una construcción que se apoye en las dos instituciones que la coposición cohonesta: la posesión y la comunidad. A partir de estas dos figuras se ha de estructurar un concepto autónomo de coposición. En una primera aproximación, es evidente que la coposición es un supuesto de posesión, lo que la lleva a participar de los caracteres de ésta. Por ello debemos advertir que entendemos la posesión como un hecho jurídico, es decir, como un hecho que genera efectos jurídicos los cuales constituyen el contenido de un *ius possessionis*, en una configuración bifronte. Asimismo, la coposición debe estudiarse, de modo acorde a la regulación de la posesión en el Código civil, como un fenómeno abstracto, sin indagar si existe o no el *ius possidendi* correspondiente al ejercicio material que se despliega incardinable en un derecho tipificado (el «concepto posesorio»: art.432 Cc.) - en suma, a si es "debidamente" o "indebidamente" en el sentido del art.435 Cc.-. Pero la peculiaridad de la coposición, frente a la institución general de la posesión, viene dada por la pluralidad de sujetos poseedores. Se hace preciso ordenar su concurrencia, y para ello debe acudir a las normas de comunidad (art.392 y ss.). Avala esta interpretación el propio art.445 Cc. cuando yuxtapone la posesión solidaria y la indivisión, es decir, la coposición a prorrata o proindiviso. El recurso a las normas de comunidad procura los instrumentos técnicos para armonizar la pluralidad de posesiones que concurren sobre el bien, ya que establece los límites de los poderes autónomos para las magnitudes divisibles e indivisibles y sienta las bases para la gestión común que la unidad de objeto impone a los sujetos.

Con la finalidad de presentar la coposición como una institución autónoma, y aún reconociendo que la figura prevista en el art.445 Cc. tiene como equivalente en el

ámbito petitorio la copropiedad, la hemos analizado a partir de lo que denominamos «estatuto coposesorio» de la cosa común. Este «estatuto» constituye un régimen jurídico al que los sujetos, por el hecho de reconocerse coposedores, se sujetan y cuyas características particulares acuerdan voluntariamente (art.398 Cc.). Por tanto, el «estatuto coposesorio» refleja el ámbito de poder sobre la cosa que define el «concepto posesorio» así como los pactos convenidos por los copartícipes para una mejor armonización de su ejercicio respectivo. Por otro lado, la figura del «estatuto» se revela útil para clarificar las cuestiones relativas a los efectos de la posesión, en especial, la tutela interdictal.

II

El trabajo que se presenta se titula *La coposesión* y esta institución es, en efecto, piedra angular del análisis. Sin embargo, como se desprende del subtítulo, nuestro propósito incluye el estudio del art.445 Cc. en toda su completud. La norma, que apareció por primera vez en el Anteproyecto de 1882, recoge tres aspectos de la posesión cuyo nexo no se manifiesta de modo visible, pero que contribuyen a vertebrar la figura.

Art.445. "La posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión. si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores, el más antiguo; si las fechas de las posesiones fueren las mismas, el que presente título; y, si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes".

En primer lugar, el precepto transcribe un principio jurídico acuñado por el Derecho romano: *duo in solidum possidere non possunt*, que se interpreta como la prohibición de concurrencia de dos posesiones simultáneas excluyentes. Acto seguido, la norma menciona el único supuesto en que resulta admisible una pluralidad de posesiones: aquel en que se reconoce la indivisión, es decir, cuando las posesiones se organizan como una comunidad proindiviso, en una solución congruente con las raíces romanas del aforismo. Por último, la norma enumera una serie de reglas que deben relacionarse necesariamente con la primera frase, porque determinan de qué modo se

III

procederá cuando, vulnerando la prohibición enunciada, se constate la existencia de dos situaciones posesorias simultáneas por el todo. El art.445.2 Cc establece los criterios que permiten determinar cuál de los dos poseedores resultará protegido.

Con la voluntad de agotar el contenido del artículo, hemos dedicado un primer capítulo a la posesión solidaria, desde la pretensión de situar adecuadamente el ámbito y proyección del aforismo romano ya que, más allá de constituir una mera declaración programática, se reveló el fundamento último de algunas de las construcciones medievales y modernas que subyacen en la regulación de los códigos civiles contemporáneos. Frente a la aparente absolutividad de la prohibición, se deben establecer determinadas precisiones que permiten hablar de una *compossessio in solidum* y que obedecen a la facticidad de la posesión. Puesto que la posesión es un hecho jurídico, la atención a su vertiente fáctica posibilita relativizar una prohibición que en el ámbito de los derechos ha de permanecer inalterable, como es la proscripción del dominio solidario.

Acto seguido, nos centramos en la coposesión *strictu sensu*, que el Código civil contempla en los arts.445, 450 y 1.933. Intentamos dotarla de una configuración autónoma a partir de los conceptos que presentábamos antes, es decir, de la configuración de un «estatuto coposesorio» como instrumento técnico que posibilita dotar a cada situación de coposesión de un contenido objetivo, lo que correlativamente garantiza a cada coposedor un ámbito de actuación legítima, que revela la autonomía de su *ius possessionis*.

Por último, dedicamos la segunda parte de este estudio al origen y funciones de los criterios que enumera el art.445 Cc. La práctica totalidad de la doctrina ha manifestado que se trata de una norma extraña a la institución, carente de referentes fiables que permitan interpretarla. Sin embargo, no se trata -como se ha afirmado- de una norma incorporada al Anteproyecto de 1882 tras el rapto de imaginación de un miembro de la Comisión de Codificación, sino de un precepto de una larga tradición histórica que se configuró para solventar esa concurrencia en el plano fáctico de dos posesiones *in solidum* sobre un bien. En el texto se contemplan las teorías que se han formulado sobre el precepto y que tienen en común la voluntad de conseguir una interpretación mínimamente satisfactoria. Ninguna lo consigue, como tampoco clarifica

el precepto la jurisprudencia existente o el análisis de la Reforma del art.41 de la Ley Hipotecaria de 1909 por Real Decreto de 13 de junio de 1927, que incluyó una mención al art.445 Cc. con la voluntad de atenuar las consecuencias de la redacción de la L.H., que presumía la posesión en el titular registral sin admitir prueba en contra.

Existían, no obstante, dos indicios que podían contribuir a clarificar la norma. En primer lugar, constatamos que el conflicto que provoca la concurrencia de dos poseedores que pretenden la posesión exclusiva había sido el objeto característico del interdicto de retener desde el derecho romano. De hecho, a lo largo de la historia, el interdicto de retener había sido el eje de la tutela posesoria aunque había perdido sus caracteres específicos en la LEC. de 1881 -paradójicamente por la voluntad de configurar un interdicto de recobrar que diese audiencia al despojante-. En segundo lugar, SCAEVOLA y PEREZ y ALGUER aludían a un procedimiento en desuso denominado *sumarísimo de interín*, que entendían podía facilitar la comprensión del art.445 Cc. aunque ellos mismos desechaban la hipótesis, sin más explicaciones. Procedía, por tanto, averiguar en qué consistía ese sumarísimo de interín y efectuar un estudio del interdicto de retener. Dicho estudio se inicia en el derecho romano y atiende a la evolución de los interdictos de retener, porque sus sucesivas transformaciones nos permiten situar el origen y las funciones de los criterios del art.445 Cc. Paralelamente, demuestra que el sumarísimo de interín es una manifestación del interdicto de retener. Por consiguiente, la segunda parte procura una reconstrucción histórica de los interdictos de retener y concluye con el análisis del procedimiento en el art.1.651 y ss. de la LEC. vigente, desde la convicción de que admite, sin distorsionar su objeto, los criterios del art.445 Cc.

PRIMERA PARTE

CAPITULO I. LA POSESION SOLIDARIA

1. El principio *duo in solidum possidere non possunt*

El primer inciso del art.445 Cc.: "La posesion, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión" se considera de modo unánime la plasmación en nuestro Ordenamiento jurídico del principio del derecho romano: *duo in solidum possidere non possunt*. Se trata de un axioma incontrovertido: dos personas no pueden poseer simultáneamente una cosa de modo exclusivo -por el todo-. Donde una está sentada no puede sentarse otra. La tesis contraria, afirma LACRUZ BERDEJO, supone un "imposible metafísico"¹. Su propia evidencia parece convertir la prescripción en poco aprovechable². Sin embargo, el brocardo supera la condición de mero enunciado programático³. Como señalara SAVIGNY, se trata de "una regla de naturaleza tan general que ejerce su influencia sobre todas las partes de nuestra teoría"⁴. Por ello, antes de ubicarla en el art.445 Cc., resulta ilustrativo presentar su origen y analizar su trayectoria y su función histórica.

1.1. La configuración del principio en las fuentes romanas

La proscripción de una pluralidad de posesiones aparece en varios textos del Corpus Iuris Civilis. En particular, dos fragmentos centran las discusiones posteriores: Dig.13,6,5 § 15, (comodato):

¹ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de derecho civil*, III,I, Barcelona, 1990, pág.72. Como señala SCAEVOLA, *Código civil*, t.VIII, 2ª ed., Madrid, 1893, pág.345, "Que la posesión como hecho no puede reconocerse a la vez en dos personalidades distintas, es un axioma cuya evidencia descarta la necesidad de una demostración; es mas que un axioma, la enunciacion jurídica de una ley natural. Recordemos la ley 3ª, § 5, tít.2, lib.41 Dig."

² BRODMAN: *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, (bisher herausgegeben von E.Strohal), t.III, 4 ed., Berlin und Leipzig, 1920, pág.74: "Der scheinbar so einleuchtende Satz: plures eadem rem in solidum possidere non possunt ist doch nur richtig, wenn man ihn richtig versteht und, soweit er richtig ist, ebenso selbstverständlich wie wertlos".

³ MEISCHEIDER, E.: *Besitz und Besitzschutz. Studien über alte Probleme*, Berlin, 1876 (ed. anastática 1970), pág.84, hace notar que "Solche Axiome aber haben die Römer nicht lediglich zu dem Zwecke aufgestellt, um den Begriff des Dinges, das durch das Axiom betroffen wird, zu entwickeln. Sie waren zu praktische Leute, um dergleichen Sätze zu einem anderen, als zu einem praktischen Zwecke aufzustellen. Es fragt sich, worin liegt der praktische Zweck unseres Axioms?".

⁴ SAVIGNY, F.C.(1779-1861): *Tratado de la posesión, según los principios del Derecho romano*, Madrid, 1845, § 11, pág.93.

"...Et ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere..."⁵ y,

Dig.41, 2 (De acquirenda vel amittenda possessione) 3 § 5:

«Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans posse alium juste, alium injuste possidere, duos injuste vel duos juste non posse. Quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat: quod est verius, non magis enim eadem possessio duos esse potest, quam ut stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.»

La proscripción de la propiedad -y, paralelamente, de la posesión- solidaria tiene un origen muy antiguo⁶. Inicialmente se fundamentó en principios religiosos y políticos: no se concebía que sobre un mismo territorio pudieran coexistir dos soberanías diferentes⁷. Ello no impidió admitir el dominio solidario en relación al *consortium inter fratres*, que era una especie arcaica de comunidad universal de bienes que constituían los *filiifamilias* al morir el padre y en relación a una variación de ésta, el *consortium ercto non cito*⁸. En ambos casos, cada miembro podía disponer íntegramente de la cosa, lo que llevaba a admitir que se estaba ante un *dominio in solidum*.

⁵ Este texto, de Celso, es asumido por Ulpiano en D.10,3,7,4: "Celsus filius ait, duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non potest".

⁶ CARCATERRA, A.: *Possessio. Ricerche di storia e di dommatica*, Roma, 1938 (ed.anastática 1967), pág.82.

⁷ CARCATERRA, *Possessio...*, *ob.cit.*, pág.81 y añade que no era posible una doble ciudadanía, ni que dos divinidades distintas residieran en el mismo lugar. El concepto de *dominium* tiene siempre un significado más laxo que la *proprietas* y se vincula al concepto de soberanía (SCIALOJA, V.: *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol.I, Roma, 1928, pág.255).

⁸ IGLESIAS, J.: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1982, pág.321, señala que el *consortium inter fratres* se caracteriza porque el régimen de ejercicio es *in solidum*, y no *pro parte* como en la época clásica: "cada uno de los consortes es dueño de la totalidad y, por consiguiente, tiene el pleno poder de disposición sobre la cosa. Todo pertenece a todos (...) semejante ordenamiento tiene su paralelo en la colegialidad o cosoberanía de los magistrados romanos". Sobre el *consortium ercto non cito*, DE ROBERTIS, F.: "Situazioni condominiali e disponibilità dell'intiero: Il richiamo alla "Lex Licinia", in D.4,1,7,12", *Studi in onore di Grosso*, V, 1972, pág.118, nota 16, para quien la adopción de la regla *duo vel plurium in solidum*... confirma que los romanos optaron por una concepción fraccionada de la comunidad, superando la solidaridad propia del *consortium*.

La transformación de los parámetros políticos y religiosos lleva a explicar posesión y dominio mediante criterios económicos. Los autores clásicos elaboran una teoría del condominio *pro parte* y excluyen la noción de comunidad solidaria. Pero respetan la prohibición, y en defecto de las razones sacramentales/ políticas, recurren a las físicas⁹. Paralelamente formulan una teoría sobre la *proprietas*, que identifican con el máximo poder del hombre sobre la cosa, lo que llevó a equiparar el poder y la cosa en sí misma: la noción de propiedad absorbía todas las manifestaciones de la cosa, de suerte que no era factible disociar dominación y objeto de la dominación¹⁰. Ahora la proscrición se explica en base a la imposibilidad de conjugar dos poderes máximos sobre una misma cosa¹².

La prohibición de la posesión solidaria se adecúa a la concepción romana de la propiedad ya que inicialmente designa tanto el reflejo material de la *proprietas*, como la institución que la suple cuando se deniega¹³. Sin embargo, el concepto romano de posesión evoluciona, y llegará a abarcar poderes de hecho referidos a otras figuras jurídicas, como el precario, el secuestro, la enfiteusis o la prenda, que coexistían con

⁹ CARCATERRA, *Possessio...*, *ob.cit.*, pág.128.

BONFANTE, P. (1864-1932): "Premese critiche sull'ordinamento positivo del condominio", *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1926, pág.378, subraya el origen reciente del concepto de cuota, cuyo régimen vincula al desarrollo de la *actio communi dividundo*, que inicialmente se dirigía no tanto a dividir la cosa, como a regular su utilización.

¹⁰ Como señalara IHERING, R.v. (1818-1892): *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, t.IV, versión española con la autorización del autor y notas, por Enrique Príncipe y Satorres, Madrid, 1891, § LXI, pág.41: "El derecho y el objeto están íntimamente confundidos, y el primero se acomoda necesariamente al segundo, que es lo que expresa el uso lingüístico que designa la cosa en lugar del derecho. En otros términos: dos relaciones de propiedad no pueden existir sobre una sola y misma cosa (unidad de la cosa, unidad de derecho, teoría de la accesión)" (Vid.PATAULT, A.M^a: *Introduction historique au droit des biens*, París, 1989, pág.17).

¹¹ SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, *ob.cit.*, pág.69, prefiere explicarla en términos de salvaguarda de la paz pública -de modo acorde con su explicación del origen de la tutela posesoria: "este principio es sólo la expresión de un justo sentimiento, de que la posesión de una misma cosa dada a muchos in solidum, causaría la confusión de las relaciones posesorias, por los diferentes fines que cada cual se propondría, y de este modo, la seguridad de hecho que sirve de base a toda garantía de la posesión no podría menos de ser perturbada".

¹² CARCATERRA, *Possessio...*, *ob.cit.*, pág.82.

¹³ Por ej., en las concesiones de *ager publicus*. Sobre el paralelismo de ambas figuras, IGLESIAS, *ob.cit.*, pág.325; BONFANTE, P.: *Note al Diritto delle Pandette, de Bernardo WINDSCHEID*, vol.V, Torino, 1926, págs.341-42.

el del propietario. En esos supuestos, los jurisconsultos estimaron que la simultaneidad de posesiones respetaba la proscripción pues fijaron una ordenación de los efectos que aquéllas generaban¹⁴. Esta posición se observa con especial claridad en la constitución de un derecho de prenda¹⁵. Para los romanos es innegable que el deudor propietario continúa usucapiendo la cosa mientras el acreedor pignoraticio la tiene en su poder. Ello implicaría reconocer que también posee, pero eluden esta conclusión y en lugar de afirmar que el deudor es poseedor en la medida que precisa la posesión para usucapir, señalan que usucape aunque no posea: no reconocen dos posesiones sino que dividen los efectos entre los sujetos¹⁶.

Las reflexiones giran en torno a D.41,2,3,5 -transcrito *supra*-, que se ordena en una sucesión de posturas divergentes, a modo de réplicas y contrarréplicas. En primer lugar, Paulo niega todo concurso de posesiones; en segundo, Sabino exceptúa de esa prohibición el precario, pues dos sujetos pueden tener la posesión jurídica sin entrar a dilucidar si la posesión precaria es justa o injusta. Como tercer actor, Trebacio amplía la tesis de Sabino y afirma la posibilidad de coexistencia de una posesión justa y otra injusta: la prohibición se limitaría a si ambas son justas o injustas. En base a esta afirmación, cree que la posesión precaria ha de ser injusta. Por último, Labeón critica a Trebacio: se debe atender únicamente a la posesión sin vincularla a atributos específicos¹⁷ -su reflexión engarza con la inicial de Paulo-. En suma, la escuela

¹⁴ MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz*, *ob.cit.*, pág.1, enumera todos los supuestos que en algún momento se vincularon a la posesión, o a la tutela posesoria y analiza cómo no supusieron una ruptura del principio estudiado. Vid.asimismo CARCATERRA, *Possessio...*, *ob.cit.*, pág.129.

¹⁵ D.41,3,16: "Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio eius qui pignori dedit".

¹⁶ BONFANTE, *Corso di diritto romano*, t.III, Milan, 1972, pág.276, recuerda que "si la *possessio plurium in solidum* è esclusa è tuttavia riconosciuto, benché pur sempre rappresenti un'anomalia, che gli effetti del possesso possono essere divisi tra el possessore e il non possessore; così avviene nel pegno, in cui il vero possessore, il creditore pignoraticio ha gli interditti, mentre il debitore possidet ad usucapionem." y en parecidos términos, MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz*, *ob.cit.*, pág.85 (vid.exposición de CARCATERRA, *Possessio...*, *ob.cit.*, pág.139 y ss.).

Los Pandectistas asumirán -y desarrollarán -toda la construcción, vid.PUCHTA, G.F. (1798-1846): *Pandekten*, Leipzig, 1845 (ed.anastática 1982), pág.180 y «Besitz», en *Kleine civilistische Schriften*, Leipzig, 1851, (ed.anastática 1970), pág.419.

¹⁷ La discusión se completa con la afirmación de Juliano (D.43,26,19 pr.): "Duo in solidum precario habere non magis possunt quam duo in solidum vi possidere aut clam: nam neque injustae possessiones duae concurrere possunt" -no tan citado posteriormente como el texto que analizamos-

proculyana sienta un principio rígido frente a la flexibilidad de los Sabinianos.

La controversia se centra en los supuestos en que concurren una posesión injusta y otra justa -porque un sujeto se ha apoderado violenta o clandestinamente de la posesión de otro- y en el precario, en que confluyen la posesión del *rogatus* y la del precarista. En los dos primeros, se discutía si junto a la posesión obtenida violentamente perduraba la del titular anterior y se afirmaba que de producirse una adquisición clandestina, el poseedor anterior conservaba su posesión en tanto ignorase tal hecho (D.41,2,6 § 1). Pero en ambos casos la posesión inicial se recupera mediante el interdicto *unde vi* -de recobrar- lo que indica que consideraban que aquel poseedor la había perdido. La concesión en precario tampoco ofrece mayores complicaciones a pesar de las posiciones doctrinales: el precarista era considerado poseedor y como tal podía ejercitar el interdicto *uti possidetis* mientras que el *rogatus* disponía del interdicto de precario -de carácter recuperatorio- lo que indica que no mantenía una situación posesoria¹⁸. No obstante, se beneficiaba de la posesión del precarista para la usucapión, lo que lleva -como vimos en el derecho de prenda- a defender una división de los efectos o incluso a afirmar que mantenía una posesión limitada a este efecto¹⁹.

Un último texto (D.43,17,3 pr.) en sede del interdicto de retener parece distorsionar la contrucción:

"Si duo possideant in solidum, quid si dicendum. quod qualiter procedat,

Sobre toda la cuestión, SAVIGNY, *Tratado de la posesión, ob.cit.*, pág.97.

¹⁸ SAVIGNY, *Tratado de la posesión, ob.cit.*, pág.100; IGLESIAS, *ob.cit.*, pág.339, cuestiona el carácter recuperatorio de este interdicto, en base a la atemperación del *duo in sol.* que han expuesto los sabinianos. Cree que no se trata de recobrar una posesión perdida, "sino sólo de traer a su antigua plenitud un goce mermado por el concurrente del concesionario".

Los romanistas discuten si este interdicto era en realidad posesorio, cuestión que excede nuestro propósito y que, a la luz de los términos de la discusión, no desvirtúa la afirmación inicial (sobre el tema, SCIALOJA, Vittorio: *Sopra il "precarium" in Diritto romano*, Jovene Editore, Napoli, 1981, pág.51 y ss.).

¹⁹ SAVIGNY, *Tratado de la posesión, ob.cit.*, pág.100, matiza que Pomponio pretendía que el *precarium* no interrumpía la usucapión, pero esa ficción, imposible, no se correspondía con los hechos. En realidad, en el momento de la restitución se imputaba al poseedor precedente la duración de la posesión intermedia a efectos de usucapión. Vid.BONFANTE, *ob.cit.*, pág.276; CARCATERRA, *Possessio...*, *ob.cit.*, pág.131 y ss. y MARTI MIRALLES, J.(1866-1949): "Spoliatus ante omnia restituendus", *RJC*, 1917, pág.218.

tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam. ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam; i a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur; nam et tu possides et ego".

Del fragmento se desprende que dos sujetos podrían poseer *in solidum* si una posesión no es viciosa respecto a la otra²⁰. Este texto demuestra que la máxima no es incontestable, pero para los romanos es un supuesto sin la suficiente entidad para quebrar la proscripción, en base a que la constatación de las posesiones *in solidum* se presenta como un *prius* que deberá resolverse a favor de uno de ellos y no como un estado definitivo: su carácter claudicante hace que ni siquiera consideren el caso una excepción al principio general²¹.

De hecho, la proscripción de la pluralidad de posesiones solidarias fue un principio incontrovertido en Roma y la estricta postura de los Proculyanos deriva de su concepción de la posesión como señorío inmediato y absoluto sobre una cosa; paralelamente, los Sabinianos admiten dos posesiones porque presuponen que son de distinta naturaleza, y por tanto compatibles²².

1.2. La evolución posterior

Las formulaciones romanas se convirtieron en referencia ineludible para los autores posteriores. Desde las construcciones medievales hasta la Pandectística, cada corriente adopta la máxima *Duo in solidum...* como fundamento de algún aspecto vinculado a su concepción de la posesión. Excede la finalidad de este trabajo desarrollar una exposición exhaustiva de las funciones del brocardo porque algunas de ellas carecen de utilidad para interpretar el art.445 Cc. que es, en definitiva, nuestro objeto de estudio. Sin embargo, creemos que una breve síntesis puede ayudar a situarlo

²⁰ También D.43,17,1,9. KRÜCKMANN: "Sachbesitz, Rechtsbesitz. Rechtsschein in der Theorie des Gemeinen Rechts", *AcP*, 108, 1912, pág.237 y ss., en base a estos textos intenta avalar una posesión solidaria entre los romanos, pero con argumentos poco convincentes. STITZING, W.: "Besitz, Gewere, Rechtsschein" *AcP*, 109, 1912, pág.362 y ss. lo rebate.

²¹ Sobre ello volveremos en la segunda parte de este trabajo, al presentar la evolución de los interdictos de retener.

²² Como señala GAUDEMET, J.: *Etude sur le régime juridique de l'indivision en Droit Romain*, Paris, 1934, pág.142, "Il n'y a pas pluralité de titulaires pour un même droit, mais pluralité de droits de qualification identique". Vid.también SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, *ob.cit.*, pág.428, sobre la coexistencia de dominios, a pesar de la prohibición.

adecuadamente.

1.2.1. La Edad Media

En la Edad Media, la máxima *duo in solidum*... constituye el presupuesto de algunas de las más importantes disensiones sobre la posesión, y ocupa un lugar central en las siguientes cuestiones:

- 1-. La dicotomía *possessio civilis/ naturalis*
- 2-. la admisión de una pluralidad de posesiones sobre una cosa si derivan de causas diferentes
- 3-. La posesión de los derechos
- 4-. La yuxtaposición *possessio in solidum/ possessio pro parte*
- 5-. La resolución del interdicto *uti possidetis*

1. Con el principio *duo in solidum* se pretende ubicar la dicotomía *possessio civilis* y *possessio naturalis*²³ a partir de la célebre discusión entre PLACENTINO y AZO sobre qué debía entenderse por cada una, que originaría el pronunciamiento del segundo sobre el *duo in solidum*²⁴. Esta es, sin duda, una de las polémicas centrales de los juristas del *ius commune*. Ambos juristas partían de un concepto unitario de posesión²⁵, pero el primero -más respetuoso con los textos romanos-, consideraba que la *possessio naturalis* no era una posesión en sentido técnico, pues poseer por otro no

²³ Como señaló MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz, ob.cit.*, § 24, pág.133: "Mit der Theilung der possessio in p.civilis und p.naturalis steht die Behandlung der römischen Lehre von der p.plurium in solidum in nothwendiger Verbindung".

²⁴ Discuten de ambas categorías en base a D.41,2,3 § 5 aunque el texto romano trataba de *possessio* justa e injusta.

²⁵ Sobre la cuestión, desde sus inicios hasta sus prolegómenos, da una minuciosa síntesis, IOANNES de IMOLA (+ hacia 1436): *Repertorium alphabeticum cunctarum, in Commentariis domini...super Infortiato & Digesto novo contentarum...*, Lugduni, 1549, (Super Prima Digesti Novi), Rub.De adquir. vel.amitte. posse., § Ex contrario, n.2 y ss. (fol.60 y ss.), en su condición de comentarista tardío. En otro plano, vid.SAVIGNY, *ob.cit.*, pág.75 y BRUNS, C.G. (1816-1880): *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen, 1848, § 32, pág.252 y ss. -y la crítica de MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz, ob.cit.*, pág.128-. También BUSSI, E.: *La formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazioni)*, Padova, 1937, págs.22-23; MEYNIAL, E.: "Notes sur la formation de la théorie du domaine divise (domaine direct et domaine utile) du XII au XIV aux romanistes", en: *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1908, pág.436; DIURNI, G.: v.«Possesso (dir.intermedio)», *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, 1985, pág.486 y ss.

es propiamente poseer²⁶. Por el contrario, AZO entendía la posesión civil como una posesión natural reforzada -que ha recibido el reconocimiento del derecho²⁷- y afirmaba que ambas integraban una única sustancia²⁸. El defiende la concurrencia sobre un mismo bien de una posesión civil *in solidum* y de otra natural *in solidum*²⁹, situación compatible porque la proscripción se orienta a la imposibilidad de dos posesiones naturales *in solidum* -por razones físicas-, y de dos posesiones civiles *in solidum* -se neutralizarían los efectos que cada una generara³⁰-.

Todas las construcciones parten de la tesis de AZO, que confrontan a la lectura que de Placentino hace Ioannes BASSIANO, el cual argumenta -en base al *duo in solidum*- que la yuxtaposición *possessio natural / civil* evidencia que las dos posesiones difieren *in substantia* y pueden corresponder a dos sujetos diferentes -paralelamente los vincula a las categorías de posesión corporal y solo animo³¹-. Bassiano sienta los

²⁶ PLACENTINUS (+hacia 1192), *Summa Codicis*, Montiguia, 1536, (ed.anastática 1962) Lib.VII, Tít.XXXV (fol.331): "Quippe aliud est possidere, alius in possessione esse (...) In summa non procedit possessio in omnibus qui possident nomine alieno, ut in tutore, curatore, actore, procuratore, conductore, & precario possidente. Colonus quoque nullo modo possidet, quia nec vivo nec mortuo domino illam possessionem habet" Y añade (fol.332) "Sed & si dominus rem suam quam possidet in alium transtulerit, non eo minus & civiliter & naturaliter possidebit: puta si transtulerit in emphyteutam, superficiarium, fructuarium, commodatarium, depositarium. his equidem casibus, qui prædicto modo res in alios transferunt cum domino possident: non naturalem, quia predictis modis concessere ne penes reddentes remaneret nec apud eos. Sed nec sic accipientes vero naturaliter possidebunt, quippe nullo modo possident. nec ergo naturaliter".

²⁷: AZO (1150-hacia 1235): *Summa super Codicem*, (ed.anastática 1966), Lib.VII, Tít.35, Rub.De acquir. vel remitt. posse, n.6 (fol.276).

²⁸ AZO: *Ad singulas leges XII librorum Codicis*, Paris, 1577 (ed.anastática 1966), Lib.VII, De acquir. vel retin.posse., ley 10: "Unde idem est possessio civilis & naturalis in substantia, non tamen in ratione".

²⁹ AZO, *Ibidem*.

³⁰ AZO: *Summa super Codicem*, *ob.cit.*, Lib.VII, Rub.De acquir. vel remitt.posse. (fol.277): "naturaliter impediris in eo loco stare vel sedere in quo ego sto vel sedeo. Ideo civilem possessionem quam habeo alius non potest habere. Item cum certum sit dominium apud duos in solidum esse non posse (...) ergo possessio civilis que eam est adquirendi domini ut ex definitione pro duorum in solidum non possunt esse, per hoc enim sequeretur quod duo fierent in solidum domini". ACCURSIUS (1185-1263), *Pandectarum, seu Digestorum iuris civilis*, t.III, Venetiis, 1569, Rub.De acquir. vel amitt.poss., glos.ex contrar., (fol.286), asumirá plenamente esta argumentación.

³¹ Conocemos el parecer de BASSIANUS (+1197) a través de los comentaristas, -vid.ODOFREDUS (+1265), *In secundam Codicem partem*, Lugduni, 1552 (ed.anastática 1968), Rub.De acquir. vel amitt. posse, ya que el texto original (SAVIGNY. F.C.: *Storia del Diritto romano nel medio*

términos de una discusión que posteriormente reproduce DYNUS de MUXELLUS. Si BASSIANO articula la primera réplica a AZO, DYNUS formula una exhaustiva refutación³² de tal envergadura que se erige en referente de todos los juristas medievales³³. Esta discusión, más allá del empeño academicista³⁴, tiene una

evo, II, Torino, 1854-57 -ed.anast.1972-, cap.XXXI, pág.161) se ha perdido. Odofredus es la referencia habitual, que reproducen, entre otros, DIURNI, v.«Possesso (dir.interm.)», *ob.cit.*, pág.488 y LEVONI, A.: *La tutela del possesso*, 1979, págs.54-55.

³² DYNUS de MUXELLUS (+hacia 1298): *In regulas Iuris Pontificii, cum additionibus Nicolai Boerii...*, Coloniae, 1617, In reg. Sine possessione, n.20 (fol.55): "quare cum possideat civiliter apparet, quod civilis, & naturalis possessiones sunt duæ possess. specie differentes. Item si ponam proprietarium, & usufructuarium esse extra fundum, et extra fundi conspectum, haberent ambo eandem possess. civiliter. Sed si essent in fundo, ambo haberent eandem naturaliter:& sic eadem qualitas possessionis esset apud duos in solidum, quod etiam Azo negat posse contingere. Necessse ergo habes ponere poss., plures specie differentes, quibus eadem vel diversæ inhæreant qualitates. Præterea duæ possidendi qualitates contrariæ, in eadem substantia posses. concurrere non possunt, ut ostensum est. Sed civiliter possidere, & naturaliter, sunt qualitates contrariæ possidendi, secundum ea, quæ communiter dici solent, ut *de preca.l. 2 uti poss. l.fin.si duo.in princ* non ergo concurrunt in eandem substantiam possessione si ergo non est eadem substantia naturalis & civilis manifestum est, quod non sunt eiusdem speciei, quia esse idem specie, est esse idem substantiam et naturam. Præterea quæcunq; sunt eiusdem speciei producant eundem effectum: ergo ad destructionem consequentis, quæ non producant eundem effectum, non sunt eiusdem speciei: quare cum civilis, & naturalis possessio eundem effectum non producant: quia ex civili procedit usucapio, ex naturali non..."

³³ Así, tanto ACCURSIUS (*Pandectarum, seu Digestorum...*, *ob.cit.*, Rub.De acquir.vel amitt.poss., glosa Ex contrario -fol.286-) como ODOFREDUS (*Prælectiones in postremum Pandectarum Iustiniani Tomum, vulgo Digestum novum*, Rub. de acquir.vel amitt.posse., § Ex contrario -fol.55 D-) habían defendido las tesis de AZO, pero a partir de las objeciones de DYNUS de MUXELLUS, *In regulas Iuris Pontificii...*, *ob.cit.* In reg.Sine possessione, n.20 y ss., los juristas se inclinan por la doble sustancia: así, CYNUS PISTORIENSIS (1270-1336): *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum, t.II, Lib.VII,*, De acquir. & retin.posses. Tít.XXXII, ns.5 y 6 (fol.442); BALDUS de Ubaldis (1327-1400): *In Lib.VII,VIII,IX,X & XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis, 1586, Lib.VII, De acquir.posse., Lex III, § Licet possessio (fol.12); Angelus de UBALDIS PERUSINUS (1328-1407): *In Primam Digesti novi partem acutissima commentaria, ob.cit.*, § Ex contrario (fol.24 D); PAULUS de CASTRO (1391-1441): *In Primam Digesti Novi Partem Patavina prælectiones...*, Lugduni, 1553, Tít. De acquir.vel amitt.posse, n.16; IOANNES de IMOLA, *Repertorium alphabeticum...*, *ob.cit.*, n.2 (fol.60); IASON MAYNO MEDIOLANENSIS (1435-1519): *In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, Augusta Taurinorum, 1576, Lib.XLI, tit.II, § Ex contrario, n.82 (fol.72).

No obstante, mantendrán las tesis de AZO, SOCINUS, Bartholomæus (1436-1507): *Ad Digestum novum, et aliquod codicis titulos*, Lugduni, 1573, Rub.De acquir. vel amitt. posse., § Ex contrario, n.51.; SOCINUS Iunior (1482-1566): *Commentaria in ff. Infort. & Novum gravissima, atque utilissima...*, Augusta Taurinorum, 1576, Tít.De acquir.vel amitt. posse., n.348, (45 D); RIPA, I.F.(1480-1535): *In Primam, & Secundam ff. Novi; Secundam ff.vet.Primam & Secundam Codicis commentaria*, Venetiis, 1586, Tít.De acquir.vel amitt.posse., § Possessio, (fol.11 D). Singularmente, BUTRIGARIUS (+1308): *Super Codicem hanc subtilissimam edidit lecturam*, (ed.anast.1973), Lib.VII, § Licet, fol.XL y *In Primam e Secundam veteris Digesti Partem*, t.I, Romae, 1556 (ed.anast.1978), Lib.XII, Tít. VI, § Si duobus, n.8 (fol.138 D) da una exposición conciliadora de ambas que no convence a ninguno de sus coetáneos. Tanto ZASIVS, U. (1461-1535): *Commentaria, seu Lecturas eiusdem in titulos tertie partis Pandectarum (quod vulgo Digestum novum vocant) complectens*, III, Lugduni, 1550 (ed.anast. 1965), Tít.De acquir.vel amitt.posse., § Ex contrar.- como ALCIATUS, A. (1492-1550): *Opera omnia, in quatuor tomos legitime digesta*, Frankofurti, 1617, Tít.De acquir.vel amitt.posse., n.65,

importante aplicación práctica, pues contribuye a fundamentar la institución del dominio dividido sin atentar contra la prohibición romana del dominio solidario (D.13,6,5 § 5)³⁵.

2. Paralelamente, los autores medievales vinculan la proscripción a que las posesiones deriven "ex eadem causa et eodem iure" y admiten expresamente la concurrencia de posesiones derivadas de derechos diferentes³⁶. Aquí cabe destacar la exposición de BARTOLO de SASSOFERRATO, quien tras mostrar su desinterés por discusiones posesorias en términos de una o dos sustancias, clasifica la posesión en base a los efectos que procura, y frente a la imposibilidad de varias posesiones civiles *in solidum* (en concepto de propietario) admite una pluralidad de posesiones naturales *in solidum*,

como primeros representantes de una nueva corriente metodológica a la que no interesan estas disquisiciones medievales, retornarán y defenderán la posición de AZO.

³⁴ Queremos resaltar como síntesis la interpretación que, a partir de la confrontación AZO/BASSIANO formula PETRUS de BELLAPERTICA (en realidad IACOBUS de RAVANIS (1210/15-1296)): *Lectura super Codice*, (ed.anastát.1967), Rub.De acquir.et retin. posse. § Licet (fol.340 D) y a quien no remiten, por lo general, los autores citados *supra*: "Item notabitur quæ secundum sententiam Azo possunt possidere tres eandem rem secundum sententiam Ioannis possunt quattuor possidere eandem rem. Ecce secundum sententiam Azo ego sum proprietarius habeo civilem: fructuarius est in fundo habet naturalem: exit naturalem civiliter: alius ingreditur fundum habetur naturalem naturaliter. Secundum sententia Ioannis possunt quattuor possidere eandem rem: quis quelibet possessio haberetur duobus modis civilis habetur ad uno naturaliter et ab alio civiliter secum [secundum] quaero si ingredetur nunquid possideret. Respondeo qp non: iuris adminiculo resistente: nam inveniret ab alio occupantem: et duo in solidum possidere non possunt simul possidere (...) Potest dici qp non possunt possidere simul nisi duo. fructuarius habeat naturalem intra & extra: exit fructuarius habet naturalem suo animo. Alius intra non possideret qp invenit possessionem omnem ab alio occupatam: a proprietario civilem: a fructuario naturalem sive intra sive extra".

³⁵ Se vinculó la posesión civil al dominio directo y la posesión natural al dominio útil, de modo que sobre una misma cosa pueden coexistir dos posesiones -aunque como recuerdan BUSSI, *ob.cit.*, pág.24, y MEYNIAL, *ob.cit.*, pág.438, no más-. Gracias a esta construcción, en la práctica el titular del dominio útil era considerado poseedor, es decir, podía prescribir y ejercitar interdictos. Vid.LANDSBERG, E.: *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre von Eigenthum*, Leipzig, 1883, pág.92 y ss.; DIURNI, v.«Possesso (dir.interm.)», *ob.cit.*, pág.486; PATAULT, *Introduction historique...*, *ob.cit.*, pág.105 y ss; FEENSTRA, R.: "Les origines du domaine utile chez les glossateurs", en: *Fata Iuris romani*, Leyde, 1974, pág.250 y ss. y PASTORI, F.: "Il doppio dominio dei Glossatori e la tradizione romanica", *Studi in onore di Grosso*, VI, Turín, 1974, pág.322 y ss.

³⁶ ODOFREDUS, *Prælectiones in postremum Pandectarum...*, *ob.cit.*, Rub.De acquir.vel. amitt.posse., § Ex contr., n.22 (fol.55D). Lo reproduce en ODOFREDUS, *In Secundam Codicis partem...*, *ob.cit.*, Rub.De acquir. retin.posse., § Licet possessio; PETRUS de BELLAPERTICA (1210/15-1296)-en realidad IACOBUS de RAVANIS-: *Lectura Super Codice*, *ob.cit.*, Rub.De acquir.et retinen.posse. § Licet (folio 340 D); IACOBUS de ARENA (+ hacia 1296): *Commentarii in Unversum Ius civile*, Lugduni, 1541 (edición anastática 1971), *Super Digesto Novo*, Rub.De acquir.vel amitt.posse., Ex contrario (fol.169 D).

cada una con efectos propios, relacionadas con alguna de las utilidades que la cosa procura³⁷.

3. La admisión de una pluralidad de posesiones sobre un fundo si derivan de causa diferente -el punto anterior- obliga a plantearse el funcionamiento de la prescripción como efecto de dichas posesiones. Para algunos autores, de atender a la posesión natural de cada sujeto -que conciben como corporal- podría existir un solapamiento entre ellos, que neutralizase los efectos que cada una genera. De ahí que, por ej., el enfiteuta no prescriba en base a su posesión del fundo -que es natural-, sino en base a la posesión natural & civil de su derecho³⁸. La prohibición del *duo in solidum* se supera mediante la multiplicación de objetos.

4. La imposibilidad de una pluralidad de posesiones solidarias impone la posesión *pro parte* cuando concurren varios sujetos. Como señaló ODOFREDO, puesto que dos sujetos "non possunt insolidum possidere, ut ita quod unus sit possessor, sequitur quod alius non sit possessor sed ubi duo possident rem pro indiviso"³⁹. Esta conclusión, que se funda en D.13,6,5 § 15⁴⁰, es la que recordarán los autores modernos.

³⁷ BARTOLUS de SASSOFERRATO (1314-1357), *In Primam Digesti novi Partem Commentaria*, Augustæ Taurinorum, 1574, Rub.De acquir.en.posse., § Ex contrario, n.1 (fol.82): "Eadem possessio numero non potest esse insolidum apud plures.sed plures possessiones eiusdem res specie vel numero differentes possunt esse in solidum apud plures (13) Concludo ergo quod civilis non potest esse nisi una: quare unum est dominium. Item naturalis respectu utilis dominium est una: quod unum est utile dominium. Item naturalis respectu usufructu: quod pars domini est: secum naturales respectu usus sunt plures sicut in eadem re esse possunt plures usus."

³⁸ PAULUS de CASTRO, *In Primam Digesti novi Partem...*, *ob.cit.*, Rub.De acquir.vel amitt.posse., n.16 a); IOANNES de IMOLA, *Repertorium alphabeticum...* (*Super Digesti Novi*), *ob.cit.*, Rub.de acquir.vel amitt.poss. n.14 (fol.59); SOCINUS, M. (Iunior): *Commentaria in ff. Infort. & Novum...*, *ob.cit.*, Tit.De acquir.vel amitt.posse., n.272 (fol.42 D); Iason de MAYNO, *In Primam Digesti novi...*, *ob.cit.*, Rub.De acquir vel amitt.posse., § Possessio appellata, n.62 (fol.48).

³⁹ ODOFREDO, *Super Digesto novum...*, *ob.cit.*, De acquir. vel.amitt.posse., n.19. ALBERICUS de ROSATE (+ 1354): *Comentarii in secundam Digesti veteris partem*, Venetiis, 1585 (ed.anastática 1977), Lib.XIII, Tit.VI, § Si duobus, n.16 (fol.78): "vel possessionem eandem civilem seu naturalem (...) ideo videtur quemlibet non teneri in solidum, sed pro parte (...) duo non possunt habere dominium insolidum eiusdem partis visibilis ita nec invisibilis sec intellectualis & ideo quod diversarum partium bene possunt esse plures domini".

⁴⁰ Transcrito cuando situamos los textos romanos, es uno de los fragmentos más citados en cualquier exposición medieval sobre la posesión, a pesar de su ubicación en el contrato de comodato.

5. Por último, el *duo in solidum* es la referencia del juez cuando dos sujetos se arrojan a la posesión *in solidum* y pretenden que se les reconozca, excluyendo a su adversario. El procedimiento para dirimir su pretensión es el interdicto *uti possidetis*, como veremos en la segunda parte de este trabajo.

1.2.2. La Edad Moderna

Los juristas renovadores de la Edad moderna ya no se interesan por las disensiones medievales y sitúan la cuestión en otro lugar, atendiendo estrictamente a los textos romanos⁴¹. Al formular un concepto estricto de posesión, que sólo se predica *animus domini* -en base a la distinción entre *possessio* y *in possessione esse* (D.41,2,10,§1)- no han de intentar construcciones que justifiquen su coexistencia⁴²: si sólo un poder es considerado posesión, no es preciso aventurar distinciones para respetar el *Duo in solidum*... Aún así, al negar la posesión a determinados derechos, han de arbitrar otros mecanismos para que sigan gozando de la tutela interdictal⁴³.

⁴¹ Como señala CONNANUS, F.(1508-1551): *Commentariorum Iuris civili, t.prior quoque libros completens*, Paris, 1553, Lib.III, cap.X, De possessione naturali & civili, quomodo differunt, [D]: "in his suis distinctionibus explicandis, quum multa falsa inmiscuant, videntur tamen sibi ingeniosi, neque se in media ignorantia habere intelligunt".

Por otro lado, quienes no abjuran de las interpretaciones medievales y siguen la discusión en los mismos términos a menudo ya no fundan su argumentación en el aforismo. Lo vemos en autores tan dispares como MYNSINGERIUS A FRUNDECK, Ioachim (1517-1587): *In IV libros Institutionum civilium D. Iustiniani*, s.f., Lib.IV, tít.XV, § IV (De retin. vel acquir.posse.), n.4; OLDENDORP, J. (hacia 1480-1567): *Opera*, T.II, Basel, 1559, (ed.anast.1966) *Clavis secunda* (De iure possessionis persequendo), fol.97; VINNIUS, Arnoldus (1588-1657): *Institutionum imperialium commentarius academicus & Forensis*, II, Venetiis, 1747, Lib.IV, Tít.XV, De interdictis, o MOLINA, Luis de (1535-1600): *Los seis libros de la justicia y el derecho* (traducción, estudio preliminar y notas de M.Fraga Iribarne), t.I.lib.I, Madrid, 1941, Disputación XII, 11.

⁴² Se observa, por ej. en el usufructo. Como apuntó HARPPRECHTIUS, I.(1560-1639): *Commentarios in Librum Quartum Institutionem Divi Imp.Iustiniani*, , Hanoviae, 1657, t.II, Tít.IV, De usufruc., n.128 (fol.425): "Etenim usufructuarios (...) verè non possidet; sed pro possessore duntaxat habetur". De nuevo se recurre a la *possessio* del derecho (en general MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz*, ob.cit., pág.118).

⁴³ Debemos destacar la figura de CUJACIO (1522-1590), el autor más citado por los juristas posteriores, el cual, de modo acorde con su visión restrictiva de la posesión, opta por la tesis proculyana y niega toda posible concurrencia -en términos de posesiones civiles y naturales-, acentuando la distinción entre la posesión como figura jurídica, y la mera detentación. Ante la cuestión de la *possessio in solidum*, señala (*Observationum et emendationum Libri XXVIII, Opera omnia*, t.III, Venetiis, 1758, Lib.IX, cap.XXXII -An duo eiusdem rei possessores in solidum esse possint- (fol.223)): "Fuit hæc quaestio vexata inter Proculyanos & Sabinianos. Hi admittebant duos possessores, illi non item. Proculianorum sententia obtinuit & quidem generaliter, ut nec possint duo in solidum possidere civiliter, nec duo naturaliter: nec unus civiliter, alter naturaliter: nec unus juste, alter iniuste (...) quibus neque

La novedad es el desplazamiento del aforismo al mismo concepto de posesión. DONELLO define la posesión como "Detentio rei corporalis, quæ in commercio sit, aliis possessoribus vacua, cum affectu Domini, vel dominanti coniuncta"⁴⁴, donde el término *vacua* se refiere a la imposibilidad de que coexista con otra posesión anterior⁴⁵. La exigencia de una *vacua possessio* como presupuesto de la posesión es asumida por numerosos autores pues, como señaló HARPPRECHTIUS "dicitur prætera in definition, vacuæ: quia duo pluresvè eadem rem in solidum possidere nequeunt"⁴⁶. La imposibilidad de *duo in solidum* hace que la nueva posesión extinga la anterior, o que el nuevo poseedor no lo sea en realidad. Este es el criterio que les interesa, así como la yuxtaposición entre *possessio in solidum* y *possessio pro parte*⁴⁷.

El análisis del aforismo va parejo al interés que despierta la posesión como institución autónoma⁴⁸. Para los representantes del *Usus modernus Pandectarum* es

Proculiani neque nos credimus in specie eo loci proposita, si Titius vi aut clam a me possidet, vel ab alio, solus ipse possidet, non ego: licet cum a me vi aut clam possidet, futurum sit, ut eum vicam interdicto uti possidetis, propterea, quod et si non possideam, tamen perinde habeor, atque si possiderem, cum habeam interdictum unde vi vel de clandestina possessione. l.7D. de acquir.posse.l.7 § 5 D.communi div. Et multo minus movemur l.5. § 18 de De damno infec. qua plures mittuntur in possessionem in totum, ex primo decreto scilicet custodiae causa, ut non possideant, & mittuntur quidem singuli quasi in totum, sed concursu partes habent, & ex secundo decreto pro eis partibus possidere iubentur".

⁴⁴ DONELLUS, H.(1527-1591): *Opera omnia, Comentariorum de iure civili (cum notis Osualdi Hilligeri)*, t.I, Florentia, 1840, Lib.IV, cap.II.

⁴⁵ El atributo de *vacua* se halla en D.41,2,18 § 2, 41,2,34 y 41,2,53.

⁴⁶ HARPPRECHTIUS, *Commentarios in Librum Quartum Institutionem, ob.cit.*, t.II, Tít.VI, n.278 (fol.547); BACHOVIVUS, R. (1573- hacia 1640): *Notae et animadversiones ad volumen posterius Disputationum Hieronymi Treutleri J.Ct.*, Heidelbergæ, 1619, Vol.II, Disputatio XXI, De acquir. vel amitt.poss. Lit.D, (fol.269); KEES, J.G.(1663-1754): *Commentarios ad D.Iustiniani Institutionum Imperialium*, III, 9 ed., Lausannæ Helvetiorum, 1769, Lib.IV, Tít.XV, de interdictis, n.70, (fol.722). En España, PEREZ, A.(1583-1673): *Prælectiones in duodecim libros codicis Iustiniani*, t.I, Neapoli, 1755, In Lib.VII, Tít.XXXII, De acquir.& retin.possess., n.15: "... cum igitur vacua rei possessio non occupetur, nisi aliter possidere desierit, sequitur quod plures eandem rem in solidum possidere possint; quod sit contra naturam" y VALENTIA, M.de (1594/5-1657): *Illustrium juris tractatum*, lib.III, Lugduni, 1695, Tract.II, cap.II, n.8 (fol.30).

⁴⁷ DUARENUS, (1509-1559): *Opera omnia. In quintam et sextam Partem Digestorum et in Justinianeï Codicis titulos digestorum*, Lucæ, 1745, Tít.De acquir.vel amitt.posse, cap.II (fol.599): "Si plures mittantur in possessionem, æqualiter possident, & concursu partes faciunt; quia fieri non potest, ut in solidum eandem rem possideant. Possident rem eandem pro partibus indivisis". Asimismo, Dyonisius GOTHOFREDUS (1549-1622), en sus notas al C.I.C. (*Corpus Iuris civilis romani, in quo Institutiones, Digesta ad Codicem Florentinum emendata..., cum notis integris...*, Lipsia, 1740) Dig.Lib.XIII, Tít.VI, (fol.301).

⁴⁸ Curiosamente, en España durante la Edad Moderna se mantiene la discusión acerca de la

referencia común, lo que no debe sorprender, pues en sus exposiciones tienen presentes las construcciones del *ius commune* -que intentan conciliar con teorías posteriores⁴⁹-. Por el contrario, los iusnaturalistas le conceden escasa atención en sede posesoria⁵⁰, aunque sí acentúan un dato importante, que debemos subrayar. Ellos mantienen una concepción restrictiva de la posesión, limitada a la *animus domini*, en estricta correlación con la propiedad. Sí estudian la proscripción de la pluralidad de propiedades solidarias, que les sirve para fundamentar la exclusividad como rasgo definitorio del derecho de la propiedad⁵¹. Al mantener esa correlación entre

viabilidad del *duo in solidum*... con sujeción a los parámetros medievales, dedicando incluso sendos capítulos a la materia. Así, VALENTIA, *Illustrium juris tractatum, ob.cit.*, Tract.II, cap.III, (fol.36) -"De divisione possessionis in civilem & naturalem, sive justam, sive iniustam, & an duo possint eandem rem possidere"-, RAMOS del MANZANO, F.(1604-1683): "Ad Tít. De acquirenda vel amittenda possessione, Relationes novantiquæ", en: MEERMAN, G., *Novus Thesaurus juris civilis et canonici, continens varia et rarissima optimorum interpretum, imprimis hispanorum et gallorum, opera*, t.VII, Hagæ-comitum, 1753, Prætermisorum, cap.I (fol.86 y ss.) y OROZ, Hyeronimus de: *De apicibus iuris civilis*, Lugduni, 1661, Lib.IV, cap.X -"An duo vel plures in solidum unam & eandem rem, uno, eodemque tempore tam civiliter, quam naturaliter possint possidere?"-. La discusión se ajusta al primer punto que vimos en la Edad Media, con el plus de discutir un concepto estricto o amplio de posesión -pues citan la tesis de CUJACIO-. El texto de OROZ fue el más extenso y difundido, así como el más atacado pues defiende la viabilidad de varias posesiones solidarias. Su máximo detractor fue LLAMAS y MOLINA, S. (1744-1829): *Comentario crítico, jurídico, literal a las Leyes de Toro...*, Madrid, 1853, pág.117, quien le acusa de haber formulado un tejido de palabras vacías de sentido, sin que quepa exonerarle pues ha tenido a su alcance el saber de CUJACIO. Como vemos, esta discusión no ayuda a situar el posterior art.445 Cc.

⁴⁹ BORCHOLTEN, I.(1535-1593): *Commentaria in quatuor institutionum iuris civilis libros*, Lugduni, 1615, Lib.IV, de Interdictis, Tít.XV; HUNNIUS, Helrico-Ulrico (1583-1636): *Variarum resolutionum iuris civilis*, lib.IV, Coloniae Agrippinae, 1697, Lib.II, Tractatus III De usucapione, Quæstio III (fol.392); KEES, J.G.(1663-1754): *Commentarios ad D.Iustiniani Institutionum Imperialium*, III, 9 ed., Lausannæ Helvetiorum, 1769, Lib.IV, Tít.XV, De interdictis: (fol.720). KRÜGER, J.: *De compossessione*, en: STRYK, S.(1640-1710): *Dissertationum juridicarum francofurtensium*, vol.II, (Disput.XVII), Florentiæ, 1837, columna 907. Es especialmente ilustrativo COCCEJJI, S. (1679-1755): *Iuris civilis controversi*, Francofurti et Lipsiæ, 1753, Lib.XLI, Tít.II, Quæstio IV (fol.438) -An duo eandem rem in solidum possidere possint?-.

⁵⁰ La estudian someramente al tratar los modos de adquisición de la propiedad (vgr.PUFENDORF, S.A.(1632-1694): *De iure Naturæ et gentium, lib. VIII, cum integris commentariis virorum clarissimorum Io.Nic. Hertii atque Barbeyraci*, Frankfurt et Lipsiæ, 1759 (ed.anastát.1967), Lib.IV cap.IX, De traslatione domini in genere, § VI, (fol.597); HUNNIUS, H. (1583-1636): *Encyclopædia iuris universi*, Colonia Agrippinae, 1675, Lib.II, Tract.I, De rerum divisione et acquirendo earum dominio, Quæstio V (fol.271) y Quæstio XXI (fol.294 y ss.)) o para situar los términos de la figura del precarista (VIGELIUS, N.(1529-1600): *Methodus universi iuris civilis absolutissima*, Frankofurti, 1628, Pars III, lib. VII, cap.XV (de adquir.posse.), III (columna 712).

⁵¹ Así, WOLFF, Christian (1679-1754): *Ius naturæ methodo scientifica per Tractatum. Pars secunda, in qua agitur de dominio...*, Halæ Magdeburgicæ, 1742 (ed.anastática 1968), Pars II, Cap.II, § 120, define la propiedad como *ius proprium*, y, como tal "jus proprium autem omne involvit jus alios eodem excludendi; dominium quoque involvit jus excludendi omnes alios eodem iure, in quorum dominio

propiedad/posesión, incorporan la exclusividad en la definición de la primera, como hará HEINECCIO, para quien "acostumbramos llamar posesión à la retencion de una cosa de cuyo uso excluimos a otros"⁵².

1.2.3. Los Pandectistas

La obra de SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes* (1803) es la primera referencia de los Pandectistas, quienes, una vez más, intentan una construcción de la posesión alrededor de D.41,2,3 § 5. SAVIGNY dedica un capítulo a estudiar el aforismo (§ 11) y afirma la absoluta imposibilidad de una pluralidad de posesiones, incluso si una es civil y otra natural -pues ésta es también una posesión jurídica⁵³-. Todos los Pandectistas comparten con él la creencia en que la prohibición de varias posesiones *in solidum* es un axioma lógico-conceptual⁵⁴, corolario de considerar la posesión como

res non est".

⁵² HEINECCIUS, J.G.(1681-1741): *Elementos del Derecho natural y de gentes*, t.I, Madrid, 1837, Cap.IX, § CCXXXI, pág.161, y añade "pero ó bien nos apropiamos el derecho de excluir á todos menos nosotros, ó exceptuamos ademas algunas personas. En el primer caso se dice que la cosa esta en propiedad y, en el segundo, en comunion positiva".

Los iusnaturalistas enfatizaron el requisito de la exclusión como índice de la superación de un estadio previo en que los bienes eran comunes ("comunión negativa"). Así HEINECCIUS, *Ibidem*, t.I, cap.IX. §§ CCXXXIII (pág.163) CCXXXIV (pág.165) y CCXXXVII (pág.167); WOLFF, *Ius naturae...*, *ob.cit.*, Pars.II, cap.II, § 120; KANT, E.(1724-1804): *La Metafísica de las costumbres*, (traducción de Adela Cortina y Jesús Conill) Ed.Tecnos, Madrid, 1989, pág.76.

⁵³ SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, *ob.cit.*, pág.49.

⁵⁴ Decía THIBAUT, A.F.J.(1772-1840): *System des Pandekten-Rechts*, 7 ed., I, Jena, 1828, § 299: "Die Coexistenz meherer Körper in demselben Raum undenkbar ist, so können meherer Personen dieselbe Sache nicht ganz besitzen". PUCHTA, *Pandekten*, *ob.cit.*, pág.180, dedica un apartado específico a la "«Ausschließlichkeit» des Besitzes": "Aus dem natürlichen Begriff folgt, daß nicht mehre dieselbe ganze Sache besitzen können, der Erwerb des Besitzes durch eine Person stetz seinen Verlust durch des bisherigen Besitzer voraus" (Vid.también PUCHTA, «Besitz», *Kleine civilistische Schriften*, *ob.cit.*, pág.419); KELLER, F.L. (1799-1860): *Pandekten*, I, 2ª ed., Leipzig 1866, § 114, pág.255; SENTENIS, C.F.: *Das practische gemeine Civilrecht*, I, 3ª ed., Leipzig, 1868, pág.540; BARON, J.: *Pandekten*, Leipzig, 1893, § 115, pág.219; BRINZ, A. (1820-1887): *Lehrbuch der Pandekten*, 2ª ed., Erlangen, 1873, § 135, págs.498-499; WINDSCHEID, B. (1817-1892): *Diritto delle Pandette*, Turin, 1925, § 152, pág.526. Asimismo, el más célebre estudioso de la posesión en relación con el ABGB., RANDA, A.: *Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und sächsischen Gesetzbuches*, Leipzig, 1865, (ed.anastática 1985), quien participa de la metodología pandectista, señala (§ 16): "Im Begriffe des Besitzes als der unbedingten faktischen Gewalt über die Sache mit dem Eigenthumswillen liegt das Moment der Ausschließlichkeit desselben. Ein Mitbesitz Mehrerer an derselben Sache (compossessio plurimum in solidum) ist begriffsmäßig ausgeschlossen".

Por último, resulta ilustrativo WASCHKE, R.: *Das Eigenthum im Civil und Strafrechte. Untersuchungen zur organischen Structur der Sachenrechte*, Berlin und Leipzig, 1895 (ed.anastática

poder de facto sobre la cosa en la totalidad de sus manifestaciones⁵⁵.

2. El concepto de solidaridad posesoria en relación con el art.445 Cc.

Hemos visto cómo la práctica totalidad de los juristas a lo largo de la historia consideran que la prohibición de concurrencia de varias posesiones *in solidum* es un principio lógico-conceptual que anudan a argumentos físicos o a axiomas de derecho natural⁵⁶. Sin embargo, no podemos aceptar esta tesis *a priori* porque la redacción del art.445 Cc. impone varias apostillas que sitúan la proscripción en un ámbito específico.

Las acepciones del término *solidaridad* tienen como referencia la existencia de una pluralidad de sujetos. Desde este presupuesto podemos constatar una doble dirección que no se contraponen porque obedece a dos momentos distintos:

- solidaridad como antítesis de la pluralidad y
- solidaridad como organización de la pluralidad

2.1. Posesión solidaria como negación de la pluralidad: la vocación de exclusividad

La designación de una posesión como solidaria implica una posesión que se pretende efectivamente *in solidum*⁵⁷, es decir, sin interferencias, negando la

1970), pág.86, sobre la exclusividad del dominio: "Jetzt bedeutet der Satz: die in dem Eigenthumsrecht liegenden Befugnisse können nicht mehreren Personen und zwar jeder von ihnen unbeschränkt zustehen. Dieser Satz ist nicht bloß juristisch, sonder rein logisch nothwendig".

⁵⁵ KELLER, *Pandekten, ob.cit.*, pág.255: "Besitz ist die physische, körperliche Herrschaft über eine Sache, voll und ausschließlich. Gerade so ist Eigenthum die rechtliche Herrschaft"; ARNDTS, L.(1822-1880): *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart, 1872, § 135, pág.205; RANDA, *Der Besitz...*, *ob.cit.*, § 1 (pág.8) y concluye WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, ob.cit.*, § 152, pág.526: "sopra una medesima cosa non è possibile, se non un solo possesso; questa è una conseguenza immediata del concetto del possesso come potestà di fatto sulla cosa nella totalità dei suoi rapporti".

⁵⁶ Vale la pena recordar un último fragmento que resume, desde la vehemencia, el parecer de los autores vistos. ZASIUS, *Commentaria, seu Lecturas...*, *ob.cit.*, Tít.De adquir.vel amitt.posse, § Ex contrario, cols.249-250: "ergo primo, possessionem eadem no posse esse apud plures (...) fortissima esse argumenta quæ à natura sumuntur. Unde cum I.C. dicit, contra naturam esse hæc ratio est invicta, quia stultus est qui quaerit aliam rationem quàm naturam vel sensum (...): Quod oculi vident, aures audiunt, non est necesse probare. Est argumentum, quòd in iure nostro, & in consiliis, ubi deficit lex, potest ratio naturalis allegari (...) Item Cælius in libris antiquitatum inquit, eam legem nunquam revocari posse nulla Imperatoris vel Papæ potentia, quæ fundetur ex ratione naturali. Unde cum dicimus, lex positiva mutari potest per principem, hoc verum est nisi insit legi ratio naturalis. Ista sunt ornamenta in hac difficili materia".

⁵⁷ Así lo traducen los diferentes diccionarios latinos. BLAZQUEZ FRAILE, A.: *Diccionario latín-español*, Sopena, Barcelona, 1954, vincula *in solido* con Cicerón, Horacio y Tácito para definirlo como

posibilidad de otras posesiones concurrentes sobre el mismo bien. Esa negación tiene una doble manifestación: se opone tanto a quienes se presentan en el mismo plano horizontal (como cotitulares)⁵⁸ como a quienes pretenden gravar -verticalmente- el ámbito de su poder (en base, por ej. a ostentar un derecho real limitado)⁵⁹.

Desde esta perspectiva, la solidaridad aboca en la noción de exclusividad, entendiendo por exclusividad aquella cualidad por la que el titular puede impedir a los demás hombres su injerencia en la atribución de poder que se le ha confiado⁶⁰. Ciertamente, el concepto de exclusividad podría predicarse de todos los derechos reales⁶¹, pero suele asociarse al derecho de propiedad por constituir la máxima manifestación del señorío sobre un bien, que al comportar tendencialmente la integridad

"total, totalidad de una suma"; ERNAUT, A.-MEILLET, A.: *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1939, constata que es una expresión "fréquent dans la langue du droit: solidam successionem obtinere, in solidum actio..." y la define como "entier, complet (integer, totus), total". El diccionario de la R.A.E. explica, en la voz «in sólido»: "(del latin in, en y solidum, todo, total), m.adv. for: Por entero, por el todo. U.M. para expresar la facultad u obligación que, siendo común a dos o más personas, puede ejercitarse o debe cumplirse por entero por cada una de ellas". Por último, DU CANGE: *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, VI, Akademische Druck- U. Verlagsanstalt, Graz-Austria, 1954, v.«Solidum», *In solidum*, vulgo solidariement... vid.in solidata (valor unius solidi).

⁵⁸ EISELE: "Zur Lehre vom Miteigenthum", *AcP*, 63, pág.39: "In solidum ist insofern solidus die Bedeutung "ganz" hat, zunächst die Negation des pro parte oder im partem; welche nähere positive Bedeutung oder das in solidum habe, bestimmt sich nach dem Sinne des dadurch negirten pro parte. (...) Wir können so auch sagen: domino pro parte heißt Miteigenthum, dominium in solidum folglich Allein/Eigenthum". Asimismo, KREITTMÄHR, W.A. (1705-1790): *Anmerkungen Über den Codicen Maximilianeum bavaricum civilem, worinn derselbe sowohl mit dem Gemein als ehemalig Shur=Banrischen Land//Recht genau collationiert, sohin der Interscheid zwischen dem alt und neueren Recht...*, Munich, 1761, Psrt.II, cap.V, § XIV (fol.606) había señalado: possessio in solidum heißt so viel als possessio solitaria & privativa, welche mir mit Auschluß all anderen zustehen (...) Die Natur dieser Possession laßt also nicht mehr als einen allein zu, weil es sonst keine possessio solitaria mehr wäre, und eine Contradiction in Terminis erfolgte, wann auch ein anderer nebst mir die nemliche Sach in solidum possidiren wolte...".

⁵⁹ BONFANTE, P.: *Corso di diritto romano II (la proprietà)*, Milan, 1968, pág.14, señala que la fuentes tratan de una propiedad *in solidum* para oponerla a la gravada con un usufructo, que entonces era concebido como una *pars domini*.

⁶⁰ FERNANDEZ VILLAVICENCIO AREVALO, F.: "La facultad de disposición", *ADC*, 1950, pág.1038. Vid.también GONZALEZ GARCIA, J.: *La facultad de exclusión del propietario*, Granada, 1986, pág.193.

⁶¹ LACRUZ, *Elementos...*, *ob.cit.*, III,I, pág.287; BARASSI, L.: *Proprietà e comproprietà*, Milan, 1951, pág.58.

de facultades sobre el mismo, impide la influencia de cualquier otro sujeto⁶². Se deduce de la definición de propiedad del art.348 Cc., aunque en el Código civil no existe una mención expresa de la exclusividad a diferencia de otros Ordenamientos jurídicos⁶³. Quienes han subrayado la estricta correlación entre propiedad y posesión -vgr. los Pandectistas- predicán sistemáticamente ese rasgo de la segunda. No obstante, al ampliarse la posesión a otros supuestos se supera esa equiparación estricta y así se refleja en la correlativa omisión de los Ordenamientos jurídicos⁶⁴.

La identificación con el máximo señorío sobre un bien ha llevado, asimismo, a fundamentar la imposibilidad de concurrencia simultánea de posesiones en criterios de aprovechamiento económico. Observaba D'ORS que "las relaciones posesorias son insolidarias porque no es posible que dos o más personas se aprovechen de una explotación económica a la vez y en una misma medida"⁶⁵, y contraponía esta

⁶² GONZALEZ GARCIA, *La facultad de exclusión...*, *ob.cit.*, pág.58, observa la relación causa-efecto entre el carácter absoluto y la exclusividad "queriendo significar con ella la no posibilidad de que un tercero pudiese obtener beneficio o ventaja de la cosa, aun en el caso de que no exista perjuicio para el propietario".

⁶³ El § 354 ABGB.: "Als ein Recht betrachtet, ist Eigentum das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeder andern davon auszuschließen"; § 903 BGB.: "Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen."; art.832 Cc. italiano: "Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo..."; Por el contrario, el Code francés destaca la proyección interna, es decir, el carácter absoluto del goce, reservado sólo al titular (art.544: "La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu..."). La omisión de la exclusividad obedece, afirma PATAULT, A.M.: "La propriété non exclusive au XIX siècle: histoire de la dissociation juridique de l'immuable", *Revue historique de droit français et étranger*, 1983, pág.222, a que los redactores -en base a la propia tradición jurídica del país- creían posible "un concours de propriétaires" sobre un mismo bien (la cuestión que recoge, apoyada en numerosas decisiones judiciales del s.XIX, aboca en la figura de la copropiedad *pro diviso*).

⁶⁴ Sólo el Código prusiano la recogió expresamente [Erster Th. Siebenter Titel ("Von Gewahrsam und Besitz") § 1: "Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschliessung Anderer zu verfügen, der hat sie in seiner Gewahrsam, und wird Inhaber derselben genannt"]. Los restantes Códigos civiles no acogen declaraciones semejantes: § 309 ABGB., § 858 BGB., 1.140 Cc. italiano de 1942 (vid.no obstante, DARMSTAEDTER, F.: "Der Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs", *AcP*, 151, pág.317).

⁶⁵ D'ORS, A. - BONET CORREA, J.: "El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)", *ADC*, 1952, pág.70. Curiosamente, apoyándose en un ejemplo similar, POLLICE, P.: *Contributo allo studio del compossesso*, Napoli, 1993, pág.17, apunta que, sobre el plano estrictamente económico, la posesión solidaria es "concettualmente configurabile: nulla toglie, invero, che un fondo possa essere coltivato solidalmente (quindi, non pro parte) da due soggetti; un problema di quota si avrà,

imposibilidad a la institución del uso, que cualquier sujeto podía ejercitar por el todo.

Resulta evidente -aquí sí que juegan los principios de la física- que dos sujetos no pueden pretender en su integridad los frutos derivados del mismo campo. Sin embargo, debemos hacer dos observaciones: en primer lugar, la adjudicación exclusiva a uno de ellos no mermaría la condición de poseedor del otro, si así lo hubieran acordado. Es decir, no cabe ordenar la proscripción o permisión de varias posesiones *in solidum* en base a criterios meramente económicos, porque la obtención exclusiva de los aprovechamientos que un bien procura no determina preceptivamente que su posesión sea solidaria. La imposibilidad de coexistir dos posesiones *in solidum* se deriva de la voluntad de no compartir los efectos que cada poder comporta, haciendo abstracción de cuáles sean éstos y de su traducción patrimonial. Por otro lado, su exposición se basa en una posesión *animus domini*, que no admite ninguna otra injerencia⁶⁶.

2.2. La posibilidad material de una pluralidad de posesiones solidarias frente a la imposibilidad jurídica. La función del objeto

Hasta aquí hemos dado una definición de posesión solidaria entendida como posesión exclusiva y excluyente⁶⁷. Pues bien, a pesar de las exposiciones vistas, la fijación en el art.445 Cc. del aforismo romano no excluye la posibilidad de una *compossessio in solidum*. La naturaleza fáctica de la posesión posibilita que en un estadio material concurren varias posesiones *in solidum*, -con, repetimos, pretensión de exclusividad-. Apoya esta tesis la redacción del art.445 Cc., que parte del hecho posesorio que quiere abolir: "si resultasen dos poseedores...". Ergo, está admitiendo la coexistencia de dos posesiones actuales. La contradicción se solventa, como hiciera

eventualmente, *più tardi quando si tratterà di dividere i frutti*". Su exposición constata cómo lo que fracciona es el objeto o las facultades que se derivan, sin cuestionar los caracteres de la posesión de cada sujeto, caracterizada porque reconoce que, junto a él, otro sujeto también posee.

⁶⁶ Ya hemos visto cómo era posible conjugar diferentes posesiones *in solidum* referidas cada una a un aprovechamiento, hasta abastar todas las utilidades de la cosa (BARTOLUS, *In Primam Digesti novi Partem...*, *ob.cit.*, Rub.De acquir.posse § Ex contrario, n.13).

⁶⁷ Hemos intentado utilizar siempre la expresión "pluralidad de posesiones solidarias", o *compossessio in solidum*, pero a menudo se designa sucintamente como posesión solidaria, aunque contemple una pluralidad de individuos.

notar MANRESA, teniendo presente que "el Código civil no sólo no niega la posibilidad de su existencia, sino que hasta supone el caso de que de hecho existan; sin embargo no puede reconocerlo o admitirlo como legal"⁶⁸. El término *reconocimiento* supone que en el futuro uno de los contendientes será considerado poseedor y el otro no, de modo que sólo el primero gozará de los efectos de la posesión -entre los que destacará el empleo los interdictos, como mecanismo de salvaguarda de su exclusividad⁶⁹-. Tras la elección, la actividad del otro sujeto se apoya en la tolerancia del poseedor, revocable en cualquier momento. No obstante, el precepto reconoce asimismo que las posesiones en conflicto, hasta que se dirime cuál prevalece, han desplegado sus efectos como tales, de modo que, por ej., cualquiera de los sujetos pudo ejercitar interdictos para repeler lesiones de terceros en base a su *ius possessionis*. Por ese mismo motivo, al poseedor vencido se le aplicarían los artículos de liquidación posesoria (arts.451 y ss.).

Por tanto, la proscripción de pluralidad de posesiones del art.445 Cc. no es lógico-conceptual sino jurídica. Las construcciones que postularon la proscripción del *duo in solidum*... como principio conceptual atendían únicamente a ese plano jurídico, postergando la vertiente fáctica que define a la posesión y que impide situarla en la misma categoría que los derechos. Al sentar los criterios para superar esa concurrencia fáctica, el art.445 Cc. "juridifica" la posesión, y lo hace porque estima imposible imputar a ambas posesiones, una vez contrastada su existencia simultánea, unos efectos jurídicos que se neutralizarían⁷⁰, pero no pretende eliminar retroactivamente los que

⁶⁸ MANRESA, J.M.: *Comentario al Código civil español*, t.IV, Madrid, 1895, pág.192 (comentario al art.445). En los mismos términos, DORAL GARCIA, J.A.: "Liquidación de la gestión posesoria", *RDPPr*, 1977, pág.408, que añade: "es la misma razón que llevó a pensar en la imposibilidad de una doble nacionalidad institucional y la admisión de la doble nacionalidad de hecho o conflictual".

⁶⁹ Hay que subrayar la redacción del precepto, porque lo diferencia de otras normas: el art.2.401 Cc.argentino -único precepto asimilable- prescribe: "Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa." que VELEZ SANSFIELD, Dalmacio (*Código civil de la República argentina, redactado por el Dr.D.V.S.*, Buenos Aires, Igon Hermanos, Lib.editores, 1877) comenta sucintamente: "plures eamdem rem possidere non possunt" y se remite a TROPLONG y a MOLITOR.

⁷⁰ Acaso, como ha observado MORALES MORENO, J.M.: *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, pág.338, el art.445 Cc. sería más exacto con la siguiente redacción: "la posesión, en cuanto supuesto de hecho de unas concretas consecuencias jurídicas, no puede reconocerse en dos personas distintas". Queremos subrayar que mantiene el verbo *reconocer* en la redacción que propone.

se produjeron antes.

En determinados supuestos la concurrencia es imposible ya en el estadio material dadas las características del objeto: resulta evidente que dos sujetos no pueden materialmente ocupar la misma silla -el ejemplo en que los romanos apoyaron el axioma-; por el contrario, si el objeto poseído es una finca, la evidencia ya no es tal, si cada uno ocupa un extremo con la voluntad de abarcarla en toda su magnitud⁷¹. La necesidad de ponderar la afirmación según el objeto al que se refiera, ratifica que no se trata de un axioma incontestable. En suma, no cabe entender el art.445 Cc. como una formulación *a priori* que imposibilita la *compossessio in solidum* sino como un *a posteriori*, que refuerza el elemento jurídico de la posesión.

2.3. La posesión solidaria como ordenación de la legitimación de la pluralidad de sujetos

El otro argumento común para negar la *compossessio in solidum* surge del examen de la acepción de solidaridad que se emplea en el derecho de obligaciones y en determinadas instituciones del derecho de familia y de sucesiones: la tutela (arts.237 y 239 Cc.) y el albaceazgo (arts.894 y 897 Cc.). Aquí la solidaridad se define como un modo de organización que permite a cada sujeto ejercitar las facultades derivadas

⁷¹ Así lo recordaba expresamente OROZ, *De apicibus iuris civilis, ob.cit.*, Lib.IV, cap.X, n.13: "si res possessa esset adeò exigua, ut per unum possessorem occupata, non relinqueretur eius pars aliqua, ex qua alter possessor apprehendisset, tunc duo possessores eiusdem rei esse non possent: ergo saltim quando exigua res est, quae possidetur, duo possessores eiusdem rei esse non poterunt. Sec huic obiectioni facilè satisfecimus dicendo: verum esse tunc non posse dari duos possessores; id tamen non provenire ex eo, quòd repugnantes sint eiusdem rei duae possessiones: sed ex eo: quod in tam exigua re nulla sit pars, quae nisi ab uno occupari queat: & tota quaestio nostra semper praesupponit rem talem esse debere, quod per diversas partes diversae apprehensiones naturales fieri possint". En contra, RAMOS del MANZANO, "Ad Tít.De adq. vel amitt. posse.", en: MEERMAN, *Novus Thesaurus...*, *ob.cit.*, Prætermisorum, cap.I (fol.86 y ss.) recuerda que: "vel si uni per aspectum, aut ingressum partis fundi quæsita in solidum est, usque adeo totius fundi detentio est sui natura, & iuris intellectu, ut impossibile sit, ab alio in solidum fundum teneri, ab alio in solidum fundum teneri, aut reteneri, & consequenter possideri". Sus posiciones respectivas recogen una discusión clásica de la que se hicieron eco muchos otros juristas y que tiene como presupuesto -en base a D.41,2,3 § 1- que "possessio unius partis fundi si est apprehensa, dicitur totius fundi quæsita" (BALDUS de UBALDIS, *In Lib. VII, VIII, ...ob.cit.*, Lex.3, § Licet possessio, n.4), lo que corrobora esa posibilidad fáctica de concurrencia entre varios poseedores que ocupan una gran finca de gran extensión, cada uno por un extremo (vid.por último, ANGELUS UBALDUS PERUSINUS, *In Primam Digesti novi partem, ad notationibus Francisci Curtius*, Augusta Taurinorum, 1589, Tít.De acquir.posse, § ex contrario, n.4, quien defiende la pluralidad de posesiones in solidum, "quando ambo sunt intra rem, quo casu unusquisque possidet insolidum, excepto illo tantillo, quod quilibet calcat pede, vel sedibus").

de esa posición, con consecuencias para todos los restantes: se ve nítidamente en las obligaciones solidarias (arts.1.137 y ss.Cc.) en que se presenta como una forma específica de actuar -o de responder- ante tercero⁷².

Se señala que esta acepción de la solidaridad no resulta útil para clarificar una comunidad de derechos reales -y aquí *lato sensu* se sitúa la *compossessio plurium in solidum*- pues lo que importa es atender a las facultades de *uti* y *frui* y no a cómo se ordenan las legitimaciones frente a terceros⁷³. No obstante, cabe emplear esta acepción de la solidaridad en sede de derechos reales para designar aquella comunidad en que cualquiera de los comuneros puede actuar individualmente sobre la totalidad del objeto frente al exterior, sin perjuicio de las posibles acciones entre comuneros⁷⁴ -

⁷² También resultan ilustrativos los artículos referidos a cargos solidarios. Señala DIAZ ALABART, Silvia: "Comentario al art.237 Cc.", en: *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y tutela (coordinadas por Amorós Guardiola y Bercovitz Rodríguez-Cano)*, Ed.Tecnos, Madrid, 1986, pág.334, que el concepto de solidaridad del Código en las obligaciones no es aplicable a la tutela: "son situaciones tan distintas, que la única similitud posible entre que concurren varios sujetos en una obligación y varios tutores para un mismo tutelado, es solamente que cada uno de ellos pueda obrar por sí solo" y añade "los tutores solidarios tienen la posibilidad de obrar cada uno de ellos por sí solo en la totalidad de su misión tutelar, sin que para eso sea preciso que exista una deliberación previa con los demás cotutores". En suma, la solidaridad supone esa posibilidad de abastar la totalidad de la función de modo independiente (vid.también LETE del RIO, José Manuel: "Comentario del art.237", en: *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág.727 y sobre los albaceas solidarios, PUIG FERRIOL, L.: "Comentario del art.897", en: *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, t.I, Madrid, 1991, pág.2185).

⁷³ Señala BALLARIN MARCIAL, A.: "Titularidad solidaria", *AAMN*, t.XIII, Madrid, 1962, pág.221, que la diferencia radica en que no es imprescindible definir la comunidad en función de cómo se relaciona con los terceros ajenos a la posición plural: "la solidaridad es una de esas formas de resolver un problema de actuación frente a terceros, mientras que en la propiedad no se trata de esto, no surge el dominio como derecho que se dirija contra sujetos determinados" (vid.también DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t.II, 2 ed., Madrid, 1983, pág.113).

⁷⁴ GARCIA AMIGO, M.: "Condominio pro diviso o propiedad separada", *RDPr.*, 1974, pág.175; GARCIA-GRANERO FERNANDEZ, J.: "Cotitularidad y comunidad. Gesamte Hand o comunidad en mano común", *RCDI*, 1946, pág.151. También FRAGALI, M.: *La comunione*, t.I, en: *Trattato di Diritto civile e Commerciale*, dirigido por A. CICU- F.MESSINEO, Milán, 1978, pág.352. CASTRO, F. de: *Derecho civil de España*, Ed.Civitas, Madrid, 1984, pág.582, integra en la cotitularidad: "la titularidad solidaria; en la que cada uno de los sujetos puede ejercer, como único titular, al exterior el poder total del derecho", pero parece limitarla al derecho de obligaciones pues da como ejemplos (nota 5) los arts.1.137, 1.141, 1.142, 1.143 y ss.Cc. Por último, ROCA JUAN, J.: "La renuncia liberatoria del comunero", *ADC*, 1957, pág.102, apunta, sobre la redacción del art.399, que "quizá no sería infundado presumir que el Código hable de partes -de la parte del comunero- con el único fin de alejar toda idea de titularidad solidaria". La RDGRN. de 26.diciembre.1946 contempló este tipo de comunidad negándole acceso al registro (decisión que critica FERNANDEZ DEL POZO, L.: "Derecho real de uso y poder de disposición", *RCDI*, 1988, pág.106, pues cree que ordenaría el poder de disposición en situaciones de cotitularidad del derecho real).

La Ley 378 de la Compilación de Navarra recoge expresamente la figura: "La comunidad en

como en el arcaico *consortium ercto non cito* romano-. Y en este ámbito también podría predicarse de una comunidad posesoria. Cabría constituir una comunidad posesoria con la peculiaridad de que cualquier partícipe pudiera, de estimarlo conveniente, disponer unilateralmente del bien. Lo que ocurre es que esta acepción de la solidaridad no ayuda a interpretar el art.445 Cc. Y no sirve porque se sitúa en un momento posterior: se vincula al ejercicio de una facultad en el marco de una situación que parte del reconocimiento de la pluralidad y describe criterios de legitimación -una legitimación *in solidum* que provoca consecuencias jurídicas para todos-.

2.4. Un supuesto específico de *compossessio in solidum*: las servidumbres. La irrelevancia de la indivisibilidad del derecho para la solidaridad posesoria

Por último, se ha afirmado que la proscripción o admisión de una pluralidad de posesiones solidarias debe vincularse a la divisibilidad del derecho que de facto el sujeto ejercita, de modo que los derechos indivisibles permitirían una pluralidad de posesiones solidarias. El art.523 del Proyecto del Código italiano de 1942 prescribía expresamente esta distinción⁷⁵. Contra el texto del Proyecto, fruto de las tesis de SEGRE⁷⁶, surgieron diversas críticas que llevaron a omitir el precepto en la redacción

la propiedad o en cualquiera derecho real a favor de varios titulares será solidaria cuando así se disponga en el título de su constitución. En la comunidad solidaria cada comunero puede por sí solo ejercitar plenamente el derecho y disponer de la totalidad del mismo, sin perjuicio de su responsabilidad frente a los demás titulares".

⁷⁵ Art.523: "Il possesso può appartenere a più persone per quote indivise o in solido, secondo che il diritto corrispondente sia divisibile o indivisibile.

Nel primo caso si ha compossesso anche senza determinazione di quota, quando tutti intendano possedere insieme per l'intero".

⁷⁶ SEGRE, G.: "Contributo alla teoria della divisibilità delle cose e dei diritti", *Dalla radice pandettistica alla madurità romanistica. Scritti di diritto romano*, Torino, pág.22: "Il possesso come immagine di fatto della proprietà è al pari di questa divisibile, se invece è l'immagine di fatto di altri diritto reali, è divisibile o no, secondo che sia o no divisibile il diritto reale corrispondente". Asimismo, PALOPOLI, N.: v.«Possesso», en: *Nuovo Digesto italiano*, t.X, Torino, 1939, n.7, pág.40: "vi può essere compossesso anche se in corrispondenza di altri diritti divisibili (enfiteusi, usufrutto) o indivisibili (uso, servitù); per questi ultimi non vale il principio che non può avere possesso solidale di più, ma anzi, se vi è compossesso, no si può parlare di singole quote e il possesso no può che appartenere ai più in solido" (el subrayado es nuestro).

Encontramos un precedente aislado en el *ius commune*, en ANGELUS UBALDIS PERUSINUS, *In Primam Digesti novi partem, ob.cit.*, Tít.De acquiren.posse, § Ex contrario, n.3 "incorporalia, qua sunt individua de sui natura, ut servitus: sine dubio apud infinitos esse possunt: nam sicut eiusdem servitutis dominium apud plures potest acquiri insolidum: ita etiam & eiusdem iuris quasipossessio insolidum apud plures esse potest".

definitiva⁷⁷.

Desde esa premisa, las servidumbres constituyen el paradigma de los derechos indivisibles frente al usufructo o la propiedad. Esta observación tiene su origen en D.7,8,19: "frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus", porque se vinculaba la servidumbre con el *uti* y los derechos divisibles con el *frui*⁷⁸. Enlazando los conceptos, GARCIA GOYENA observaba que "las servidumbres no pueden constituirse ni adquirirse por partes, *qua usus earum indivisus est*"⁷⁹. Por tanto, la servidumbre, como derecho indivisible por excelencia, admitiría una pluralidad de posesiones *in solidum*.

Esta afirmación requiere varios matices. En primer lugar, hay que tener presente la especificidad de la posesión de las servidumbres (*quasipossessio*) que consiste en el ejercicio de las mismas⁸⁰. Se trata de una posesión "reflexiva", sin un objeto extrínseco al sujeto sobre el que éste concrete el poder de hecho⁸¹, lo que ha llevado

⁷⁷ Para GRECO, F.: *Della proprietà*, Lib.III, t.III, *Commentario del Codice civile*, Torino, 1978, pág.27, su exclusión ulterior obedeció a la voluntad "di non includere nel codice definizione teoriche". Constatan SEGRE, G.-MONTEL, A.: *Il possesso*, Torino, 1956, pág.71, que se consideró preferible "astenersi da affermazione di carattere teorico e rimettere la disciplina dell'istituto ai principi generali; e ciò tanto più in quanto alla nozione di compossesso data nell'articolo non corrispondeva nessuna altra norma che importasse una particolare disciplina dell'istituto". Algunos autores mantienen hoy la distinción. Así, ROSELLI, F.: *Il possesso e le azioni di rinuncia*, Torino, 1993, pág.27, quien apostilla que aparecía explícitamente recogida en el art.523 del Proyecto, "poi non inserito del testo definitivo perchè ritenuto superfluo".

⁷⁸ D'ORS -BONET CORREA, "El problema de la división del usufructo...", *ob.cit.*, pág.70.

⁷⁹ GARCIA GOYENA, F.(1783-1855): *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho civil de Zaragoza, Zaragoza, 1974, "comentario al art.481", pág.888 (se trata del precedente del art.535 Cc.).

⁸⁰ BIONDI, B.: *Las servidumbres*, con anotaciones de Derecho español común y foral, por J.M.González Porrás, Madrid, 1978, pág.1218.

Así lo reseñaban los autores del *ius commune*. Entre otros, YAÑEZ PARLADORIUS, Ioannes (1530/50-hacia 1604): *Rerum cotidianorum*, Matriti, 1604, cap.I, § octavus, n.12 (fol.11): "Possessio in servitutibus nihil aliud est, cum ipsius servitutis usus" y PECCHIUS, Franciscus Maria (1618-1693): *Tractatum de servitutibus in genere*, t.I, Genovæ, 1698, Lib.III, cap.IX, Quaest.XXII, n.3 (fol.42): "Possessio iurium incorporalium, nihil aliud sit, quam usus cum patientia Adversarii". GOMEZ, A.(1501-1562/72): *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii, Tomis Tribus distinctæ*, t.II, Lugduni, 1761, Lib.II, cap.XV, n.22, precisaba: "Singulariter & subtiliter infertur quod in servitutibus & iuribus incorporalibus datur quasi possessio naturalis & civilis: naturalis dum actus ipsius servitutis exercetur, civilis illa quae retinetur in animo, sine aliquo actu, vel exercitio".

⁸¹ Así resulta evidente, por ej., en la servidumbre *altius non tollendi*. Por ello no es ajustada la

a definirla como una *posesión impropia*⁸², a diferencia de la posesión de bienes corporales, que es una posesión "transitiva": sujeto/ objeto/ poder.

La indivisibilidad, como tal, tampoco clarifica la cuestión. Cabe hablar de indivisibilidad desde dos posiciones: indivisibilidad intrínseca, formulada en relación al contenido de la servidumbre -es decir, el poder ejercitable por el titular, vinculado «ob rem» en las prediales (art.530.1 Cc.) e individualmente atribuido en las personales (art.531 Cc.)- e indivisibilidad extrínseca, en relación al objeto sobre el que el derecho de servidumbre recae: la finca sirviente (art.535 Cc.)⁸³. Pero ambos casos contemplan la servidumbre en un plano diferente al de la *quasipossessio*, centrándose en su naturaleza jurídica. Ciertamente, la indivisibilidad del uso lleva a afirmar la indivisibilidad del derecho real⁸⁴, pero dicha indivisibilidad se deriva de la naturaleza del acto humano de utilización (de ahí su carácter intrínseco) que es indivisible⁸⁵. Es

tesis de GENTILE, F.: *Il possesso nel Diritto civile*, Napoles, 1956, pág.165: "In un solo caso, il possesso è veramente solidale e promiscuo ed è quando con la detenzione di chi possiede il fondo servente concorre il possesso (limitato) di chi detiene il fondo dominante".

⁸² GOMEZ, *Variae resolutiones iuris civilis, ob.cit.*, Lib.II, cap.XV, n.22: "possessio quæ sita in servitutibus & iuribus incorporalibus non dicitur vera & propria sicut in rebus corporalibus mobilibus vel immobilibus sed dicitur quasipossessio impropria; sed respondeo quod in rebus corporalibus potest res naturaliter apprehendi, & ex illo actu resultat vera & propria possessio, sicut de iure naturali detentio, sed in rebus incorporalibus non potest dari illa naturalis apprehensio, adeò est impropria".

⁸³ ROCA JUAN, J.: "comentario a los arts.534 y 535", en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo*, Madrid, 1978, pág.53 y "comentario del art.535", en: *Comentario del Código civil*, t.I, Madrid, 1993, pág.1404 y BIONDI, *Las servidumbres, ob.cit.*, 1978.

Sobre las construcciones en el *ius commune*, ESPIAU ESPIAU, Santiago: *Las obligaciones indivisibles en el código civil español*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1992, págs.111-113, quien, como preámbulo al estudio de la divisibilidad o no de la obligación de constituir una servidumbre, da una relación de juristas medievales que contemplan la indivisibilidad del derecho real. En la Edad Moderna resulta especialmente útil DUARENUS: *Opera omnia*, vol.I, *qui in Digestorum priores quatuor partes et in Justiniani Codicis titulus aliquot commentari continentur*, Lucae, 1765, cap.XIX, ad.l.7, fol.347 y ss. quien estudia la indivisibilidad en ese doble aspecto, así como PECCHIUS, *Tractatum de servitutibus...*, *ob.cit.*, cap.I, Quæstio V, ns.1-11.

⁸⁴ Vid.BÜHL, B.: "La indivisibilidad de las servidumbres prediales", *RCDI*, 1931, pág.234. En la Edad moderna, GREGORIUS THOLOSANUS, P.(1540-1597): *Syntagma iuris universi atque legum pene omnium gentium et rerum publicarum*, 1 parte, Lugduni, 1609, Lib.III, Cap.I, n.7 (fol.90), tras señalar que "servitutes individuae sunt, nec pro parte præstari possunt, vel concedi, vel adimi", añadía "naturaliter & civiliter est individua servitus: natura, quia quæ tangi non possunt, individua sunt: qualia iura sunt minus civiliter: quia tantam utilitatem non adfert pars intuitu partis, quantam totum respectu totius".

⁸⁵ BARTOLUS DE SASSOFERRATO: *In secundam Digesti vet. partem*, Augustae Taurinorum, 1574, Lib.XIII, Tft.VI, § Si duobus vehiculum: (fol.83): "Dic. ergo, aut usus refertum ad personam,

una cuestión previa a la propia servidumbre: si la servidumbre es uso y el uso es indivisible, la servidumbre es indivisible. Por ello, se afirmaba que el uso era *in solidum*, pues permitía la coexistencia de actividades íntegras simultáneas⁸⁶. En contra cabría objetar que determinadas servidumbres procuran utilidades que en sí mismas son divisibles, lo abocaría en una correlativa divisibilidad del derecho⁸⁷. Esa objeción corrobora que atender al resultado del acto, como tal, excede el alcance jurídico de la servidumbre⁸⁸. Tampoco sirve atender a la división del fundo sirviente (art.535 Cc.)⁸⁹ ya que éste no es el objeto de la posesión sino del derecho de servidumbre, por

& tunc non potest in parte dividi, ut in contrario".

⁸⁶ Como señaló PAULUS CASTRENSIS: *In secundam Digesti veteris Partem Patavine praelectiones*, Lugduni, 1553, Lib.13, Tít.6, § Si duobus, (fol.85), n.5: "quia per usus unus non impeditur usus alterius insolidum". Esta afirmación tiene su fundamento último en D.13,6,5, 15: "usus...unius cuiusque in solidum esse. Neque enim minus me uti, quod et alius uteretur".

⁸⁷ Para ALBALADEJO, *Derecho civil...*, III,II, *ob.cit.*, pág.144, en ocasiones la servidumbre no sólo es divisible, sino que debe ser dividida. Tal ocurre, por ejemplo, cuando consiste en la participación en el producto de una finca. COLIN, A.-CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil*, con notas de Derecho civil español de DE BUEN, 2ª ed., revisada por Ossorio, J., t.II, v.II, Madrid, 1942, pág.792, constatan la dificultad, en este caso, de distinguirlas de un derecho de uso o de un usufructo restringido y sientan como criterios identificativos "el encontrar en el título constitutivo los caracteres específicos de los derechos de esta naturaleza, a saber: la perpetuidad, la concesión del derecho de uso estipulado, no a una persona determinada, sino al poseedor del fundo, sea quien sea etc...".

⁸⁸ BIONDI, *Las servidumbres...*, *ob.cit.*, pág.319, cree que "no es cuestión distinguir entre el *uti* y el *frui*; el problema de la divisibilidad se refiere a la cosa material que se produce, no a la servidumbre. Bajo este aspecto la servidumbre, como situación jurídica, es independiente de la divisibilidad del resultado material". Previamente ha recordado (pág.318) que algunas servidumbres no suponen ni un *uti* ni un *frui*, y que *uti* y *usus* no significan nada más que el ejercicio de la servidumbre.

Asimismo existen actuaciones vinculadas al ejercicio del poder que sí precisan una ordenación a partir de la cuota como, por ej., los gastos de mantenimiento (art.544 Cc.). Recordaba PAULUS CASTRENSIS: *In secundam Digesti veteris partem...*, *ob.cit.*, § Si duobus, n.11: "Servitus, usus est indivisibilis respectu ipsius iuris, & etiam actus utendi inspecta re potest esse divisibilis". Sobre la ordenación del uso en las servidumbres, vid.VOET, J.(1647-1713): *Commentarius ad Pandectas*, t.I, Paris, 1829, Lib.X, Tít.III, Rub.Communi div., n.2 (fol.463) y GREGORIUS THOLOSANUS, *Syntagma iuris...*, *ob.cit.*, Lib.III, cap.I, n.7, (fol.90).

⁸⁹ CUJACIUS: *Opera omnia in tomos XI distributa*, t.V, Mutiæ, 1777, Lib.II, Paulo ad Edictum (ad.I.I de oper.Serv.), col.924: relaciona indivisibilidad del uso con integridad de la finca: "...at fundo uti pro parte non possum & pro parte non uti: nom possum per partem unam fundi deambulatur, quin videar per totum ambulasse; qui usum partitur, naturam ejus corrumpit" y repite (Lib.XXIII, Pauli ad Edictum, Ad Leg.X): "... qui vel minimo fundo utitur, in totum eo fundo utitur: qui usum dividit, naturam ejus corrumpit...".

En nuestro derecho, ROCA JUAN, J.: "Fundo sirviente, lugar de ejercicio (Observaciones al Código civil)", *Revista de Derecho Notarial*, 1962, matiza la cuestión -con efectos en caso de división de la finca- teniendo como referencia la regulación del Código italiano de 1942. De hecho, el art.535 Cc. se limita a constatar que los predios modifican su situación objetiva, y que la situación jurídica de los propietarios afectados no varía en cuanto al deber jurídico de tolerar la servidumbre

lo que no clarifica la cuestión.

La solución radica en la acepción que aquí tiene la posesión solidaria. El art.523 del Proyecto de Cc. italiano, referencia inicial, partía del reconocimiento de una pluralidad de sujetos y predicaba la solidaridad del ejercicio, simplemente porque designaba unas facultades que en base a sus propios caracteres no eran divisibles, analizándolas en el ámbito de una cotitularidad preexistente -no controvertida- y oponiéndolas a la organización por cuotas. Desde esa perspectiva, sí cabe una *compossessio in solidum*, pero teniendo presente que aquí la expresión pretende subrayar la naturaleza de determinadas facultades, sin prejuzgar otros contenidos⁹⁰.

Por el contrario, la posesión solidaria del art.445 Cc. se centra en un momento anterior para configurarse como una posesión única, exclusiva y excluyente; esta acepción también podrá predicarse de la *quasipossessio* que ejercita el poseedor del fundo dominante. Esta conclusión no impide advertir que, en base a la redacción literal del art.445 Cc., la proscripción sólo se vincula a bienes corporales, pues el último inciso prescribe el depósito o guarda judicial de la cosa. En la práctica, la servidumbre, como derecho inseparable de una finca (art.534 Cc.), se vinculará a la posesión común o exclusiva de ésta.

2.5. El ámbito de incompatibilidad del art.445 Cc.

Las posesiones preexistentes que entran en conflicto a partir de la proscripción

(vid.ROCA JUAN, "Comentarios a los arts.534 y 535", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.54).

Nos interesaba exclusivamente el predio sirviente. En relación a la división del dominante, ARCO TORRES, M.A del.-PONS GONZALEZ, M.: *Régimen jurídico de las servidumbres*, Granada, 1989, pág.105.

⁹⁰ SEGRE -que es el inductor de la polémica- ha de encajar una serie de matices sobre divisibilidad/indivisibilidad y solidaridad. En "Sulla natura della comproprietà", *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano*, Torino, pág.204, reconoce: "la proprietà stessa, quando appartiene a più, può dirsi solidale rispetto ai suoi effetti indivisibili, se nei casi concreti il suo contenuto autorizza a conseguire anche effetti di questa specie". La distinción radica en el elemento determinante, pues, por ej., (pág.205): "così l'uti indivisibile non è un necessario per l'attuazione del diritto di usufrutto; ma il diritto si può dividere rispetto al frui, che è un effetto necessario del diritto. Y concluye (pág.206) "la solidarietà e la partecipazione parziale sono modi d'esistenza di un diritto reale appartenente a più, che non sono esclusivamente propri dei diritti divisibili ed indivisibili, ma che possono concorrere insieme nello stesso diritto divisibile ed indivisibile, e normalmente corrispondono invece a divisibilità e indivisibilità degli effetti".

del art.445 Cc. se relacionan en dos planos diferentes: un plano horizontal, en que existe identidad de conceptos posesorios entre los titulares -lo que aboca en el *proindiviso* o en la exclusión de una de ellas- y un plano vertical, en que concurren conceptos diferentes, cada uno de los cuales referido a un poseedor exclusivo.

2.5.1. La incompatibilidad horizontal

El art.445 Cc. recoge los supuestos en que existan dos o más posesiones en idéntico concepto, en tanto que éste no incorpora el reconocimiento de otra posesión paralela. Su identificación recíproca impone la elección de uno de ellos o la conversión de su posesión *exclusiva* en una situación de *coposesión* en que cada sujeto asume la existencia de otro poder paralelo y homogéneo. Esta formulación genérica indica el ámbito de la norma. Ciertamente, cabría limitarlo a un *ius possessionis imago proprietatis* como defiende MANRESA⁹¹, pero no es ésa su finalidad. Cuando el artículo contrapone dos hechos posesorios diferentes, no atiende al contenido del derecho sino al número de titulares posesorios. Una interpretación restrictiva podría conllevar, a *sensu contrario*, el reconocimiento de la viabilidad jurídica de varias posesiones en concepto de arrendamiento o de usufructo *in solidum*⁹².

2.5.2. La incompatibilidad vertical

La interdicción del art.445 Cc. también integra la concurrencia de dos o más posesiones que se ejercitan en conceptos diferentes sin reconocerse entre sí. La incompatibilidad de sus posesiones -concurren, aunque sea parcialmente, facultades idénticas- lleva al reconocimiento de una de ellas, sin perjuicio de que previamente cada una se haya ejercitado con la pretensión de abastar su poder de hecho. El poseedor en concepto de propietario pleno -solidario- no puede coexistir con el poseedor en concepto de usufructuario o de arrendatario. La particularidad de este

⁹¹ MANRESA, *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, t.IV, pág.193. Para él la norma sólo aborda la posesión en concepto de dueño, entendido como propietario.

⁹² BUSI, B.: *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, Torino, 1895, pág.125: "Due persone non possono possedere in solido la stessa cosa come precaristi o come concedenti, come locatori o come conduttori...". En nuestro derecho, GARCIA VALDECASAS, G.: *La posesión*, Granada, 1987, pág.38 nota 32. Ya hallábamos esta puntualización en los autores del *ius commune*, vid. por todos, ODOFREDUS, *Prælectiones in postremum Pandectarum Iustiniani...*, *ob.cit.*, Rub. De acquir.vel amitten.posse. § Ex contr., n.22 (fol.56).

supuesto, que tiene cabida en la primera frase del art.445 Cc. dada su concisa redacción, es que no participa de la excepción que el precepto reconoce respecto a la indivisión.

En esta desmembración vertical se integra el supuesto en que uno de los poseedores sólo manifieste una posesión natural (art.430 Cc.). Basta que el sujeto apoye su *ius possessionis* en la mera condición de poseer ("possideo quia possideo") para que contradiga a otro poseedor, ya que su posesión no cualificada, a la par que no se arroga un concepto específico, tampoco reconoce un concepto compatible en el otro poseedor. Este caso extremo demuestra que la noción de exclusión en sede posesoria puede situarse en el mismo plano que la noción de injerencia sobre la cosa, sin que sea preciso desvelar un concepto posesorio. La confrontación de dos situaciones externas de dominación se sitúa de lleno en el ámbito del art.445 Cc., de modo congruente con la raíz romana del precepto.

2.6. Recapitulación

En definitiva, posesión solidaria y coposesión en sentido jurídico (coposesión *strictu sensu*) son dos conceptos antitéticos. El art.445 Cc. recoge ambos al prescribir que la posesión sólo se puede reconocer a un sujeto, lo que supone contemplar la posesión solidaria/solitaria, "fuera de los casos de indivisión", es decir, fuera de los casos de coposesión *strictu sensu* entendida como posesión pro indiviso. La raíz romana del aforismo revela que las dos categorías que el art.445 Cc. yuxtapone son la posesión solidaria y la posesión *proindiviso*. Así se deduce de la Base 11 que contempla "la unidad personal en la posesión fuera del caso de indivisión", del art.455 del Anteproyecto de 1882 -precedente del art.450 Cc., única norma que atiende a la coposesión como tal-⁹³ y de las continuadas exposiciones históricas. Por último, también lo reconoce la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en la Sentencia 135/1986, de 31 de octubre (BOE de 18.noviembre.1986) cuando, en un recurso de amparo sobre una vivienda familiar menciona la "coposesión (posesión indivisa

⁹³ El art.455.2 del Anteproyecto prescribe: "Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea proindiviso..." (veremos este precepto al estudiar la posesión *ad usucapionem*).

admitida en el art.445 del Código civil)"⁹⁴.

Esa yuxtaposición implica excluir del ámbito del art.445 Cc. los supuestos de coposesión conjunta en que no opera el mecanismo de la cuota para ordenar los elementos divisibles, como la posesión de los bienes gananciales, o la derivada de otras comunidades germánicas⁹⁵ -por ej. los aprovechamientos de montes de mano común-, lo que no impide que numerosas afirmaciones referidas a la coposesión *pro indiviso* les sean aplicables, por cuanto sus titulares también son poseedores, en concreto las referidas a los efectos.

3. Dos supuestos que corroboran el principio anterior

Existen dos supuestos que han sido analizados en base a si conculcan o se adecúan a la proscripción del *duo in solidum*....: el art.460.4 Cc., que presenta la coexistencia del poseedor despojado y el poseedor actual y el supuesto del poseedor tabular (art.38 LH.) que concurre con un poseedor extrarregistral. En ambos casos, los sujetos tienen una posesión en el mismo concepto, y concurren en el plano jurídico porque la ley así lo recoge. Sin embargo, las particularidades de cada posesión no sólo no conculcan el principio, sino que avalan la exposición anterior.

3.1. La posesión incorporal del despojado: el art.460.4 Cc.

El art.460.4 Cc. prescribe que el poseedor pierde su posesión por la posesión de otro, aun contra la voluntad de aquél, si la nueva posesión hubiese durado más de un año. Este precepto, que no aparecía en el Proyecto de 1851, presenta dos posesiones incompatibles entre sí que coexisten durante el plazo de un año, en un estado de "lucha abierto o latente"⁹⁶.

⁹⁴ Sobre el conflicto, centrado en la vivienda familiar y en la solicitud de tutela del cónyuge que no era titular del contrato de arrendamiento, vid.ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el Ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, 1992, pág.102, nota 17.

⁹⁵ Recuerda GARCIA GRANERO, J.: "Cotitularidad y comunidad", *RCDI*, 1946, pág.228, que "la comunidad germana asume el esencial carácter de ser un *dominium plurium in solidum*". Asimismo, FLOREZ de QUIÑONES, V.: "Comunidad o servidumbre de pastos", *RDP*., 1933, pág.178.

⁹⁶ DIEZ PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.533; GARCIA VALDECASAS, G.: "La posesión incorporal del despojado y la posesión de año", *RDP*, 1946, pág.331.

A lo largo de la historia, numerosos juristas consideraron que el supuesto constituía una excepción a la regla *duo in solidum...*⁹⁷, opinión que no podemos compartir, pues ya hemos visto cómo, desde la formulación del aforismo en el derecho romano, se analizó y admitió la coexistencia de una *possessio* justa y otra injusta en base a sus caracteres específicos, sin que ello implicase conculcar el principio general. Ese aserto ha de mantenerse en base a los caracteres de las posesiones: la nueva posesión es una posesión de hecho⁹⁸, en tanto que la posesión que se conserva sin exteriorización/ejercicio posesorio es una posesión *incorporal* -para los juristas medievales, *solo animo*⁹⁹-, cuya consecuencia fundamental es que permite recuperar en el plazo de un año la vertiente material¹⁰⁰.

Singularmente, PEÑA BERNALDO DE QUIROS se opone a esta construcción en base al principio *duo in solidum...* Para él, el despojo abre una situación de pendencia de un año de duración sobre la única posesión legalmente reconocible. Es el antiguo poseedor despojado quien conserva la única posesión de la cosa, que sólo

⁹⁷ Probablemente el expositor más exhaustivo sea OROZ, *De apicibus iuris civilis, ob.cit.*, Lib.IV, cap.X, n.6: "ut qui ad nundinas profectus fuit, possideat, & animo suam possessionem retineat, neque prius eam amittat, quam reversus ei non permittatur ingredi in fundum, studiumque & voluntate retinendæ possessionis deposuerit. Sed illo tempore, quo in nundinis remanet, & habet animum revertendi ad fundum, in quo neminem reliquerit, adhuc possidet: & etiam eo tempore is, qui absente eo eius possessionem occupavit, simili modo clam possidet (...) ergo tempore illo verum est duo insolidum unum & eundem fundum possidere". Entre los pandectistas, como síntesis, BEKKER, E.I. (1827-1916): "Der Besitz beweglicher Sachen", *JJDBR*, t.34 (1895), pág.48.

⁹⁸ BARTOLUS, *In Primam Digesti novi...*, *ob.cit.*, § Ex contr., n.7 (fol.80 D), la consideró una especie posesoria específica: "...corporalis quam habet ingressus domino absente".

⁹⁹ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: "Notas para una reconstrucción del concepto de animus posesorio en el derecho moderno", *RGLJ*, 1965, II, pág.308, matiza no obstante que "en el art.460.4 se mantiene no la posesión sólo animo, sino un corpus ideal, durante un año, pasado el cual la posesión se pierde".

¹⁰⁰ El precepto tiene como última referencia la *Gewere* germánica, vinculando la posesión incorporal a la *Gewere* ideal, que permitía al sujeto recuperar la cosa en el plazo de un año. (Vid.GARCIA VALDECASAS, "La posesión incorporal...", *ob.cit.*, pág.341 y ss. y nuestra presentación en Cap.II, 2.1 (2 parte).

La alusión a la *Gewere* no impide recordar que la figura de la posesión incorporal no es extensible al Ordenamiento alemán, el cual, al configurar la posesión como poder inmediato sobre la cosa, niega que el despojado tenga algo más que una pretensión de entrega. Recordaba BARON, *Pandekten, ob.cit.*, pág.218, que el poseedor despojado es entendido como *iustus possessor*, pero "der iustus possessor ist in Wahrheit Nichtbesitzer". Algunos autores italianos también adoptan esta tesis (vid.SEGRE-MONTEL, *Il possesso, ob.cit.*, pág.71 nota 1).

pierde cuando la influencia ajena se prolonga más de un año¹⁰¹. Su tesis es, a nuestro juicio, errónea. Como ha observado ALBALADEJO, "no es obstáculo a la existencia de dos posesiones el art.445, que lo que excluye sobre una misma cosa es la existencia de dos posesiones de hecho, no una de hecho y otra (la del despojado) como derecho"¹⁰². Además, durante el año posterior al despojo, el despojante es un verdadero poseedor que se beneficia de los efectos de la posesión y cuya situación sólo decae ante la pretensión del despojado. Cuestionar su posesión es conculcar un principio incontrovertido desde el derecho romano: la relatividad de la posesión. Y es que, lo que salva en este supuesto el *duo in solidum* no es la existencia de una única posesión a partir de negar tal reconocimiento a la otra, sino que ambas sean sustancialmente diferentes, que estemos ante dos especies posesorias¹⁰³.

3.2. Posesión material y posesión tabular

Tampoco conculca el principio del art.445 Cc. la concurrencia de un sujeto que ejerce un poder de hecho sobre un bien inmueble y un sujeto que, por haber inscrito

¹⁰¹ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M.: *Derecho reales, Derecho hipotecario*, 2 ed., Madrid, 1986, pág.97. Se apoya en los arts.445 y 466 Cc.. LALAGUNA DOMINGUEZ, E.: "Sobre el concepto y las clases de posesión", en: *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1988, pág.330, asume plenamente su exposición. También HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.310, reduce la posesión del poseedor despojante a mera detentación estimando que el art.460 configura "una usucapión, que trae como consecuencia la adquisición de la posesión, y al mismo tiempo, la pérdida de la posesión para el anterior poseedor (...) no se pasa de la posesión a la propiedad, sino de la detentación a la posesión". Sin entrar en la oportunidad de calificar el supuesto de usucapión, el despojante tiene una posesión. Viciosa, pero posesión.

¹⁰² ALBALADEJO GARCIA, M.: "Comentario a los arts.1.940 y 1.941" en: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Madrid, 1993, pág.268, nota 13; GARCIA VALDECASAS, "La posesión incorporal...", *ob.cit.*, pág.337. Por su parte, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.533, observa que "el hecho posesorio, en la hipótesis del art.460.4 será uno solo, lo que salva la armonía con el art.445, pero en cambio subsistirán sobre el mismo objeto dos posesiones jurídicas" (Vid.entre los italianos BUSI, *La successione nel possesso...*, *ob.cit.*, pág.128 y ss. y entre los franceses, BAUDRY-LACANTINERIE, G.-TISSIER, A.: "De la prescription", en: *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3 ed., Paris, 1905, n.206 (pág.169) quien, para explicar el supuesto de despojo, anuncia que "il y a dans notre droit une hypothèse où deux personnes sont en quelque sorte l'une et l'autre simultanément en possession in solidum de la même chose" y acto seguido sitúa las diferencias.

¹⁰³ BUSI, *La successione nel possesso...*, *ob.cit.*, pág.128, concluye: "Questo principio della relatività non esclude necessariamente l'altro del l'impossibilità della duorum seu plurium in solidum eiusdem rei possessio, el quale, assolutamente vero quando sia applicato al fatto del possesso, non può evidentemente riferirsi al diritto al possesso: non possono coesistere due rapporti possessori di fatto in solido sulla medesima cosa, poichè l'uno esclude materialmente l'altro, ma possono però coesistere un rapporto di fatto ed uno di diritto".

en el Registro de la Propiedad el dominio u otro derecho real sobre dicho bien, tiene a su favor la presunción de que lo posee (art.38.2 LH.). Aquí se contraponen detentador efectivo y titular registral.

La solución pasa por determinar el alcance de la presunción. Se ha señalado que el Registro de la Propiedad presume la posesión material o física de la finca (lo que supondría, de existir un poseedor material simultáneo, entrar de lleno en el ámbito del conflicto del art.445 Cc.), pero el Registro no puede presumir -ni publicar- hechos (art.5 LH.)¹⁰⁴; por ello, se ha afirmado que presume el *ius possidendi* o derecho a poseer, solución poco convincente porque, como tal facultad, ya se encuentra en el derecho inscrito; también se ha señalado que presume la posesión civil, en el sentido del art.430 y ss.Cc.¹⁰⁵ o se ha interpretado en base a otorgar al titular los efectos que la posesión de hecho conlleva -básicamente la protección interdictal- siempre que no exista una posesión *material* mejor fundamentada¹⁰⁶. Esta legitimación para interponer interdictos no resulta de gran utilidad práctica, pues la pretensión del titular registral decaerá ante cualquier poseedor actual: aquél no puede ser despojado materialmente de una posesión que no ha detentado nunca de modo equiparable a cómo la ejercita éste. Y lo propio ocurriría respecto a las perturbaciones¹⁰⁷.

En Austria la cuestión se debatió especialmente a causa de la redacción de los §§ 321 y 322 ABGB.¹⁰⁸, que en un primer momento llevaron a creer que la

¹⁰⁴ Esa fue la postura que adoptó la LH. de 1909 y reformó, a causa de sus gravosas consecuencias, el R.D. de 13 de junio de 1927, como veremos en el Cap.I.3 (2ª parte).

¹⁰⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil, III bis (Derecho inmobiliario registral)*, Barcelona, 1984, pág.152 y ss.

¹⁰⁶ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.360. Una sucinta enumeración de las teorías en ROCA TRIAS, E.: "Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad", *RCDI*, 1979, pág.19 y ss.

¹⁰⁷ Como recuerda GONZALEZ Y MARTINEZ, J.: "El principio de publicidad", en: *Nuevos Estudios de derecho hipotecario*, Madrid, 1948, pág.382, "si la posesión consiste principalmente en un señorío de hecho sobre las cosas, en un sometimiento efectivo de las mismas a la voluntad humana, la llamada posesión registral o titular, basada sobre la inscripción de una finca, no es verdadera posesión (...) De ahí que pueda aparecer como poseedor jurídico una persona no inscrita".

¹⁰⁸ § 321: "[*Eintragungsgrundsatz*] Wo sogennate Landtafeln, Stadt- oder Grundbücher, oder andere dergleichen öffentliche Register eingeführt sind, wird der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen nur durch die ordentliche Eintragung in diese öffentlichen Bücher erlangt."

inscripción de las fincas procuraba una posesión tabular en todo equiparable a la material. Cuando en la realidad concurría un poseedor material, se daba la contradicción de una *compossessio in solidum*, que se intentó solventar rebajando la posesión física a la categoría de tenencia natural¹⁰⁹. Sin embargo, pronto se adoptó la solución contraria, desde la convicción de que no cabía imputar los efectos de un poder de hecho material a lo que era básicamente una ficción¹¹⁰.

Lo que resulta indubitado es la posible coexistencia de un poseedor de hecho y un poseedor tabular. El art.36 LH. fija los criterios para determinar cuál de ellos será protegido, atendiendo a la tutela del tercero. En definitiva, cuando se constata esa concurrencia excluyente, se ha de optar por uno de ambos y en el ámbito estrictamente posesorio prevalecerá quien detente el poder efectivo sobre la cosa. El art.445 procura el ámbito del conflicto cuando señala: "la posesión, como hecho".

§ 322: "[*Faktischer Besitz; Tabularbesitz*] Ist eine bewegliche sache nach und nach mehreren Personen übergeben worden; so gebührt das Besitzrecht derjenigen, welche sie in ihrer Macht hat. Ist aber die Sache unbeweglich, und sind öffentliche Bücher eingeführt; so steht das Besitzrecht ausschließlic demjenigen zu, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist".

¹⁰⁹ Vid.GONZALEZ MARTINEZ, J.: "La Reforma de la Ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400 en 1927", en: *Nuevos Estudios de Derecho hipotecario*, Madrid, 1948, pág.63 (él ha explicado la posesión tabular en "El principio de publicidad", *ob.cit.*, pág.382). El argumento expuesto en el texto se empleó en España tras la LH. de 1909, como veremos en el Cap.I.3 (2ª parte).

¹¹⁰ RANDA, *Der Besitz nach österreichischem Rechte...*, *ob.cit.*, pág.43, puso las cosas en su sitio: "nur der physische Besitz ist wahrer Besitz, der Tabularbesitz ist gar kein Besitz" y añade (pág.47): "In der That enthielte auch die Annahme eines gleichzeitigen und gleichartigen Schutzes des Tabular und des Naturalbesitzes in gleicher Weise eine juristische Unmöglichkeit, wie die allgemein verworfene Annahme einer *Compossessio in solidum*". (Vid.asimismo EHRENZWEIG, A.: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 7 ed., (2 parte), Viena, 1923, pág.55). ROCA-SASTRE, R.M.ª: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1942, pág.285, los interpreta dando a la posesión tabular del ordenamiento austríaco carácter análogo al de la posesión civilísima.

CAPITULO II. LA ACOTACION DEL CONCEPTO DE COPOSESION

1. Introducción

Frente a la posesión solidaria que excluye la pluralidad de sujetos, la coposición surge de la existencia de dos o más poseedores que actúan sobre un único objeto y como tal escuetamente se define¹¹¹. Esa fórmula parece *ab initio* demasiado amplia. Para fundamentarla resulta inevitable recurrir a los análisis sobre la comunidad¹¹², teniendo presente que la naturaleza fáctica de la posesión modula necesariamente los caracteres que se predicán de toda comunidad y que -adaptando la clásica enumeración de BELTRAN de HEREDIA-, son los siguientes:

- 1-. una pluralidad de sujetos en una sola posición jurídica cuyas titularidades tienen idéntico contenido cualitativo (aunque se diferencien en su proporción cuantitativa)
- 2-. un objeto único individuado¹¹³.

En sede de coposición no cabe hablar de relación *jurídica*, lo que no exime de

¹¹¹ Por todos, MONTEL, A.: v.«Composesso», *Novissimo Digesto italiano*, III, Torino, 1959, pág.782: "Appena occorre avvertire come il composesso altro non sia se non un ampliamento soggettivo del possesso: pluralità di soggetti, anziché unità". Aún más radical, GRECO, F.: *Della proprietà*, en: *Commentario del Codice civile*, Lib.III, t.III, Torino, 1958, pág.27: "Il composesso è un istituto eguale in tutto al possesso".

¹¹² GARCIA VALDECASAS, G.: *La posesión*, Granada, 1987, pág.38. Como señala SEGRE, "Contributo della divisibilità delle cose e dei diritti", *ob.cit.*, pág.1: "Il rapporto di composesso riceve luce dalla spiegazione della natura della comproprietà e serve nel tempo stesso a riconfermarla". Este es, también, el parecer de BONFANTE, *Note al Diritto delle Pandette de B. Windscheid*, t.V., Torino, 1926, pág.416; PUGLIESE, G.: *La prescrizione acquisitiva*, Torino, 1911, pág.260 y FERRINI, C.: *Manuale di Pandette*, 4ª ed., integrada por G.Grosso, Milano, n.249, pág.313.

¹¹³ BELTRAN DE HEREDIA, J.: *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, pág.29; GARCIA-GRANERO FERNANDEZ, J.: "Cotitularidad y comunidad. Gesamte Hand o comunidad en mano común", *RCDI*, 1946, pág.146. Específicamente en sede posesoria, MARTIN PEREZ, A.: "Comentario al art.445", en: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*, 2ª ed., Madrid, 1993, pág.284, reproduce la construcción de Guarino sobre la comunidad entendida como "titularidad plúrima total" y separa para la comunidad de hecho seis caracteres: 1. presencia de dos o más sujetos, 2. cada comunero goza de facultades idénticas, 3. interdependencia de los derechos coincidentes que deriva en la imposibilidad de individualizarlos excepto mediante la división, 4. facultades derivadas de idénticos derechos absolutos o relativos, 5. incidencia sobre el mismo objeto y 6. identificabilidad del quantum que corresponde a cada sujeto en el objeto común. Creemos que su enumeración -en exceso deudora de la comunidad jurídica- puede reconducirse al esquema más simplificado que presentamos en texto.

abordar las relaciones entre los sujetos, pues repercuten en la estructura de la coposesión. Tampoco se debe atender preceptivamente al supuesto de hecho que da origen de la pluralidad o a su simultaneidad¹¹⁴: basta con constatar la existencia de una situación de coposesión. A la exigencia de una constitución simultánea se opone la coposesión como resultado¹¹⁵. Por tanto, en una simplificación previa parece que regresemos a la definición inicial. Partimos de la pluralidad de sujetos v. objeto, con el plus de examinar cómo se relacionan entre sí -con el objeto como referencia-. Ello obliga a examinar los elementos de la definición de modo individual, porque es en su caracterización donde se sitúan los rasgos definitorios de la coposesión *strictu sensu*.

2. La pluralidad de sujetos

Pluralidad significa más de un sujeto. Del art.445 Cc. se deduce que en los casos de indivisión se reconocen, al menos, dos personalidades distintas: se supera la unidad personal de la Base 11ª que caracterizaba la *possessio in solidum*¹¹⁶. Puede limitarse a dos individuos -vgr. los bienes que un matrimonio posee *pro indiviso* (art.1.339 Cc.) o abarcar una pluralidad de sujetos (arts.392 y ss., 1.748 Cc.) que incluso puede ser indeterminada, como cuando la condición de poseedor se obtiene en función de una vecindad civil concreta (arts.601 y 602 Cc., Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes vecinales en mano común).

La concurrencia de varios poseedores no supone necesariamente la existencia de una coposesión *strictu sensu*. Procede analizar cuándo la pluralidad de poseedores

¹¹⁴ BELTRAN de HEREDIA, *Ibidem*, incorporaba el requisito del "llamamiento conjunto", que no parece imprescindible a toda comunidad, y que no se adecúa a nuestro supuesto.

¹¹⁵ Por ello, también resulta una información secundaria el modo en que se adquirió el poder de hecho, si mediante tradición, por ocupación, violentamente, etc... Imaginemos una finca poseída por A, B y C. Aparece D que dice haber adquirido el derecho de C. Aunque esta afirmación sea falsa, y en realidad D haya despojado a C de su posesión, D se integrará en la coposesión con A y B. El modo de adquirir es relevante para los efectos, pero no en el análisis de la coposesión como figura autónoma.

¹¹⁶ La expresión personalidad aquí equivale, sin mayores connotaciones, a persona. SANCHEZ ROMAN, F.: *Estudios de Derecho civil, según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales...*, y *el Código civil e Historia general de la legislación española, por...*, t.III, 2ª ed., Madrid, 1890, pág.453, considera que "hubiera sido más exacta la redacción si, en lugar de decir "dos personalidades distintas" dijera dos personas distintas, pues aun en los casos de indivisión que exceptúa, los copartícipes de ella, cualquiera que sea su número, serán varias personas; pero tendrán una sola personalidad en cuanto al hecho o al derecho posesorio, en relación a su condición o título de poseedores...".

integra nuestro objeto de estudio y cuándo lo excede.

2.1. La denominada coposesión "analítica" o "impropia"

En su monografía sobre el art.445 Cc., VALLET de GOYTISOLO opone a la coposesión *strictu sensu* la "coposesión analítica o impropia", categoría que integra aquellos supuestos en que una pluralidad de sujetos ejercita simultáneamente sobre la cosa varios *ius possessionis* con características propias: cada poder es autónomo y compatible con los restantes debido a su particular configuración¹¹⁷¹¹⁸. En esa categoría se inscriben los arts.431 y 432 Cc. que, aunque son explicables en base a un poseedor único, se clarifican al abarcar una pluralidad de sujetos: su examen ayuda a perfilar la coposesión *strictu sensu*¹¹⁹.

2.1.1. El art.431 Cc.

Según el art.431, "la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la

¹¹⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: "La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble", en *Estudios sobre derecho de cosas*, Madrid, 1973, pág.52, la define como "la forma de posesión que podemos considerar existente cuando analíticamente está desintegrada la posesión de una cosa en varias posesiones que reflejan derechos o facultades distintos sobre la misma cosa". Como ej. los arts.498, 1.550, 1.863 y 1.870 Cc.

¹¹⁸ GENTILE, F.S.: *Il possesso nel diritto civile*, 1956, pág.170 y ss. da una relación de supuestos de concurrencia de posesiones sobre un mismo bien. El contrapone -con terminología propia- la posesión autónoma, plena y formal (esto es, la posesión a título de propietario sin restricciones) con las siguientes categorías: en primer lugar, con la posesión autónoma cuasiplena (posesión a título de propietario concurrente con un poseedor que ejercita un *ius in re aliena*); con la posesión autónoma, limitada y formal (posesión que puede concurrir con una serie de posesiones eventualmente realizadas sobre el mismo fundo sirviente; con la posesión mixta formal (posesión ejercitada directamente a título de usufructo, uso, que concurre necesariamente con la posesión del propietario y puede concurrir con otras posesiones limitadas, por ej., a título de servidumbre); con la detentación formal (que concurre por lo menos con una posesión ejercida por medio de otro: la posesión del sujeto en cuyo nombre el detentador posee); con la posesión autónoma impropia (que concurre con la detentación del sujeto por medio del cual se posee); con la posesión mixta impropia (es decir, la posesión por medio de otro del usufructuario, quien concurre con el propietario y puede concurrir con la detentación del arrendatario y con posesiones limitativas de terceros) y con la detentación impropia (es decir, la ejercida por medio de otro, que concurre con al menos dos situaciones posesorias, la del poseedor y la del subdetentador). Toda la doctrina italiana posterior recogerá esta relación, sin que ello suponga asumirla (vid. por todos, MONTEL, v. «Compossesso», *ob.cit.*, pág.781 nota 2).

¹¹⁹ No analizamos aquí la división entre posesión natural y civil (a pesar de que su posible concurrencia si la explicásemos desde una perspectiva histórica) ya que no implica necesariamente pluralidad de posesiones, sino simplemente la autocalificación o no por parte del poseedor de su posesión al ser demandado por una acción real (COCA PAYERAS, M.: "comentario del art.430", en: *Comentario del Código civil*", 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pág.1164).

misma persona que los tiene o los disfruta o por otra en su nombre". Esta norma ha dado pie a varias interpretaciones, desde entender que recoge un supuesto ortodoxo de representación¹²⁰ hasta que incorpora al Código civil español los conceptos alemanes del servidor de la posesión¹²¹ o de las posesiones mediata e inmediata¹²²¹²³.

Con propiedad, el art.431 Cc. debe interpretarse a partir de las categorías históricas de posesión en nombre propio y en nombre ajeno, es decir, como la posesión de quien no reconoce una posesión superior a la suya y la de quien sí la reconoce¹²⁴. En el primer grupo se halla el poseedor en concepto de propietario o de titular de otro derecho real¹²⁵; en el segundo, quien deriva su posesión de una relación contractual

¹²⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2ª ed., Madrid, 1986, pág.79.

¹²¹ PEREZ GONZALEZ, B. - ALGUER, J.: *Notas a M.WOLFF, Derecho de cosas, traducción de la 32 edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por...*, Barcelona, 1936, vol.I, pág.50. MARTIN PEREZ, "comentario a los arts.431 y 432", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.66, la acepta, aunque en un marco más general; GORDILLO, A.: "Servidor de la posesión e interdictos: datos para un replanteamiento crítico del tema" en: *Estudios en homenaje a Beltran de Heredia*, Madrid, 1984, pág.273, señala que se suele ubicar en el art.431, de modo que "al clásico poseedor *alieno nomine* toca apretarse para hacer(le) sitio". Creemos, con ALONSO PEREZ, M.: "Meditaciones sobre la esencia y funciones de la posesión", *La ley* (16.septiembre.1986), pág.932, que se ha querido insertar la figura del *Besitzdiener* en nuestro Ordenamiento, "por el procedimiento irracional de hacer decir al art.431 Cc. lo que nunca quiso ni pudo decir".

¹²² GARCIA VALDECASAS, *La posesión*, ob.cit., págs.29 y 31; MARIN PEREZ, P.: *Derecho civil*, III, Madrid, 1984, pág.47; MIQUEL GONZALEZ, J.M^a: v.«Posesión. Derecho civil», *Enciclopedia jurídica básica*, t.III, Madrid, 1995, pág.4949, cree que dicha clasificación resulta de la combinación de los art.431 y 432 Cc.

Sin embargo, la división entre posesión mediata e inmediata no tiene cabida en nuestro derecho. Sólo su valor pedagógico las convierte en referencia doctrinal común (vid.PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales...*, ob.cit., pág.82 y las críticas de VALLET de GOYTISOLO, "La concurrencia...", ob.cit., pág.30 y COCA PAYERAS, "comentario del art.432" en: *Comentario del Código civil*, ob.cit., pág.1170).

¹²³ Todas las hipótesis giran en torno a lo que cabe denominar de modo laxo *representación posesoria*, designación que aglutinaría aquellos supuestos en que la actuación de un sujeto produce efectos para otro (MARTIN PEREZ, "Comentario a los arts.431 y 432", en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales...*, ob.cit., pág.66). Como última referencia, AZCARATE, en su intervención en las discusiones de las Cortes, situaba en el art.431: "por ejemplo: un criado o un mandatario" (Diario de las Sesiones de las Cortes. Congreso de los Diputados, n.92, 11 de abril de 1889, pág.2462).

¹²⁴ Vid.COCA PAYERAS, "comentario del art.431 Cc.", en: *Comentario del Código civil*, ob.cit., pág.1165 y ss.

¹²⁵ Al ser el derecho real un derecho inherente a la cosa, hablamos de un poseedor en nombre

y se apoya en la titularidad de otro poseedor (arts.480 ó 1.554 Cc.)¹²⁶. La fractura se realiza en función de los efectos derivados de la posesión, pues históricamente el poseedor *alieno nomine* careció de tutela posesoria. Aunque el Código civil los equipara en cuanto a los interdictos, la clasificación aún resulta relevante a efectos de usucapión.

2.1.2. El art.432 Cc.

Como el art.431, el art.432 Cc. atiende al ejercicio de la posesión¹²⁷ pero no es una mera repetición del primero¹²⁸. El art.431 se limita a los efectos de la posesión -en suma, a quién los ejercita o puede ejercitarlos- en tanto que el art.432 se centra en el contenido del derecho que se ejercita introduciendo la noción de «concepto posesorio». Este criterio le permite distinguir dos tipos de ejercicio posesorio: uno

propio: su posesión se mantiene sobre la cosa sin que dependa de quién sea su titular.

OROZ, *De apicibus iuris civilis, ob.cit.*, Lib.IV, cap.III, n.2, recordaba: "Cum animo non domini, suo tamen nomine, & sibi rem habendo, possident primò fructuarius, & usuarius (...) emphyteuta (...) vassallus (3) creditor qui pignori rem accepit (4) sexto & sequester, cui partes concesserunt possessionem, vère possidet". (Asimismo, fue postura común de los juristas exégetas, vid.por todos, MOURLON, F.: *Répétitions écrites sur le Code civil, contenant l'exposition des principes généraux...*, t.III, Paris, 1883, pág.328, n.725 y ss.)

¹²⁶ Por ello, el reconocimiento de la posesión superior se traduce en que los eventos que afecten a ésta repercuten en las en nombre ajeno vinculadas (por ej. art.1638.2 LEC.).

Tradicionalmente, el concepto de poseedor *alieno nomine* aglutinó una serie de supuestos por oposición al poseedor en nombre propio. OROZ, *De apicibus iuris civilis, ob.cit.*, Lib.IV, cap.III, ns.6-7, daba la siguiente relación: "Eiusdem generis possessores sunt primò colonus, inquilinus, atque servus (...), secundo omnes, qui rem locatam, commodatam, depositam habent, vel detinent. Tertio & omnes illi, qui custodiæ causa in possessione missi sunt, aliis & non sibi, alieno & non suo nomine possident (...) Quarto, & generaliter quisquis omninò nostro nomine in possessione est, nobis & non sibi possidet; veluti procurator, hospes, amicus, familiaris, mercenarius, medicus... Quinto & postremo quos suo nomine & sibi possidere diximus, alteri & alieno nomine possideant, sicut accidit in eo, qui precario rogavit, sed eâ conditione ut non possideret, sed saltim in possessione esset, aut in fundo moraretur".

¹²⁷ Art.432: "La posesión en los bienes o derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona".

¹²⁸ Los arts.430, 431 y 432 tenían como precedente el art.425 del Proyecto de 1851, que aunaba elementos de los tres: "La posesión es la tenencia o el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueños, ó por otro en nuestro nombre". La Base 11, al señalar que "la posesión se definirá en sus dos conceptos, absoluto o emanado del dominio y unido a él, y limitado y nacido de una tenencia de la que se deducen hechos independientes y separados del dominio...", recoge expresamente el contenido del art.432 Cc.

LACRUZ, *Elementos...*, III,1, *ob.cit.*, págs.76-77, enumera las hipótesis sobre el ámbito y conexiones entre ambos preceptos.

específico -el de propietario- y otro general y negativo: cualquiera de los restantes - cualquier actividad de disfrute o de conservación-¹²⁹¹³⁰. Corroborar esta división el art.463 Cc., cuando yuxtapone el poseedor "dueño" con el disfrute o retención en cualquier otro concepto¹³¹.

2.1.3. Las aportaciones de ambos artículos en relación a la coposesión estricta

Los artículos 431 y 432 Cc. se caracterizan por una "conurrencia armónica de posesiones"¹³². Pero se trata de una coexistencia no identificable con la coposesión *strictu sensu* porque cada poder de hecho es diferente y se relaciona con los restantes poderes en un plano que no es el de horizontalidad. De ahí su carácter *analítico* o *impropio*. Ello supone incorporar un elemento nuevo a la definición de coposesión *strictu sensu*: no basta la pluralidad de sujetos, es preciso asimismo que todos concurren en un mismo plano, de modo que lo sean en el mismo nombre -propio o ajeno-, y en un mismo concepto¹³³. Los casos que examinaremos en los apartados siguientes reafirman esta conclusión.

2.2. Algunos supuestos controvertidos

En el apartado anterior hemos comprobado que no toda pluralidad de partícipes

¹²⁹ BADOSA COLL, F.: v.«Justo título», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, XIV, pág.667 (la noción de «concepto posesorio», en el Cap.IV.2.2 (1ª parte)). Vid.asimismo DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.474. PEÑA BERNALDO de QUIROS, *Derechos reales...*, *ob.cit.*, pág.80, distingue, en el concepto distinto, entre interés de otro (depositario, administrador...) e interés propio (usufructuario, arrendatario...) -división deudora de IHERING, *La posesión (La voluntad en la posesión)*, *ob.cit.*, pág.265-.

¹³⁰ En suma, las divisiones de los arts.431 y 432 ni contemplan el mismo supuesto ni se excluyen entre sí: sobre una cosa pueden converger, por ej., tres poseedores en nombre propio (propietario, usufructuario, acreedor pignoraticio) o dos poseedores en nombre propio y uno en ajeno (propietario, usufructuario, arrendatario); en ambos casos, el propietario es ese poseedor en concepto de dueño frente a los restantes poseedores que se integran en la conservación o el disfrute.

¹³¹ Sobre el precepto, MIQUEL GONZALEZ, J.M^a: "Comentario del art.463", en: *Comentario del Código civil*, Madrid, 1994, págs.1238-1239.

¹³² COCA PAYERAS, *Notas al "Comentario al art.445" de MARTIN PEREZ*, en *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.279.

¹³³ Por ello, sobre una misma cosa pueden concurrir una coposesión *strictu sensu* y otras posesiones, ubicadas en otros niveles, en un desglose analítico, como si sobre una finca se proyecta la posesión del nudo propietario, de dos usufructuarios (coposedores estrictos) y de un arrendatario.

aboca a una coposición *strictu sensu*. Pero así como resulta incontrovertido que las posesiones concurrentes de arrendador y arrendatario o de propietario deudor y acreedor pignoraticio no constituyen una coposición *strictu sensu*, existen casos en que el ejercicio de hecho de los derechos respectivos parece idéntico: en tales situaciones de concurrencia, todos los partícipes despliegan un poder homogéneo, de modo que la naturaleza de los derechos que convergen resulta un parámetro equívoco de los conceptos que se ejercitan. Precisamente HERNANDEZ GIL definía la coposición en base a la homogeneidad del poder¹³⁴. En suma, estos supuestos caracterizados por esa identidad aparente ¿dan lugar a una coposición *strictu sensu* -como han postulado diferentes autores¹³⁵- o se ordenan de forma meramente *integrativa*? O dicho de otro modo ¿la homogeneidad de una pluralidad de poderes es una cualidad con tal vis atractiva que permita hablar de coposición superando los derechos diferentes que los sujetos tienen como última referencia?

2.2.1. La comunidad de goce

Los supuestos que se analizan en este apartado tienen en común la existencia de varias posesiones simultáneas que se ejercitan no en un nivel estrictamente vertical (utilizando los conceptos alemanes: en relación de posesión inmediata y mediatas), sino compartiendo una misma franja horizontal, que impide, inicialmente, diferenciar las posiciones de los sujetos.

2.2.1.1. La posesión del usufructuario de cuota: el art.490 Cc.

El art.490 Cc. determina que "El usufructuario de una cosa poseída en común ejercerá todos los derechos que correspondan al propietario de ella referentes a la administración y a la percepción de frutos o intereses. Si cesare la comunidad por dividirse la cosa poseída en común, corresponderá al usufructuario el usufructo de la parte que se adjudicare al propietario o condueño".

¹³⁴ HERNANDEZ GIL. A.: *La posesión como institución jurídica y social*, en: *Obras completas*, Madrid, 1987, pág.131. COCA PAYERAS, "Comentario del art.445", en: *Comentario del Código civil*, ob.cit., pág.1199, asume su definición.

¹³⁵ Así lo recogen, por ejemplo, LACRUZ, *Elementos...*, III,II, ob.cit., pág.64; RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987, pág.61; FRAGALI, M.: *La comunione*, t.II, en: *Trattato di Diritto civile e Commerciale*, dirigido por A. Cicu- F.Messineo, Milán, 1978, pág.110.

Las facultades que integran el contenido del usufructo son una parte de las facultades del derecho de propiedad¹³⁶. Por tanto, existe una absoluta homogeneidad entre la actividad del usufructuario partícipe y la de los restantes comuneros. En la práctica, es como si el propietario o propietarios comuneros y el usufructuario tuvieran en común el usufructo¹³⁷.

En la actualidad, y dada la inadmisión del *usufructo causal* o del propietario¹³⁸, la concurrencia se explica mediante la figura de una comunidad entre derechos desiguales: la «comunidad de disfrute» o «de goce»¹³⁹. Dicha comunidad sólo es posible entre derechos desiguales desde un punto de vista cuantitativo, pero cualitativamente homogéneos. En estos supuestos, la conducta de los sujetos es un parámetro equívoco para deducir su concepto: los actos de administración, aprovechamiento etc. no permiten especificar los derechos que los sujetos ejercitan¹⁴⁰,

¹³⁶ CASTRO, Federico de: *Derecho civil de España*, Ed.Civitas, Madrid, 1984 -reimpresión facsimil de 1949-, pág.602, nota 6, señalaba "El mismo poder puede ser, según su independencia, derecho o facultad; por ej. el derecho real del usufructuario, el derecho de crédito del arrendatario, tienen el mismo contenido que la facultad "fruendi" del propietario".

Como última referencia, recordemos que el art.578 del Code francés definía el usufructo como el derecho a gozar de las cosas de que otro tiene la propiedad "comme le propriétaire lui-même".

¹³⁷ PUGLIESE, G.: *Usufrutto, uso e abitazione*, Turín, 1956, pág.69; FRAGALI, *La comunione*, *ob.cit.*, t.II, págs.99 y 110. Vid.asimismo FEDELE, A.: *La comunione*, en: *Trattato di Diritto Civile*, dirigido por G.Grosso-F.Santoro-Pasarelli, Milán, 1967, pág.238.

¹³⁸ PUGLIESE, *Usufrutto...*, *ob.cit.*, pág.69, considera que de admitir esa figura, tendríamos un supuesto asimilable y clarificador. VENEZIAN, G.: *Usufrutto, uso y habitación*, anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas por J.Castán Tobeñas, t.II, Madrid, 1928, pág.637 nota 1, disiente, pues estima que resucitando los nombres que el Derecho común daba al disfrute del propietario (usufructo causal) y derecho existente en sí (usufructo formal) "no se lograría enunciar de manera diferente la situación jurídica de que se trata, porque no es objeto de la comunidad el usufructo causal" (Sobre el usufructo causal, GROSSI, P.: "Dominia e servitutes", en: *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milan, 1992, pág.70 y ss.)

¹³⁹ PUGLIESE, *Usufrutto...*, *ob.cit.*, págs.80-81. Luego señala: "La comunione di godimento si può spiegare diciendo che le facoltà e le pretese formanti il contenuto della proprietà nuda appartengono per intero al nudo proprietario, mentre le facoltà e le pretese che rientrano nello schema legale dell'usufrutto appartengono per quota indivise al proprietario e all'usufruttuario (o ai cousufruttuari)". Vid.también FEDELE, *La comunione*, *ob.cit.*, pág.238. En nuestro país, CRESPO ALLUE, F.: *La división de la comunidad de bienes*, Valladolid, 1993, pág.62 nota 32, niega incluso esa denominación, en base a la falta de homogeneidad.

¹⁴⁰ Como observa MASI, A.: *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, *Trattato di Diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, vol.8, t.II, Torino, 1982, pág.434: "i soli elementi del potere di fatto e dell'attività materiale esteriore corrispondente all'esercizio del diritto non posono

pues ordenan sus relaciones en un régimen análogo al de *cousufructo*¹⁴¹.

Por tanto, se trata de dilucidar si esa convergencia conlleva una situación de *coposesión* y, aunque el art.490 Cc. emplee la expresión "poseída en común", creemos que no. Las posiciones del usufructuario de cuota y del copropietario no tienen como referencia un derecho común que facilite las directrices de sus conductas. No basta con la coincidencia externa de sus actuaciones. Ciertamente, "es como si tuvieran en común varias facultades", pero lo que en realidad existe es la coexistencia de determinadas facultades compatibles entre sí derivadas de sus respectivos derechos¹⁴² -con independencia de que efectivamente sean titulares de los mismos-. Así, el usufructuario posee en concepto de usufructuario y los copropietarios en concepto de copropietarios. El ejercicio en conceptos distintos revela sus *animus* respectivos y hace presumir tanto la existencia de los derechos que ejercitan como de los títulos en que se apoyan (art.448 Cc.).

risultare idonei ai fini della qualificazione di una situazione di fatto in termino di possesso ovvero di detenzione". Esta posición nos obliga a disentir de MORALES MORENO, *ob.cit.*, pág.105, quien, al señalar los requisitos de la interversión a efectos de la usucapición, mencionaba en primer lugar el cambio de voluntad (*animus*), "acompañado de una extensión de los aprovechamientos posesorios que suponga el ejercicio de hecho del derecho que se desea poseer (*corpus*) (...) el *corpus* se amplía, mediante la invasión de los aprovechamientos propios de la posesión superior".

¹⁴¹ PUGLIESE, *Usufrutto...*, *ob.cit.*, pág.81; BRANCA, G.: *Comunione, Commentario del CC a cura di A.Scialoja-G.Branca*, III, 6 ed., Bolonia/Roma, 1982, pág.31. AMBROSINO, R.: "«*Usus fructus*» e «*communio*» (perfilo storico dell'usufrutto", *SDHI*, 1950, pág.216, explica cómo en sus orígenes existía una "associazione nel godimento" que "non poteva ispirarse che alle regole della *communio*".

El § 1.066 BGB. prescribe la existencia de una comunidad respecto a la administración y el modo de disfrute: § 1.066-1 BGB. [*Nießbrauch am Anteil eines Miteigentümers*] (1) "Besteht ein *Nießbrauch* an dem Anteil eines Miteigentümers, so übt der *Nießbraucher* die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben". (al respecto, WOLFF, M.(1872-1953): *Derecho de cosas, traducción de la 32 edición alemana, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, por B.Pérez González y J.Alguer*, III,II, 8 ed., Barcelona, 1937, § 119, pág.100, quien en la nota 2 *in fine* señala que el usufructo de cuota sobre bien mueble se constituirá "en mérito de acuerdo y entrega de la *coposesión*". Esta mención a la *coposesión*, impropia, se corresponde con la construcción del derecho alemán, como veremos más adelante).

¹⁴² D'ORS-BONET CORREA, "El problema de la división del usufructo...", *ob.cit.*, pág.89: "lo que hay es que el usufructuario de una parte alcuota de una cosa común ha de tener en ella, por virtud de su derecho de usufructo, la misma participación en la facultad de aprovechamiento, que tendría el propietario, y (...) la participación que tendría el dueño en la administración de la cosa común (...) sobre esta base puede admitirse la existencia de un *codisfrute* entre el propietario y el usufructuario de cuota, pero nunca un *cousufructo*, ya que falta la unidad de título en ambos".

Otras dos cuestiones posesorias revelan que la homogeneidad es insuficiente para afirmar la existencia de coposesión:

1-. La posesión en concepto de usufructuario faculta al sujeto para usucapir el derecho de usufructo. Si desea convertirse en copropietario necesitará previamente invertir su concepto, porque no se corresponde con su pretensión.

2-. Cabría defender que el usufructuario que es despojado de los frutos antes de su percepción efectiva, no puede ejercitar el interdicto de recobrar para ser restituido en los mismos, puesto que no ha llegado a adquirirlos como cosa independiente; su régimen se diferenciaría del del copropietario, quien sí podría servirse del interdicto para exigir la devolución por cuanto su derecho a los frutos no nace de un estricto *ius percipiendi*¹⁴³. A lo sumo, el usufructuario podría interponer el interdicto de retener porque ha sido perturbado en su posesión¹⁴⁴.

Por último, CUESTA SAENZ presenta el caso de una propiedad gravada con un usufructo en que no se ha excluido la posibilidad de actuación posesoria del nudo propietario y observa que "lógicamente, en los supuestos en que así ocurra, puede haber coposesión, continuada o al menos eventual al ejercitarse ciertas facultades que conserve el nudo propietario"¹⁴⁵. Este caso difiere del anterior, pues se trata de un

¹⁴³ MOLINA, L.de: *Los seis libros de la Justicia y el derecho*, ob.cit. t.I, vol.I, Disput.VII, n.8: "el usufructuario se hace dueño de los frutos de la cosa usufructuada desde el momento de su percepción (...) si son robados mientras persevera el usufructo, se concede al fructuario una acción contra el ladrón (...) pero en este caso no obtiene el dominio de los frutos robados hasta la devolución o hasta que en su nombre otro se apodere de ellos o los consuma". GROSSI, "Dominia e servitutes.." ob.cit., pág.106, recuerda que el usufructuario hace suyos los frutos del fundo mediante la percepción, en tanto que el enfiteuta, como todo titular de un dominio útil, en el momento de la separación; añade que el usufructuario precisa la *adeptio*, esto es, la percepción de los frutos operada de la mano del hombre, porque su *possessio* natural no tiene suficiente fuerza intrínseca y concurre un elemento adicional: un *adminiculum* (el hecho del hombre); el segundo no lo necesita y hace suyos los frutos en el momento de la separación, incluso de aquellos separados por eventos naturales, porque su *possessio* -natural como la del usufructuario- halla un *adminiculum* suficiente en el derivarse de un *dominium utile*, es decir, de una situación con autonomía dominativa relevante.

¹⁴⁴ Sobre el mecanismo posesorio adecuado para la restitución de los frutos, SACCO, R.: *Il possesso*, Milán, 1988, pág.233.

¹⁴⁵ CUESTA SAENZ, J.M.: "La usucapión de la nuda propiedad", *ADC*, 1987, pág.743. CLEMENTE de DIEGO, F.: *Instituciones de derecho civil español. nueva edición puesta al día y revisada por Alfonso de COSSIO y CORRAL / Antonio GULLON BALLESTEROS*, t.I, Madrid, 1959, pág.568, habla de una "peculiar comunidad, en la que cada partícipe tiene facultades diferentes en su extensión y contenido". También BIONDI, B.: v.«Comunione», *Novissimo Digesto italiano*, III, Torino, 1959, pág.855, señala que "impropriamente ed in certo senso si può parlare di comunione giuridica fra

usufructo cuyo contenido se restringe -o se ordena- al haberse permitido la injerencia del nudo propietario, pero las objeciones han de ser las mismas¹⁴⁶.

2.2.1.2. Otros supuestos de comunidad de goce

Las razones para excluir la coposición en el caso del art.490 Cc. se extienden a los otros supuestos de comunidad de goce. En concreto nos interesan -por ser los ejemplos habituales- la concurrencia de propietario/ usuario y de arrendatario y usufructuarios o comuneros¹⁴⁷.

A) La posición del usuario

Se ha afirmado que cuando el ejercicio de un derecho de uso (art.523 y ss.) no agota la totalidad de frutos de la finca, surge una situación de coposición con el propietario que obtiene el resto¹⁴⁸. Dado que el uso se explica, aun con matices, en función del usufructo¹⁴⁹, parece que se trata de un supuesto asimilable al caso

propietario ed usufructuario".

¹⁴⁶ BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.131, explica el supuesto en que (ex.art.469 Cc.) "se conceda el derecho de percibir los frutos, no de toda la cosa, sino sólo de parte de ella, continuando el propietario con su derecho a percibir el resto de la cosa" y considera "evidente que respecto a ese disfrute existirá una comunidad de disfrute entre el propietario y el usufructuario". Pero acto seguido considera al usufructuario comunero, porque ello le permite -y ésa es una de las máximas preocupaciones de los juristas- pedir la división de la comunidad (Vid.GULLON BALLESTEROS, A.: "La disolución de la comunidad de bienes en la Jurisprudencia", *ADC*, 1965, pág.373). Incluso aceptando que concurren varias facultades, no existe coposición *strictu sensu*: cada poder se remite a su propio derecho.

¹⁴⁷ Carece de utilidad una relación de comunidades de goce. Como última referencia, FERRARA: "Enfiteusi di cuota. Coenfiteusi", *Rivista di diritto civile*, 1964, pág.170 y ss.

¹⁴⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos del Derecho civil*, III,II, 2ª ed., Barcelona, 1991, pág.113: "el usuario de una finca rústica sólo tiene derecho a poseerla entera de modo exclusivo si va él a recoger todos los frutos; y la poseerá en común con el propietario (o usufructuario, enfiteuta...) si recoge una parte". También RAMS ALBESA, *ob.cit.*, pág.61.

¹⁴⁹ DOMAT, J. (1625-1696): *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t.I, Paris, 1777, pág.353, n.2, recuerda que, si para satisfacer sus necesidades, el usuario debe abarcar todos los frutos "il aura in tout comme l'usufruitier". LAURENT, F. (1810-1887): *Principes de Droit civil*, t.VII, Bruselas-Paris, 1872, n.102, pág.118, lo ve como "un usufruit véritable, moins l'étendue". En derecho español, ALBALADEJO, *Derecho civil, III,II, ob.cit.*, pág.87, lo denomina "usufructo limitado", criterio del que participa SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente*, t.IX, 2ª ed., Madrid, 1893, pág.338. Por el contrario, MANRESA, J.M.: *Comentario al Código civil español*, t.IV, 6ª ed., revisada por Pou de Avilés, Madrid, 1951, pág.602, afirma que el usuario, si el objeto es una huerta o un campo, "ningún derecho tiene a la tenencia de la cosa, sino a los frutos. Por consiguiente, la posesión natural y la civil, y también el cultivo por sí o por otra persona, corresponden al propietario, con la obligación o carga de dar al usuario la parte de frutos a que tenga derecho"; él ha de modificar esta tesis para los

anterior. Existen dos poseedores en conceptos distintos que concurren sobre un mismo bien¹⁵⁰. Pero -y éstas son las particularidades que nos ha movido a individualizar el caso-, en primer lugar, resulta discutible que el derecho del propietario a los frutos sobrantes le permita simultáneamente el uso de la finca¹⁵¹. Y, en segundo, aun admitiendo esa posibilidad, frente al uso discrecional del usuario -respetando destino, forma y sustancia- el propietario no estará legitimado para actuar indiscriminadamente: sus actos estarán limitados a la obtención de las utilidades que exceden el *quantum* previsto. Por ej., el propietario gravado con un derecho de uso puede participar de la cosecha de trigo recogida en los campos gravados, pero si luego, una vez segados, pretende pasearse por ellos, el usuario podrá demandarlo interdicialmente. Con estos matices, la comunidad homogénea queda bastante desvirtuada y resulta clara la inexistencia de coposición *strictu sensu*.

B) El arrendatario de cuota

bienes infructíferos, cuya única utilidad es el uso *strictu sensu*. Su teoría nos parece la menos ajustada a la naturaleza del derecho real de uso; lo que sí avala, desde otra perspectiva, es la imposibilidad de una situación de coposición.

Históricamente se consideró que el derecho de uso otorgaba únicamente la facultad de uso *strictu sensu*, pero pronto se da una inflexión conceptual. Como señalara NOODT, G. (+1725): *Operum omnium (Comentarium in D. Justiniani, Lib. XXVII Digestorum, sive Pandectarum)*, t. II, ed. tertia, Lugduni Batavorum, 1767, Lib. 7, tít. I, De usufructu: "postremo dixi, quod usus est ius utendi: non addidi fruendi, quia, ut in antecessum monui, usus praesens est nudus sine fructu. & ideo nec opus fuit addi, salva rerum substantia, nam uti re est, ex ae commodum & utilitatem percipere: non in infinitum, sed quantum satis est; id est, non ad compendium, sed ut necessitati vitae pro cujusque conditione & dignitate consulatur". (Vid. por último VENEZIAN, G.: *Usufructo, uso y habitación, ob. cit.*, t. I, pág. 78, y su explicación sobre la instrumentalidad del concepto "uso").

¹⁵⁰ LAURENT, *Principes...*, *ob. cit.*, n. 112, pág. 132, señala que cuando el usuario no absorbe todos los frutos, el propietario "a aussi le droit de jouir. Il y a donc deux droits en présence; il faut les concilier et non les sacrifier l'un à l'autre"... y señala que, en caso de discrepancia, el juez deberá repartir esa *jouissance*. Entre los autores actuales, MASI, *Il possesso, ob. cit.*, pág. 449, observa que el usuario no puede pretender la detención exclusiva de la cosa. El propietario puede detentarla "sia pure nella misura richiesta dalle esigenze della produzione e della raccolta dei frutto che non spettino all'usuario".

¹⁵¹ Nos parece más adecuada la posición de COLIN - CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil, ob. cit.*, pág. 764, para quienes en principio el usuario tiene derecho a la posesión y a la explotación directa -pues de otro modo no se comprenderían las obligaciones de inventario/ fianza) y si queda un residuo de frutos tras haber satisfecho sus necesidades y las de su familia "es él quien tendrá que entregarlos al nudo propietario o al usufructuario". Como última prueba de la disparidad de criterios, AUBRY, Ch. (1803-1883)-RAU, F. Ch. (1803-1877): *Cours de Droit civil français*, Paris, 1869, 4ª ed., § 237, pág. 531, centra su exposición en un usuario -eximido, en contraprestación de dar caución- al que no se pone en posesión de los bienes, teniendo como única facultad el derecho a recibir del propietario una porción de los frutos de la cosa.

Por último, la coexistencia de un arrendatario de cuota y varios usufructuarios o comuneros da lugar a otro supuesto de comunidad de goce¹⁵². De nuevo, las conductas de sus miembros no identifican idóneamente sus conceptos posesorios respectivos¹⁵³. El único acto que publica inequívocamente su condición es el pago del precio cierto del arrendamiento al copropietario -o usufructuario- arrendador. Esa actividad, entendida como cumplimiento de una obligación nacida del contrato de arrendamiento (art.1.555.1 Cc.), no forma parte del estatuto posesorio¹⁵⁴, pues se vincula a la tipificación del contrato y a sus efectos -por ello la falta de pago, por sí sola, no implica contestación de la posesión del arrendador-, pero, paralelamente, debe estimarse en el plano posesorio porque publica el reconocimiento de una posesión superior¹⁵⁵. La manifestación paralela de sus poderes no trae origen de supuestos de hecho situados en un mismo plano. Entre esa posesión superior -conjunta- y la del arrendatario no existe una coposesión *strictu sensu*, y así se observará, por ejemplo, en caso de usucapión del bien.

2.2.2. Dos aportaciones de derecho comparado

En los derechos italiano y alemán encontramos dos figuras -también controvertidas- que pueden facilitar la acotación de la coposesión *strictu sensu*: la *condetenzione* y una coposesión singular, que recoge el BGB., que resulta de la

¹⁵² Por todos, RAMPONI, L.: *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli-Torino, 1922, pág.972.

¹⁵³ Como recuerdan MARTY, G.-RAYNAUD, P.: *Droit civil (les biens)*, 2º ed., Paris, 1980, pág. 15: "Extérieurement rien ne ressemble plus au labour du propriétaire que le labour du fermier".

¹⁵⁴ BADOSA, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pág.601.

¹⁵⁵ BARBOSA, Petrus (1530/35-1606): *Comentarii ad rubricam, et legem, Codice de praescriptionibus*, Ulyssipone, 1627, Comment. ad legem primam, folio 72, n.5: "Colonus non possidet nomine suo sed nomine domini, in cuius rei signum ei solvit pensionem"; ENRIQUEZ, Petrus: *Consiliorum sive responsorum*, Venetiis, 1605, Consilium 36, n.5 "ex locatione & venditione pascuorum unà cum receptione pensionis, & pasculationis probatur possessio in nostro casu". La falta de pago, como acto de contestación posesoria, era frecuente en los censos. Así, FARINACCIUS, P. (1544-1618): *Sacræ Rotæ Romanæ Decisionum recentiorum*, Pars Tertia, Venetiis, 1697, Decissio 1, n.1: "Possessori exigendi census si denegatur solutio, datur mandatum de manutendo in sua possessione"; CRAVETTA, Aymon: *Consilia sive responsa*, Lugduni, 1579, Consilium 140, n.1 (fol.275): "Spoliari dicitur creditor, quasi possessione percipiendi census annum ex eo, quod debitor census recusat solvere"; BERIUS, Augustinus (1474-1554): *Consiliorum...*, t.III, Augusta Vindelicorum, Consilium 43, n.13.

interconexión entre dos poseedores de características diferentes.

2.2.2.1. La «condetenzione» italiana

Un sector de la doctrina italiana, encabezado por MONTEL¹⁵⁶, niega que exista coposesión cuando los sujetos derivan su posesión de títulos diferentes pero considera que en tal caso existe una codetenzación (*condetenzione*) porque cada uno de ellos ejerce un poder directo sobre la cosa. Así, por ej., cuando un condómino y el usufructuario de una cuota disfrutan de un alojamiento en común ("cohabitación") o el propietario y un inquilino. En estos supuestos el poseedor hace partícipe al cohabitante de la detentación: él es poseedor en solitario y simultáneamente codetentador¹⁵⁷.

La noción de «codetenzación» no ayuda a situar la coposesión *strictu sensu*. La legislación italiana integra en la categoría de detentación aquellos supuestos de *possessio alieno nomine*¹⁵⁸ que nuestro derecho considera posesorios¹⁵⁹. En realidad, lo que pretenden destacar es que todos los poderes recaen directamente sobre la cosa. La detentación a que alude MONTEL se correspondería con el elemento material de la posesión sin examinar su exteriorización como ejercicio de un derecho real¹⁶⁰. Pero, superada la constatación de la injerencia, cada sujeto ejercita sobre la

¹⁵⁶ MONTEL, A.: v. «Condetenzione», *Nov.Dig.italiano*, III, Torino, 1959, pág.1091. Vid.también SEGRE, G.-MONTEL, A.: *Il possesso*, Torino, 1956, pág.73.

¹⁵⁷ SEGRE-MONTEL, *Il possesso, ob.cit.*, pág.73, también señalan que esa codetenzación es configurable entre quien detiene la cosa de modo autónomo y quien tiene una detentación no autónoma, es decir, a título de servicio o de hospitalidad; por contra, no se origina entre el detentador y quien subdetenga en nombre suyo, pero sí entre el detentor y el subdetentador de otro detentador, porque cada sujeto tiene un poder de hecho sobre la cosa.

¹⁵⁸ Art.1.140.2 Cc. italiano: "Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa".

¹⁵⁹ La absorción de esos supuestos en un concepto amplio de posesión supone eliminar la detentación como concepto para designar la posesión en nombre ajeno. En nuestro derecho, la detentación o tenencia se explica en relación a la acepción que lo vincula al *corpus* posesorio (Vid.MORALES MORENO, *ob.cit.*, pág.1 nota 1).

¹⁶⁰ BARASSI, L.: *Il possesso, (Diritto reale i possesso, II)*, Milán, 1952, pág.206 nota 3, apunta que "la detenzione è la forma direi primordiale e più semplice del contatto di una persona con una cosa: è un elemento esteriore che troviamo in tutti quaei rapporti giuridice (sia di diritto reale, sia di mera obbligazione), in forza dei quali una persona ha contratto con una cosa...". Los italianos intentan un concepto muy simple de detentación que subraye el carácter fáctico que no pueden predicar de la posesión, tal y como aparece regulada en su derecho. (vid.también SACCO, *ob.cit.*, quien (pág.65)

cosa la actividad material que se ajusta al concepto en que posee, que no refleja la existencia de comunidad, sino el derecho de propiedad, usufructo y/o habitación etc... a la vez que deriva su actuación de un título diferente¹⁶¹.

2.2.2.2. Las tesis germánicas. La especificidad de los §§ 1.081 y 1.206 BGB.

Hasta ahora hemos afirmado que la coposesión *strictu sensu* implica una pluralidad de sujetos con idéntico concepto posesorio, sin que sea suficiente la existencia de un ejercicio externo homogéneo. Antes de zanjar la cuestión hemos de revisar dos preceptos del BGB. que mencionan una «coposesión» (*Mitbesitz*) que se contradice con la afirmación expuesta.

Los juristas alemanes afirman que existe coposesión en aquellos casos de paridad entre los poseedores, con independencia de que su relación derive de una situación común a todos ellos. Para calificar una situación de coposesoría, basta que los sujetos se hallen en un mismo plano de actuación, en un mismo grado, de modo que puedan ejercitar sobre la cosa los mismos actos, o que se necesiten mutuamente para realizar una conducta. Atendiendo exclusivamente a este requisito, existe coposesión cuando concurren un poseedor en nombre propio y otro en nombre ajeno¹⁶². Lo importante, más que los caracteres de cada posesión, es que estén en un mismo grado en la "ordenación" de las posesiones que coexisten.

analiza el poder de hecho vinculado a la posesión y (pág.139 ss.), el poder de hecho vinculado a la detención o MONTEL, A.: v. «Detenzione (Diritto civile)», *Novissimo Digesto italiano*, III, Torino, 1959, pág.554 y ss.) Esa formulación tan general posibilita la defensa de una base común, porque la exteriorización del contacto es idéntica en los sujetos que concurren, mas no elimina la objeción inicial: los poderes se ejercitan a partir de orígenes distintos.

¹⁶¹ Tampoco resulta útil la distinción italiana en función de *animus* diferentes (al detentador le correspondería un *animus detinendi* y al poseedor un *animus possidendi* -vid.SACCO, *Il possesso*, *ob.cit.*, págs.83 y 150-51-) que no hace sino ahondar en la imposibilidad de exportar la construcción al derecho español. Con independencia del papel que se otorgue al *animus*, un rasgo inexcusable de la coposesión *strictu sensu* es la uniformidad para todos los miembros.

¹⁶² ROHDE, "Mitbesitz", *Studien im Besitzrecht*, Marburg, 1913, 1913 (ed.anastática), pág.2: "Da jedoch das Recht der mehreren Mitbesitzer zum Mitbesitz verschiedenartig sein kann, z.b. § 1206, so kann dem entsprechend auch die Natur der einzelnen Mitbesitzanteile eine Verschiedene sein. Daher kann der eine Mitbesitzer Eigenbesitz, der andere Fremdbesitz haben". Vid. también ERMAN, W.-WESTERMANN, H.P.: *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1972, pág.23.

En concreto, BAUR propone este ejemplo: A y B compran conjuntamente un auto. A debe guardarlo en su garage y custodiar las llaves del vehículo y del garage. No obstante, el auto debe ser utilizado conjuntamente. Considera que A tiene la posesión inmediata del coche y se ha obligado a conceder a B en toda ocasión la posibilidad del uso conjunto, reconociéndole a él su coposesión mediata. Para BAUR, A tiene la posesión inmediata, en parte como poseedor en nombre propio y en parte como poseedor en nombre ajeno ("A ist als unmittelbarer Besitzer teils Eigen-, teils Fremdbesitzer") y la coposesión es en parte inmediata, en parte mediata ("der Mitbesitz ist teils unmittelbarer, teils mittelbarer Besitz")¹⁶³.

Intentemos ordenar el supuesto: A y B son copropietarios de la cosa. Han convenido que A será el depositario/custodio del coche. Frente a su posesión inmediata existe la posesión mediata de B. Por tanto, traducido a nuestra terminología, A sería un poseedor inmediato en un doble concepto: como copropietario y como depositario del otro copropietario. Este supuesto puede ubicarse en el marco del art.394 Cc., dado que A actúa como copropietario en su propio interés y como depositario en interés de B, mediante la actividad de custodia¹⁶⁴. No concurre ningún otro interés

¹⁶³ BAUR, F.(1911-1992): "Gestufte Mitbesitz am Brief bei Teilgrundpfandrechten", *NJW.*, 1967, pág.22. Más brevemente, BAUR, F.: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 23 ed., München, 1985, pág.64.

¹⁶⁴ El derecho español recoge la posición del propietario que ostenta al mismo tiempo la condición de depositario en la regulación de la prenda sin desplazamiento en la *Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión de 16 de diciembre de 1954*, cuyo art.59.1 prescribe: "El dueño de los bienes pignoralados, a todos los efectos legales, tendrá la consideración de depositario de los mismos, con la consiguiente responsabilidad civil y criminal, no obstante su derecho a usar de los mismos sin menoscabo de su valor". La Exposición de Motivos de la Ley señalaba que "se ha mantenido la ficción del depósito, por ser tradicional en nuestro derecho y por ser el medio quizá más expresivo de determinar dos aspectos de excepcional importancia en la prenda sin desplazamiento: la singular relevancia que en ella tiene la persona del deudor y la más enérgica responsabilidad de éste por actos que dificulten o impidan el ejercicio de los derechos del acreedor". Ya se había recurrido a la figura del depósito en el precedente de la norma, el art.1.867 bis Cc. (redactado por Ley de 5 de diciembre de 1941): "Al conservar el deudor la prenda en su poder, adquirirá el carácter y las responsabilidades de depositario de la misma, y deberá, por tanto, ser considerado como si fuese tercero aun en los casos en que el depósito sea irregular a los efectos de los artículos 1.758 y 1.863 de este Código". Sobre esa doble condición, que permite al deudor/propietario el uso natural de la cosa, pero lo sujeta a las responsabilidades que nacen del depósito, ROCA JUAN, J.: *El depósito y la garantía real mobiliaria (notas para un concepto genérico del depósito)*, Murcia, 1946, pág.24 y ss. y VALLET de GOYTISOLO, J.B.: "Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento de posesión", *Estudios sobre garantías reales*, Madrid, 1973, págs.262-267.

distorsionador¹⁶⁵.

En todo caso, cabe hablar de coposesión inmediata, entendida como insistencia directa sobre la cosa, de A y B cuando utilicen el auto. Por el contrario, cuando el auto no se usa, B es el poseedor mediato y A el inmediato. En función de los caracteres de la posesión mediata alemana, B no podría ejercitar los interdictos si A se negara a concederle el uso, ni tampoco si, por ejemplo, un tercero utilizase indebidamente el vehículo.

De todos modos, es un ejemplo insatisfactorio, porque B tiene algo más que una posesión estratificada que le procure una pretensión de entrega. La falta de uso ¿le excluye de un poder material inmediato? ¿o es la necesidad de aquiescencia de A lo que reduce la fuerza de su posición como poseedor inmediato? Se trata de un supuesto de laboratorio reproducido periódicamente, poco útil para clarificar la cuestión.

Esta posición se fundamenta en la configuración de la posesión, que el derecho alemán articula a partir de la división entre posesión mediata e inmediata. Y en puridad la institución gira en torno a la segunda, entendida como el poder material sobre una cosa ("tatsächlichen Gewalt") reduciendo la posesión mediata a una pretensión de entrega falta de todo señorío directo sobre el bien¹⁶⁶. En el momento que dos sujetos se necesitan mutuamente para realizar un determinado acto, consideran que existe coposesión que denominan coposesión en mano común ("Mitbesitz zur gesamten

¹⁶⁵ Imaginemos otro supuesto : A y B son copropietarios de un coche que B da en usufructo a A. En A -empleando las categorías alemanas- concurriría la posesión inmediata derivada del usufructo y la coposesión mediata. Al ser copropietario, su posesión inmediata también refleja este hecho, de modo que es a un tiempo propia y ajena. La calificación de propia es la que enlaza con la posición de B, y cabría afirmar que le permite comunicar a su posición conjunta elementos de la posesión inmediata, tesis incorrecta porque la posición de B no le permite desplegar un poder directo sobre la cosa, dado que ha de pasar por la "criba" de A.

¹⁶⁶ Como apunta WIELING, H.: "Voraussetzungen, Übertragung und Schutz des mittelbaren Besitzes", *AcP*, 1984, pág.439: "Mittelbarer Besitz stellt keine Sachgewalt dar, er ist fingierte Sachgewalt". Vid.especialmente WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, pág.53; STROHAL, E.: "Der Sachbesitz nach dem B.G.B.", *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 38, págs.16-29 y KOLLHOSSER, H.: "Grundfälle zu Besitz und Besitzschutz", *Jus*, 1992, 3, pág.217. En derecho alemán no existe un concepto de posesión de derechos equiparable al italiano. De ahí que, como señala HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.137, la mediación posesoria cumple la misión de pluralizar la posesión -referida sólo a las cosas y no a los derechos- en función de las utilizaciones posibles de las cosas a través de las relaciones jurídicas correspondientes.

De modo consecuente con dicha construcción, el poseedor mediato no se beneficia de la tutela interdictal frente al poseedor inmediato.

Hand")¹⁶⁷. Lo principal es que se hallen en un mismo plano en cuanto a la facultad a ejercitar, no que su posesión, globalmente analizada, revista idénticos caracteres¹⁶⁸.

En gran medida, las tesis alemanas surgen de la inapelable redacción del BGB.¹⁶⁹, que designa como coposesión (*Mitbesitz*) dos supuestos en que concurren dos sujetos con poderes posesorios distintos. Se trata de los §§ 1.081, referido al usufructo de acciones, y 1.206, que contempla un supuesto de prenda. El análisis de ambas normas -y la reconstrucción de su génesis- ayuda a situar las afirmaciones iniciales.

El § 1.081 BGB.¹⁷⁰ determina que si es objeto del usufructo un título al portador o un título a la orden que está provisto con un endoso en blanco, la posesión del título y del cupón de renovación correspondiente al título corresponden al usufructuario y al propietario conjuntamente. La posesión de los cupones de intereses, rentas o dividendos correspondientes al título corresponden al usufructuario. El segundo párrafo añade que para la constitución del usufructo basta, en lugar de la entrega del título, con el otorgamiento de la coposesión.

Desde nuestra óptica, más que un supuesto de coposesión, estamos ante un caso de custodia común, derivada de las características del derecho que cada uno ostenta,

¹⁶⁷ Y que no equivale en el plano de los hechos con la cotitularidad en mano común. Veremos esta categoría en el Cap.IV (1ª parte).

¹⁶⁸ MICHALSKI, L.: "Incongruenz von §933 und §934 BGB", *AcPr*, n.181, 1981, pág.411: "Der Besitz mehrerer muß zwar gleichstufig, aber nicht gleichartig sein, so daß der eine, wie sich auch aus §§ 1081 Abs.2, 1206 ergibt, Fremd und der andere Eigenbesitzer sein kann". Esta posición nos parece más ajustada que la de BAUR, *Lehrbuch...*, *ob.cit.*, "Mitbesitz ist auch zwischen Besitzern verschiedener Besitzstufen".

¹⁶⁹ Así, QUACK, F.: *Sachenrecht, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t.4, Munich, 1986, pág.77: "Selbst der jeweilige Besitz des einzelnen Mitbesitzers kann verschieden sein (zB §§ 1081 Abs.2, 1206.1 Fall: jeweils Mitbesitz als Eigen und Fremdbesitz)".

¹⁷⁰ § 1.081 B.G.B.: "[Nießbrauch an Inhaber- oder Orderpapieren; gemeinschaftlicher Besitz] (1) Ist ein Inhaberpapier oder ein Orderpapier, das mit Blankoindossament versehen ist, Gegenstand des Nießbrauchs, so steht der Besitz des Papiers und des zu dem Papiere gehörenden Erneuerungsscheins dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich zu. Der Besitz der zu dem Papiere gehörenden Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine steht dem Nießbraucher zu.

(2) Zur Bestellung des Nießbrauchs genügt anstelle der Übergabe des Papiers die Einräumung des Mitbesitzes."

que pretende garantizar un ejercicio conjunto que salvaguarde los intereses de ambos sujetos¹⁷¹. No cabe sino secundar a GIL RODRIGUEZ, cuando señala que "al afirmar la necesidad del depósito conjunto de las acciones usufructuadas, estaríamos calificando de «copesión» un supuesto que más bien implica «conurrencia de posesiones», y degradando la posesión inmediata a una suerte de copesión mediata."¹⁷². En realidad, se trata de una ficción para impedir que el usufructuario pueda por sí solo fundamentar la adquisición de tercero de buena fe.

El segundo supuesto, regulado en el § 1.206 BGB.¹⁷³, se refiere a la prenda de cosas muebles y determina que en lugar de la entrega bastará con la concesión de la copesión si la cosa se encuentra bajo la doble llave del acreedor o, si estando en posesión de un tercero, la restitución sólo puede hacerse conjuntamente al propietario y al acreedor. Es necesario que el cierre sea conjunto, es decir, que cada uno tenga una llave diferente: no basta con una situación de «copesión corriente» (dos llaves iguales del local en que se guarda la prenda, una en poder de cada parte¹⁷⁴).

Estos matices no permiten aceptar que se trate de una copesión¹⁷⁵, aunque

¹⁷¹ La Ley de Sociedades Anónimas de 2 de diciembre de 1989 no contiene una regulación equiparable. En base a los arts.67.2 y 71.2 se deduce que la posesión corresponde al usufructuario y al acreedor pignoraticio (vid.también art.57.2).

¹⁷² GIL RODRIGUEZ, J.: *El usufructo de acciones (aspectos civiles)*, Madrid, 1981, pág.139.

¹⁷³ § 1.206 "[Übergabersatz durch Einräumung des Mitbesitzes] Anstelle des Übergabe der Sache genügt die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann".

¹⁷⁴ HEDEMANN, J.W.: *Tratado de Derecho civil*, vol.II, Madrid, 1955, pág.488; WOLFF, M.: *Derecho de cosas, ob.cit.*, vol.II (1944) pág.411 (también en WOLFF, M.: "Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich", *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1902, pág.161) expone que esa copesión puede ser inmediata, si cada sujeto tiene una llave de por sí insuficiente para acceder al bien, o si designan un servidor de la posesión que sólo pueda restituirla en caso de pretensión conjunta, o mediata si designan un tercero, poseedor inmediato, quien -asimismo- sólo podrá entregarla conjuntamente (lo denomina "tenedor de prenda").

¹⁷⁵ Como señala taxativamente BONFANTE, *Note al Diritto delle Pandette...*, *ob.cit.*, pág.421: "Non può disconoscersi che la cosiddetta conchiusura (...) sembra rientrare nella dottrina del compossesso. Nondimeno è questa una illusione ed è ancora più grave errore l'aver voluto, come fa qualche scrittore, modellare tutta la teorica del compossesso su di una forma così peculiare e complessa".

los juristas alemanes la incluyan en la categoría de la *coposesión en mano común*¹⁷⁶. En realidad estamos ante un control *de facto* conjunto de la cosa, derivado de las condiciones estipuladas en el contrato: el sistema de la llave múltiple no es sino un mecanismo para asegurar mejor la custodia. Como señaló BONFANTE, no debe relacionarse con el plano real sino con los caracteres de la relación obligatoria¹⁷⁷. Retomando la terminología anterior, junto a la «comunidad de goce» existiría una «comunidad de custodia» definida por la facultad que se ejercita en común -que en la práctica se manifestaría en las decisiones sobre dónde debe localizarse la cosa y sobre el modo de acceso a la misma-¹⁷⁸.

Además, y como apostilla, el empleo del término *Mitbesitz* en los §§ 1.081 y 1.206 se corresponde con la transformación de la posesión durante el proceso de elaboración del BGB. El primer Proyecto (1887) consideraba la coposesión entre usufructuario y propietario y entre deudor y acreedor pignoraticio como supuestos de

¹⁷⁶ Por todos, WOLFF, *Derecho de cosas, ob.cit.*, pág.53 y BAUR, *Lehrbuch...*, *ob.cit.*, pág.64.

¹⁷⁷ BONFANTE, *Note...*, *ob.cit.*, pág.421, y menciona el supuesto de una casa en que, a partir de una hora, es preciso el concurso del portero para abrir el portón. El inquilino que precisa la actividad del portero, ¿coposederá con él su habitación?.

¹⁷⁸ En Italia, el art.2.786 del Código de 1942 recoge el mismo supuesto: "Costituzione.- Il pegno si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa. La cosa o il documento possono essere anche consegnati a un terzo designato dalle parti o possono essere posti in custodia di entrambe, in modo che il costituyente sia nell'impossibilità di disporre senza la cooperazione del creditore". Dada su redacción -que, subrayamos, omite el término *compossesso*-, MESSINEO ha sostenido la posibilidad de una coposesión de poderes heterogéneos (Vid. MESSINEO, F.: "Costituzione di pegno, mediante compossesso fra creditore pignoratizio e datore, e suoi effetti", *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1949, pág.305; también en su *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milan, 1947, § 10, n.4). Su tesis es contestada por MONTEL, A.: "In tema di c.d. costituzione di pegno mediante compossesso fra creditore pignoratizio e datore", *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1951, I, pág.286, en base a la «condetenzione» que vimos (también en SEGRE, G.-MONTEL, A.: *Il possesso, ob.cit.*, pág.73). PROVINCIALI, R.: "Pegno mediante concustodia", *Scritti Giuridici in onore di A.Scialoja*, III, Bologna, 1953, pág.412, transcribe la tesis de Messineo, pero formula otra hipótesis. Recuerda que la ley habla expresamente de custodia de ambos y no de coposesión, e incide en el concepto específico de custodia frente al más genérico de coposesión, articulando la custodia como "un titolo particolare e qualificato di possesso". A nuestro juicio, al delimitar este título específico, común y diferenciado para ambos sujetos, los sitúa en igual *rasante*, les dota de igual concepto, por lo que la situación posesoria derivada del mismo sí podría ser una coposesión. De hecho, toda su teoría se funda en la configuración autónoma de la custodia. También PORTALE, G.B.: "Osservazioni sul contratto al terzo detentore del pegno", *Studi in onore di Biondo Biondi*, IV, Milán, 1965, pág.375, nota 3, señala que "parlo di concustodia e non di compossesso perchè (...) una comunione di possesso può aversi solo fra possessori a pari titolo". Meramente expositivo, TRAPANI, G.: *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossamento*, Milan, 1963, págs.10-13.

codetentación (*Mitinhabung*)¹⁷⁹, consecuencia lógica de la distinción que establecía entre posesión (*Besitz*) y detentación (*Inhabung*)¹⁸⁰, a partir de los conceptos que los Pandectistas habían analizado y defendido¹⁸¹. Sin embargo, la yuxtaposición posesión-detentación fue severamente contestada por los germanistas, encabezados por GIERKE. Este, en su minucioso comentario crítico al Primer Proyecto, arrinconaba las fórmulas romanas y rechazaba el uso de conceptos ajenos a los principios del pueblo germano en una materia con características propias perfectamente perfiladas a largo de la historia¹⁸². Las críticas comportaron una remodelación de la figura de la posesión inmediata -que devino eje del sistema- y la exclusión de esa *Inhabung/ detentio* en

¹⁷⁹ Vid. los *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, III (Sachenrecht)*, Berlin-Leipzig, 1888 (Ed. anastática), pág.557 (§§ 1036, 1037) y pág.802 (§1147). Aquí se recuerda que "Mitinhabung ist auch Inhabung", afirmación que repetía al analizar lo que luego sería el § 866 B.G.B.: "Die Mitinhabung bleibt Inhabung" y "Die Mitinhabung ist die Grundlage des Mitbesitzes".

¹⁸⁰ *MOTIVE...III, ob.cit.*, pág.79: "Die Inhabung ist zwar ein Thatbestandsmoment und nicht eine Art des Besitzes mit besonderen Willensinhalte; aber es werden doch auf die Inhabung, sofern dieselbe in einer bewußten und gewollten thatsächlichen Gewalt besteht, die Vorschriften über Fortsetzung und Ende des Besitzes von der analogen Anwendung nicht auszuschließen sein, und wird so eine Lücke, welche in dem Mangel an Bestimmungen über Fortsetzung und Ende der Inhabung gefunden werden könnte, sich ausfüllen".

¹⁸¹ PUCHTA, *Pandekten, ob.cit.*, pág.174; ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten, ob.cit.*, pág.206. Vid. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, ob.cit.*, § 148.3 y nota 12.

¹⁸² GIERKE, O.v.(1841-1921): *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889, pág.295. "Daß von nun an einen wirklichen «Besitz» nur haben soll, wer die thatsächliche Herrschaft über die Sache mit dem Eigentumwillen ausübt, jede andere thatsächliche Sachherrschaft aber unter den durch übersetzung von «detentio» hergestellten Begriff einer bloßen «Inhabung» fallen soll, ist eine doktrinäre Gewaltthat, die unser Volk sich noch bieten lassen kann und darf" y añade que el Proyecto no respeta los claros principios del derecho prusiano porque "trotz seiner deutschen Worte nichts von deutschen Besitzrecht, nur allzuviel aber von «possessio» und «detentio» weiß!" (el subrayado es nuestro). Por su parte SCHUPPE, W.: *Das Recht des Besitzes zugleich Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Verlag von W.Koebner, Breslau, 1891 (ed.anastática de 1970), pág.4, tras recordar las Metamorfosis de Ovidio, apunta que "nach meiner Rechtsphilosophie sind Besitz und Detention nicht reale Zustände, etwa wie der Zustand der Festigkeit und der der Flüssigkeit, in welchem Körper sich befinden, oder der Zustand der Angeregtheit, der spannten Aufmerksamkeit, der Lustigkeit, der Schlawheit, Zerstretheit, Depression, Traurigkeit, in welchem Menschenseelen sich befinden..."; STROHAL, "Der Sachbesitz..." *ob.cit.*, pág.3, señala que en materia de posesión, "unser deutsches BGB sich von römischen Einflüssen fast vollständig frei gemacht" y (nota 7) constata cómo en el Entwurf I la situación era diferente.

También WENDT, O.: "Besitz und Inhabung. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Drittes Buch. Zweiter Abschnitt", *AcPr*, 74, (1889), pág.159, observa la inutilidad de mantener ambos conceptos, pues "Besitz kann aber auch solches haben für Andere immer noch genannt werden, und man braucht keineswegs sofort zu einem neuen Worte, etwa der Inhabung, zu greifen". Sus argumentos serán refutados por PLANCK, Gottlieb (1824-1910): "Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich", *AcPr*, 75 (1889), págs.393-397.

exceso romanista¹⁸³. Los dos supuestos que hasta entonces se designaban como codetentación se transformaron en coposesión y así los asumieron monografías y manuales, aunque la "nueva" especie difiriera estructuralmente de la ortodoxa coposesión del § 866 BGB.¹⁸⁴

3. La exigencia de un único objeto

3.1. Introducción

El otro elemento para definir la coposesión es el objeto único¹⁸⁵, el cual se refiere a aquellas cosas o derechos (arts.430, 431, 432, 437, 438 y 462 Cc.) susceptibles de apropiación (arts.437 y 460.3 Cc.)¹⁸⁶. La posesión de las cosas implica una tenencia (mediata o inmediata) sobre las mismas en tanto que la posesión de derechos designa todo poder que no lleva consigo la correlación directa con una cosa¹⁸⁷. Debemos sentar esta división para contestar a quienes defienden que los

¹⁸³ WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2 ed., Göttingen, 1967, pág.470. Vid.también STROHAL, "Der Sachbesitz...", *ob.cit.*, pág.2 y ss. y BIERMANN, J.: *Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2ª ed., Berlin, 1903, pág.5.

¹⁸⁴ Frente a la aquiescencia general, ENDEMANN, F.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1905, pág.216, nota 16, señala: (respecto al § 1206) "das ist aber kein Mitbesitz im Sinne des § 866".

¹⁸⁵ ROHDE, "Mitbesitz", *ob.cit.*, pág.1: "Mitbesitz ist dann vorhanden, wenn ein Besitz mehrerer Personen an ein und deselben Objekt besteht". Así lo recalcan los juristas alemanes, como SEUFERT, G.: "Sachenrecht" en: *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlín, 1956, § 866, pág.67 o COSACK, K.-MITTEIS, H.: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, 7-8 ed., Jena, 1924, pág.22.

¹⁸⁶ No es posible la coposesión -como no lo es la posesión exclusiva- de los bienes inmateriales, aunque el art.445 Cc. ha sido citado en sentencias que resolvían conflictos sobre marcas (por todas, STS.11.mayo.1977 -vid.Cap.I.9 (2ª parte)-). La exclusión de los bienes inmateriales como objeto de la posesión parece clara (vid.LACRUZ, *Elementos...III,I*, *ob.cit.*, pág.67) BEKKER, E.I.: "Zur Reform des Besitzrechts", *Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen und deutschen Privatrechts*, 1891, pág.353, apoyaba esa imposibilidad en el principio del *duo in solidum*, que en relación a esos bienes carecía de sentido. Al no poder predicarse de ellos la exclusividad, la propia posesión era imposible. Esta idea se ha mantenido (MARTIN PEREZ, "comentario al art.437", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, págs.169-170 y, entre los italianos, SACCO, *ob.cit.*, págs.113-114 y ROSELLI, *Il possesso e le azioni di nunciazione*, *ob.cit.*, pág.135). En contra, ALBALADEJO, *Derecho civil, III,I*, *ob.cit.*, págs.48-49. Ciertamente, la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, contempla la exclusividad en diferentes normas (arts.2, 17, 48, 131...) entendida como la reserva de un determinado ámbito de actuación, aunque resulta secundario quién la desarrolla efectivamente, de modo que cualquier sujeto que quiera actuar lícitamente sobre ese ámbito debe acreditar haber obtenido la previa autorización del autor o sus causahabientes (MARCO MOLINA, J.: *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág.183), pero, ciñéndonos a los efectos de la posesión, no parece que los interdictos resulten los instrumentos óptimos para su tutela.

¹⁸⁷ GARCIA VALDECASAS, *La posesión*, *ob.cit.*, pág.23. En el primer grupo sitúa a quienes

titulares de los derechos poseen su derecho¹⁸⁸ y paralelamente detentan la cosa. Ello supone confundir las nociones de «concepto» y «objeto», desdoblarse la posesión en dos objetos¹⁸⁹ y revitalizar una figura -la detentación- que el Ordenamiento ha superado¹⁹⁰. Trasladando esta afirmación a nuestro objeto de estudio tendríamos, por

poseen la cosa como usufructuarios, depositarios, arrendatarios, comodatarios, etc... y en el segundo a quienes ejercitan servidumbres. Esta es la mejor construcción aunque requiere varios matices. Junto a las servidumbres -o los censos-, existen supuestos en que un derecho real o de crédito constituye el objeto de la posesión -ergo de la coposesión-. Así, por ej., si en el usufructo sobre la totalidad de un patrimonio (art.506 Cc.) existe un derecho de nuda propiedad, como observa MORENO QUESADA, B.: "El usufructo de la nuda propiedad", *ADC*, 1959, pág.553; también en el supuesto del art.475.1 Cc. en que la posesión del usufructuario se traduce en la percepción de rentas. COCA PAYERAS, "comentario del art.437", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1181, señala que en los derechos que conllevan la facultad de usar o una legitimación plena sobre una cosa, el objeto de la posesión "no será nunca la cosa sino el derecho: v.gr. Z arrienda su piso a Q, y éste cede en usufructo su derecho a K. Este (K) es titular del usufructo del derecho de arrendamiento, y el objeto de su posesión es el tal derecho de arrendamiento. Mientras que Q, titular de ese derecho arrendaticio, tiene como objeto de posesión el piso". Este ejemplo es discutible, porque cabría afirmar que el poseedor inmediato de la cosa es el usufructuario, el cual tiene la cosa en concepto de usufructuario de un arrendamiento. Todo ello avala la conveniencia de limitar la posesión de derechos (art.1.464 *in fine* Cc.) a los que institucionalmente no implican contacto con la cosa -servidumbres, censos, derecho de crédito...-.

¹⁸⁸ En sentido laxo toda posesión podría ser considerada posesión del correspondiente derecho, empezando por la del derecho de propiedad. Esa teoría tuvo como principales exponentes a KRÜCKMANN, "Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtschein...", *ob.cit.*, pág.179 y ss.; y FINZI, E.: *Il possesso dei diritti*, Milan, 1968 [la 1.ed -Roma, 1915- influyó en toda la doctrina posterior].

¹⁸⁹ VALLET de GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.32 y ss. Entre los autores que lo sostienen, ALBALADEJO, *Derecho civil, III, I*, pág.56, para quien "cuando se posee un derecho que recae sobre una cosa, se puede poseer aquel como propio y la cosa como ajena"; PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, pág.54; MANRESA, *ob.cit.*, t.IV (1951), pág.92. HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.224 y ss.; MARTIN PEREZ, "comentario a los arts.431 y 432", en: *Comentarios al Código civil...*, pág.88 y ROCA TRIAS, E.: "Lecciones de posesión" en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, pág.159.

Esta tesis ya aparecía en el *ius commune* en sede de posesión natural y civil. Basta recordar a GOMEZ, *Variæ Resoluriones...*, *ob.cit.*, II, De servit., cap.XV, n.25 (fol.329), cuando afirma que el usufructuario "non præscribit usufructum mediante possessione naturali, quam habet in re vel fundo, sed mediante possessione civili quam habet in illo jure ususfructus" o la relación de autores que recoge SOCINUS (Iunior), *In Primam Digesti...*, *ob.cit.*, Tít.de acquir vel amitt.posse. n.272 (fol.42 D). El § 9 Código prusiano la recogió expresamente: "Der unvollständiger Besitzer der Sache ist vollständiger Besitzer des Rechts, dessen er darüber sich anmaasst" (vid.BORNEMANN, F.W.L. (1798-1864): *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts*, I, Berlin, 1842 (ed.anast.1987); FÜRSTENTHAL, J.A.L. : "Das Preußische Civilrecht", Königsberg, 1842, § 131, pág.90; DANIELS, A.v.: *Lehrbuch des gemeinen preußischen Privatrechtes*, Berlin, 1851 (ed.anastát.1985), pág.206; DERNBURG, H.(1829-1907): *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, I, Halle, 1875, pág.296) y los juristas italianos la asumen acriticamente.

¹⁹⁰ En el derecho español sólo existen aisladas menciones a la tenencia sin consecuencias respecto a los efectos -art.348 Cc., arts.1.651, 1.658 LEC.- aunque CUESTA SAENZ, J.M.de la: "El esquema básico de protección posesoria en el Código civil español", *RDP*, 1995, pág.425, defiende el mantenimiento de la distinción al configurar un *ius possessionis* restringido, u otros autores propugnen la distinción, como LALAGUNA DOMINGUEZ, "Sobre el concepto y las clases de posesión", *ob.cit.*,

ej., una coposición del derecho de usufructo indisolublemente ligada a una codetentación de la cosa objeto del derecho: una doble comunidad de facto sobre dos objetos diferentes. No es posible una construcción de esa índole.

En realidad, como ha señalado BADOSA, "la mayoría de las veces el derecho poseído es el contenido de la posesión y no su objeto"¹⁹¹. El poder recae directamente la cosa, y es la cosa -y no el derecho- el objeto de su posesión. La única singularidad es que su ejercicio se ha de adecuar a su concepto posesorio respectivo¹⁹².

La necesidad de un objeto determinado impide hablar de coposición en las situaciones que dan lugar a las acciones de deslinde y amojonamiento (arts.384-387 Cc. y 2.061-2.070 LEC.). En concreto, nos referimos a los supuestos en que dos sujetos realizan actos posesorios en una misma zona, que consideran parte del predio que poseen. Durante el tiempo en que concurren tales conductas, se produce una situación que se ha denominado «posesión promiscua» y que "ofrece la apariencia de situación de comunidad"¹⁹³.

Efectivamente, la pluralidad de poderes de facto ocasiona una situación asimilable a la «posesión promiscua», figura que designa, en sede de coposición *strictu sensu*, la simultaneidad de actuaciones abstractamente uniformes¹⁹⁴. Pero falta un objeto debidamente delimitado. Si los sujetos no contestan los actos ajenos es porque carecen de la certeza necesaria para excluir su ejercicio y esa situación obedece al desconocimiento del objeto que cada uno posee. Por ello se pretende determinarlo con exactitud para poseerlo con exclusividad, es decir, con exclusión del colindante. No

pág.329; por el contrario, el derecho catalán sí diferencia las dos figuras (por ej. art.237 de la Llei 40/1991, de 30 de desembre. *Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya.*)

¹⁹¹ BADOSA COLL, v.«Justo título», *ob.cit.*, pág.667, nota 56.

¹⁹² A pesar de los matices, las posturas no son tan divergentes. Para PEÑA BERNALDO de QUIROS, *Derechos reales...*, *ob.cit.*, pág.85, en estos casos "la posesión recae sobre las mismas cosas y el derecho no es lo poseído, sino la medida de las facultades de tenencia y disfrute". En similares términos, ALBALADEJO, *Derecho civil, ob.cit.*, III,I, pág.49-50.

¹⁹³ PRATS ALBENTOSA, L.: *Deslinde y reivindicación. Criterios distintivos en la doctrina y la jurisprudencia*, Valencia, 1990, pág.219. Apunta LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.354, que determinada Jurisprudencia -y aporta una relación de sentencias- exige la constatación de esa posesión promiscua.

¹⁹⁴ Vid.Cap.IV.2.5 Ba.1) (1ª parte).

cabe hablar de coposición porque falta el objeto único. Se parte del presupuesto inicial de varias fincas cuya posesión no se discute: cada poseedor reconoce en el vecino la condición de poseedor exclusivo de su fundo. Sólo queda determinar unas fronteras que, circunstancialmente, no resultan incontrovertidas¹⁹⁵, de ahí que la oposición al deslinde por considerar una porción como propia suspenda el procedimiento (art.2.070.1 LEC.)¹⁹⁶.

Aparentemente la identidad/unidad de objeto es un concepto claro. Sin embargo, existen varios supuestos que requieren un análisis individual: la *compossessio pro diviso*, la posesión de cuota y la multipropiedad.

3.2. La *compossessio pro diviso*

Bajo la expresión *compossessio pro diviso* queremos analizar dos figuras: la situación que deriva de la copropiedad *pro diviso*, y la clásica *compossessio pro diviso*, especie particular en los análisis tradicionales de la coposición.

3.2.1. La situación derivada de la copropiedad *pro diviso*

La propiedad *pro diviso* designa aquella situación en que coexisten varios derechos separados sobre un mismo fundo sin que ninguno de ellos pueda considerarse derecho real sobre cosa ajena¹⁹⁷. No se trata de un único derecho de propiedad, sino

¹⁹⁵ En estos conflictos, recuerda PRATS ALBENTOSA, *ob.cit.*, pág.226, el dato de la posesión carece de eficacia. Por su carácter incierto, no sirve de medio de prueba en defecto de título (arts.485 y 386 Cc.). El juez resolverá en base a la regla que le permite dividir en partes iguales el terreno que poseen en común los contendientes y adjudicará a cada uno la porción correspondiente. Y observa LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.357, que difícilmente, a pesar del art.387 Cc., se atenderá a la posesión, pues si cada colindante posee una superficie exclusivamente para él, existirán ya unas lindes entre la posesión de uno y otro, y la acción de quien pretenda una superficie mayor será la reivindicatoria.

¹⁹⁶ REBOLLEDO VARELA, A.: "Interdicto de obra nueva y posesión", *La Ley*, 1985, I, pág.550, comenta la S.A.P. Pontevedra de 20.marzo.1984, que no excluyó la tutela interdictal en un caso de indeterminación de límites, en contra de la corriente mayoritaria (incluye una relación de decisiones) y observa que "cuando se habla de confusión de linderos normalmente se refleja una confusión en la posesión, de tal manera que la incertidumbre recae no solamente sobre el derecho de propiedad en cuanto al terreno discutido, sino también sobre el propio hecho posesorio. Existe entonces contienda sobre el hecho de la posesión en la que el art.445 Cc. impide reconocerla a dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión". (Debemos advertir que la S.A.P. analizada no menciona el art.445 Cc.).

¹⁹⁷ MIQUEL GONZALEZ, "Comentario al art.392", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.23.

En la práctica, a menudo no coexisten un titular de cada derecho de propiedad, sino que los dos

de dos derechos de propiedad sobre elementos distintos pero indisociables de una misma cosa¹⁹⁸. Por ello se observa que, junto a la exclusividad del goce, coexiste una situación de comunidad respecto al sustrato -la finca-, que genera un régimen análogo al de comunidad.

El soporte de la finca única podría llevar a afirmar que los titulares de los derechos la coposeen. Sin embargo, cada sujeto ha individualizado el objeto de su posesión y el sustrato común no basta para asimilarlos. Sus conceptos posesorios revelan -con mayor contundencia, por ej., que en la comunidad de goce- sus posiciones respectivas¹⁹⁹. De hecho -y por ello lo tratamos en sede de objeto- las características productivas de la finca, como referentes que la identifican, posibilitarían defender que se trata de dos objetos diferentes²⁰⁰.

derechos se vinculan a una pluralidad de personas, acaso indeterminadas. En ese caso, como recuerda BORRELL y SOLER, J.M.: *El dominio según el Código civil español*, Barcelona, 1948, pág.201: "cada grupo de comuneros con derechos homogéneos tendrá sus intereses particulares a los que podrá aplicar las disposiciones del artículo citado (399); pero sin mezclar ni confundir los intereses de grupos distintos".

¹⁹⁸ HANSENNE, J.: *La servitude collective. Modalité du service foncier individuel ou concept original?*, Lieja-La Haya, 1969, pág.71, nota 6. Como señala LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, Derechos reales*, III,II, Barcelona, 1991, pág.507: "respecto a los aprovechamientos concretos tiene el titular todas las facultades de dominio que no lesionen derechos ajenos y puede ejercerlos con autonomía, pero a la vez tiene en relación al entero objeto de su propiedad *pro diviso*, y con la misma salvedad, las facultades de un condómino". Vid. GARCIA AMIGO, M.: "Condominio pro diviso o propiedad separada", *RDP*, 1974, pág.192 y ALBALADEJO, *Derecho civil*, III,I, *ob.cit.*, pág.435.

¹⁹⁹ La visibilidad de su poder de hecho nunca se identificará con los titulares de los restantes derechos pues, por ejemplo, el que disfruta del arbolado, se dedica a la recolección de los frutos y el que tiene atribuido el suelo, a la conducción del ganado. LACRUZ, *Elementos...*, III,II, *ob.cit.*, págs.505 y 507, procura varios ejemplos y en especial los casos que recoge el Derecho navarro. Como último ejemplo, cabe recordar el art.2.3 del Reglamento de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959 que da una relación de propietarios concurrentes de aprovechamientos, que son arrendables separadamente (específicamente los forestales y "los que de manera directa no sean utilizables para la agricultura...").

²⁰⁰ GARCIA AMIGO, "Condominio pro diviso...", *ob.cit.*, pág.175, avala esta tesis cuando enumera varias situaciones "que deshacen la unidad del objeto, del sujeto, o ambas a la vez". En el primer supuesto (pág.177) se trata "de hacer objetos diversos lo que antes objeto único y, en consecuencia, derechos múltiples lo que era un derecho unitario". Para ello, o bien el objeto se fracciona radicalmente, o "se divide de forma relativa, sólo parcialmente, manteniendo una unidad fundamental: para ello se aíslan o individualizan sectores o aspectos o forma de manifestarse el objeto, convirtiendo a cada una de éstas en referencias objetivas, por separado, de derechos individuales del dominio pleno" (aquí distingue la propiedad horizontal y, en derecho inmobiliario rústico, la propiedad separada). Después apunta que, cuando se habla de yuxtaposición o de concurrencia de derechos se destaca la

3.2.2. El supuesto tradicional de *compossessio pro diviso*

Tradicionalmente se definía la coposesión *pro diviso* como aquella coposesión en que las partes estaban realmente delimitadas, como el sótano alquilado a cuatro familias que fue dividido en cuatro trozos con una línea de tiza²⁰¹. En este caso no existe en realidad una situación de coposesión, pues se produce una multiplicación de objetos independientes entre sí, sobre los cuales cada sujeto proyecta individualmente su poder de hecho²⁰². Incluso si en el plano jurídico se mantiene la unidad del objeto, éste se multiplica a efectos posesorios. Se trata de un supuesto diferente a la división del uso de la cosa -que veremos al estudiar el contenido de la coposesión-, que guarda un notable paralelismo con la posesión de parte de una cosa.

3.3. La posesión de parte de una cosa

En el ámbito de las «cosas» del art.437 Cc. tienen cabida las partes de una cosa,

existencia de derechos separados de igual categoría sobre aprovechamientos individualizados. En base a varias sentencias cree posible que, frente a la división del contenido de la propiedad, se "divida materialmente el objeto -aunque sea en forma relativa- y no en forma vertical, sino desde un punto de vista económico, por producciones". Para fijar la cuestión, vid. los supuestos que enumera FLOREZ de QUIÑONES, "Comunidad o servidumbre de pastos", *ob.cit.*, pág.174 y ss.

²⁰¹ En general, se predica de inmuebles, pues los romanos negaron la posibilidad de posesión *pro diviso* de los bienes muebles (vid. WÄCHTER, K.G. (1797-1880): "Ueber Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte", *AcP*, 27, 1844, pág.159).

²⁰² KRÜGER, "De compossessione", en: STRYK, *Dissertationum juridicarum ...*, *ob.cit.*, Disput.XVII, cap.I,n.46, fol.908: "Datur compossessio divisa, si fundus communis in partes distribuatur, et hæc uni, altera illi assignetur, quamvis hac ratione penitus non sint compossessores. Eo ipso enim, quo facta divisio, et unusquisque res sua habere incipit, cessat communio tam in proprietate, quam in possessione, cum jus unius in partem alteri assignatam mox expiret. Conventa ergo compossessio, de qua antea dictum, ita comparata esse debet, ut pro indiviso plures eadem rem detineant".

Como apunta RANDA, *Der Besitz...*, *ob.cit.*, § 158, pág.158: "Der Mitbesitz pro diviso ist in der That nur ein scheinbarer; in sachenrechtlicher Beziehung besteht keine Gemeinschaft zwischen den Mitbesitzern" y corrobora BUFF: "Haben Mitbesitzer unter einander possessorische Interdicte?", *Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, 1866, pág.117, que "...dem, der eine andere pars pro diviso besitzt, gegenüber sich wirklich wie ein Nachbar zum Nachbarn verhält". Vid., por último, ENDEMANN, *Lehrbuch...*, *ob.cit.*, pág.216.

siempre que puedan constituir una referencia autónoma (arts.398.4 y 450.2 Cc.)²⁰³. El § 865 BGB. lo prescribe expresamente²⁰⁴ y recoge el supuesto de una habitación u otro espacio que puede efectivamente ser objeto de un poder de hecho²⁰⁵. Aunque suele referirse a bienes inmuebles (el piso de un edificio en régimen de propiedad horizontal²⁰⁶) también se predica en relación a bienes muebles (los anaqueles o entrepaños de un armario²⁰⁷).

El presupuesto de la posesión de parte de una cosa es su viabilidad para devenir objeto independiente del poder de hecho²⁰⁸, sin que sea precisa una correlativa

²⁰³ Como observó SAVIGNY, *Tratado de la posesión, ob.cit.*, § 22, pág.140, "es imposible que uno posea la cabeza y los brazos de una estatua mientras otro posee al mismo tiempo las demás partes" y analiza la prohibición clásica de poseer la cosa como un todo y simultáneamente las partes que la integran, y sus consecuencias: D.41,3,23. Vid.PUCHTA, «Besitz», *Kleine civilistische Schriften, ob.cit.*, págs.420-422. RANDA, *Der Besitz...*, *ob.cit.*, § 18, pág.170 y ss. y BARON, *Pandekten, ob.cit.*, § 115, pág.219. En España, HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.214 y ss. y MARTIN PEREZ, "comentario al art.437", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, págs.173 y ss.

²⁰⁴ § 865 [Teilbesitz] "Die Vorschriften der §§858 bis 864 gelten auch zugunsten desjenigen, welcher nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume, besitzt."

El precepto tiene como última referencia D.41,2,26 ("Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest").

²⁰⁵ LENT, F.: *Sachenrecht*, 6 ed., München/ Berlin, 1957, pág.19. ENDEMANN, *Lehrbuch...*, *ob.cit.*, pág.214, subraya: "Voraussetzung bildet, daß der individuell bestimmte Sachteil insoweit als selbständiges Rechtsgut erscheint, als er für sich einem eigenen wirtschaftlichen Bedürfnisse zu dienen vermag". Hay que destacar la relevancia del criterio económico. El § 816 del Primer Entwurf - precedente del § 865- lo prescribía expresamente: "Die Vorschriften der §§ 814, 815 finden entsprechende Anwendung zu Gunsten desjenigen, welcher nur einen Theil einer Sache, insbesondere in baulichen Anlagen abgesonderte Wohnräume oder Wirtschaftsräume, innehat".

²⁰⁶ COCA PAYERAS, "Comentario del art.437", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1179; MARTIN PEREZ, "Comentario al art.437", en: *Comentarios al Código civil, ob.cit.*, pág.177.

²⁰⁷ BIERMANN, *ob.cit.*, pág.28; ENDEMANN, *Lehrbuch...*, *ob.cit.*, pág.214 nota 8; SEUFERT, *Staudingers Kommentar, ob.cit.*, § 865, pág.67; BAUR, F.: *Sachenrecht*, en: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Sachenrecht*, t.4, Stuttgart- Berlin-Köln-Mainz, 1968, § 865, pág.52. Entre los españoles, GARCIA VALDECASAS, *La posesión, ob.cit.*, pág.22.

²⁰⁸ Un tema recurrente en la relación posesión del todo/de las partes es la posesión de las pertenencias y de las partes integrantes de la cosa (vid.MARTIN PEREZ, "Comentario al art.437", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, págs.174-175). Aquí se inscribe el caso de la pared del edificio que se usa con fines publicitarios. Es parte integrante de la cosa (art.334.1 Cc.), pero es poseída por la empresa anunciante frente al poseedor del edificio. En este caso, cree HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.216, "algún problema puede plantear el principio de la exclusividad de la posesión (art.445)". Lo solventa, no muy convencido, diciendo que junto a la posesión de la pared como parte integrante por el poseedor del edificio, la empresa la posee "en virtud de un uso circunscrito al fin de la publicidad para

autonomía jurídica, pues la "demarcación" se establece al margen, e incluso en discrepancia con el estatuto jurídico de delimitación y sustantividad de las cosas²⁰⁹. La individualización posesoria debe proyectarse en dos aspectos: uno positivo, que constata que el ejercicio del poder es posible sobre la parte en sí misma y otro negativo: el ejercicio no ha de hacer suponer que se actúa sobre la cosa como un todo²¹⁰. Dicha individualización es determinante porque, en su defecto, la concurrencia de una pluralidad de sujetos aboca a una coposesión *strictu sensu*²¹¹. Este es el plano que nos afecta: la posesión de partes identificadas implica que cada poder recae sobre un objeto diferente, lo que impide hablar de coposesión²¹². De hecho, este supuesto guarda relación con la *compossessio pro diviso* del apartado anterior: la demarcación acota el objeto y posibilita el ejercicio solitario, aunque otros sujetos posean las partes restantes (vgr. art.398.4 Cc.). Ello no excluye que una pluralidad de sujetos actúe sobre una parte determinada de una cosa, que constituya el objeto de su coposesión²¹³.

el cual no cuenta que la pared sea parte integrante. Concurriría una posesión en concepto de dueño con otra posesión en concepto distinto". Creemos que en este supuesto existen dos objetos (así parece desprenderse también de GARCIA VALDECASAS, *La posesión*, pág.22).

²⁰⁹ MARTIN PEREZ, "Comentario al art.437", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.175.

²¹⁰ Asimismo debe constatar la subsistencia autónoma de la parte excluida de la posesión como objeto poseíble (sobre toda la cuestión, SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, ob.cit., § 22, pág.140 y ss.)

²¹¹ Como hace constar BAUR, *Sachenrecht*, ob.cit., § 865, pág.52: "Kein Teilbesitz, sondern Mitbesitz liegt z.B. vor bei einem mehreren Mietern zugänglichen Kellerraum, der nur flächenmäßig, also ohne feste räumliche Abtrennung unter ihnen aufgeteilt ist".

²¹² Recuerda WOLFF, "Der Mitbesitz...", ob.cit., pág.146: "Mitbesitz und mehrfacher Besitz sind nicht identisch: (...) der Fall, in welchem jede der mehreren Personen einen anderen Theil der Sache besitzt; den hier ist es nicht ein und derselbe Gegenstand, der von Allen besessen wird" y observa KOLLHOSSER, "Grundfälle zu Besitz und Besitzschutz" (5), ob.cit., pág.394: "Der Teilbesitzer besitzt den Sachteil in gleicher Weise allein wie ein Alleinbesitzer einer ungeteilten Sache". Ese trato posibilita a los poseedores de las "partes" utilizar entre sí el interdicto de retener, a diferencia de los coposeedores, en base a la interpretación común del § 866 BGB. Vid.también ZITELMANN, E. (1852-1923): "Uebereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen", *Iherings Jahrbucher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 70 (1921), pág.39; WESTERMANN, H.: *Sachenrecht*, Karlsruhe, 1960, pág.66 y BAUR, *Sachenrecht*, ob.cit., pág.51.

²¹³ El § 817 del primer Proyecto del B.G.B. lo especificaba: "Haben Mehere eine Sache oder einen Theil einer Sache gemeinschaftlicher inne,..", y así lo sostienen los juristas recurrentemente (BRODMAN, *Planck's Kommentar*, ob.cit., § 866, n.7, pág.78; BIERMANN, ob.cit., pág.30 y SEUFERT, *Staudingers Kommentar*, ob.cit., § 866, n.3, pág.68).

3.4. La multipropiedad

La multipropiedad se define como una forma de titularidad que posibilita el disfrute periódico por un determinado plazo previamente fijado de una finca, habitualmente de recreo (una segunda vivienda). Figura no regulada en nuestro derecho, ha dado pie a diferentes teorías que la estructuran como una comunidad *pro indiviso* sui generis, como una comunidad *pro diviso*, como un modelo de propiedad espacio-temporal (cuatridimensional) o como un régimen jurídico del inmueble²¹⁴. De escoger la primera postura, acaso cabría hablar de coposesión pues los diferentes derechos recaerían sobre la misma cosa²¹⁵. Ese fue el criterio del Anteproyecto de ley de multipropiedad publicado en 1988, cuyo art.1.2 prescribía:

"La multipropiedad consiste en la atribución del dominio de una vivienda a varios partícipes en proindiviso, de tal manera que a cada uno corresponde, en exclusiva y frente a todos, un tiempo de uso que le confiere el disfrute de la vivienda durante un número de días continuos y determinados, que se reiteran en cada ciclo temporal de los que se señalan. La referencia del uso a tiempos determinados no excluye la continuidad de la posesión de derecho"²¹⁶

²¹⁴ LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.564, enumera las diferentes posiciones. Vid.asimismo SEISDEDOS, A.: "Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en el derecho español", *RCDI*, 1990, I, pág.421 y ss. Para constatar cómo cada teoría se ha plasmado o propuesto en algún ordenamiento jurídico, MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Regímenes jurídicos de multipropiedad en Derecho comparado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991 y BENITO ARENAS, José A.: "Algunas consideraciones sobre la multipropiedad en derecho comparado", *RCDI*, 1993, pág.463 y ss.

²¹⁵ O'CALLAGHAN, X.: "La multipropiedad", *Actualidad civil*, 1987-2 (n.530), pág.1671, la define como un derecho de copropiedad del tipo pro indiviso, por división temporal, en la que el objeto "es la vivienda sobre la que recae el derecho de los copropietarios". PAU PEDRON, A.: "Configuración jurídica de la multipropiedad en España", *RCDI*, 1988, I, pág.21, también considera que existe un único objeto.

La adopción de este criterio obliga a pronunciarse sobre las peculiaridades derivadas de la prohibición de ejercicio de la *a.c.d.* y del retracto de comuneros, cuestiones que analizan los defensores de la comunidad pro indiviso en busca de una solución que no desmonte su tesis (vid.MIQUEL, *ob.cit.*, pág.445).

²¹⁶ Vid.*Actualidad civil*, 1988-2, n.735, pág.2436. VILLAGOMEZ RODIL, A.: "Multipropiedad", *Cuadernos de Derecho judicial*, IX, Madrid, 1994, pág.392 y ss., da una relación de proyectos de Directivas comunitarias y de legislación nacional sobre la cuestión. En esos textos no existen alusiones a la posesión como la del artículo transcrito en texto (entre otras razones porque el concepto de multipropiedad fluctúa). Sin embargo, el art.51.1 del Borrador del Anteproyecto de Ley del Ministerio de Justicia (18 de diciembre de 1991) presentaba la siguiente redacción: "La multipropiedad consiste en la atribución del dominio de una vivienda o local a varios partícipes en proindiviso, de tal manera que a cada uno de ellos corresponde, en exclusiva y frente a todos, un turno de aprovechamiento que le confiere, durante un período fijo de cada año, lo que no excluye la continuidad de la posesión de derecho, el disfrute de la vivienda o local y del mobiliario instalado en el mismo con carácter de permanencia y para su servicio".

Concebida como una comunidad *pro indiviso*, la imposibilidad de uso conjunto parece sustituirse por esa coexistencia de posesiones del derecho, que concurre con una insistencia directa alternativa, como si se sucedieran una pluralidad de posesiones mediatas con una posesión inmediata itinerante. No parece útil recurrir a la construcción posesión del derecho/tenencia de la cosa -que ya criticamos- porque no existe una tenencia inmediata y continua parangonable, por ej., a la del arrendatario. De ahí que la redacción del artículo resulte tan discutible como confusa.

Tampoco la comunidad *pro diviso* -que excluye la idea de copropiedad- explica satisfactoriamente la multipropiedad. Por el contrario creemos que ésta debe entenderse como un régimen jurídico inmobiliario en el que el turno se convierte en elemento definitorio vinculado de modo inmediato al inmueble con independencia de la efectiva existencia de cotitulares²¹⁷. Ello supone, en primer lugar, que la multipropiedad es posible aunque exista un único titular y, en segundo, que cada sujeto es titular exclusivo de un bien que se define a partir de unas coordenadas temporales elevadas a criterio configurador: la específica configuración del bien aboca a una pluralidad de objetos de tráfico²¹⁸. En suma, no cabe hablar de coposesión porque la posesión de cada sujeto recae sobre un objeto diferente respecto del cual se es poseedor exclusivo: *in solidum*.

²¹⁷ BADOSA, F.: "La multipropietat com a «règim jurídic immobiliari»", en: *Materials IV Jornades de Dret Català a Tossa. Règim de la propietat col.lectiva urbana a Catalunya*, Barcelona, 1988, pág.37. Hay que reconocer que nos situamos en un plano teórico, porque carecemos de legislación en vigor. Una normativa ulterior puede contestar los términos de esta exposición. Sin embargo, nos parece la más adecuada y la que menos problemas genera.

²¹⁸ Esa idea enlaza con la posición de LEYVA DE LEYVA, A.: "La propiedad cuatridimensional: Un estudio sobre la multipropiedad", *RCDI*, 1985, pág.54: "En la multipropiedad se crean tantos derechos como fracciones espaciotemporales. El apartamento se divide en unidades temporales y el hecho de que sea el mismo inmuebles no autoriza a afirmar que exista comunidad entre los multipropietarios (...) El derecho del multipropietario, en consecuencia, tiene por objeto la cosa temporalmente definida". Curiosamente, PAU PEDRON, *ob.cit.*, pág.18, contesta la tesis anterior en base a que "el derecho de los propietarios es el mismo. Esta afirmación pide, evidentemente, principio y este principio es el clásico -y vigente en nuestro sistema- *duorum in solidum dominium esse non posse*. La concurrencia de derechos cualitativamente iguales (...) aunque sean cuantitativamente desiguales implica una comunidad". De nuevo se recurre al *duo in solidum*... para avalar una opinión, aunque sin fundamento, ya que LEYVA ha multiplicado los objetos.

CAPITULO III. LA ESTRUCTURA DE LA COPOSESION. LAS RELACIONES ENTRE LOS SUJETOS

1. La estructura de la coposición: las diferentes teorías formuladas

El siguiente paso es analizar cómo se relacionan la pluralidad de sujetos con el objeto único. Dado el habitual reenvío cuando se estudia la coposición a la copropiedad, se ha intentado explicar aquélla en base a las configuraciones jurídicas asignadas a ésta. La remisión presenta importantes fracturas que llevan a desechar construcciones deudoras de los criterios del derecho. Como señalara MARTIN PEREZ, "aunque la coposición guarde correspondencia de la comunidad de derechos, la índole del señorío sobre la cosa en que la posesión consiste obliga a descartar la explicación de su estructura en términos correlativos a los que ciertas teorías han propuesto para la comunidad"²¹⁹ y DE LOS MOZOS advierte de "la necesidad de precisar sobre la naturaleza de la coposición descartando toda semejanza con la explicación que suele darse a la naturaleza del derecho a ella paralelo o semejante"²²⁰. Esa independencia conceptual no nos exonera de revisar las teorías que sobre ella se han formulado y que tenían como máxima referencia la copropiedad, con una advertencia previa: la naturaleza de la copropiedad es una cuestión que excede el ámbito de este trabajo; nos interesa exclusivamente para fijar la estructura de la coposición y a partir del propio instituto posesorio²²¹²²².

²¹⁹ MARTIN PEREZ, "Comentario al art.445", en: *Comentarios al Código Civil...*, ob.cit., pág.226.

²²⁰ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962, pág.181. Vid.también HERNANDEZ GIL, *La posesión*, ob.cit., pág.132.

²²¹ Como referencia general de las teorías sobre la copropiedad, BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en Derecho español*, ob.cit., pág.137 y ss.; DONDERIS, L.: *La copropiedad*, Madrid, 1933, pág.34 y ss., MIQUEL, J.M.: "Comentario al art.392 y ss." en: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo*, Madrid, 1985, pág.7 y ss. y BONFANTE, P.: *Corso di Diritto romano*, II (La proprietà), Milan, 1968, pág.5 y ss. Estrictamente sobre coposición, SEGRE, "Contributo della divisibilità...", ob.cit., pág.1 y ss.; PORTALE, G: "Note in tema di compossesso e usucapione", *Riv.Trim.Diritto e Procedura civile*, 1966; WOLFF, M.: "Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich", *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 44 (1902), pág.151 y ss. y POLLICE, P.: *Contributo allo studio del compossesso*, Napoles, 1993, pág.59 y ss.

²²² De entrada, hay dos hipótesis que excluimos. En primer lugar, la teoría de PEROZZI de que la copropiedad no es propiedad, porque la propiedad es señorío general y exclusivo en tanto que la

1.1. La división ideal de la cosa

Esta teoría²²³, que tiene en SAVIGNY su principal valedor contemporáneo, es la más antigua. Se apoya en diferentes textos de derecho romano, en especial D.41,2,26²²⁴, en base al cual fue repetida, sin cuestionamientos, por autores medievales y modernos²²⁵.

Para SAVIGNY, cuando varias personas poseen una cosa en común, de modo que se limite mutuamente su poder, aquella cosa sólo es en apariencia el objeto de su posesión; en realidad, cada sujeto posee exclusivamente una parte de la cosa, diferente de la de los restantes sujetos²²⁶. El fundamenta su opinión en que la posesión sólo puede concebirse de modo exclusivo. Otros pandectistas asumirán esta teoría²²⁷, que

copropiedad es señorío no exclusivo (vid. GRECO, F.: *Della proprietà*, III, III, *Commentario del Codice civile*, Torino, 1958, pág.3). Tampoco cabe aceptar como coposición los supuestos de convergencia de valor (tesis formulada a partir de la teoría de la división de valor empleada para explicar la naturaleza jurídica de la copropiedad, vid. BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.168) y que STROHAL, "Der Sachbesitz...", *ob.cit.*, pág.115, presenta como un tipo de coposición: "...der Mitbesitz, wenn hinsichtlich einer von Mehreren gemeinschaftlich besessenen Sache nach Maßgabe bestimmter wirtschaftlicher Zwecke lediglich der Gebrauch geteilt ist. Z.B. der Pächter und der Verpächter besitzen gemeinschaftlich einen Fahrweg, welchen jeder von Beiden für seine Wirtschaftsführen benützt" -es un supuesto de comunidad de goce- (Vid. críticas de WOLFF, "Der Mitbesitz...", *ob.cit.*, pág.154 y EISELE, "Zur Lehre vom Miteigentum", *ob.cit.*, pág.29).

²²³ En sede de propiedad se conoce como "teoría de la propiedad plúrima parcial". BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.157 y ss. MIQUEL GONZALEZ, "Comentario al art.392", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.13, cree que es la que mejor explica los preceptos de comunidad en el Código civil, aunque "en puridad el Código no «sigue» ninguna teoría".

²²⁴ Este fragmento se relaciona con D.41,3,32 §2. Veremos estos textos al estudiar el requisito de cuota cierta.

²²⁵ Entre otros, PAULUS CASTRENSIS, *In primam Digesti Novi Partem Patavina praelectiones...*, *ob.cit.*, Tit. De adquir. vel amitt. poss., fol.60: "Pars rei certa ratione loci, vel quota, potest possideri"; FARINACCIUS, P. (1544-1618): *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentionum*, Pars Tertia, Venetiis, 1697, Decissio 312, n.5: "...sic utraque pars pro indiviso, quolibet tamen in sua portione respectivè possidebit".

²²⁶ SAVIGNY, *Tratado de la posesión...*, *ob.cit.*, pág.93: "cada uno posee exclusivamente una parte de la cosa, sin poseer las otras partes, y poco importa en derecho que esas partes estén realmente separadas o sólo en la imaginación. Cada cual posee, pues, una cosa por sí solo, y están entre sí casi en la misma relación que los poseedores de dos casas contiguas".

²²⁷ THIBAUT, *System...*, *ob.cit.*, § 299, pág.226; SENTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, I, *ob.cit.*, pág.540 nota 3, señala: "Alsdann besitzt also Jeder nur seinen Theil, und keiner die ganze Sache". Vid. también FÜRSTENHAL, *Das Preußische Civilrecht*, Königsberg, 1842 (ed. anastática 1970), pág.97; WENDT, O.: "Das Faustrecht oder Besitzverfolgung und Besitzvertheidigung", *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, n.21, 1883, pág.172; ARNDTS,

fue adoptada por estudiosos franceses²²⁸ e italianos²²⁹ y expresamente recogida en el § 182 del Código civil de Sajonia²³⁰.

Esta postura, sin partidarios en la actualidad, es fácilmente refutable. En primer lugar, la posesión no puede recaer sobre cuotas ideales de una cosa en vez de sobre ésta como entidad. La cuota, como abstracción intelectual que recoge la expresión de un límite, pugna con el poder de hecho de la posesión²³¹. En segundo, de aceptar una división de la cosa, aun ideal, se origina una pluralidad de objetos y una correlativa pluralidad de posesiones exclusivas e independientes. Por último, al independizar las cuotas abstractas de la cosa como tal, se delimitan artificialmente dos objetos distintos, de modo que la cosa, o bien no resulta poseída por ninguno de los sujetos, o bien ha de considerarse extinguida y transformada en una pluralidad de objetos²³², con la

Lehrbuch der Pandekten, ob.cit., pág.212 y DERNBURG, *Lehrbuch...*, § 223, pág.475.

²²⁸ MOLITOR, J.P.: *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en Droit Romain*, Paris, 1852, pág.54, n.25: "en réalité chacun ne possède que sa part, nullement la part des autres (...) les parts intellectuelles ne sont pas moins des parts, et ce sont ces parts intellectuelles que chacun possède".

²²⁹ CESAREO-CONSOLO, *ob.cit.*, págs.163-164; También PUGLIESE, G.: *La prescrizione acquisitiva*, 3 ed., Turín, 1911, pág.260, pues afirma que "la compossessio si avvera quando più persone posseggono per parti ideali o quote astratte una sola cosa", aunque puntualiza que "I compossessori tengono individualmente la stessa cosa nel comune potere e coll'animo di tenerla in comune". No obstante, él carece de la convicción de los pandectistas y al hablar de la coposesión *pro diviso*, la contrapone a la coposesión en que hay "un unico possesso con molti soggetti" (pág.261).

²³⁰ "Eine Sache kann zu gleicher Zeit von Mehreren nicht ungetheilt, wohl aber nach ideellen Theilen besessen werden". En el proyecto se correspondía con el § 202 y se fundamentaba en la imposibilidad de una *compossessio plurium in solidum* (*Specielle Motiven und Publications = Verordnung zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen*, Dresden, 1861, págs.636-637).

Con menor claridad, también los arts.679 del Código civil italiano de 1865 y § 859 AGBG. podrían sostener esta teoría. En el derecho español, parecía recoger este criterio el art.1.117 del Proyecto de 1851, que contemplaba al "poseedor de parte de finca hipotecada".

²³¹ HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.132; DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.181; LACRUZ, *Elementos...*, III,II, *ob.cit.*, págs.493-494, aunque en sede de copropiedad opta por la "propiedad plúrima total" (pág.468) parece afirmar la posesión de la cuota cuando señala: "Esta suerte de influencia del partícipe sobre la cosa no impide -contra lo que dice la STS.13.12.1968- que quien figura y actúa como titular esté poseyendo precisamente su porción, es decir, la cuota, siendo esa posesión la que le permite usucapir la condición de condueño, o la que le permite rechazar cualquier ataque posesorio a esta condición".

²³² POLLICE, *Contributo...*, *ob.cit.*, pág.65, observa lo difícil que resulta a los defensores de esta tesis colmar el hiato entre la cosa material común y "la somma di tutti i beni immateriali (le quote ideali

peculiaridad añadida de que éstos, en caso de ulterior concentración en un único poseedor, vuelven a «convertirse» en el bien original.

1.2. La coposesión como división del animus

Muy vinculada a la teoría anterior aparece la tesis de PUCHTA, quien también circunscribe la posesión de cada sujeto a una parte de la cosa, aunque subrayando que esa parte no se proyecta sobre el *corpus*, porque cada coposeedor posee toda la cosa, sino que se refleja en el *animus possidendi*, que se limita a una fracción²³³.

Esta teoría no puede interpretarse literalmente, porque la propia naturaleza del *animus* impide una fragmentación. Sólo cabe entender que el *animus*, como voluntad, integra el reconocimiento de la pluralidad. PUCHTA no acepta que la cuota sea el objeto de la posesión porque el *corpus* se proyecta sobre toda la cosa; de modo que plasma el criterio de la pluralidad en el otro elemento de la posesión.

1.3. La coposesión como posesión de cuotas y detentación del total

El respeto a los textos que avalan la posesión de cuota no impide -como en la teoría anterior- que se constate que el ejercicio del poder se proyecta sobre el bien como un todo. Para cohesionar ambos elementos, algunos autores -especialmente

e astratte) di cui sarebbero proprietari i comunisti" (Ya EISELE, "Zur Lehre vom Miteigenthum", *ob.cit.*, pág.32, exponía este desdoblamiento). Como gráficamente señala PORTALE, "Note...", *ob.cit.*, pág.478: "se ciascun compossessore è possessore esclusivo di una quota astratta, che è diversa dalla cosa materiale, chi è il possessore di questa?".

²³³ PUCHTA, G.F.: *Cursus der Institutionem (System und Geschichte des römischen Privatrechts)*, 10ª ed., Leipzig, 1893, § 229, pág.154: "Die Theile können vor allem ideelle sein, mehrere besitzen hier pro indiviso, sie sind Mitbesitzer. Im corpus tritt diese Theilung nicht hervor, weil sie eine unkörperliche ist, sie beruht auf dem animus, der bei jedem dieser Besitzer nur auf einen quoten Theil der Sache gerichtet ist" y concluye reseñando que "diese Theile, welche Mehrere an der Sache besitzen, können ferner körperliche sein, sie besitzen hier die Sache pro diviso". (Previamente había mantenido los postulados de SAVIGNY, en «Besitz», *Kleine civilistische Schriften*, *ob.cit.*, pág.421). Entre los italianos, CESAREO-CONSOLO, *ob.cit.*, pág.164, observa que, en la coposesión, "l'*animus possidendi* va sempre regolato nei limiti della propria porzione". Modernamente, APATHY, P.: "Der possessorische Schutz gegenüber Eigenmächtigkeiten eines Miteigentümers", *Juristische Blätter*, 9.juli.1977. pág.342: "Jeder Mitberechtigter besitzt die (ganze) gemeinschaftliche Sache, doch ist sein Besitzwille auf seinen ideellen Anteil beschränkt".

Hallamos esa vinculación del *animus possidendi* a una *pars certa* en varios textos romanos clásicos (Dig.41,2,3 §2, Dig.41,3,32 §2), que Justiniano transformó. (Vid.BONFANTE, *Note...*, *ob.cit.*, pág.516).

italianos- señalarán que en cada sujeto concurren una posesión en nombre propio de una cuota ideal y una posesión precaria o en nombre ajeno de las cuotas ideales de los restantes²³⁴. Esta construcción les resulta especialmente útil para negar al coposeedor la posibilidad de usucapir más allá de su cuota. Entre los autores españoles existen variaciones vinculables a esta posición. BORRELL y SOLER estima que "cada condueño posee civilmente la parte alícuota que le pertenece, pero posee, además, toda la cosa en nombre propio y en el de los demás condueños"²³⁵ mientras que MIQUEL y RODRIGUEZ MORATA lo consideran "un poseedor inmediato por las partes de los demás y en nombre propio por la suya"²³⁶.

1.4. La coposesión como división del poder de hecho que recae sobre la cosa

Esta teoría fue adoptada por diversos autores alemanes quienes, reconociendo la indivisibilidad de la cosa, ven la esencia de la coposesión en la división ideal del poder de hecho (*Sachherrschaft*)²³⁷. Existe un único poder, pues afirmar lo contrario atentaría contra el *duo in solidum*, pero idealmente dividido entre todos los partícipes²³⁸.

²³⁴ VALERI, G.: "Possesso del partecipante ad una comunione", *Rivista di Diritto commerciale*, 1926, II, pág.582; RAMPONI, *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli-Torino, 1922, pág.827 y ss.; LEONE, F.: "La prescrizione del coerede e del condomino e l'intervensione del possesso", *Rivista di Diritto civile*, t.13, 1921, pág.2.

²³⁵ BORRELL Y SOLER, J.M.^a (1864-1956): *Derecho civil español*, II, Barcelona, 1955, pág.17. Lo justifica "porque las reglas de la comunidad de bienes determinan cómo han de armonizar las voluntades de los comuneros para la administración de la cosa común". En las págs.177-8, da un relación de sentencias acordes.

²³⁶ MIQUEL GONZALEZ, J.M.: "Comentario del art.450", en: *Comentario del Código civil*, t.I, Madrid, 1993, pág.1213; RODRIGUEZ MORATA, F.: "Comentario al art.1.933", en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, dirigidos por M.Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, XXV,I, Madrid, 1993, pág.111.

²³⁷ MIESCHER, K.: "Die Besitzinterdikte unter Mitbesitzern", *AcP*, 1876, pág.154: "Die Macht ist getheilt; kein Theilhaber hat die Macht ganz, auch nicht über der kleinsten Theil der Sache". Su artículo es la gran referencia de los alemanes. Vid.también RANDA, *Der Besitz...*, *ob.cit.*, pág.165, quien fragmenta tanto el poder como el *animus*.

Esta tesis se correlaciona con la teoría de la copropiedad como fraccionamiento del derecho (vid.BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.160 y ss. y EICHLER, H.: "La idea de copropiedad", *ADC*, 1961, pág.915).

²³⁸ MIESCHER, *ob.cit.*, pág.165: "...diese Theilung der Herrschaft ist jedoch nur eine gedachte; wäre sie wirklich, so müßte jede einzelne Ausübungshandlung theilbar sein, was unmöglich ist. Getheilt aber denkt man sich die Herrschaft darum, weil ihr letztes Ziel: nutzen, Ertrag, Preis der Sache Jedem

Esta tesis, aunque todavía mantiene defensores en la actualidad²³⁹, ha recibido importantes objeciones. Tal y como se articula, parece negar a cada sujeto ese ámbito de autonomía que define la posesión pues, en la práctica, cualquier actividad (cruzar la verja para entrar en la finca) precisaría el consentimiento del resto de los coposeedores, y en cualquier momento podría uno estimar que un acto realizado sin su anuencia perturba su posesión²⁴⁰. Los partidarios de esta tesis intentan contrarrestar la objeción expuesta elaborando una relación de conductas válidas que insertan en su concepto del *animus comuniter*²⁴¹. En segundo, al requerirse para cada acto posesorio el consentimiento expreso o tácito de los restantes coposeedores, se desplaza la cuestión de la posesión al derecho a ejercitar el poder: no se trata de la posesión sino de la propiedad (*ius possidendi*)²⁴². Por último, se basa esencialmente en una ficción²⁴³.

1.5. La coposesión como persona jurídica y como persona colectiva

También se ha configurado la coposesión *-imago* de la copropiedad- como una persona jurídica²⁴⁴. Para los defensores de esta teoría, la pluralidad de sujetos integra

nur zum Theil zufällt, von Jedem nur zum Theil beansprucht wird".

²³⁹ MICHALSKI, L.: "Inkongruenz von §933 und §934 BGB", *AcPr*, 181 (1981), pág.413: "Mitbesitz ist immer «geteilte Sachherrschaft»". También WESTERMANN, H.: *Sachenrecht*, Karlsruhe, 1960, pág.66. En España, parece defender esta tesis LALAGUNA, "Sobre el concepto y las clases de posesión", *ob.cit.*, pág.369, cuando afirma que una cosa puede estar sujeta en su integridad a una sola situación de poder "lo que puede ocurrir tanto si hay un solo poseedor como si hay varios, en cuyo caso la única situación de poder que existe es compartida (coposesión)".

²⁴⁰ MIESCHER, *ob.cit.*, pág.154; RANDA, *Der Besitz...*, *ob.cit.*, § 17, pág.165: "kein Mitbesitzer irgend welche Besitzhandlung vornehmen darf ohne ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des andern Mitbesitzers, widrigenfalls kann dieser gegen ihn die Besitzklagen (wegen Störung des Besitzes) gebrauchen".

²⁴¹ MIESCHER, *ob.cit.*, pág.167, reconoce que "Welche Absurdität, wenn ich für jeden Gang auf dem gemeinschaftlichen Wege, für jedes Glas Wasser auf dem gemeinschaftlichen Brunnen erst meinen Theilhaber fragen müsste, oder wenn ich es unterlasse, Gefahr liefe mit dem Interdict belangt zu werden!". Para solventar esta deficiencia, integra en el concepto de *animus comuniter* el reconocimiento/aceptación de una serie de actos válidos; la existencia del *animus comuniter* (pág.169) implica la viabilidad de esos actos, y por tanto no cabe oponerse en tanto se acepta la situación de coposesión.

²⁴² SEGRE, "Contributo...", *ob.cit.*, pág.2 y pág.20 nota 70.

²⁴³ PORTALE, "Note...", *ob.cit.*, pág.484, realiza esta crítica a partir del texto de MIESCHER, (*ob.cit.*, pág.165), pero es la objeción más endeble.

²⁴⁴ Existen indicios de esa tesis en DUARENUS, F.: *Opera omnia diligenter emendata & aucta*

una persona ficticia, la cual ejercita el único poder de hecho sobre la cosa.

En base al art.445 Cc., DONDERIS ha sostenido esta tesis en nuestro derecho. Para él, "la unidad de la posesión es indudable en la relación del condominio, pero requiere asimismo la unidad de impulso, que no puede obtenerse más que reconociendo la unidad del dueño, y así llegaremos al punto de partida del art.445: la posesión no puede darse como hecho en dos personalidades distintas. El comunista es un miembro, un habiente causa que participa y con los demás constituye la personalidad jurídica colectiva que posee la cosa comunera"²⁴⁵. Por ello estima que "la cosa común es poseída por el grupo y cada uno de sus miembros la detenta en nombre del grupo y en ejercicio de su derecho de partícipe"²⁴⁶. A continuación se cuestiona si los diferentes sujetos pueden ejercitar las acciones posesorias y -a partir del análisis de los arts.395 y 398 Cc.- señala que "el condómino no puede ejercitar acciones posesorias en pro de los demás (...). Ello es una consecuencia lógica del carácter de persona jurídica que inevitablemente concurre en la copropiedad, porque si la colectividad es quien posee (...) sólo la colectividad puede ejercitar acciones posesorias"²⁴⁷.

Esta teoría tampoco resulta satisfactoria. Los arts.548 y 1.933 Cc. apoyan la independencia -y la legitimación- de cada coposeedor. Además, la pretensión de DONDERIS de ordenar los efectos posesorios en base a unas cuotas fijadas en el ámbito petitorio, distorsiona la esencia de la posesión. Por otro lado, al distinguir entre posesión del grupo y detentación particular de cada sujeto -aunque en el Código civil

opportunitis notis, vol.I, quo in Digestorum priores quatuor partes et in Justinianei Codicis Titulus aliquot comentarii continentur, Luca, 1765, Lib.VIII, Tít.III, cap.X. § L.27 "si communi fundo..."(fol.359): "an plures socii communiter possideant, cum pro una persona habeantur". Posteriormente, TROPLONG, R.T.: *Commentario sulla prescrizione*, Napoli, 1859, n.244. ROHDE, E.: "Mitbesitz", en: *Studien im Besitzrecht, ob.cit.*, pág.2: "In diesem Fall will jeder des Bestehen der tatsächlichen Gewalt an der ganzen Sache für die Gesamtheit und damit für sich als Glied dieser Gesamtheit, insbesondere ihre Erhaltung und Verteidigung nach außen" y ENDEMANN, *Lehrbuch...*, ob.cit., pág.215.

²⁴⁵ DONDERIS, *La copropiedad, ob.cit.*, pág.93. Previamente (pág.92) ha considerado que la interpretación que se da a la expresión del art.445 Cc. «...salvo en los casos de indivisión» constituye un "contumaz error, cual es no querer reconocer que en la división no hay varias personalidades distintas, sino una sola: la personalidad jurídica del conjunto". Se adscribe a esta posición SENTIAS BALLESTER, C.: *Tratado práctico de interdictos*, I, Barcelona, 1978, I-10, pág.5.

²⁴⁶ DONDERIS, *Ibidem*.

²⁴⁷ DONDERIS, *La copropiedad, ob.cit.*, pág.96.

la detentación no tiene entidad propia- se duplican los sujetos y se convierte a cada comunero en una *especie* de poseedor en nombre ajeno vinculado a una posesión superior²⁴⁸, lo que incluso puede derivar en una negación de la coposesión como tal²⁴⁹. Por último, de aceptar una única posesión -una e indivisible- durante la existencia de la comunidad posesoria, se excluiría que los comuneros pudieran usucapir la propiedad en una cuota distinta a la inicialmente acordada²⁵⁰. Su afirmación sólo podría ser cierta de entender que cualquier acto es realizado en nombre de la persona jurídica, pero si algún coposeedor, desde un momento dado, actúa en nombre propio diferenciándose de la persona jurídica, ha de poder -tras el plazo preceptivo- usucapir la totalidad de la cosa²⁵¹.

En Italia, la teoría que configura la comunidad como propiedad colectiva ha experimentado un cierto auge y se ha querido adaptar a la coposesión²⁵². Esta tesis puede recibir las mismas objeciones que la anterior, pues la persona colectiva, aunque se presente como un concepto híbrido falto de personalidad jurídica, se considera como un titular diferenciado del poder de hecho²⁵³.

²⁴⁸ LEONE, "La prescrizione del coerede...", *ob.cit.*, 1921, pág.14, hace constar que en "il concetto della proprietà nella collettività il singolo comunista possiede come amministratore della collettività, ed a stretto gli si potrebbe contestare anche la qualità di possessore nell'interesse proprio, ed attribuirgli quella di servitore nel possesso".

²⁴⁹ Así lo recalca GRECO, *Della proprietà*, *ob.cit.*, pág.27.

²⁵⁰ PORTALE, "Note...", *ob.cit.*, pág.482.

²⁵¹ Debemos diferenciar esta construcción del supuesto en que los coposeedores han de actuar conjuntamente, porque así lo hayan acordado, o en defecto de poder independiente. Esta posibilidad se sitúa en el ejercicio del poder y no en la estructura, y se verá entonces.

²⁵² PORTALE, "Note...", *ob.cit.*, págs.478-479. Según esta teoría, el derecho sobre la cosa -único-, correspondería íntegramente al colectivo de los condóminos, el cual, aunque organizado, no es una persona jurídica. Esa es la tesis que defiende BRANCA, *Comunione*, *ob.cit.*, pág.8: "c'è qui un tertium genus nè persona fisica nè persona giuridica astratta; ma una collettività organizzata". Vid.también GRECO, *Della proprietà*, *ob.cit.*, pág.7 y VITALEVI, *Comunione dei Beni*, *ob.cit.*, I, pág.644.

²⁵³ PORTALE, "Note...", *ob.cit.*, pág.479. Además (pág.481), alega que "non sarebbe licita una sua trasposizione dal piano della proprietà a quello del potere di fatto". Vid.asimismo POLLICE, *Contributo...*, pág.79, quien recoge los términos más recientes de la discusión -la distinción entre personalidad y subjetividad- para estimarlos una formulación "sugestiva" en sede de comunidad, pero ajena a la coposesión.

1.6. La coposesión como pluralidad de posesiones sobre la cosa

Por último, la coposesión puede entenderse como la suma de una pluralidad de señoríos de hecho sobre la cosa²⁵⁴: cada coposeedor tiene un poder autónomo, que recae sobre todo el bien, pero cuyo ejercicio está limitado por la concurrencia de otros sujetos con poderes de iguales características, lo que obliga a una ordenación de sus actividades. Esta teoría -que se conoce en sede de copropiedad como «plúrima total»- no atenta contra el *duo in solidum possidere non possunt...*, ya que los diferentes poderes se comprimen -limitan- entre sí, tendiendo recíprocamente a extenderse.

Esta es, a nuestro juicio, la teoría más acertada. La coposesión se configura como una pluralidad de poderes autónomos de iguales características -por cuanto se ejercitan en un mismo «concepto»-. Esta solución no se deriva de las teorías formuladas para la copropiedad -el error de partida de las tesis expuestas-, porque en la copropiedad existe una unidad previa que viene dada por la existencia de un derecho único²⁵⁵, mientras que en la coposesión la unidad resulta *a posteriori*, de la coexistencia de varias posesiones autónomas. Por tanto, la coposesión aparece como

²⁵⁴ Así, WOLFF, "Der Mitbesitz...". *ob.cit.*, pág. 158, tras criticar las restantes hipótesis, señala: "Es besteht daher beim Mitbesitze nicht eine einzige, unter die Mitbesitzer in Theile zerlegte Sachherrschaft, sondern eine Mehrheit von Sachherrschaften. Jeder Mitbesitzer ist Ganzbesitzer, ist Gewaltherr"; HUMMEL, J.D.: "Mitbesitz und Besitzkonstitut bei Grundschuldteilvertretungen ohne Briefübergabe", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965, pág.2377: "Echter Mitbesitz ist eine Mehrheit von Sachherrschaften, ein sogenannter vervielfältigter Besitz; jeder Mitbesitzer ist Ganzbesitzer; seine Sachherrschaft ist nur die des anderen beschränkt, aber nicht geteilt". Vid.también GIERKE, J.v.: *Bürgerliches Recht (Sachenrecht)*, en: *Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaft*, IX, Berlin, 1925, pág.25; BEKKER, E.I.: "Der Besitz beweglicher Sachen", *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 34 (1895), pág.47, nota 11; DEGENHART, M: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, t.7, München, 1972, § 866, pág.857; STARK, E.: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Berna, 1976, pág.39 y POLLICE, *Contributo...*, *ob.cit.*, pág.98. En nuestro derecho, GARCIA VALDECASAS, *La posesión*, *ob.cit.*, pág.38 y LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.72, para quien "no hay un solo hecho posesorio mantenido por una multiplicidad de sujetos, como podría ocurrir en el caso de una S.A. (...) sino, efectivamente, posesiones distintas que recaen continuamente sobre el bien y todas sus partes".

²⁵⁵ Entendemos la copropiedad como un derecho único del que participan una pluralidad de titulares (BADOSA, "La multipropiedad...", *ob.cit.*, pág.37). A partir de la teoría del derecho único, ALBALADEJO, "Concepto, estructura y clases de posesión", *RDPr*, 1962, pág.603, configura la estructura de la coposesión para los supuestos en que considera la posesión como un derecho: "la posesión como derecho puede atribuirse a la vez sobre una misma cosa o respecto de un mismo derecho a varias personas. Entonces hay una cotitularidad de todas ellas en el derecho subjetivo provisional que la posesión es" y cita como ejemplos la coposesión civilísima de los bienes hereditarios, si son varios los herederos, o la coposesión mediata de varios condueños arrendadores.

el resultado de una pluralidad de posesiones no exclusivas *-in solidum-* sobre un mismo objeto, unidas entre sí por el reconocimiento recíproco de los sujetos que concurren (ex art.445 Cc.).

2. Las relaciones entre los sujetos: la autonomía, el reconocimiento y la cooperación

Cada coposeedor tiene un *ius possessionis* autónomo que legitima una serie de actos que puede realizar incluso si media oposición de otro comunero. Goza de un ámbito de actuación que puede desarrollar a pesar de la oposición de cualquier otro partícipe sin que tampoco precise el concurso o el consentimiento previo de los restantes concurrentes²⁵⁶. Ciertamente, cada individuo soporta una serie de limitaciones a causa de la pluralidad -no puede, por ej., imponer unilateralmente la transformación del bien-, pero mantiene ese grado de autonomía que permite considerarlo poseedor²⁵⁷. Otros sujetos no pueden transformar la cosa (arts.467, 1.557 Cc.) o servirse de ella (arts.1.767 y 1.870 Cc.) y su posesión no se cuestiona²⁵⁸.

Para cada coposeedor, el reconocimiento de la pluralidad abarca dos consideraciones: en primer lugar, la existencia de otros poderes equivalentes al suyo, lo que se traduce en una serie de limitaciones recíprocas entre los actuantes; en segundo, la conciencia de que su relación con la cosa única crea entre ellos un nexo que les implica en determinadas decisiones: suman sus intereses en un interés común. No obstante, este reconocimiento no integra la identidad de los otros sujetos. Para cada coposeedor, el elemento relevante es el número de poderes que concurren y que

²⁵⁶ Ese era el problema que reconocían los defensores de la teoría de la división del poder (vid.apdo.4.1) y que intentaban paliar -con la inseguridad que suponía- proponiendo una enumeración de actos legítimos que cualquier sujeto, por el hecho de tener un *animus comuniter*, debía aceptar.

²⁵⁷ PORTALE, "Note...", *ob.cit.*, pág.485: "a ciascuno dei partecipanti rimane una tale quantità di potere da consentire alla coscienza sociale di qualificare la sua relazione con il bene come *Sachherrschaft*" y se remite al art.1.102.2 del Codice (Vid.en nuestro derecho BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.201).

²⁵⁸ Vid.ALBALADEJO GARCIA, M.: "La poseibilidad del derecho de prenda", en: *Estudios de Derecho civil*, Barcelona 1955, pág.9 y ss.

modulan su poder, pero le resulta indiferente la identidad de los restantes poseedores²⁵⁹.

En el capítulo siguiente intentaremos ordenar el ámbito de cada poder de hecho y la fuente de legitimación de las conductas individuales. Ahora nos interesa perfilar cómo se relacionan los diferentes poderes, esto es, en base a qué criterios organizan su concurrencia así como el fundamento de la repercusión de las conjuntas ajenas en la situación copositoria y la incidencia del elemento psicológico individual.

2.1. Los instrumentos de ordenación de la pluralidad de poderes

Los titulares de los *ius possessionis* han de ordenar el ejercicio de sus respectivos poderes para disfrutar de la cosa sin colisiones arbitrarias. La pluralidad de poderes sobre una cosa única obliga a recurrir, instrumentalmente, a las normas de comunidad (art.392 y ss.Cc.), aunque no por ello cabe hablar de una única posición jurídica, como en la copropiedad. En la coposición pro indiviso que contempla el art.445 Cc. las normas del art.392 y ss., proporcionan los mecanismos de organización de la concurrencia de titularidades porque contemplan los criterios para distribuir las magnitudes divisibles y para compatibilizar las actuaciones indivisibles, nos referimos en concreto a la cuota y los límites del art.394 Cc.

2.1.1. La cuota

2.1.1.1. La cuota como referente de los elementos cuantificables

Se suele afirmar que la cuota supone la medida del goce de cada condómino²⁶⁰. Esta declaración, común, es inexacta porque la cuota no ordena todas las manifestaciones del poder atribuido a cada sujeto. En sede de derechos, las cuotas actúan como medida -divisor- de reparto de los beneficios y gravámenes, es decir, como módulo de atribución de aquellos aspectos cuantificables del derecho. La cuota constituye el índice de la proporción en el uso y disfrute, en la percepción de las

²⁵⁹ La valoración positiva o negativa de algún comunero puede llevar en último extremo a solicitar la división de la cosa (art.400 Cc.), es decir, el fin de la situación de coposición, pero no repercute en la construcción de ésta.

²⁶⁰ BONFANTE, P.: *Corso di Diritto romano (Diritto reali)*, v.III, Milan, 1972, pág.275. Para FEDELE, *La comunione, ob.cit.*, pág.315, la situación posesoria del partícipe "consiste normalmente in un potere de fatto limitato e nella misura della quota a lui spettante".

utilidades y de las cargas y del valor representado por la cosa cuando la comunidad cesa²⁶¹. Como participación en la titularidad del derecho, es un *a priori*.

El concepto de cuota, aunque formulado en el ámbito de los derechos, puede trasladarse a la coposesión como criterio de ordenación de la pluralidad de poderes²⁶². Dado que la coposesión se sitúa en el plano fáctico, la cuota se define como una «cuota de hecho» y actúa como divisor de las utilidades y cargas. Se obtiene *a posteriori*, del acuerdo de los coposedores sin que tenga que coincidir necesariamente con la cuota que correspondería al derecho -fijada en el título, o deducida del art.393.2 Cc.-. Si se corresponde con un *ius possidendi*, la «cuota de hecho» reproducirá en principio el régimen de éste, pero no existe una equiparación preceptiva²⁶³.

Numerosos autores excluyen del ámbito posesorio cualquier referencia a la cuota, estimando que la discusión de porcentajes y medidas excede del análisis -y en especial de la tutela- del poder de hecho. Esta afirmación tiene como máximo referente el § 866 BGB. que excluye de la acción interdictal inter coposedores las cuestiones relativas al disfrute; apoyándose en su redacción, la práctica totalidad de los juristas alemanes considera que la cuota es una cuestión de derecho a la posesión, petitoria²⁶⁴.

²⁶¹ BELTRAN de HEREDIA, *ob.cit.*, pág.172 y LACRUZ, *Elementos...*, III,II, *ob.cit.*, pág.466. GRECO, *Della proprietà*, *ob.cit.*, pág.21, la define como "una entità tecnico-giuridica; è una frazione aritmetica".

²⁶² Por ello PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, *ob.cit.*, pág.260, señala que "La quota ideale (pars pro indiviso, pars quae iuris intellectum habet) non significa una frazione materialmente esistente e separata, il che contrasterebbe all'essenza della compossessio, ma ha due significati, l'uno positivo, l'altro negativo, in quanto che essa è il criterio misuratore delle utilità spettanti a ciascuno dei compossessori a causa della coesistenza dei poteri degli altri (significato negativo)".

²⁶³ Debemos recordar, una vez más, que el empleo de la cuota se vincula a la naturaleza de la coposesión que tratamos y que, como correlativo de la proscripción de las posesiones solidarias, presenta el art.445 Cc. Si no hubiera cuota tendríamos una pluralidad de posesiones *in solidum*, en la segunda acepción que apuntamos en el Cap.I (1 parte). Así ocurre, por ej., en la coposesión de los bienes gananciales, en que la cuota no funciona siquiera para dividir los rendimientos (que también son poseídos ganancialmente). Así, arts.1.344, 1.375, 1.387-1.390 Cc.

²⁶⁴ ROHDE, "Mitbesitz", *ob.cit.*, pág.7; WOLFF, "Der Mitbesitz...", *ob.cit.*, pág.162. Para ERMAN-WESTERMAN, *ob.cit.*, pág.23, la prohibición obedece a que "Streitigkeiten der Mitbesitzer über die Grenzen des Besitzrechts sind so schwer von dem Recht zum Besitz zu trennen". (Examinaremos el § 866 BGB. al analizar la tutela posesoria).

Aun si aceptáramos esa hipótesis, creemos que la cuota habría de tenerse en cuenta como mecanismo para ordenar pacíficamente los poderes de hecho coexistentes.

2.1.1.2. Un requisito histórico prescindible: el carácter cierto de la cuota

El Derecho romano exigía la certeza de las cuotas posesorias. El texto más relevante es D.41,3,32 § 2:

"Incertam partem possidere nemo potest. Idem si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera suptilitate possidere Labeo scribit"

Literalmente, el fragmento suponía que si varios sujetos poseían un inmueble, desconociendo *quotam quisque partem possideat*, ninguno de ellos poseía²⁶⁵. Acaso la razón de esta exigencia se clarifique con D.41,2,3 § 3, que prohíbe la posesión de parte incierta, porque es como si uno quisiera poseer todo lo que posee otro²⁶⁶. Del texto parece deducirse que la exigencia obedece a que, en caso contrario, se contestaría el *duo in solidum*...²⁶⁷

Con la precisión de que la certeza no impone la visibilidad, pues basta la

²⁶⁵ Esta afirmación, hace notar PALOPOLI, v.«Possesso», *ob.cit.*, pág.40, n.7, se consideraba corolario del principio más general "ignoranti no acquiritur possessio". En los mismos términos, SEGRE, G.: "Divisione. Compossesso. Scioglimento per divisione", *Il foro italico*, vol.32, 1907, pág.1249.

²⁶⁶ D.41,2,3, § 3 "Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis ut quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere". Otro texto reseñable es D.41,2,2,26, que reproducimos en este mismo apartado.

²⁶⁷ Para SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, *ob.cit.*, pág.140 nota 3, la regla proviene del *animus possidendi*: "Dos personas, cada una de las cuales tiene pretensiones al fundo vacante, lo ocupan al mismo tiempo. Por de pronto ninguno quiere disputar la posesión al otro, porque cada cual quiere preservarse de los derechos de un tercero a quien teme más y de este modo se reconocen tácitamente como coposeedores. Si estrictamente hablando, no puede haber parte ideal sino por medio de un acto jurídico (...) resulta que ninguno de ellos ha sido poseedor, y que un tercero puede ocupar por fuerza la posesión. Pero toda esta consecuencia está fundada en una pura sutileza, y es evidente que es mucho más natural considerar a cada uno como poseedor a medias" y aún añade (en la adición a la 6 ed.) otro ejemplo que estima más vinculado al caso: "Cayo, poseedor de un fundo, muere. Seyo y Ficio saben que son los únicos herederos pero ignoran en qué parte son instituidos, puesto que aun no han visto el testamento. En tal incertidumbre toman posesion. Si se sigue la sutileza que hemos denunciado, ninguno de ellos será poseedor; pero es evidente que ambos deben gozar de tantos derechos como uno solo tendría por medio de la aprehension del todo".

descripción cuantitativa²⁶⁸, la exigencia de cuota cierta se prolonga hasta el siglo pasado²⁶⁹ y es recogida en el art.2.410 del Código civil argentino²⁷⁰. Sin embargo, no se trata de un requisito imprescindible ya que en defecto de formulación expresa se presumirá la igualdad de cuotas (art.393.2 Cc.)²⁷¹.

De hecho, la exigencia de cuota cierta se vincula a la teoría de la posesión de cuota que ya rechazamos. Quienes postulaban la idoneidad de la cuota como objeto de la posesión, precisaban conocer su perfil exacto. Si, por el contrario, entendemos la cuota como instrumento esencial a la posesión *pro indiviso*, es determinable en cualquier momento por acuerdo, expreso o tácito, de los coposeedores. Por último, se debe constatar que en el derecho romano (D.41,2,26) la exigencia de cuota cierta se

²⁶⁸ CUJACIO, *Opera omnia in tomos XI distributa*, t.I, Venetiis, 1748, Ad.Tít. de usurpationibus et usucapionibus, Ad.L. Si.fur.32 (fol.1132): [Incertam] "Pars pro diviso certa est. Pars pro indiviso incerta est. Illa cerni & demonstrari potest, hæc non item. Sed quod ad quantitatem atinet, pars pro indiviso, alias est certa, alias incerta. Certa, si sciatum quanta sit, puta tertia, vel quarta: Incerta, si nesciatur. Illa possideri potest, hæc non item (...) ideoque illa usucapi potest, hæc non potest". Vid.asimismo GOTHOFREDUS, Dionysius: *Corpus Iuris civilis romani in quo Institutiones, Digesta ad Codicem Florentinum emendata...*, Lipsiae, 1719, Lib.43, Tít.XVIII (fol.823), n.47.

²⁶⁹ Hasta los Pandectistas lo postulan, en base a las fuentes romanas. BARON, *Pandekten*, *ob.cit.*, § 115, pág.218, observó que "sind die Theile sämmtlichen Personen unbekannt, so ist die Sache streng genommen besitzlos, und diese Consequenz wird, trotzdem sie vom praktischem Standpunkt aus bedenklich ist, in der That in den Quellen gezogen". Asimismo, KELLER, *Pandekten*, *ob.cit.*, § 116, pág.262 y BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, *ob.cit.*, pág.489, quien subraya que eso la diferencia de la copropiedad. No obstante, los *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, III*, *ob.cit.*, pág.84, lo cuestionan. Tras reseñar que "der Mitbesitz ist keine Art von Rechtsbesitz", afirman que "Eine Determinirung der Quote in der Vorstellung der Mitbesitzer wird nicht immer erforderlich sein. Auch bei dem normalen Miteigenthume kann das Antheilsverhältniß einstweilen subjektiv ungewiß sein und kann der Besitzwille an dieser Unentschiedenheit theilnehmen". (En Italia, vid.CESAREO-CONSOLO, *ob.cit.*, pág.135).

²⁷⁰ Art.2.410: "Para tomar la posesión de parte de una cosa divisible, es indispensable que esa parte haya sido material o intelectualmente determinada. No se puede poseer la parte incierta de una cosa".

²⁷¹ ROSELLI, *Il possesso*, *ob.cit.*, pág.9; CESAREO-CONSOLO, *ob.cit.*, pág.135; PORTALE, "Note...", *ob.cit.*, pág.481 nota 29; GRECO, *Della proprietà*, *ob.cit.*, pág.27. Singularmente, LEVONI, *ob.cit.*, pág.153, considera que fundar la igualdad en la presunción legal de identidad de las dimensiones de las cuotas que fraccionan el derecho es un criterio en exceso deudor del ámbito petitorio, y prefiere basarla "nella inevitabile paritarietà delle pratiche facoltà esaurienti di ogni compossessore, in autentico senso possessorio considerato, sull'intera cosa, poichè il tutto non può essere eguale che al tutto".

La presunción de la igualdad no es una solución novedosa. Ya la apuntaba KRÜGER, "De compossessione", en: STRYK, *Dissertationum juridicarum francofurtensium...*, *ob.cit.*, Disp.XVII, cap.III, n.34 (fol.925): "Si ergo ita pro indiviso utriusque compossessionem concesserit, melius quidem fecisset, si partium mentionem fecisset, in quantum unicuique compossessio prodesse debeat: quod si non fecerit, æqualiter ipsis compossessio tributa videtur".

asocia a cuestiones que superan la posesión *latu sensu* como la adquisición de la propiedad por usucapión o la tradición²⁷².

2.1.2. Los límites de los aspectos no cuantificables

Así como el reparto de los frutos no ofrece dificultades, dada su intrínseca divisibilidad (arts.393 y 399 Cc.), el uso estricto y primario no es conciliable con baremos estrictamente matemáticos²⁷³. *Ab initio*, es indivisible: los sujetos pueden realizarlo *in solidum*. Como gráficamente expone MIQUEL, "en un terreno común pueden pasear los comuneros lo mismo a pesar de ser sus cuotas distintas"²⁷⁴. Frente a la inutilidad de la cuota, que sólo puede servir de referencia para una eventual -y ulterior- ordenación del uso, los límites de su ejercicio se sujetarán al art.394 Cc., de modo que cada miembro puede utilizar la cosa "siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho". Los tres límites no se sitúan en el mismo plano, lo que obliga a un examen particular de cada uno de ellos.

2.1.2.1. Los criterios del art.394 Cc.

Los límites del art.394 Cc. no deben entenderse como restricciones al poder de

²⁷² D.41,2,26: "Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest et certa pars pro indiviso... Incerta autem pars nec tradi nec capi potest, velut si ita tibi tradam; quidquid mei juris in eo fundo est: nam qui ignorat, nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest". De ahí se deriva el principio que, junto con otros autores del *ius commune*, expone SOCINUS, Bartholomaeus: *Ad Digestum novum...*, *ob.cit.*, Rub.De acquir.vel omitt.posse., § Incertam partem, (fol.15): "portio incerta ratione loci et quotæ tradi non potest".

²⁷³ Para algún autor, la cuota sí es un elemento indicativo: PALAZZO, A.: v.«Comunione», *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile*, Torino, 1988, pág.172: "il concetto di quota, quale elemento moderatore dei rapporti di compartecipazione, fornisce, anche nell'ipotesi di uso indifferenziato o promiscuo della cosa comune, un'indicazione atta a specificare, dal punto di vista quantitativo, le modalità ad i limiti della partecipazione al godimento diretto della cosa oggetto di comunione". Vid.también DOSSETTO, M.: v.«Comunione (Diritto civile)», en *Novissimo Dig. italiano*, III, Torino, 1959, pág.867. Estudiaremos esta facultad en el contenido de la coposesión, Cap.IV.2.5.1.Ab1 (1 parte).

²⁷⁴ MIQUEL, "Comentario al art.394", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.71. Como recuerda BRANCA, *Comunione*, *ob.cit.*, pág.79: "non è possibile servirsi d'un veicolo meno d'un'altra persona che voglia utilizzarlo anche lei" y añade que la solidaridad del uso, no significa que sea "assolutamente insuscettibile di divisione, ma che non è possibile o agevole frazionarlo in parti esattamente commisurate alla estensione delle quote o, tanto più, alla loro eventuale differenza". (Remitimos a lo expuesto al estudiar las servidumbres en relación con la posesión *in solidum* -Cap.I.2.4 (1 parte)-).

cada coposeedor, sino como indicaciones para prevenir la arbitrariedad individual²⁷⁵. Pretenden salvaguardar las relaciones de los sujetos confrontadas de modo bilateral y en relación con la comunidad. Así, la limitación que para cada sujeto supone el no impedir a los restantes coposeedores "utilizarlas según su derecho" -que traduciríamos en según su *ius possessionis*- atiende a las relaciones recíprocas entre los individuos, en tanto que el destino (económico) y el interés de la comunidad son dos límites que superan la bilateralidad para incorporar la conciencia de la pluralidad. Por tanto,

1-. Ningún coposeedor debe impedir que otro sujeto pueda desarrollar una conducta similar²⁷⁶. Para fijar ese perjuicio se ha de atender a la incompatibilidad efectiva, a la imposibilidad de cohonestar dos usos simultáneos²⁷⁷.

2-. Ningún poseedor puede ejercitar un señorío de hecho que modifique el destino del bien, esto es, la finalidad acordada por los comuneros, o el fin que se deriva de naturaleza o de los usos del tráfico²⁷⁸.

3-. Todo coposeedor debe respetar el "interés de la comunidad", concepto de difícil ubicación. No cabe individualizarlo de modo que difiera sustancialmente del

²⁷⁵ Como afirma BONFANTE, P.: "L'azione autonoma del condomino", *Scritti giuridici vari (Obbligazioni. Comunione e possesso)*, Torino, 1926, pág.501, "non hanno il vero carattere de restrizioni, ma descrivono una sfera abbastanza larga, con l'unica preoccupazione di evitare le modificazioni arbitrarie della cosa, nonchè il danno dalla comunione e dei soci".

²⁷⁶ RÜMELIN, "Zur Lehre von der Theilung der Rechte", *ob.cit.*, pág.474. Asimismo MANDRIOLI, D.: "Molestia fra conlocatarii", *Rivista di Diritto civile*, 1921, pág.136.

²⁷⁷ Como prescribe el art.796 Cc. México: "Cuando varias personas poseen una cosa indivisa podrá cada una de ellas ejercer actos posesorios sobre la cosa común, con tal que no excluya los actos posesorios de los otros coposeedores". Con parecidos términos, el art.915 Cc. de Paraguay. Estos preceptos atienden a los actos posesorios en general. En sede de comunidad estricta, el § 743 (2) BGB. recoge como única limitación la confluencia de los restantes comuneros: "Jeder Teilhaber ist zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird" (vid. SCHMIDT, K.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III, München, 1986, pág.853).

²⁷⁸ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.768, y "Naturaleza jurídica de los minerales", *ADC*, 1954, pág.364. (Vid.también BADOSA, *La diligencia y la culpa...*, *ob.cit.*, pág.622; MIQUEL, "comentario al art.394", *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.74; BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.232 y MARIN GARCIA de LEONARDO, T.: "Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario", *ADC*, 1989, pág.821 y entre los italianos, FEDELE, *La comunione*, *ob.cit.*, pág.97 y ss.(en la pág.98 da una triple acotación del concepto); BRANCA, *Comunione*, *ob.cit.*, pág.92, y FRAGALI, *La comunione II*, *ob.cit.*, pág.323 y ss.).

Asimismo, la idea de destino se obtiene de los arts.346.2, 401, 481, 507.2, 1.484, 1.555.2, 1.569.4, 1.582, 1.744 y 1.750 Cc., en que se observan usos derivados de la naturaleza del bien y usos expresamente pactados (arts.507.2, 1.555.2, 1.560.2 ó 1.750 Cc.).

interés de los comuneros -supondría concebir la comunidad como persona jurídica- y tampoco identificarlo con la suma de *todos* los intereses individuales. Debe vincularse al interés de la mayoría de sujetos que concurren -"la mayor cantidad de los intereses" ex.art.398-, los cuales convienen determinadas decisiones movidos por la salvaguarda de sus intereses personales (art.398 Cc.)²⁷⁹. Por su propia naturaleza, este límite constata la conciencia de comunidad.

2.1.2.2. El ejercicio *civiliter*

La concurrencia de otros sujetos obliga al coposeedor a actuar de modo *civiliter*, que no de lugar al deterioro de la cosa²⁸⁰. Este deber enlaza con la exigencia de una actividad posesoria ajustada a la conducta de un buen padre de familia. En su momento, ya IHERING había considerado ese modelo de conducta como un parámetro que el juez debía tener en cuenta al examinar la situación del poseedor²⁸¹. Pero él atendía a la diligencia para valorar el carácter continuado de la posesión²⁸² y no como

²⁷⁹ MIQUEL, "Comentario al art.394", *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.75. El fundamenta la identificación entre interés de la comunidad y de la mayoría en la vinculación entre los arts.394 y 398 (vid.también SCAEVOLA, *Código civil*, VII, 1892, pág.358).

El Código civil italiano suprimió la alusión al "interés de la comunidad" en base a dos consideraciones. Por un lado, por creer que la limitación del interés de la comunidad ya está comprendida en los otros límites del art.1.102 Cc. italiano (vid. GRECO, *Della proprietà*, *ob.cit.*, pág.41 -también BELTRAN de HEREDIA, *ob.cit.*, pág.233-); por otro, como apunta FRAGALI, *La comunione*, II, *ob.cit.*, pág.313, con la voluntad de eliminar un argumento que aducían los defensores de la comunidad como ente diferente de los participantes. Aún así, el art.1.130 Cc. italiano, al enumerar las atribuciones del administrador en "Del condominio negli edifici", recoge un interés común (Vid.POLLICE, *Contributo...*, *ob.cit.*, pág.75, quien desconfia de la relación entre este límite y la coposición).

Otro indicio lo procura el Parrafo 8 de la Exposición de Motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal: "Los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización, con el límite representado tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general, que se encarna en la conservación del edificio y en la subsistencia del régimen de propiedad horizontal, que requiere una base material y objetiva".

²⁸⁰ PALAZZO, v.«Comunione», *ob.cit.*, pág.172: "Il limite derivante dal divieto di impedire agli altri comunisti di usare della cosa comune secondo il loro diritto implica inoltre la necessità che ciascun comunista si serva della cosa civiliter, ossia evitando l'alterazione e il depauperamento della cosa stessa". También BRANCA, *Comunione*, *ob.cit.*, pág.117 y LENER, *La comunione*, *ob.cit.*, pág.271. BONFANTE, "L'azione autonoma del condomino", *ob.cit.*, pág.497, presentaba su facultad de uso como "uso libero della cosa, cioè piena autonomia del singolo condomino, entro i limiti propri dell'usus, escluso l'abusus nel senso non etico, ma economico (la distruzione della cosa)".

²⁸¹ IHERING, *La posesión. El fundamento de la protección posesoria...*, *ob.cit.*, pág.247, y se remite a la teoría de la diligencia en las relaciones obligatorias.

²⁸² IHERING, *La posesión...*, *ob.cit.*, págs.245-246, pretendía contestar a los juristas que, con

baremo para enjuiciar la licitud de una conducta. Aquí nos interesa la segunda acepción, porque la diligencia es relevante en los supuestos en que se es poseedor en concepto diferente del de propietario exclusivo. Sin ella se legitimaría la discrecionalidad absoluta del poseedor dentro del tipo de uso prescrito²⁸³. Por ello, tanto si se considera integrada en un criterio del art.394 Cc. o como requisito independiente²⁸⁴, es relevante en sede de comunidad²⁸⁵.

2.2. La consideración colectiva o de grupo

La concurrencia de poderes de hecho se ordena en un primer estadio con el respecto a los principios derivados de los arts.393, 394 y 399 Cc. Esta ordenación se limita a hacer pausable una *communio incidens -pro indiviso-*, pero no integra la conciencia de los partícipes de su pertenencia a una comunidad -aun fáctica-, que se manifiesta en la salvaguarda de determinados intereses, y en el desarrollo de una gestión compartida en la que se toman decisiones a partir de la voluntad concurrente de un número determinado de sujetos (art.398 Cc.). Ciertamente, los coposeedores pueden concurrir sobre un bien sin pronunciarse sobre cómo resulta más ventajoso aprovecharlo (vgr. esos sujetos que se limitan a utilizar una finca para pasearse, y que puntualmente contribuyen al pago de los impuestos o a la reparación del cercado). Pero

SAVIGNY como máxima referencia, afirmaban que el tiempo en sí mismo no tenía ningún poder sobre la posesión. Vid. también RÜMELIN, "Zur Lehre von der Theilung der Rechte", *ob.cit.*, pág.473. Entre los detractores más significativos, CESAREO-CONSOLO, *Possesso...*, *ob.cit.*, pág.215 y, modernamente, LENER, *La comunione*, *ob.cit.*, pág.307. No obstante, recientemente NATUCCI, A.: "Titolo e «animus» nella disciplina del possesso", *Quadrimestre. Rivista di Diritto privato*, 1989, 3, pág.489, nota 83, aprueba para dilucidar la «posesión continua», la opinión de los "giuristi meno recenti" que requerían la diligencia del *pater familias*, y remite a SEGRE y a PUGLIESE. (Singularmente BARASSI, *Proprietà e comproprietà...*, *ob.cit.*, pág.744, alude a la diligencia *quam in suis rebus* para las relaciones recíprocas entre partícipes remitiéndose al derecho romano, aunque sin apoyarse en un texto concreto).

²⁸³ BADOSA, *La diligencia y la culpa...*, *ob.cit.*, pág.588.

²⁸⁴ FEDELE, *La comunione*, *ob.cit.*, pág.95, lo considera un límite intrínseco. Para él, junto a la proscripción de alterar la destinación económica o de dificultar el uso de los restantes comuneros, el uso debe ajustarse al "limite dell'impiego della diligenza del buon padre di famiglia".

²⁸⁵ Así lo hizo notar POTHIER, R.J. (1699-1772): *Traité du contrat de société*, en: *Oeuvres*, t.III, Paris, 1827, n.207: "C'est un principe général que la communauté d'une chose donne à chacun de ceux à qui elle appartient en commune le droit de s'en servir pour les usages aux quels elle est par sa nature destinée, avec ce temperament néanmoins, qu'il doit en user en bonne père de famille". En nuestro derecho, podría ubicarse expresamente en el art.1063 in fine Cc.

la propia naturaleza de la posesión hace pensar en una voluntad de explotación, en una serie de actividades dirigidas a un fin que interesa a todos. La constatación de la comunidad no supone la configuración de la coposesión como una persona jurídica o colectiva -la "colectividad" no es poseedor-, sino el punto de partida de la cooperación conjunta, dirigida en última instancia a la salvaguarda de los intereses individuales -conseguir un desarrollo armónico de las posesiones entendidas como hechos de larga duración-. La autonomía del concepto *colectividad* se plasma en la atribución de un interés (art.394 Cc.)²⁸⁶ y en su capacidad creadora de normas, que obligan a todos los miembros de la comunidad, aunque no deriven de una voluntad unánime (ex art.398 Cc.). La sujeción de todos los coposeedores a decisiones que se asientan en el acuerdo de una mayoría subraya la superación de la estricta individualidad -reconocedora de otras individualidades- y el papel del colectivo como referente diferenciado²⁸⁷: implica el paso del reconocimiento a la cooperación.

2.3. El fundamento de la repercusión de las conductas individuales en los restantes partícipes

El ejercicio de los poderes individuales se manifiesta mediante conductas que, dado el sustrato de un objeto único, repercuten jurídicamente en los partícipes ajenos a la actividad. Debemos subrayar esa incidencia en relación a los efectos posesorios -ejercicio de acciones y usucapición- que suele apoyarse, en última instancia, en el art.1.933 Cc. Aunque retomaremos la cuestión en los capítulos específicos, es conveniente bosquejar ahora cómo se configura la posición de cada coposeedor respecto de los restantes.

Tradicionalmente se consideraba que cada poseedor poseía "en representación y provecho de todos los demás"²⁸⁸ -acaso por la presunción de que entre comuneros

²⁸⁶ Al estudiar los límites del art.394 Cc. hemos constatado cómo atendían dos situaciones: las individuales entre los concurrentes, y las que tenían como referencia la comunidad.

²⁸⁷ El art.397 Cc., al exigir el acuerdo de todos los integrantes, podría parecer la máxima manifestación de la comunidad, sin embargo, en este precepto, paradójicamente, se diluye la colectividad como ente/ referencia diferenciada, que se constata preferentemente cuando se oponen las posiciones individuales y la de la comunidad -cuando hay disidentes-, ex art.398 Cc.

²⁸⁸ MANRESA, *ob.cit.*, XII, pág.792 (1951). En parecidos términos, ALAS, L./ DE BUEN, D./

subyacía un mandato recíproco que interrelacionaba sus actuaciones²⁸⁹-. Además, la representación, aunque es una figura propia del Derecho de obligaciones (art.1.259 Cc.) y en sede posesoria sólo aparece en la adquisición de la posesión (art.439 Cc.)²⁹⁰, se admite en relación a su ejercicio²⁹¹. No obstante, la representación presenta aspectos insatisfactorios²⁹² y otros autores prefieren entenderlo como un gestor de negocios ajenos²⁹³, aunque, en tal caso, topan con el escollo de la necesidad del *animus aliena negotia gerendi* que aquél presupone y que difiere del del comunero, el cual aboga por sus propios intereses²⁹⁴.

RAMOS, E.: *De la usucapión*, Madrid, 1916, pág.280 y LACRUZ, *Elementos...*, III, I, *ob.cit.*, pág.192.

²⁸⁹ BONFANTE, P.: "Il «ius prohibendi» nel condomino", *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1926, pág.423, señala que "è lecito supporre che, qualunque fosse l'origine della comunione, nel godimento comune della cosa si contresse normalmente un rapporto di società". Esta idea se mantiene hasta los exégetas. Para DEMOLOMBE, C.: *Traité des servitudes ou services fonciers*, 4 ed., t.II, Paris, 1868, n.861, pág.367, "les comunistes, de même que les associés, sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre"; LAURENT, *Principes...*, *ob.cit.*, t.XXXII, n.147, pág.155 -en sede de usucapión-, recoge el criterio de DOMAT y estima que "Chacun de ceux qui possèdent un droit par indivis est réputé procureur constitué des autres et peut agir pour la totalité".

²⁹⁰ Se trata de un supuesto derivado del Derecho romano. Vid.ROHDE: "Besitz durch Stellvertreter nach römischen Recht", en: *Studien im Besitzrecht*, XIX, Düsseldorf, 1909 (ed.anast.) y BONFANTE, *Note...*, *ob.cit.*, pág.479 y ss.

²⁹¹ El representante sería, propiamente, un sustituto (COCA PAYERAS, M.: "Comentario al art.439", en: *Comentario del Código civil*, *ob.cit.*, pág.1185; GARCIA VALDECASAS, *La posesión*, *ob.cit.*, pág.50). La idea de sustitución se deriva, respecto del art.439 Cc., de considerar que por lo general la posesión no se adquiere mediante negocio jurídico, sino por un acto material (MARTIN PEREZ, "comentario al art.439", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.206). Por otro lado, se emplea un concepto laxo de representación posesoria para designar la posesión en nombre de otro, como vimos al analizar el art.431 Cc. Vid.asimismo POLLICE, *Contributo...*, *ob.cit.*, pág.76, quien recuerda que la *ratio* del mandato tácito presupone como *prius* lógico la existencia de un interés del grupo.

²⁹² Uno de los más conflictivos es la ratificación, que surge en relación a la usucapión (vía art.1.933 Cc.). Abordaremos este tema en el cap.VI, sin que altere nuestra opinión.

²⁹³ BORRELL y SOLER, A.M^a: *El dominio según el Código civil español*, Barcelona, 1948, pág.349; MIQUEL, "comentario al art.394", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.86, lo califica de tal si ejercita acciones. Entre los franceses, BELIME, W.: *Traité du droit de possession et des actions possessoires*, Paris, 1842, n.56, pág.47 y BIOCHE, *Traité des actions possessoires contenant l'exposé complet de la jurisprudence, l'opinion des auteurs suivi de formules*, Paris, 1865, n.162, pág.55, en relación a la equívocidad de su posesión.

²⁹⁴ IHERING, R.v.: "Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen", *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 10, pág.336, y se apoya en D.10,2,25 § 16 y D.42,5,9 § 4 (...nam negotiorum gestorum agere non potest, quam si socius commune aedificium fulsit, quia ... commune non alienum negotium gessisse videtur") Vid.también BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, *ob.cit.*, pág.743.

Pero no hace falta recurrir a figuras contractuales o cuasicontractuales. La conducta de cada coposeedor, como titular de un poder autónomo que actúa en su propio interés, repercute en los restantes partícipes, con quienes tiene como nexos la cosa común y cuya existencia reconoce. Se trata de lo que podríamos denominar - empleando la terminología de IHERING- un «efecto reflejo» (*Reflexwirkung*)²⁹⁵. El sustrato del objeto único, sobre el que recae cada *ius possessionis*, posibilita esa comunicación de determinadas actuaciones, en base a la estricta condición de coposeedor²⁹⁶.

2.4. La actitud psicológica de cada poseedor: la no comunicabilidad de la buena o mala fe

En la coposesión, la cuestión es cómo valorar la buena o mala fe (arts.433-435 Cc.) de los sujetos que la conforman, dado que repercute en los efectos que la situación genera. Si todos los poseedores tienen simultáneamente buena o mala fe, esa cualidad uniforme caracteriza su posesión conjunta²⁹⁷. Puede ocurrir, no obstante, que coexistan poseedores de buena fe y de mala. En ese caso ¿qué criterio conviene adoptar? Parece que, en base a la estructura expuesta, debería valorarse individualmente²⁹⁸. No obstante, se han formulado todas las combinaciones posibles: se ha defendido que basta la buena fe en uno de ellos para que se comunique a los

²⁹⁵ IHERING, "Die Reflexwirkungen...", *ob.cit.*, pág.340 y ss. BARASSI, *Proprietà e comproprietà...*, *ob.cit.*, pág.742, asume este planteamiento. A parecida conclusión parece arribar POLLICE, *Contributo...*, *ob.cit.*, pág.76.

²⁹⁶ Gregorio LOPEZ, *Las Siete Partidas del sabio rey d.Alfonso el IX, con las variantes de mas interés, y con la glosa del licenciado, vertida al castellano y estensamente adicionada...*, t.II, Barcelona, 1844, P.3,30,2 n.22 (fol.812) señalaba que la glosa establecía que entre los socios "se presume haber mandato recíproco", pero cree que las Partidas, respecto al supuesto que contemplan (agravio ante una obra realizada), estiman que la acción del socio valdrá "no porque los socios se presuman ser recíprocamente procuradores ó mandatarios unos de otros, sino porque en la misma calidad de condueño debe permitírseles que gestione cada uno en interés de los demás...". Esa «calidad de» es el fundamento de nuestra exposición.

²⁹⁷ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.494.

²⁹⁸ ROCA TRIAS, *Derechos reales...*, *ob.cit.*, pág.173, señala que la presunción de buena fe del art.433 Cc. es personal, "con las consecuencias que ello tiene en una situación de coposesión, en la que cada poseedor tendrá las características de buena o mala fe, según conozca o no los defectos del título: la mala fe no es solidaria". Entre los italianos, SEGRE-MONTEL, *Il possesso*, *ob.cit.*, n.64, pág.137.

demás²⁹⁹ o que, por el contrario, se predica la mala fe de todos los coposeedores si existe una mayoría de mala fe, en cuyo caso, *a posteriori*, los poseedores de buena fe podrían ser indemnizados por los de mala³⁰⁰.

Los Códigos civiles no se pronuncian sobre la cuestión. Sólo lo contempló el Código prusiano³⁰¹ cuyas prescripciones fueron referencia del Código civil argentino, único texto legal vigente que resuelve la cuestión en su art.2.359:

"Cuando dos o más personas poseen en común una cosa cada una de ellas responde de la buena o mala fe de su posesión"³⁰²

La solución se obtiene a partir de la estructura de la coposesión -pluralidad de

²⁹⁹ GRECO, *Della proprietà, ob.cit.*, pág.314: "nel compossesso la buona fede del compossessore giova a tutti gli altri".

³⁰⁰ BARASSI, *Il possesso, ob.cit.*, n.193, pág.196 y menciona el art.2.360 Cc. argentino sobre la posesión de las corporaciones (vid.*infra*).

³⁰¹ Siebten titel (Von Gewahrsam und Besitz) § 24: "Wenn mehrere eine Sache gemeinschaftlichen besitzen, so muß jeder die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes für seinen Antheil vertreten". Al respecto FÜRSTENTHAL, *Das Preußische Civilrecht, ob.cit.*, § 133 (pág.92): "hat jeder Mitbesitzer nur für seinen Anteil bona oder male fides zu vertreten, doch kann selbst der rechtlicher Besitzer aus der Unredlichkeit des andern keinen Vortheil ziehen". También DANIELS, *Lehrbuch..., ob.cit.*, n.167, pág.206.

Los §§ 24-33 del Séptimo Título del texto prusiano precisaban las consecuencias de mayorías de buena o mala fe en situaciones de comunidad, así como en las corporaciones, con los mecanismos de resarcimiento. Queremos destacar dos preceptos. El § 30: "Ist die Zahl der redlichen und unredlichen Mitglieder gleich, so kann der Besitz der Gemeine überhaupt nicht für redlich geachtet werden" (es decir, deshacía el empate en contra de los poseedores de buena fe) y el § 26: "Wenn eine Corporation oder Gemeine einen Besitz erwirbt, so hängt die Redlichkeit oder Unredlichkeit derselben davon ab, je nachdem die Mehrkeit der Mitglieder, bey der Erwerbung des Besitz redlich oder unrechtfertig zu Werke gegangen ist". Aunque se centra en las corporaciones, es referencia implícita -por las alusiones al Cc. argentino que lo transcribe- para explicar la buena o mala fe del coposeedor. (también es precedente del § 337 ABGB.: "Beurteilung der Redlichkeit des Besitzes einer Gemeinde").

³⁰² El Código argentino también contempla la buena o mala fe de la posesión de las corporaciones. El art.2.360 prescribe: "En la posesión de las corporaciones y sociedades será la posesión de mala fe, cuando la mayoría de sus miembros sabía la ilegitimidad de ella. Si el número de miembros de buena fe fuere igual al número de los miembros de mala fe, la posesión es de mala fe. Los miembros de mala fe deben indemnizar a los de buena fe de la privación de la posesión". SALVAT, R.: *Tratado de Derecho civil argentino, Derechos reales*, 4 ed., I, Buenos Aires, 1951, pág.87 y ss., diferencia según se trate de corporaciones o sociedades con personalidad jurídica o sin ella. En este caso, se decanta la buena o mala fe en función de la situación de la mayoría de los miembros, la cual debe contarse por personas y no por capitales. En aquél -a su juicio excluido del art.2.360- hay que atender al estado de conciencia de los administradores o gestores y no al de los socios, quienes están desvinculados de la evolución de dicha persona jurídica. Una vez circunscrito el examen de la buena o mala fe a los administradores, sí que hay que aplicar, por analogía, el art.2.360, y, "en consecuencia, la posesión de las personas jurídicas será de buena fe, si la totalidad o mayoría de los directores o administradores lo eran; por el contrario, será de mala fe, si la mayoría lo era o en caso de empate". (sobre la norma, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., ob.cit.*, pág.495).

poderes de facto-, y del carácter personalísimo de la buena fe -que el Código civil explicita en el art.442 Cc., cuando diferencia la buena o mala fe entre causante y heredero³⁰³-. Por tanto, al aplicar normas que suponen la valoración de la buena o mala fe, en particular las referidas a la prescripción adquisitiva y al régimen de liquidación³⁰⁴, habrá que tratar independientemente a cada coposeedor.

³⁰³ Como recordó GARCIA GOYENA, *Concordancias...*, *ob.cit.*, pág.1006, al comentar el art.1.955 del Proyecto de 1851, "se trata de un hecho personal".

³⁰⁴ Vid.Cap.VI.2.2 (1ª parte) y Cap.VII.3 (1ª parte).

CAPITULO IV. EL CONTENIDO DE LA COPOSESION. LA CONFIGURACION DEL «ESTATUTO COPOSESORIO» DEL BIEN

1. La división clásica. El *animus*

En base al Derecho romano se ha configurado tradicionalmente la posesión en dos elementos: *corpus* -elemento material- y *animus* -elemento volitivo-³⁰⁵, que se mantienen a lo largo de los siglos³⁰⁶ hasta ser recogidos en las redacciones de los Códigos civiles³⁰⁷. Durante ese *iter*, el papel concedido a ambos elementos experimenta una profunda transformación que va desde la preeminencia del *animus* para delimitar la posesión³⁰⁸ y diferenciarla de la detentación, hasta la superación de la dualidad que propugnara IHERING, para quien sólo cabía hablar de un fenómeno externo que denunciaba una voluntad subyacente, sin que la voluntad sirviese para fijar los supuestos de posesión o detentación³⁰⁹.

³⁰⁵ IGLESIAS, *Derecho romano, ob.cit.*, pág.332; KASER, M.: *Das römische Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Munchen, 1955, pág.119; BONFANTE, *Note al Diritto delle Pandette...*, *ob.cit.*, pág.333.

³⁰⁶ Basta cotejar las definiciones sobre posesión que se formulan durante la Edad Media y Moderna (vid.la enumeración que presenta OROZ, *De apicibus iuris civilis, ob.cit.*, Lib.IV, cap.II, n.2 y ss.)

³⁰⁷ El Código civil español los recoge en el art.430 Cc. Su redacción podría llevar a creer que el *animus* sólo se predica de la posesión civil. Esta tesis, que llevaría a considerar posesión la mera detentación de la cosa, incluso si el sujeto ignora la existencia de relación material, no es aceptable (por todos, COCA PAYERAS, "comentario del art.430", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1162; como disidente, JORDANO BAREA, J.B.: "Una relección sobre la posesión", *ADC*, 1986, pág.1040, en base al art.461).

³⁰⁸ SAVIGNY, *Tratado de la posesión...*, *ob.cit.*, pág.56. PUCHTA, *Pandekten, ob.cit.*, pág.173, señala "Das erste (el *corpus*) ist den jedem Besitz im Wesentlichen (also abgesehen von den verschiedenen Formen, die es annehmen kann) dasselbe, der animus dagegen kann ein verscheiderer sein, und damit der Besitz selbst". Este criterio, común a los Pandectistas, imperó -incluso en nuestro siglo- entre los franceses. Por todos, MARTY, G. -RAYNARD, P.: *Droit civil (Les biens)*, 2ª ed., Paris, 1980, pág.15: "le corpus est constitué par l'ensemble des actes matériels d'utilisation exercés sur la chose. Mais ces actes peuvent être accomplis à des titres divers (...) L'élément distinctif et limitatif va donc être l'animus, l'intention qui anime le possesseur". En nuestro derecho, vid.HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.49.

³⁰⁹ IHERING, *La voluntad en la posesión...*, *ob.cit.*, pág.292: "el corpus no puede existir sin el animus, como tampoco el animus puede existir sin el corpus. Ambos nacen al mismo tiempo por la incorporación de la voluntad en la relación con la cosa. La posesión no es, pues, la simple reunión del corpus y del animus, lo que implicaría para cada una de esas dos condiciones una existencia previa, sino que el corpus es el hecho de la voluntad; no existe en el pasado, al modo que la palabra no existe antes de ser pronunciada. El corpus y el animus son entre sí como la palabra y el pensamiento. En la palabra toma cuerpo el pensamiento, hasta entonces puramente interno; en el corpus toma cuerpo la voluntad,

En la actualidad, la división *corpus/ animus* no resulta operativa. Como observa COCA PAYERAS, no parece ajustado "trasladar mecánicamente la bipartición histórica de los elementos de la posesión recogida en el Código civil, porque pese al mantenimiento del *nomen* las realidades que subyacen son hartamente diferentes"³¹⁰. Por ello, el análisis se ha de centrar en el ejercicio del poder material sobre la cosa, en el contenido del señorío de hecho. Sin embargo, debemos aludir previamente al *animus* porque fue piedra angular de las discusiones sobre coposesión.

1.1. Las claves de la controversia sobre el animus

Tradicionalmente, la discusión sobre el *animus* oscilaba entre dos posiciones: para que exista coposesión cada sujeto debe tener un *animus comuniter*³¹¹ o, por el contrario, existe coposesión en tanto concurren varios poderes, incluso si los sujetos

hasta aquel momento puramente interior". Sobre la antítesis posesión/ detentación, afirma (pág.642) que obedece a la existencia de otros intereses. (vid.asimismo GOLDSCHMIDT, L.: "Grundlagen der Besitzlehre", *Vermischte Schriften*, I, Berlin, 1901, (ed.anast.1978) § 2 y ss. y la interpretación de PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, ob.cit., pág.253). El BGB. se guiará por estas coordenadas (una clara síntesis en BONFANTE, *Note...*, ob.cit., pág.336; entre los autores españoles, MARTIN PEREZ, "Comentario a los arts.431 y 432", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.86 y DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, ob.cit., pág.459).

³¹⁰ COCA PAYERAS, "Comentario del art.430", en: *Comentario del Código civil*, ob.cit., pág.1162.

³¹¹ Esa fue la tesis de los textos que abordan la cuestión en la Edad moderna, como KRÜGER, "De compossessione", en: STRYK, *Dissertationum juridicarum francofurtensium...*, ob.cit., Disput. XVII, cap.I, n.61: "Possessor simplex animo sibi habendi tenet; compossessor ergo animum habet sibi eandem rem cum alio habendi; utut enim compossessores illi, qui se rem in solidum possidere prætendant, hunc animum non habeant, quod sibi habere cum alio possessionem velint, sed potius hoc intendunt, ut alium sua possessione penitus excludant" y KREITTMÄHR, *Anmerkungen Über den Codicem Maximilianum...*, ob.cit., fols.606-607: "animus sibi habendi wird in compossessione, wie in possessione solitaria & privativa supponirt, mit dem einzigen Unterschied, daß er den der letzteren auf uns allein mit Auschluss all anderer, den der ersten aber zugleich mit auf andere gehet". Se mantiene en la actualidad, así BARASSI, *Il possesso*, ob.cit., pág.194; GRECO, *Della proprietà*, ob.cit., pág.28; BIONDI, B.: "La legittimazione processuale nelle azione divisorie romane", en: *Studi giuridici*, II, Milan, 1965, pág.707. MONTEL, A.: "In tema di possesso esclusivo, di compossesso e di «animus spoliandi»", *Nuovi scritti in materia di possesso*, Torino, 1958, págs.24-25, recoge el litigio entre dos sujetos que usaban una finca en momentos distintos. Cree que cada sujeto posee la cosa en tanto la goza, y continúa poseyéndola hasta que la obtiene el otro. Se da una sucesión de adquisiciones y pérdidas. El concluye "Quindi non compossesso, non coesistenza di due possesso, ma semplicemente, in un dato momento possesso da parte del primo soggetto, in un altro momento possesso da parte del secondo" (retoma el caso en MONTEL, A.-PROTETTI, E.: *Possesso e azioni possessorie nella giurisprudenza*, Padova, 1970, pág.100). Entre los alemanes, los representantes de la teoría de la coposesión como división del *animus* -vid.APATHY, "Der possessorische Schutz...", ob.cit., pág.342-.

lo ignoran³¹² o no se reconocen mutuamente³¹³.

En una primera aproximación, resulta obvio que la voluntad del coposeedor ha de incorporar esa coexistencia. Pero configurar la coposesión en función del *animus* llevaría a dejarla al albur de la voluntad -arbitraria- de cada sujeto. Parece que la coposesión se extinguiría tan pronto faltase aquélla, de modo que su mantenimiento dependería de una reafirmación ininterrumpida por parte de los sujetos de su intención de coposeer. No cabe hacer depender una situación, aun de hecho, de un componente subjetivo. En sí mismo considerado, el *animus* sólo resulta relevante cuando el sujeto modifica voluntaria y unilateralmente su poder y contesta la situación previa. Mientras no tenga lugar esa contradicción, la conducta del sujeto ya manifiesta, implica el *animus*³¹⁴, que pasa a contemplarse desde criterios objetivos³¹⁵.

³¹² WOLFF, *Derecho de cosas, ob.cit.*, § 9, pág.65: "es igual que los poseedores tengan o no la voluntad de ser tales coposeedores: por ejemplo, si cada uno de los dos coherederos cree ser el heredero exclusivo y, por ende, poseer exclusivamente" (también en "Der Mitbesitz...", *ob.cit.*, págs.143 y 148); QUACK, F.: *Sachenrecht*, en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Munich, 1986, pág.78: "Mitbesitz wird also nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich ein Besitzer irrig für den Alleinbesitzer hält".

³¹³ PORTALE, "Note...", *ob.cit.*, pág.481: "pure nell'ipotesi normale, in cui il concorrente ha conoscenza della situazione di compossesso, egli può non avere la volontà di rispettarla e, tuttavia, questa sua intenzione non ha alcuna rilevanza fino al momento in cui un altro soggetto conservi una signoria du fatto sulla cosa". Acto seguido, equipara el *animus* del coposeedor al del poseedor único, pues (pág.481) "non sembra neanche corretto sostenere che il partecipante debba avere necessariamente un animus particolare, diverso da quello del possessore esclusivo e consistente nella volontà di riconoscere e rispettare la situazione di compossesso".

³¹⁴ BADOSA, v.«Justo título», *ob.cit.*, pág.667 nota 61. Como hace notar ENDEMANN, *Lehrbuch...*, *ob.cit.*, pág.216: "er muß bei Ausübung seiner Sachherrschaft die Mitherrschaft des Anderen anerkennen".

Por otro lado, es irrelevante que un sujeto tenga intención de poseer como arrendatario si se conduce como un propietario (sobre todo ello, NATUCCI, "Titolo e «animus» nella disciplina del possesso", *ob.cit.*, pág.466).

³¹⁵ MORALES MORENO, *ob.cit.*, pág.74, observa que la fijación del *animus* "no queda relegada al dictado autónomo de la voluntad del poseedor entendida ésta en su expresión psicológica; por el contrario, se acude a una voluntad objetivada, resultado de tomar en consideración el animus con que se adquirió la posesión y de presumirlo persistente, por efecto del principio de continuidad en el concepto posesorio (cfr.art.436 Cc.)". Asimismo DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: "Reconstrucción del concepto de animus posesorio", *RGLJ*, 1965, II, pág.281, procura una construcción en sentido objetivo, relacionándolo con el concepto posesorio. Entre los autores italianos, LEVONI, *ob.cit.*, pág.88, integra el *animus* en el concepto de poder a partir de definir el poder como la suma de "del poter volere e del poter facere" (vid.también GRECO, *Della proprietà, ob.cit.*, pág.260).

1.2. Una interpretación conciliadora: la atención al *animus* para valorar el paso de la coexistencia al reconocimiento

En realidad, los términos de la discusión -exigencia o no del conocimiento de otros poderes equivalentes; intención de comportarse o no como coposeedor- deben vincularse a los dos momentos que distinguimos al estudiar la coexistencia de posesiones solidarias. En un primer estrato, concurren varios poseedores que se ignoran entre sí. Hay coposesión, por cuanto hay pluralidad de posesiones, pero no es la coposesión *strictu sensu* que estudiamos. En el segundo estrato, el reconocimiento jurídico de la situación, o da lugar a esa coposesión *strictu sensu* -con una recíproca admisión y ordenación de los poderes concurrentes-, o se opta por uno de los poderes con la correlativa exclusión del otro.

2. El régimen jurídico del poder sobre la cosa

2.1. Introducción

La posesión se concibe ordinariamente como un señorío o poder de hecho sobre una cosa³¹⁶, concepto primario e identificable con facilidad, pero que precisa una acotación más concreta³¹⁷.

Se poseen las cosas que se dominan. La dominación se define como tenencia material y, más precisamente -puesto que no puede exigirse una tenencia efectiva ininterrumpida- como posibilidad de actuar sobre la cosa, como potencia³¹⁸ y opone como elemento correlativo la abstención de terceros, la ausencia de obstáculos que

³¹⁶ ALBALADEJO, *Derecho civil, III,I, ob.cit.*, pág.36; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, ob.cit.*, § 148, pág.507 -en general, todos los Pandectistas-.

³¹⁷ FEDELE, A.: *Possesso ed esercizio del Diritto*, Torino, 1950, pág.17, reconocía que "il potere di fatto su di una cosa è un concetto elementare, primordiale, facile a intuirsi, ma molto poco suscettibile di una concreta analisi e di una precisa illustrazione". Además, la dificultad se agrava por la multiplicidad de objetos: como observara IHERING, *La posesión. El fundamento de la protección...*, *ob.cit.*, pág.215, "la forma exterior de esa relación de hecho es diferente según la diversidad de las cosas".

³¹⁸ SAVIGNY, *Tratado de la posesión, ob.cit.*, pág.6; PUCHTA, G.F.: *Cursus der Institutionem*, 10ª ed., Leipzig, 1893, § 226, pág.142.

FINZI, *Il possesso dei diritti, ob.cit.*, pág.56, recordaba que "Signoria è potere, forza in potenza, che può essere attuata; ma che non è ancora consumata, tradotta nelle sua forma energètica, che non è cioè in atto" y llamaba la atención sobre la antinomia entre los términos "señorío" y "de hecho".

impidan actuar sobre la cosa cuando se desee³¹⁹. Esta definición conduce a una absoluta abstracción posesoria: se entiende la posesión como *ius insistendi*, que se diferencia de cualquier actividad concreta y a la vez puede abarcarlas todas³²⁰, y que designaría lo que podemos denominar la relación externa de dominación.

La posición expuesta no dota de contenido preciso a la posesión. Para completarlo es preciso recurrir a la construcción de IHERING, quien, frente a la noción de dominación -revitalizada por SAVIGNY- opuso la idea de ejercicio. El contenido de la posesión se corresponde con los actos de ejercicio de un derecho³²¹: los actos posesorios deben situarse en los parámetros de aquél. Aunque IHERING siempre tiene como referencia al propietario, no por ello su teoría conculca la autonomía de la posesión (dado que no se examina su legitimidad, sino su exteriorización): con esta definición procura un indicio para situar el contenido interno

³¹⁹ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, ob.cit., § 153, pág.530. En Italia lo reproduce PUGLIESE, *La prescrizione...*, ob.cit., pág.257. (vid.en nuestro derecho MORALES MORENO, ob.cit., pág.2 y ss.)

³²⁰ Los juristas del *ius commune* subrayaron este hecho, vid.BARTOLUS, *In Primam Digesti novi partem...*, ob.cit., Lib.XLI, Tít.de Acquir.vel amitt.posse., § Possessio, n.4. Asimismo CEPHALUS (1510-1579): *Consiliorum seu Responsorum iuris*, Lib.III, Venecia, 1582, Consilium 399, n.10.: "Possessionis diffinitio est ius insistendi ad differentiam ususfructus, quia est ius utendi & fruendi". ANSALDUS, Franciscus: *Consilia sive responsa*, Lugduni, 1645, Consilium 117; BOLOGNETUS, Ioannes (1506-1575): *In eam Pandectarum partem quam Primam Digesti Veteris vicant, Commentariorum, seu Repetitionum*, Venetiis, 1572, De multip.fig. & dif.iur & facti, fol.90; (Una síntesis en BUSSI, *La formazione dei dogmi di Diritto Privato...*, ob.cit., pág.28 y ss.) La distinción se mantiene durante el s.XVIII (por todos, COCCEJI, *Iuris civilis controversi*, ob.cit., Dissertatio Proe.XII, Lib.V, cap.VII, sect.III, § DXCV: "Possessio consistit in sola facultate naturali rei insistendi, sive jure, sive injuria").

³²¹ IHERING, *La posesión. El fundamento de la protección posesoria...*, pág.249. En España, DALMAU y DE OLIVART, *La posesión. Apuntes y fragmentos de una nueva teoría posesoria...*, ob.cit., asumió esta posición en su célebre monografía. Ya se halla esta tesis en algún autor de la Edad moderna, como ALTHUSIUS, J. (1557-1638): *Dicæologicæ lib.III, Totum & univèrsum ius, quo utimur, methodicè complectentes*, Frankfurt, 1649 (ed.anast.1967), Lib.I, Cap.XIX, De posse., (fol.66): "Exercitium domini, est ipse dominandi actus, qui dicitur possessio, quæ ob id dominio adfinis est". Esta posición se apoya en última instancia en una definición romana de la posesión que no está en Dig.41,2 sino en las Regulas Iuris (D.50,16,115): "Possessio ergo usus, ager proprietatis loci est", que algunos autores opondrán al genérico *ius insistendi*. (KASER, *Das römische Privatrecht...*, ob.cit., pág.123 nota 6, recuerda que la atención al uti frui en relación a la posesión se diluye desde finales de la República).

De todos modos la oposición IHERING-SAVIGNY no era frontal: el propio SAVIGNY, *Tratado de la posesión...*, ob.cit., pág.6, señalaba que "la detención constituye el ejercicio de la propiedad y es el estado natural que corresponde al estado legal, la propiedad".

del poder³²².

El Código civil aúna ambas corrientes en los arts.430 y 438 Cc. En el art.430, al contemplar "la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho" no disocia dos tipos de señoríos distintos. La tenencia -o detentación- aunque evoca un poder abstracto -presupone la sujeción de las cosas "a la acción de nuestra voluntad" (art.438 Cc.) - no excluye el disfrute (art.439 Cc.pr.) sino que lo integra³²³: se manifiesta por actos de uso, disfrute o transformación entendidos como actos positivos³²⁴, socialmente

³²² Es ilustrativa la síntesis de FINZI, *Il possesso dei diritti*, *ob.cit.*, pág.68 y ss. quien recuerda que la posesión se ha caracterizado, con alternante decisión, como señorío de hecho o señorío económico sobre el bien. El primero se ha caracterizado por la aprehensión material de la cosa y presupone una constante conducta de vigilancia y custodia, en tanto que el señorío económico se traduce en una concreta utilización del bien. La defensa de éste se dirige, finalmente, a garantizar la más general tutela de la economía, en tanto que la defensa del poder físico mira de salvaguardar la personalidad del poseedor.

La alusión a la vertiente económica es una de las fundamentaciones actuales de la posesión, como se constata en cualquier autor italiano. No obstante, hay que reseñar que otros autores -vid., por todos, MORALES MORENO, *ob.cit.*, págs.29 y 32-, excluyen que se refiera al aprovechamiento económico adecuado de la cosa. De hecho, la atención a la vertiente económica fue subrayada por IHERING, y preside la institución en SALEILLES (SALEILLES, R. (1855-1912): *La posesión de bienes muebles. Estudios de Derecho alemán y de derecho francés*, notas de CASTAN TOBEÑAS, J., Madrid, 1927) con la voluntad de procurar un concepto de posesión útil para su presente, no anclado en arcaísmos. Vid.asimismo HERNANDEZ GIL, A.: *La función social de la posesión*, *Obras completas*, t.II, Madrid, 1987, págs.708-718 y HERNANDEZ GIL ALVAREZ-CIENFUEGOS, A.: "La propiedad en el Ordenamiento constitucional", *Cuadernos de Derecho judicial*, IX, Madrid, 1994, pág.22 y ss (Epígrafe: "La actual economización de la propiedad a imagen de la posesión").

³²³ Su precedente, el art.425 del Proyecto de 1851 aludía a "la tenencia de una cosa o el goce de un derecho". Dicha norma deriva del art.2.228 del Code francés: "La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit", que se tradujo como: "La posesión es la ocupación ó disfrute de una cosa ó de un derecho que se tiene ó ejerce por uno mismo ó por otro que la tiene y ejerce en su nombre" (*Colección de Códigos europeos anotados publicada por D.Alberto Aguilera y Velasco*, t.I, Establecimiento Tipográfico de la Colección de Códigos europeos, Madrid, 1875). Lo que queremos subrayar es cómo del objeto cosa también se predica el disfrute. Otros Códigos europeos habían adoptado la fórmula. El art.2.134 Codice per lo regno delle Due Sicilie: "Il possesso è la detenzione o il godimento di una cosa, o di un diritto che abbiamo o esercitiamo per noi stessi...". Por el contrario, el art.2.363 del Codice civile per gli Stati di S.M. il re di Sardegna fijaba claramente la correlación: "Il possesso è la ritenzione di una cosa od il godimento di un diritto che uno tiene od esercita per se stesso, o per mezzo di un altro che ritiene la cosa, o esercita il diritto in nome di lui" y el art.685 del Código italiano de 1865 prescribía: "Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha o per se stesso o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa o eserciti il diritto in nome di lui" (sobre la correlación cosa/tenencia -derecho/disfrute, vid. entre los italianos, PALOPOLI, v.«Possesso», *ob.cit.*, pág.40).

³²⁴ Como señala ALONSO PEREZ, "Meditaciones sobre la esencia y funciones de la posesión", *ob.cit.*, pág.931, el poseedor "está «asentado» («domina») o tiene las cosas, mediante la fruición, el uso o la detentación directa (vgr. el arrendatario), o por la tenencia indirecta (vgr. el arrendador)". ALBALADEJO, *Derecho civil, III, I, ob.cit.*, pág.51, diferenciaba entre tenencia y ejercicio (con anterioridad en "Concepto, estructura y clases de posesión", *RDPr*, 1962, pág.595) mientras que

valorados como posesorios³²⁵. Por tanto, los que genéricamente se denominan *actos relativos a la posesión* (art.463), *actos de carácter posesorio* (art.1.942) o actos que la acreditan (art.435 Cc.) se relacionan con el ejercicio de un derecho, corresponda o no al autor. Así, la posesión es un poder fáctico que *se traduce* en el ejercicio del contenido de un derecho³²⁶. Este aserto se apoya en el art.432 Cc. que prescribe la inseparabilidad posesión-concepto posesorio. Sobre esta relación ha de estudiarse la coposesión.

2.2. El «concepto posesorio» como parámetro global de la conducta del coposeedor

El «concepto posesorio», entendido como aquella posición jurídica típica que se ejerce sobre el objeto -con independencia del derecho al mismo-, describe el alcance efectivo de la relación de hecho entre el sujeto y la cosa³²⁷. Al relacionar las conductas materiales con las estructuras tipificadoras de los derechos delimita qué actos puede realizar en abstracto un poseedor.

LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.41, procura una lectura tan evidente como útil: "el ejercitar un derecho es siempre tener la cosa en alguna medida, mientras que el tener produce siempre una apariencia de ejercicio".

³²⁵ No analizaremos la importancia del elemento social en la posesión aunque es una de las referencias para definirla, desde el momento en que, por su facticidad, requiere visibilidad. Algunos autores subrayan especialmente ese dato, desplazando la definición. Para FEDELE, *Possesso ed esercizio...*, *ob.cit.*, pág.63, "dalla relazione tra il sogetto e la cosa si passa quindi a una relazione tra il sogetto e gli altri sogetti, cioè al possesso come fatto sociale". También KOHLER, J. (1849-1919): *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II,II, Berlin, 1919, pág.33; WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, pág.42; BRODMAN, *Planck's Kommentar*, *ob.cit.*, § 866 pág.74 o SOKOLOWSKY, *Der Besitz...*, *ob.cit.*, pág.246.

³²⁶ Ello no supone identificar posesión y ejercicio de un derecho. El art.1.140 Cc. italiano de 1942 define la posesión como "il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale". Destaca MASI, *Il possesso*, *ob.cit.*, pág.426, que "non dice neppure che il possesso consiste in un'attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà o di altro diritto reale, ma lo caratterizza come il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà". Asimismo, BARASSI, *Il possesso*, *ob.cit.*, pág.146; FEDELE, *Possesso ed esercizio...*, *ob.cit.*, pág.38 y ss., enumera situaciones de posesión que no suponen ejercicio del derecho de propiedad y viceversa (vid.también LEVONI, *ob.cit.*, pág.90). En nuestro país, HERNANDEZ GIL, *La posesión*, *ob.cit.*, pág.234.

³²⁷ BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa...*, *ob.cit.*, pág.392. Vid.del mismo autor, v.«Justo título», *ob.cit.*, pág.667, y COCA PAYERAS, "Comentario del art.432", en: *Comentario del Código civil*, *ob.cit.*, pág.1168. MORALES MORENO, *Poseción y usucapión*, *ob.cit.*, pág.13, recuerda que "los actos sobre la cosa (actos de pura conservación, actos de disfrute, actos de transformación, actos de disposición parcial) deben referirse a un concepto posesorio, esto es, deben reflejar la posesión de un tipo concreto de derecho subjetivo".

La atención al contenido del derecho es el presupuesto indispensable para identificar el «concepto posesorio». Pero éste publica asimismo las circunstancias que afectan a su ejercicio efectivo y que se refieren a su extensión -si se ejercita pleno o limitado-, a su titularidad -si es exclusivo o plural- o a su modo de ejercicio³²⁸. En el segundo caso, el «concepto posesorio» de los sujetos integrará la condición de pluralidad pues ese dato repercute en cada *ius possessionis* individual. El coposeedor ha de ajustarse a la reglas que ordenan toda relación de comunidad y que vimos al estudiar las relaciones entre los poderes.

El ejercicio de la posesión *en concepto de cotitular* garantiza el mantenimiento de las restantes posesiones, ya que supone *reconocer* otros señoríos paralelos y autónomos sobre el bien. Ese reconocimiento provoca dos consecuencias:

1-. Conlleva que las conductas de un sujeto "sean" coposesión sin necesidad de considerarlo un representante o un gestor.

2-. Elimina en los sujetos la carga de una conducta reafirmativa que deje constancia de su condición³²⁹: las posesiones se mantienen en tanto que uno actúe, pues esa conducta tiene como referencia primera la pluralidad. Se trata de una manifestación del principio de continuidad de todos los parámetros posesorios plasmado en los arts.435 y 436 Cc.

2.3. El «estatuto copositorio» de la cosa como parámetro de cada comunidad concreta

En el inicio de la situación de coposesión, cada coposeedor puede ejercitar de hecho el contenido de un derecho con el plus de las directrices que, en abstracto, el dato de la pluralidad impone. Consecuentemente, el ámbito de poder de cada copartícipe se delimita en base a tres criterios: la relación con la cosa, las relaciones

³²⁸ BADOSA, v. «Justo título», *ob.cit.*, pág.675.

³²⁹ ROSELLI, *Il possesso...*, *ob.cit.*, pág.35, recoge la tesis jurisprudencial de no exigir "una manifestazione continua de potere sulla cosa comune e restando a carico di colui che assume di aver attratto la stessa nella sfera del suo possesso esclusivo e di averne provato gli altri comunisti l'onere di dimostrare di aver compiuto atti idonei a mutare il titolo del suo possesso". Desde el derecho romano es principio incontrovertido que la conservación de la posesión no exige los mismos requisitos que la adquisición.

con los demás coposeedores y el transcurso del tiempo (ex art.460.4 Cc.). Ahora nos centraremos en los dos primeros que se constatan *a priori* en tanto que el tercero - indispensable por tratarse de posesión- se consolida *a posteriori*:

1-. La relación con la cosa viene determinada por el concepto posesorio -entendido como ejercicio de hecho de un derecho-: se debe distinguir entre actos visibles -las conductas que repercuten inmediatamente sobre el objeto y que integran la noción tradicional de *poder*³³⁰- y actos no materiales pero con trascendencia posesoria -que constituyen el *poder* en sentido amplio-, que abarcan las conductas que no se proyectan directamente sobre la cosa (reembolso de gastos, ejercicio de acciones de tutela...) así como las manifestaciones de reconocimiento de una posesión superior.

2-. La relación con los otros sujetos que concurren en el mismo concepto. La pluralidad supone una limitación a cada ejercicio individual. El reconocimiento de su existencia impone una ordenación, que constituye el «estatuto coposesorio» al que se sujetan los coposeedores.

El «estatuto coposesorio» describe el modo en que los coposeedores armonizan su concurrencia. Tiene como núcleo la sujeción a las normas que fundamentamos en la mera concurrencia (arts.394, 395, 397 y 399 Cc.). Pero la singularidad del «estatuto coposesorio» es el papel que otorga a las decisiones de los coposeedores y la sujeción a acuerdos que no se derivan de consentimiento unánime (ex art.398 Cc.). Se ha objetado que un poseedor pueda ver constreñida su conducta por un acuerdo que no ha aceptado, en defecto de norma expresa que fundamente la voluntad de los coposeedores en el principio de mayorías³³¹, pero la función tipificadora de las normas de

³³⁰ Los Códigos civiles no facilitan -acaso por evidente en sí misma- una definición del acto posesorio. No obstante, el art.1.418 del Proyecto de 1935 de Cc. argentino intentó una enumeración: "Serán actos posesorios respecto de inmuebles: su cultura, percepción de frutos, deslinde, la construcción o reparación que en ellos se haga y, en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en alguna de sus partes". (también el art.1.932 Cc.paraguayo).

En nuestro país, ROMERO GUINZO, J.: *Sala Novísimo ó Nueva ilustración del Derecho real de España*, t.I, Madrid, 1841, pág.190, definía "el principal acto posesorio, el único bastante, es el uso, tenencia y aprovechamiento de la cosa, sea del modo y por los actos que se quiera".

³³¹ Recuerda POLLICE, *Contributo...*, *ob.cit.*, pág.95 que "non vi è nessuna disposizioni che possa giustificare una sovraordinazione della volontà della maggioranza dei compossessori sull'autonomia e sulla libertà individuale del singolo compossessore (dissenziante)".

comunidad para la configuración del «estatuto coposesorio» hace que los criterios de adopción de decisiones sean trasladables al ámbito posesorio. El coposeedor que disiente de un acuerdo de la mayoría podrá impugnarlo ante los tribunales en juicio declarativo, pero no podrá oponerse con éxito en vía posesoria a las conductas que traigan causa de dicho acuerdo.

El «estatuto coposesorio» tiene siempre carácter real, tanto si se refiere directamente a las vicisitudes de la cosa -vertiente real-, como si se define en relación a la colectividad -vertiente personal, aunque de naturaleza real porque no es autónoma sino en función del objeto-. Los poseedores configuran cada «estatuto coposesorio» concreto, que puede diferir en cada situación de comunidad porque plasma sobre el bien unas reglas específicas que singularizan el abstracto concepto posesorio de cotitular. Frente a la identificación estática que procura el concepto posesorio, el «estatuto» revela la vertiente dinámica de la institución posesoria. Al actuar en el ámbito del «estatuto coposesorio» del bien, el sujeto muestra los caracteres del derecho que actúa y se sujeta al conjunto de decisiones emanadas de la comunidad que integra con los restantes copartícipes. Estas decisiones conformarán una *reglamentación* que no pertenece a la tipificación de un derecho ni es imprescindible en toda comunidad, pero que a medida que se adoptan repercuten en el modo de poseer de cada individuo.

El «estatuto coposesorio», como régimen jurídico del bien, se caracteriza por dos notas previas:

- 1-. Es relativo, pues se configura en relación a los otros coposeedores y a la colectividad, sin tener en consideración a terceros.
- 2-. Es objetivo, porque le resultan indiferentes las identidades de los componentes de la comunidad. Las variaciones subjetivas, en tanto no contesten los criterios distributivos/ordenadores, no se plasman en el «estatuto coposesorio», lo que no exonera a los nuevos partícipes de la obligación de sujetarse al mismo, dado que configura el objeto que entran a poseer³³².

³³² El art. 1.107 Cc. italiano fija el plazo de impugnación de los acuerdos y prescribe en el párrafo segundo: "Decorso il termine indicato dal comma precedente senza che il regolamento sia stato impugnato, questo ha effetto anche per gli eredi e gli aventi causa dai singoli partecipanti".

En suma, la confluencia de una pluralidad de poseedores en concepto de cotitulares de un derecho supone la correlativa fijación de un «estatuto coposesorio» sobre el bien común que determina el ámbito de actividades legítimas de los sujetos. Inicialmente, constituyen el «estatuto» las reglas generales de comunidad -que los sujetos que confluyen aceptan tácita o expresamente-, excepto si los coposedores tienen como referencia un título que las modifica. Este estatuto se mantiene hasta que se suceden nuevos acuerdos o hasta que uno de los coposedores contesta la ordenación y modifica su ámbito de actuaciones durante un plazo superior a un año (ex arts.460.4, 1.944 y 1.968.1 Cc.; 1.653.1 LEC.). Por tanto, el «estatuto posesorio», como instrumento que fija las reglas del juego en cada colectivo, se deduce en el momento constitutivo y se mantiene por inercia en tanto no se cambia. Si el cambio se debe a la voluntad de los sujetos, es inmediato. Si es por vía de la agresión, el estatuto infringido se prolonga todavía un año más.

2.4. La tolerancia como índice de salvaguarda del «estatuto coposesorio»

Un coposedor puede llegar a comportarse en la práctica como un poseedor exclusivo sin por ello conculcar el «estatuto coposesorio» del bien. Sus actos son lícitos pues se fundamentan en el alcance potencial de su propio señorío de hecho³³³. Sin embargo, en el desenvolvimiento de su posesión, un coposedor puede contradecir el «estatuto coposesorio» acordado no respetando los criterios establecidos y *ab initio* esa conducta no se considerará una infracción sino que se presumirá asentada en la tolerancia de los restantes poseedores³³⁴.

En general, la categoría de los "actos meramente tolerados" (art.444 Cc.) designa los que se definen a partir del consentimiento del poseedor sin hacerle perder la posesión ni convertir al actuante en poseedor, aunque permiten a éste utilizar en

³³³ Como señala MIQUEL, "Comentario al art.394", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.72, "tal uso no engendra ni acción de enriquecimiento, ni de resarcimiento, ni recuperatorias o de omisión" y concluye recordando la máxima latina: *quod tibi non nocet et alii prodest non prohibetur*.

³³⁴ Observaba ZANCHIUS, C.(s.XVII): *Tractatus de societate. Universam societatis materiam complectens...*, Romæ, 1786, Pars.I, cap.VII, n.131, (fol.61): "Et quamvis socius hujusmodi possessorios actus gerens, quoad suam portionem jure proprio agere intelligatur, attamen quoad alteram consortis partem jure familiaritatis tantum egisse, possedisse, administrasse, fructusque percipisse censetur".

cierta forma lo que aquél posee³³⁵: se basan en el mero beneplácito del poseedor, revocable en cualquier momento y a menudo se asocian a comportamientos aislados³³⁶. Aunque suelen fundamentarse en amistad³³⁷, en la cortesía o en la buena vecindad, no es preciso atender a su motivación empírica, basta entenderlos -en un concepto amplio que engloba todas esas categorías- como aquellos comportamientos intrusivos en la esfera de otro que éste, perennemente cortés, soporta³³⁸. Son actos posesorios a todos los efectos de forma que si no mediara la aquiescencia del poseedor, constituirían infracciones posesorias³³⁹. Aunque el concepto de tolerancia

³³⁵ Como afirmara GARCIA GOYENA, *Concordancias*, ob.cit., pág.1004, al comentar el art.1.950 del Proyecto, "ni dan ni quitan derecho". Vid.ALBALADEJO, *Derecho civil, III,I*, ob.cit., pág.74; MARTIN PEREZ, "comentario al art.444", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.262; HERNANDEZ GIL, ob.cit., pág.395; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, ob.cit., pág.490 y RUBIO TORRANO, "comentario al art.446", *Código civil. Doctrina y jurisprudencia dirigido por José Luis Albácar López*, t.II, Madrid, 1991. págs.669-671, quien transcribe diferentes sentencias sobre la cuestión. Entre los italianos, vid. PATTI, S.: *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978.

³³⁶ GARCIA GOYENA, *Concordancias...*, ob.cit., pág.275, al comentar el art.538 del Proyecto de 1851.

³³⁷ No en vano tienen como primera referencia el texto de Paulus (D.41,2,41): "Qui iure familiaritatis amicum fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit".

KRÜGER, "De compossessione", en: STRYK, *Dissertationum...*, ob.cit., Cap.IV, n.5 (fol.909), definía este supuesto como una "*compossessio familiaris*, ubi sc. alter cum altero in fundo est, verum non eo iure, ac si suo nomine possidere vellet, sed saltem quia arctissima familiaritas ipsi cum vero possessore intercedit".

³³⁸ LEVONI, ob.cit., pág.227, quien añade que no han de inspirarse necesariamente en esas razones puntuales de cortesía o amistad, "ma integralmente riconducibile ad una funzione di pacifica convivenza sociale".

³³⁹ MARCADE, V.N.(1810-1854): *Explication du Tít.XX, Liv.III du Code Napoléon (De la prescription)*, Paris, 1854, pág.91, recordaba cómo se apoyan en la amistad, la familiaridad y la buena vecindad, pero, dado que suponen una merma de las facultades del titular del *animus domini*, pueden conformar una posesión desde el momento en que el actuante desoye la oposición de aquél y continúa ejercitándolos. En el mismo sentido TROP LONG, *Commentario sulla prescrizione*, ob.cit., art.2.232, n.382 y ss. (pág.229). Vid.también BOILEAUX, J.M.: *Commentaire sur le Code civil*, t.III, 4 ed., Paris, 1838, art.2.232, pág.812, nota 1 y como síntesis de la posición de los italianos, PATTI, *Profili della tolleranza...*, ob.cit., pág.6 y BISEGNA, U.: v.«Tolleranza (atti di)», *Novissimo Digesto italiano*, XIX, Torino, 1973, pág.402 y ss. En nuestro país, la SAP. Bilbao de 9.marzo.1978 señaló que "constituyen una posesión de *infimo grado*".

En la actualidad, los preceptos del Cc.francés (art.2.232: "Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription") e italiano (art.1.144: "Gli atti compiuti con l'altrui tolleranza non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso") han dado pie a una nueva interpretación que los circunscribe a las servidumbres (respecto del Código francés, PETER, H.: "Zur Regelung des Besitzes im Französischen Code civil", *Festschrift für Heinz Hübner*, Berlin, 1984, pág.186, con relación bibliográfica, y del italiano, RUFFOLO, U.: "Tutela possessoria delle servitù non apparenti ed «atti di tolleranza» nel quadro delle teoriche (e ideologie) del possesso", *Rivista di Diritto*

habitualmente se vincula a terceros ajenos a la posesión, resulta especialmente útil para acotar las relaciones entre coposeedores porque flexibiliza sus coordenadas de actuación³⁴⁰. En este caso, las actuaciones que superen los límites establecidos se presumen fundadas en la tolerancia: la contradicción no supone infracción en tanto no existe *animus* transgresor del actuante u oposición de otro poseedor. Sólo cuando inequívocamente -ex art.1.652.2 LEC.- se de una contestación o desviación del «estatuto coposesorio», cabrá hablar de perturbación posesoria.

2.5. El «estatuto coposesorio» como régimen legitimador de los actos de cada poseedor

El art.432 Cc. recoge todos los contenidos posibles de un *ius possessionis* al yuxtaponer el concepto dominical y la categoría genérica de "conservarlos o disfrutarlos" de modo que el ámbito de actos posesorios legítimos dependerá del derecho que de hecho se refleja. No obstante, aquí intentamos una abstracción que tiene como última referencia la posesión en concepto de copropietario por dos motivos: en primer lugar, por la extensión máxima del derecho de propiedad frente a los restantes derechos -reales u obligacionales- con *ius possidendi*; en segundo, por su correlación con el régimen *pro indiviso* que se deriva del art.445 Cc. Aún así, dedicaremos un último apartado a la coposesión mediata en base a sus caracteres específicos.

En sede de coposesión se manifiesta con mayor claridad la insuficiencia del concepto de injerencia para definir el poder. No basta con constatar la relación de dominación externa, que entre coposeedores que se reconocen entre sí constituye el indubitado punto de partida. Para evaluar la situación de cada sujeto se debe atender

Civile, XX, 1974, pág.371).

³⁴⁰ LUNA SERRANO, A.: "Comentario del art.1.942", en: *Comentario del Código civil*, Madrid, 1993, pág.2102, observa que "la tolerancia debe considerarse habitual entre condueños, por lo que los actos singulares de utilización de una cosa común no deben considerarse como actos de posesión exclusiva, salvo que se prolonguen varios años". Entre los italianos, PROTETTI, *ob.cit.*, pág.32, presenta la tesis común de la jurisprudencia italiana al respecto: "l'esercizio di poteri di fatto, da parte del comunista, oltre i limiti posti dalla sua quota, si presume tollerato dagli altri compartecipi..". También LEVONI, *ob.cit.*, pág.399 y BISEGNA, v.«Tolleranza (atti di)», *ob.cit.*, pág.404, quien dedica un apartado (n.6) a la tolerancia entre condóminos, a la vez que subraya la importancia de esa presunción para dirimir las consecuencias de las infracciones.

a la posesión como actividad, es decir, como una secuencia de actos unitariamente referidos a un sujeto³⁴¹. Dada su condición de titular de un *ius possessionis* es evidente que tiene un ámbito de actuación autónomo. No obstante, la existencia de una pluralidad de poderes concurrentes, obliga a una determinada ordenación, que se plasma en el «estatuto coposesorio».

La configuración del «estatuto coposesorio» como un régimen jurídico conlleva dilucidar cuáles son las conductas legítimas de los coposedores ¿qué actos pueden válidamente realizar? El Código civil establece los parámetros que determinan la licitud de sus actividades, desde un doble fundamento:

-Actuaciones individuales suficientes, que integran el contenido mínimo inderogable del *ius possessionis* de cada sujeto, y que constituyen su referente inicial. Se ajustan al «estatuto coposesorio legal» que plasma el marco garantista de la situación de coposesión. Son necesarios para la subsistencia de la comunidad y para apoyar su pertenencia a la misma. En este estrato, se atiende a la confluencia de poderes individuales que se reconocen entre sí pero sin tener conciencia de su configuración como colectividad.

-Conductas cuya legitimación tiene como referente la colectividad -que les permite la adopción de decisiones que impliquen a todos los concurrentes y modifiquen sus coordenadas previas-. Integran el «estatuto coposesorio convencional» individualizable para cada supuesto.

En gran medida, la primera fase se corresponde con el mero reconocimiento entre los sujetos de sus posiciones concurrentes, mientras que la segunda está presidida por la voluntad de cooperación³⁴². En base a estas dos coordenadas intentaremos desglosar el ámbito legítimo de actuación de cada coposedor, el cual proporciona, paralelamente, las fronteras que convierten determinadas conductas en perturbatorias.

³⁴¹ POLLICE, *Contributo...*, *ob.cit.*, pág.41. (vid.asimismo, MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, *ob.cit.*, pág.29).

³⁴² Desde otro plano, supone una adaptación de la división clásica entre los actos que cada cotitular puede realizar de modo individual, aquéllos que requieren el concurso de la mayoría y, por último, los actos que precisan acuerdo unánime (vid.BARASSI, *Proprietà e comproprietà...*, *ob.cit.*, pág.710).

2.5.1. El «estatuto coposesorio legal»

La expresión «estatuto coposesorio legal», en relación a cada poseedor, integra el ámbito inderogable de su *ius possessionis*, ajustando los parámetros mínimos de cada poder concurrente. El poseedor que actúa en concepto de cotitular de un derecho, despliega una serie de facultades oponibles a cualquier otro coposeedor o incluso a la totalidad de coposeedores. Esa preeminencia no implica negar la propia colectividad, sino sentar un punto de partida previo que legitima unas determinadas conductas directamente vinculadas al objeto común, y dirigidas a su conservación y disfrute.

Este ámbito legitima dos tipos de conductas, clasificables en función de los límites de actuación derivados de la concurrencia de las restantes legitimaciones:

- conductas solidarias (*in solidum*) referidas a actos indivisibles por su propia naturaleza
- conductas que tienen como referencia el mecanismo de la cuota, como criterio distributivo.

2.5.1.1. Las conductas solidarias

Las conductas solidarias vinculadas a la condición de coposeedor se dividen a su vez en dos categorías: ilimitadas y limitadas. En las primeras se sitúan los actos de conservación de la cosa (art.395 Cc. -"Todo poseedor..."); en las segundas se atiende a una facultad individual modulada por la concurrencia potencial de otros poderes paralelos, lo que repercute en su puesta en práctica (arts.394 -"Cada partícipe..."- y 399 Cc. -"Todo condueño...").

A) Las reparaciones necesarias como paradigma de la facultad ilimitada

En base al art.395 Cc., todo comunero tiene derecho a realizar sobre la cosa aquellos actos necesarios para su conservación, sin que ningún otro comunero pueda oponerse mediante el *ius prohibendi*. Esta conclusión se deduce tanto del análisis de las fuentes (en especial D.10,3,12) como de la naturaleza de la facultad de conservación, que es individual e integra el núcleo del poder de cada comunero³⁴³. La calificamos

³⁴³ MIQUEL, "Comentario al art.395", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.103: "estamos ante derechos individuales de los comuneros resistentes a los acuerdos de la mayoría" y añade, en el "Comentario al art.398", pág.403, que ello no significa que la mayoría no pueda decidir sobre el

de ilimitada porque no existe legitimación contraria atendible de los otros coposeedores. Esta legitimación personal concreta una de las principales diferencias entre propietario exclusivo y copropietario. Así como el primero puede oponerse a la actividad de un tercero que objetivamente le resulte beneficiosa porque entre las facultades de su derecho -y como límite del *disponer* del art.348 Cc.- está el *ius abutendi*, el comunero no puede impedir la actividad de otro de los miembros encaminada a contrarrestar ese deterioro. La legitimación supone la creación de un pasivo jurídico de fundamento legal, en base al enriquecimiento de los restantes miembros inactivos. Estos pueden ser compelidos por el actor a contribuir proporcionalmente a los gastos invertidos en la conservación, de modo que sólo podrán sustraerse renunciado a su posesión sobre la cosa (art.395 *in fine* Cc.)

El siguiente paso es definir los «actos de conservación». En sede de comunidad, el concepto de «conservación» debe entenderse en un sentido amplio que abarque tanto los actos precisos para que la cosa no se deteriore o perezca como los dirigidos a mantenerla útil y productiva, esto es, apta para servir al destino al que está afectada³⁴⁴: en suma, aquellos actos encaminados a que la cosa se mantenga en el estado que tenía al iniciarse la coposesión³⁴⁵. Podemos relacionar los gastos de conservación del art.395 Cc. -que sufragan las conductas conservativas³⁴⁶- con los

modo de llevar a cabo la conservación, "lo que no cabe es que un acuerdo de la mayoría prevalezca sobre el interés en la conservación que todo copropietario puede defender"; vid.también CAPILLA RONCERO, F.: "Comentario al art.1.695" en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo*, t.XXI, Madrid, 1986, pág.487, respecto al art.1.695-3 Cc. (entre los italianos, BARASSI, *Proprietà e comproprietà, ob.cit.*, pág.740).

³⁴⁴ MIQUEL, "Comentario al art.395", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.106. (Vid.asimismo, su comentario al art.399, pág.433). BRANCA, *Comunione, ob.cit.*, pág.170, acota el concepto cuando afirma que el gasto necesario "non va più in là della salvaguardia del diritto al godimento collettivo della cosa come essa è". El art.1.104.1 Cc. italiano parece formular un concepto aún más amplio: "Ciascun partecipante deve contribuire nelle spese necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune...", que la doctrina analiza separadamente (por todos, GUARINO, «Comunione (diritto civile)», *ob.cit.*, pág.256 y BRANCA, *Comunione, ob.cit.*, pág.156 y ss.)

³⁴⁵ Cabe recordar la locución del art.1.554.2 Cc.: "todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada".

³⁴⁶ En general, el Código civil contempla los actos materiales de reparación o conservación a partir de los gastos que comportan: arts.395, 453-454, 1.695.3º, 1.740, 1.751, 1.779, 1.867, 1.882 ó 1.893 Cc. La reiterada alusión a gastos obedece a que el poseedor que los desembolsa no es necesariamente su ejecutor material. Literalmente, el art.394 Cc. obliga a contribuir a los gastos de conservar, no a

gastos necesarios del art.453 Cc.³⁴⁷ aunque ambos conceptos no son equivalentes. En el art.453 Cc. no se incluyen -por no reembolsables- los gastos ordinarios que suponen una contrapartida del uso y que, si queremos mantener ese paralelismo con las conductas, se corresponden a actos conservativos que sí puede ejercitar el coposeedor³⁴⁸. Todo coposeedor puede realizar las *reparaciones ordinarias* que describe el art.500 Cc., es decir, "las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación". De hecho, la distinción ordinarias/ extraordinarias no procura un concepto de conservación, pues ambas categorías se integran en las *reparaciones necesarias* del art.1.907 Cc.³⁴⁹.

Por tanto, a los efectos de legitimación posesoria mínima, tienen cabida los actos de conservación que constituyen o pueden constituir una contrapartida del uso así

intervenir directamente en la conservación. Aquí aparece la distinción del art.1.652.2 fin. LEC. entre el sujeto que toma la decisión y el que la hace efectiva, repercutiendo las consecuencias en el primero. El ejecutor material es un instrumento de aquél, reconducible a la categoría de servidor de la posesión, como afirmaba DIEZ-PICAZO, L.: "Posesión y contrato de obra", *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, pág.253, y hacen constar algunas Sentencias de las Audiencias Provinciales (GARCIA DE MARINA, M.: *Interdictos*, Barcelona, 1992, pág.204 y ss.) aunque en otras se reconoce la dificultad de ubicarlo en tal categoría si aporta los materiales y es contratado a precio alzado. Por ello, MIQUEL, "Comentario del art.446", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1203, se cuestiona que sea un mero servidor.

³⁴⁷ Sufragan las obras imprescindibles para que la cosa no se deteriore o pierda, que, más allá de las estrictas tesis romanas (D.50,16,79; 25,1, 1 y 5 §3: "Impensæ necessariae sunt, quae si facta non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit") abarcan las obras precisas para que el bien mantenga su función económica, lo que BARASSI, *Proprietà e comproprietà, ob.cit.*, pág.742, denomina "la sua virtù produttiva" (en nuestro derecho, vid.MARTIN PEREZ, "Comentario al art.453", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.383; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, ob.cit., pág.573; MIQUEL GONZALEZ, "Comentario del art.453", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1219 y, como síntesis, POZO CARRASCOSA, P. del: *El derecho de retener en prenda del depositario*, Barcelona, 1989, pág.62).

³⁴⁸ Como criterio general, los gastos necesarios no integran los que se generan como contrapartida del uso. Se ve, por ej., en los arts.452, 472.3 y 1.743 Cc. GARCIA GOYENA, *Concordancias...*, ob.cit., pág.854, al comentar el precedente del art.1.743 Cc. -art.1.633 del Proyecto- observó: "puesto que el comodatario se aprovecha de la cosa usándola, justo es que costee los gastos necesarios para este mismo uso" (de ahí que, congruentemente, adoptase la posición contraria en relación al acreedor pignoraticio -"comentario al art.1.776", pág.925-. MIQUEL, "Comentario del art.453", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1219, los califica de "detracción de los frutos").

³⁴⁹ También se observa en el art.1.386 Cc. En realidad, la división pretende fijar la imputación de determinados gastos cuando concurren varios titulares en diferentes conceptos sobre una cosa. (BADOSA, *La diligencia y la culpa...*, ob.cit., pág.426; POZO CARRASCOSA, *El derecho de retener en prenda...*, ob.cit., pág.62).

como aquellas reparaciones tendentes a que la cosa pueda seguir cumpliendo la función establecida, con independencia de su envergadura. Por su propio concepto, tienen como límite los actos de mejor disfrute (art.398.1 Cc.).

B) Facultades limitadas por las legitimaciones concurrentes de otros comuneros

Ba) El uso de la cosa en su acepción más estricta

Se suele afirmar que el núcleo de los actos posesorios lo constituyen los actos de goce de la cosa (art.348 Cc.). El *gocce*, como concepto general, es plurivalente en el Código civil³⁵⁰: en determinados preceptos integra el uso *strictu sensu* y el disfrute entendido como obtención de beneficios (arts.348, 467, 1.554.3, 1.883 Cc.)³⁵¹ y en otros los disocia (arts.1.678, 1.687, 1.741 Cc.)³⁵². Como concepto amplio, el *gocce* se corresponde con el *disfrute* de los arts.430, 431, 432, 436, 439, 447 Cc.³⁵³, de modo que este disfrute también integra el uso y el disfrute *strictu sensu* (los *uti* y *frui* romanos). Las características de cada facultad llevan a estudiarlas separadamente en sede de coposesión, individualización que se obtiene no sólo de los parámetros

³⁵⁰ El goce se define como la posibilidad de obtener de modo directo, o indirecto, las utilidades de que la cosa es capaz (vid.MONTES PENADES, V.: "Comentario a los arts.348 y 349" en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo*, Madrid, 1980, pág.134; GONZALEZ GARCIA, *La facultad de exclusión del propietario*, ob.cit., pág.128). Supera las pretensiones de este trabajo dar una definición de goce que no se inscriba en los criterios comúnmente adoptados. Sin embargo, el concepto se completa con la definición de IHERING, R.v.: *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, t.IV, Madrid, 1891, cap.I, § LXX, pág.371, "existe goce de un derecho cuantas veces ese derecho produce efectivamente para el derechohabiente los efectos que busca". El diferenciaba el concepto de *gocce* del de *ejercicio*, en el que se integra el ejercicio de acciones.

³⁵¹ La STS. de 29.mayo.1906 subrayaba que "las palabras *gocce*, *uso* y *disfrute* envuelven análogo y propio significado, referido a la utilidad en general que una cosa puede prestar".

En derecho italiano, BRANCA, *Comunione*, ob.cit., pág.78, observaba: "in senso lato, il godimento della cosa ricomprende in sè anche l'apprensione del prodotti. Ciò no toglie però che la vera e propria utilizzazione della cosa e il raccolto dei prodotti vi sia una ben chiara differenza. In questa seconda ipotesi il potere di godimento si esercita di massima soltanto una o due volte all'anno, mentre, in ogni oltri caso in cui si voglia servire della cosa, normalmente occorre mantenersi in contatto con essa, cioè è necessario possederla".

³⁵² El término *gocce* también ha sido utilizado para designar la posesión, entendida como estricta insistencia: arts.491 y 1.883 Cc.; en el polo opuesto, el art.35 LH. alude a la situación posesoria cuando contempla los derechos que "no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho".

³⁵³ Singularmente, LALAGUNA DOMINGUEZ, "Concepto y clases de posesión", ob.cit., pág.339, observa que el término *disfrute* se emplea de modo impropio en los artículos de posesión, y lo identifica -en base a la redacción del Anteproyecto de 1882- con la noción de ejercicio.

posesorios, sino también de las normas de comunidad, pues el art.394 Cc. atiende al uso *strictu sensu* en tanto que el art.399 se centra en las utilidades. Ahora nos interesa exclusivamente la primera facultad.

El uso *strictu sensu* consiste en el goce de la cosa conforme a su naturaleza³⁵⁴. El art.394 Cc. prescribe que cada comunero puede "servirse de las cosas comunes" expresión que aparece en contadas ocasiones, referida al uso en su acepción más restringida. Así, la locución "servirse de" se emplea para describir las facultades del socio (art.1.695.2^a Cc.), en los usufructos de bienes deteriorables y consumibles (arts.481 y 482 Cc.)³⁵⁵, en el contrato de depósito (arts.1.767 y 1.768 Cc.) y en caso de responsabilidad por daños causados por un animal: art.1.905 Cc.: "el poseedor de un animal, o el que se sirve de él"³⁵⁶³⁵⁷.

El uso puede ser de dos tipos, directo o indirecto. El directo consiste en la

³⁵⁴ BELTRAN de HEREDIA, *ob.cit.*, pág.238. GUTIERREZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 3 ed., t.II, 1871, pág.605, lo había definido como un derecho sui generis "que consiste en sacar de la cosa toda la utilidad posible sin tomar producto alguno ni alterar su sustancia".

Esos son los parámetros comunes, que se repiten en las monografías sobre comunidad. Para GRECO, *Della proprietà*, *ob.cit.*, pág.29, el uso en su forma más simple es el goce de la cosa sin alterar o modificar la sustancia. Así lo había definido también BONFANTE, "L'azione autonoma del condomino", *ob.cit.*, pág.495, quien lo asoció además los actos conformes a la destinación de la cosa (vid.también BONFANTE, *Corso di Diritto romano...*, *ob.cit.*, pág.31 y BARASSI, *Proprietà i comproprietà...*, *ob.cit.*, pág.718).

³⁵⁵ JORDANO BAREA, J.B.: "El cuasiusufructo como derecho de goce sobre cosa ajena", *ADC*, 1948, pág.996 nota 47, al explicar el concepto de disfrute en el Código civil, recuerda "que existe un disfrute -el de los bienes deteriorables y el de los consumibles- consistente en el uso (cfr. arts.481 y 482)". Los arts.587 y 589 del Cc. francés (precedentes de los arts.482 y 481 Cc.) empleaban la expresión "s'en servir" y "s'en servir pour l'usage" mientras que los restantes preceptos de usufructo tratan del "droit de jouir" (arts.578, 582, 595, 596, 597, 598, 600 -equivalente al 491 Cc., donde éste habla de goce, aquél trata de la "jouissance"-, 601 etc.)

³⁵⁶ El art.1.902 del Proyecto de 1851 presentaba esta redacción: "El propietario ó poseedor de un animal es responsable, mientras que de él se sirve, de los perjuicios que causare..." y el art.1.385 del Cc. francés prescribía: "Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage....".

³⁵⁷ Acaso también cabría deducir que el término *uso* se emplea en los casos en que es exclusivo -y por tanto, pleno- en tanto que el *servirse* se adecúa a un uso limitado, ya por la posibilidad de destruir la cosa (arts.394, 401.1, ya por la concurrencia de otras personas (arts.1.767, 1.768 y 394 Cc.) -también el art.578 Cc. emplea la expresión "servirse", aunque al referirse a una servidumbre, no aporta nuevos datos-.

utilización inmediata de la cosa común, tanto si se ejercita solidariamente, es decir, sobre toda la cosa simultáneamente -de donde resulta la denominada *posesión promiscua*-, como si se distribuye para un mejor aprovechamiento. El indirecto se predica de aquel empleo que sustrae la cosa de la esfera tangible de los sujetos, porque se integra un poseedor inmediato -por ej., un arrendatario- que reconoce su posesión y les procura unas utilidades divisibles³⁵⁸. No obstante, las posibles ordenaciones del uso superan la mera concurrencia de los *ius possessionis* y demuestran la existencia de un interés común. Por ello su lugar de análisis no es el «estatuto copositorio legal», sino que deben ubicarse en el estadio convencional. La referencia al convenio ulterior revela dos datos previos que deben valorarse en este momento:

- 1-. Los partícipes no tienen derecho a una modalidad concreta de uso, pero no se les puede excluir de todas ellas. Su derecho al uso no es sustraible, sólo que no se extiende a un tipo de ejercicio concreto.
- 2-. El uso concurrente o simultáneo es el punto de partida de toda coposición (art.394 Cc.) -así como su manifestación más elemental-.

Ba.1) El uso simultáneo. La denominada "posesión promiscua"

La simultaneidad de actuaciones sobre la cosa exterioriza una situación que se denomina «posesión promiscua». Esta posesión se caracteriza por un uso solidario de los sujetos, aunque sea intermitente³⁵⁹. El concepto de «posesión promiscua» atiende fundamentalmente al uso *strictu sensu* y dada la natural incompatibilidad de éste con la cuota -incluso "de hecho"- se vincula a los límites del art.394 Cc³⁶⁰. En caso de posesión promiscua, cualquier copositor podrá *servirse de* la cosa mediante todos los actos que estime oportunos. Su actividad recae sobre toda la cosa y sólo resulta acotada por la concurrencia de otros poderes idénticos al suyo: tendencialmente es tan amplia

³⁵⁸ Vid.GRECO, *Della proprietà, ob.cit.*, pág.35.

³⁵⁹ FRAGALI, *La comunione, II, ob.cit.*, pág.291; BARASSI, *Proprietà e comproprietà, ob.cit.*, pág.719.

³⁶⁰ MIQUEL, "Comentario al art.394", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.71. PRATS ALBENTOSA, *ob.cit.*, pág.260, la define como "la situación contraria a la posesión exclusiva". BAUR, *Lehrbuch...*, *ob.cit.*, pág.64, da como ejemplos los huéspedes de una pensión que utilizan un baño o cuando varios arrendatarios utilizan conjuntamente el jardín sin un deslinde señalado.

como la del sujeto que posee en concepto de titular exclusivo³⁶¹.

Ba.2) Las modalidades de ejercicio conjunto: la distinción alemana

Cada coposeedor visibiliza su *ius possessionis* independiente mediante actos de uso, en cualquiera de sus manifestaciones. Sin embargo, tradicionalmente la doctrina alemana ha distinguido entre *schlichter Besitz* y *Mitbesitz zur gesamten Hand* en función de si cada coposeedor ejerce su poder de modo autónomo o si los coposeedores sólo pueden actuar conjuntamente³⁶². Se trata de una distinción que no afecta a la estructura de la coposesión -no supone entenderla como una persona jurídica o colectiva- sino a su ejercicio. Frente a la *schlichter Mitbesitz* como supuesto habitual, se integran en la *Mitbesitz zur gesamten Hand* supuestos tan dispares como la sociedad de gananciales, la posesión de los participantes en una sociedad que carezca

³⁶¹ La posesión simultánea es recurrentemente caracterizada como «equivoca». MAZEAUD-MAZEAUD, *ob.cit.*, II-2, (1976), pág.168: "«une possession promiscue est essentiellement équivoque». De même, lorsqu'un copropriétaire accomplit seul sur la chose des actes de maître, sa possession par rapport à l'ensemble de la chose possédée est équivoque" (en el mismo sentido, MOURLON, F.: *Répétitions écrites sur el Code civil*, III, Paris, 1883, TROPLONG, *Commentario sulla prescrizione*, *ob.cit.*, art.2.229, n.359, pág.218; PLANIOL, M.-RIPERT, G.: *Traité pratique de Droit civil français*, t.III, Paris, 1952, pág.174). La equivocidad, requisito del que no se hallan indicios en el derecho romano ni el canónico, es una cualidad tradicionalmente vinculada a la posesión *ad usucapionem* -aún aparece en el art.2.229 del Cc. francés y la recogía el art.686 Cc. italiano de 1865, aunque no el de 1942- para designar aquella posesión que se manifestaba mediante actos ambiguos que no permitían deducir con precisión el concepto que se exteriorizaba. Ciertamente, los actos del coposeedor pueden no diferenciarse de los del poseedor exclusivo, pero esa objeción es extensible a la actividad de los titulares de determinados derechos reales limitados. Además, la neutralidad de las conductas se contrarresta con actos concretos que revelan en qué concepto se posee. Por tanto, la designación como equivoca no aporta ningún dato nuevo; sólo se justifica por la voluntad de empecer la usucapion del comunero (vid.PUGLIESE, *La prescrizione...*, *ob.cit.*, pág.361). Como señalan PATERNO, L.-CASTELLO DI BICOCCA: *La comunione dei beni nel CC italiano*, Torino, 1895., pág.168, estas elucubraciones se fundan en la identificación, errónea, entre posesión exclusiva y posesión no equivoca.

³⁶² WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, pág.53 y "Der Mitbesitz...", *ob.cit.*, pág.162 nota 54. QUACK, *Münchener Kommentar...*, *ob.cit.*, pág.78, diferencia entre "einfacher Mitbesitz": cada poseedor ejerce el poder de hecho libremente y "qualifizierter Mitbesitz", en la cual "jeder Mitbesitzer nur im Zusammenwirken mit dem anderen Mitbesitzer in der Lage ist" y cita como ej.§ 1.206. SEUFERT, *Staudingers Kommentar*, *ob.cit.*, pág.68 define el segundo tipo "keiner der Mitbesitzer hat eine selbständige Sachherrschaft, sondern nur alle zusammen haben sie, in ihrer Gemeinschaft sind sie "Die Besitzer". GIERKE, J. v.: *Bürgerliches Recht (Sachenrecht)* en: *Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaft*, IX, Berlin, 1925, considera el segundo tipo una "einheitlicher Mitbesitz". (Vid. también LENT, F.: *Sachenrecht*, 6 ed., Munich-Berlin, 1957, pág.19; HEILFRON-PICK, *ob.cit.*, pág.53; BAUR, *Lehrbuch...*, *ob.cit.*, pág.64).

En España la asumen GARCIA VALDECASAS, *ob.cit.*, pág.38 y SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil. Teoría y práctica*, t.II, (*Derecho de cosas*), Madrid, 1973, pág.49. Por el contrario, PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, § 10, pág.68, creen que "no hay motivo para hablar, en nuestro derecho, de la diferencia entre coposesión simple y coposesión en mano común".

de personalidad jurídica y los casos, ya vistos, de los §§ 1.081 y 1.206 BGB³⁶³. La enumeración y agrupación de estas figuras también se vincula a la inexistencia de cuotas³⁶⁴, como específicamente subraya en España GARCIA VALDECASAS, quien asocia ambas categorías con las comunidades romana y en mano común³⁶⁵.

Esta correlación entre las especies de coposición y de cotitularidad requiere varias precisiones³⁶⁶. Como presupuesto, no cabe hablar de una posesión que se proyecte sobre una pluralidad indeterminada de bienes, pues recae sobre cada bien en particular y excluye la universalidad como objeto³⁶⁷. La distinción pretende subrayar que existen supuestos en que las posesiones que recaen sobre cada bien no se organizan mediante el instrumento de la cuota, pero ello obedece a los «estatutos» de esos bienes, adscritos a una herencia o a una sociedad de gananciales -y que no tenía presente el art.445 Cc. que entiende indivisión como estricta comunidad por cuotas-. El régimen jurídico de los bienes condiciona o predetermina el régimen de la coposición, esto es, el ámbito de las legitimaciones de los poseedores. Y, a la inversa, la coposición en mano común manifiesta de facto el estatuto jurídico del bien, exista jurídicamente o

³⁶³ STROHAL, "Der Sachbesitz..." *ob.cit.*, págs.114-115 alude a la situación de los coherederos del causante. Vid.también KOLLHOSSER, "Grundfälle zu Besitz und Besitzschutz", (5) *ob.cit.*, pág.395.

³⁶⁴ HEILFRON, E.-PICK, G.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (III. Sachenrecht)*, Berlin, 1907, pág.53, explican la coposición "zur gesamten Hand, also ohne bestimmte Bruchteilen" y enumeran los supuestos transcritos en texto.

³⁶⁵ GARCIA VALDECASAS, *La posesión*, *ob.cit.*, pág.38. El menciona como ejemplo la de los coherederos sobre los bienes de la herencia indivisa. En su artículo "La comunidad hereditaria en el Derecho español", *Anales de la Academia Matritense de Notariado*, VII, pág.260, expone que "en cuanto a la posesión, es evidente que mientras la herencia permanece indivisa ningún coheredero tiene la posesión exclusiva de las cosas hereditarias. Por eso dice la STS.25.I.1943 que durante el estado de indivisión los coherederos poseen colectivamente. Palabra esta última que se aviene mejor con una posesión en mancomún que con una coposición por cuotas".

³⁶⁶ LENT, *ob.cit.*, pág.19, matiza en relación a la Gesamthandbesitz, "der aber mit dem Recht zur gesamten Hand nicht verwechselt werden darf, weil es hier nicht auf die Rechtslage, sondern nur auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt" (también SEUFERT, *Staudingers Kommentar*, *ob.cit.*, § 866, pág.68). POLLICE, *Contributo...*, *ob.cit.*, pág.14, señala que pueden no coincidir porque en la comunidad en mano común, en base al acto que la regule, es posible que la posesión se atribuya a uno de los comuneros.

³⁶⁷ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, *ob.cit.*, § 152, pág.524 nota 3. Como recuerda GRECO, *Della proprietà*, *ob.cit.*, pág.274: "Non sono suscettibili di possesso la universalità giuridiche; così non è oggetto di possesso l'eredità, ma lo sono i vari beni che costituiscono l'eredità".

no³⁶⁸. En esta *Mitbesitz zur gesamten Hand* integran también los juristas alemanes los supuestos en que los sujetos se necesitan mutuamente para poder actuar sobre el objeto -vgr. § 1.206 BGB.-, supuestos en que cabe hablar con mayor propiedad -como hacen otros autores- de una coposesión cualificada (*qualifizierter Mitbesitz*), porque se refieren a la necesidad de actuación conjunta dada la imposibilidad de obtener los resultados que se pretenden con la actuación individual³⁶⁹.

Incorporamos esta clasificación porque afecta al modo de ejercicio. Más allá de esos casos específicos, si todos los coposedores conviniere un ejercicio conjunto, en el sentido estricto de no poder actuar sobre el bien sin el concurso/presencia de los restantes, esta decisión -válida- pasaría a integrar el «estatuto coposesorio» del bien y los actos individuales podrían ser repelidos. Este acuerdo, no obstante, desbordaría el contenido mínimo del estatuto al implicar una decisión de los sujetos como comunidad (pertencería al «estatuto coposesorio convencional»; tampoco vincularía ilimitadamente, ya que cada coposedor mantiene la legitimación individual para los actos de conservación, en defecto de la actuación conjunta acordada.

Ba.3) Usos en interés de un comunero que no afecten a los restantes miembros: los usos satisfactivos secundarios

Bajo esta designación se agrupan los actos del comunero en beneficio propio que aunque no se adecúan al destino asignado al bien se integran en uno de sus destinos normales posibles y no restringen el potencial uso de los restantes copartícipes ni constituyen innovación. Estos actos -estudiados específicamente por la doctrina³⁷⁰ y la jurisprudencia italianas³⁷¹- se justifican por la existencia de un interés particular

³⁶⁸ Imaginemos el caso, aunque parezca de laboratorio, de dos personas no casadas entre sí que acuerdan poseer en mano común, aunque no puedan acogerse al régimen jurídico de la "ganancialidad".

³⁶⁹ Vid. Cap. II.2.2.2.2 (1ª parte).

³⁷⁰ PALAZZO, v. «Comunione», *ob.cit.*, pág.173: "l'utilizzazione della cosa comune ad opera del singolo comunista può trovare luogo non soltanto secondo la destinazione usuale della cosa stessa, ma anche in modo diverso da quello praticato dagli altri compartecipi, sempre che tale uso particolare rientri tra le destinazioni normali della cosa e non alteri il rapporto di equilibrio tra le utilizzazioni concorrenti" (Vid. también PROTETTI, *ob.cit.*, pág.471).

³⁷¹ "Il condomino può trarre dalla cosa comune un' utilizzazione particolare, diversa da quella usuale

que no perjudica los intereses de los restantes sujetos. Junto a la actividad primaria, que no debe sufrir ninguna limitación, coexisten utilidades secundarias. La distinción entre ambas clases de utilidades no supone que las segundas se asienten en la mera tolerancia; lo que indica es que, garantizada la primera, se pueden desarrollar actividades para la consecución de la/s segunda/s³⁷². Implican destinaciones compatibles y subordinadas a la principal (común a todos) y que se contemplan individualmente. Así, por ej., el comunero que caza en la finca común no específicamente habilitada como coto, el comunero que pesca en un arroyo común cuyo caudal se destina al riego de campos o el que utiliza el agua del pozo común, empleada para regar el fundo común, para obtener energía³⁷³. En este grupo se inscribe la categoría clásica de los «actos inocuos», es decir, aquellos actos que jurídicamente resultan irrelevantes y no repercuten en la posesión aunque sí la afectan materialmente³⁷⁴.

Junto a estos actos, dirigidos a satisfacer un interés individual de cada sujeto - por lo general, valorable económicamente- se deben situar los «actos neutros», entendiéndose por tales los que reportan una satisfacción al actuante no valorable económicamente que no altera las posibilidades de uso de los restantes, y que por su naturaleza tampoco dependen de la tolerancia de éstos, lo que no impediría considerarlos perturbaciones de realizarlos un tercero. Así, el coposeedor que hace

praticata dagli altri condomini, se con ciò non venga alterata la destinazione della cosa comune né impedito l'uso di questa agli altri condomini" (nota 1, Sentenza 18 marzo 1970, Pretura de Catania, *Il Foro Itálico*, 1971, I, 300, que adjunta una relación de sentencias en el mismo sentido).

³⁷² BRANCA, G.: "Condominio e pre-uso", *RTDPC*, 1958, pág.1502: "nel condominio, le utilità del primo tipo deve essere *sempre* garantite; assicurate quelle, *solo allora*, il condomino potrà essercitare anche le facoltà che dannò utilità secondarie".

³⁷³ Vid.FRAGALI, *La comunione, II, ob.cit.*, pág.339 y BRANCA, *Comunione, ob.cit.*, pág.98, quien también -pág.102-, cita el sujeto que planta en un viñedo, a expensas suyas, unos rosales, considerándolo legitimado para hacerlo (se basa en el art.1.102 Cc., sin correlativo en el Código civil).

³⁷⁴ Habitualmente se definen en base a la actividad de un tercero ajeno a la posesión, y designan aquellas actuaciones inofensivas y temporales que no comportan perjuicio para el titular del bien. Vid.GONZALEZ GARCIA, *ob.cit.*, pág.236. Sobre la materia, el clásico artículo de LOPEZ DE HARO, C.: "«El ius usus innocui»", *RDP.*, 1920, pág.18 y ss., quien (pág.25) resalta su carácter residual recordando que, como conjunto de actuaciones, "no se trata de hecho posesorio que diera base a acción interdictal".

footing todas las mañanas, lee habitualmente el periódico apoyado en el muro, o gusta de fotografiar los rincones de la finca³⁷⁵.

Todas estas conductas deben incluirse en el marco lícito del art.394 Cc. pues las limitaciones de dicha norma no describen positiva, sino negativamente el ámbito de uso de los comuneros, con la finalidad de protegerlos de aquellas actividades que mermen su poder potencial; por tanto, existe un notable margen de discrecionalidad en el que se mueve cada coposeedor³⁷⁶.

Bb) La legitimación del coposeedor para intervenir en la formación de la voluntad colectiva

El reconocimiento del derecho del coposeedor a intervenir en la formación de la voluntad de la comunidad constituye el nexo entre las actuaciones cuya legitimidad se sitúa en el «estatuto coposesorio legal» -en la fase del reconocimiento de la colectividad- y las que se derivan de la configuración dinámica de la comunidad, con vocación de permanencia -que progresivamente conforman el «estatuto coposesorio» particularizado de cada bien. Cada coposeedor tiene la facultad solidaria de intervenir en la adopción de esas decisiones³⁷⁷ -que suponen lo que podríamos denominar la vertiente personal-real del «estatuto»-. En suma, cada sujeto tiene un derecho individual a ser convocado y consultado para la adopción de los acuerdos que progresivamente conformarán el «estatuto coposesorio» de cada bien. Por consiguiente, si es excluido

³⁷⁵ Se trata de actividades independientes de la finca, limitada a ser el lugar en que se localizan. Ello no impide que, como ya hemos apuntado, cada coposeedor pueda repelerlos en base a su facultad de exclusión si derivan de sujetos no reconocidos como coposeedores.

³⁷⁶ Como señalara POTHIER, *Traité du contrat de société*, en: *Oeuvres*, t.III, Paris, 1837, pág.157: "si parmi les effets de la société il y avoit un cheval destiné pour les voyages qu'il faut faire pour les affaires de la société, un associé ne pourrait pas être empêché, dans le temps où il n'y a pas de voyages à faire, de se servir du cheval pour se promener, en laissant à ses associés la faculté de s'en servir à leur tour, s'ils le jugeoient à propos".

CAPILLA RONCERO, "Comentario al art.1.695 Cc.", *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.487, lo recoge cuando defiende el uso los bienes sociales más allá de lo requerido por el objeto y el fin sociales y afirma que "cualquiera de los socios puede usar los bienes en su particular provecho dentro de ciertos límites".

³⁷⁷ El art.1.105.3 Cc.italiano de 1942 prescribe expresamente: "Per la validità delle deliberazioni della maggioranza si richiede che tutti i partecipanti sino stati preventivamente informati dell'oggetto della deliberazione".

de las deliberaciones, puede instar el interdicto de retener para que se reconozca su posesión -la falta de citación es una forma de inquietarlo, y él defiende su *mantenimiento* pleno en la esfera copositoria³⁷⁸. No obstante, debemos hacer varias precisiones. En sede de copropiedad se ha discutido qué orden de reclamaciones pueden ejercitar los socios minoritarios que no son convocados pero que, de haberlo sido, tampoco hubiesen alterado los caracteres de la decisión adoptada, pues los restantes comuneros gozan del porcentaje suficiente para acordarla válidamente, y se afirma que tales acuerdos no le obligan hasta tener conocimiento de los mismos³⁷⁹. Esta conclusión, aunque conexas, se sitúa en un plano diferente a nuestro objeto de estudio: nosotros ubicamos la pretensión del comunero en un momento anterior: él ostenta una legitimación *a priori* para concurrir a la formación de las medidas que van a integrar el «estatuto copositorio» y que, dada la configuración de éste como un régimen jurídico del bien, van a afectarle en su ulterior ejercicio.

Bc) La facultad de pedir la división de la cosa común

Como punto final del recorrido, ningún poseedor puede verse compelido a mantener la situación de copositoria y el correlativo «estatuto copositorio». Por ello, cada sujeto goza de la facultad solidaria de instar su extinción (con los matices de los arts.400 y 401 Cc.). Cabría discutir la inserción de esta facultad en el «estatuto copositorio» del bien. Obviamente, forma parte del ámbito individual inderogable de cada sujeto, pero parece que se basa en la condición de comunero. Sin embargo, hemos

³⁷⁸ Esta consideración puede parecer una ampliación excesiva del ámbito de tutela posesoria, pero en realidad no la distorsiona. En un ámbito parangonable, una SAP. de Madrid, de 9 de enero de 1932, dio lugar al interdicto para recuperar la condición de miembro de la junta directiva de un club -en contra, una SAT. de La Coruña de 27 de marzo de 1965, rehusa la reposición en la condición de asociado-. Señala LACRUZ, *Elementos...*, III, I, *ob.cit.*, pág.67, nota 5, que "cabe defender la extensión analógica de las normas de posesión, y su tutela, a estas condiciones personales, pero no en cuanto derechos de crédito, sino, con independencia de si lo son o no, en cuanto que representan una situación de influencia fáctica continuada, en la que se halla el reclamante, exclusivista o socio, y cuya perturbación debería poder ser corregida por un procedimiento específico y sumario como el del interdicto". ALONSO PEREZ, "Meditaciones sobre la esencia...", *ob.cit.*, pág.936, también considera *acceptable* llamar poseedor al que ejercita la cualidad de socio -se apoya en una sentencia de 2.octubre.1892- pues se trata de amparar "relaciones de ejercicio estable" (vid.en el mismo sentido, CORDON MORENO, F.: "Sobre el ámbito de la protección posesoria", *La Ley*, 1983, II, pág.1204 y ss.).

³⁷⁹ MIQUEL, "Comentario al art.398", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.407, presenta las construcciones alemanas que apoyan la indemnización por los daños a los socios minoritarios no consultados, a la vez que incide en la no obligatoriedad para éstos en tanto los desconocen.

optado por integrarla aquí -con independencia de estudiar la extinción de la coposesión por división del objeto en otro apartado-, dado que repercute directamente sobre el bien y pone fin al «estatuto coposesorio». Se trata de una manifestación más de esa vertiente personal de la figura: se proyecta respecto de la comunidad pero recae sobre la cosa. El «estatuto» abarca su propia disolución, como última legitimación del comunero.

2.5.1.2. La legitimación para realizar actos que tienen como referencia el parámetro de la cuota: La obtención de los frutos

El disfrute *strictu sensu* consiste en la percepción de frutos (arts.399, 485 etc.)³⁸⁰. Los frutos, entendidos como los rendimientos o utilidades que la cosa procura -sin alterar su sustancia-, son esencialmente divisibles: se repartirán entre los coposedores en función de la "cuota de hecho" que ordena los aspectos cuantificables de su relación.

Obviamente, sólo cabe hablar de obtención de frutos en el caso de posesión en un «concepto» que integre esa facultad y que recaiga sobre un bien productivo. En ese supuesto, el «estatuto coposesorio» del bien legitima los actos dirigidos a su recolección u obtención. Pero no se trata de una facultad inderogable, ni implica que el coposedor pueda retener unos frutos concretos. El comunero tiene derecho a los frutos en especie, pero no a una parte material determinada excepto si se reparten antes de la cosecha³⁸¹ -o admiten tácitamente una recolección proporcional-. Cabe que los sujetos acuerden que el reparto tenga lugar una vez liquidados y sufragados los gastos que generaron. De modo paralelo a cuanto expusimos al abordar el uso *strictu sensu*, un acuerdo de esta índole (ubicable en el art.398 Cc.) excede el marco del «estatuto coposesorio» mínimo, que tiene como referencia ese derecho inicial a los rendimientos, aunque modulable en función de las decisiones que se adopten sobre cómo obtenerlos.

³⁸⁰ BARASSI, *Proprietà e comproprietà...*, *ob.cit.*, pág.714; BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.235.

³⁸¹ Esta posibilidad, que apunta FRAGALI, *La comunione, II*, *ob.cit.*, pág.302, permite que cada comunero recoja los que penden de la zona asignada. A diferencia de la distribución del uso que implique reparto del *frui*, la división es a efectos estrictamente "cosechadores", sin afectar al uso previo.

2.5.2. El «estatuto coposeedorio convencional» como resultado de la voluntad de los coposeedores. La manifestación de la colectividad

La segunda fuente de legitimación de los actos de cada coposeedor remite a su posición como integrante de una comunidad, capaz de configurar un interés común. En el apartado anterior, situamos las conductas que el coposeedor podía realizar desde el reconocimiento de esa situación de pluralidad, sin entrar en la yuxtaposición o identificación de sus intereses con la comunidad. Entonces articulamos un contenido mínimo inderogable con una finalidad garantista -proteger la subsistencia del bien y la condición de coposeedor-; ahora se debe situar el contenido modificable, configurado a partir del nexo que implica la aceptación de esa comunidad -y el propósito de mantenerla-, y la repercusión de las decisiones que como tal adopta. Se configura así una voluntad colectiva, que se deduce fundamentalmente del art.398 Cc. y, a *sensu contrario*, del art.397 Cc.

2.5.2.1. Las decisiones dirigidas a la administración y mejor disfrute

Según el art.398.1 Cc.: "Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes". La norma legitima una serie de actos siempre que se apoyen en el consentimiento de la mayoría, la cual viene determinada en función de las cuotas «de hecho» de los partícipes.

Esta presentación merece varias precisiones. La administración común es uno de los nexos de la pluralidad³⁸², pero ello no supone excluir a los coposeedores del derecho de administrar. Todo poseedor, en la medida que pretende obtener del bien determinadas utilidades, realiza unos actos de gestión. No pueden prácticamente concebirse las facultades de usar, disfrutar o percibir utilidades sin reconocer a sus titulares el derecho a participar en su administración. De ahí que sólo sea preciso recurrir a la voluntad mayoritaria cuando se producen discrepancias en el modo de llevar a cado esa gestión³⁸³ -discrepancias que el propio art.398 prevee-. Esta

³⁸² FRAGALI, *La comunione*, *ob.cit.*, pág.111: "l'incidenza di più situazioni possessuali su una medesima cosa impone ai titolare medesimi una gestione comune, una gestione che è un indice certo di situazione comune". Vid.asimismo BRANCA, *Comunione*, *ob.cit.*, pág.16.

³⁸³ BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.300. Previamente ha señalado que "el principio mayoritario del art.398 no supone la suspensión o negación de la facultad que todos tienen para administrar. Antes bien, la confirma. Lo único que hace es limitarla en su ejercicio, con el fin de hacer

posición se enfrenta con quienes defienden la necesidad previa de acuerdos que avalen las conductas³⁸⁴. Sin embargo, la propia naturaleza de los actos provoca un margen de actuación individual *a priori*, aunque resulte conveniente -y beneficioso- un acuerdo plural³⁸⁵.

En sentido amplio, cabe afirmar que los actos de administración o gestión aglutinan tanto las obras de conservación como las conductas dirigidas a la obtención efectiva de los aprovechamientos propios del bien³⁸⁶. No obstante, así como la

posible, en este punto, la concurrencia de los derechos de los partícipes". (vid. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, *ob.cit.*, pág.782 y ss.).

³⁸⁴ Algunos autores se limitan a constatar que la administración se lleva a cabo por el régimen de mayorías (SCAEVOLA, *Código civil*, t.VII, pág.259 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, *ob.cit.*, III,I, pág.393; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.769). Por el contrario, MIQUEL, "Comentario al art.398", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.402, rechaza expresamente la tesis que defendemos y alega que frente a la regulación de la sociedad, en que "en tanto no haya oposición, cualquier socio puede realizar actos de administración, pero si hay oposición prevalece la idea de unanimidad (...) el sistema del art.398 es completamente distinto. Busca la composición de los intereses de los comuneros a través de una voluntad común".

Otros Ordenamientos jurídicos se limitan a poner de relieve el papel de las mayorías. Así, el § 833 ABGB.: [Mitbesitz; ordentliche Verwaltung]: "Der Besitz und die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache kommt alle Teilhabern insgesamt zu. In Angelegenheiten, welche nur die ordentliche Verwaltung und Benützung des Hauptstammes betreffen, entscheidet die Mehrheit der Stimmen, welche nicht nach den Personen, sondern nach Verhältnis der Anteile der Teilnehmer gezählt werden". El art.1.105.1 Cc. italiano prescribe: "Tutti i partecipanti hanno diritto di concorrere nell'amministrazione della cosa comune" y acto seguido prescribe que los acuerdos de la mayoría obligan a los disidentes. En base a su redacción, FRAGALI, *La comunione*, III, *ob.cit.*, pág.101, afirma que el modo de ejercitar el poder es *congiuntivo*, frente al carácter *disgiuntivo* de la sociedad, en un razonamiento notablemente próximo al de MIQUEL (vid.*supra*). Como excepción, el art.815-3 del Code civil francés exige unanimidad: "Les actes d'administration et de disposition relatifs aux biens indivis requièrent le consentement de tous les indivisaires...".

³⁸⁵ El Código civil carece de una norma como el art.1.102.1 *in fine* del Cc.italiano: "Ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purchè non si alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto. A tal fine può apportare a proprie spese le modificazioni necessarie per il maggior godimento della cosa". Esa potestad individual lleva a algunos autores, como BRANCA, *Comunione*, *ob.cit.*, pág.127, a afirmar que los actos del copartícipe que modifiquen la cosa, cuando no ataquen la destinación económica o la facultad de uso, no representarán despojo o molestia posesoria (más restrictivo, FEDELE, *La comunione...*, *ob.cit.*, pág.95; vid.también FRAGALI, *La comunione*, II, *ob.cit.*, pág.351). Esta legitimación individual para actos de tal índole no existe en nuestro derecho y en el propio Ordenamiento italiano resultan controvertidos sus límites pues puede solaparse con los derivados de la administración ordinaria del art.1.105 que exigen mayoría simple. Ello es así porque si inicialmente se apreciaba en el art.1.102 un interés particular del sujeto tutelable porque no afectaba el interés de los restantes, en la actualidad en el art.1.102 se sitúan "sia le modificazioni dirette a trarre dalla cosa un'utilità particolare sia le modificazioni che incrementino l'utilità collettiva" (PALAZZO, v.«Comunione», *ob.cit.*, pág.173).

³⁸⁶ ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, I,II, 14 ed., José María Bosch Editor, S.A., Barcelona,

primera categoría es inderogable aunque se de oposición de los restantes coposeedores - a quienes obliga-, en la segunda sólo son firmes dichos actos si derivan del acuerdo de los copartícipes -que pasa a integrar el «estatuto coposesorio» del bien-. No existe contradicción entre la definición que dimos de actos conservativos, en base al mantenimiento de la función económica del bien -es decir, la aptitud para ser productivo- y la configuración de los actos de administración, encaminados al desarrollo de las posibilidades de la cosa -a su gestión efectiva- una vez constatado que está en condiciones para procurarlas³⁸⁷.

Resulta más complejo diferenciar las categorías de administración y mejor disfrute. Una primera opción es considerar que la primera atiende a la cosa de modo global (también art.490 Cc.) en tanto que la segunda incidiría en la posición de cada comunero -por ej., aquí se integrarían los acuerdos sobre la distribución del uso, cuya adopción obedece a mejorar las condiciones de los partícipes-. Sin embargo, la división más clara supone vincular la "administración" a las conductas dirigidas al desenvolvimiento cotidiano de los poderes sobre el bien -ergo aquí se ubicarían los citados acuerdos sobre el uso³⁸⁸- en tanto que el "mejor disfrute" es un concepto inherente a la noción de mayor rentabilidad o productividad. El Código civil procura un indicio de su ámbito en el art.455 Cc., al tratar de los frutos "que hubiera podido

1996, pág.155, recuerda que los negocios de administración "son los que se refieren únicamente al goce, conservación y uso de la cosa o patrimonio administrado". CAPILLA RONCERO, "Comentario al art.1.695", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.472, al constatar que la facultad de oposición a los actos de administración tiene ciertos límites, integra en éstos "los llamados actos de conservación de las cosas comunes a que se refiere el art.1.695.3". En sentido inverso, MIQUEL, "Comentario al art.399", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.433, también admite esta intersección, pues incluye los gastos de recolección y la venta entre los actos de conservación que permiten al actor acudir al art.395 -él formula su exposición en base a criterios económicos-. La constatación de la permeabilidad de las categorías -y de la atención a elementos no estrictamente jurídicos- se demuestra claramente en la explicación que daba SANCHEZ ROMAN, *Estudios de derecho civil...*, ob.cit., t.III, pág.181: "bajo la dicción legal de administración y mejor disfrute deben entenderse incluidas todas las cuestiones que se refieren a la conservación, reparación y alteración de la cosa común, y en este apartado considerarse el art.398 complementario de los arts.393, 394, 395, 396 y, sobre todo, del art.397, de cual es la fórmula de ejecución de su principio".

³⁸⁷ Acaso la mención a la *obligatoriedad* en el art.,398 Cc., también se refiera a la imposibilidad de demandar el resarcimiento proporcional si no está avalado por un consentimiento -expreso o tácito- de los comuneros implicados.

³⁸⁸ MIQUEL, "Comentario al art.398", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., págs.420-421.

percibir", lo que indica que la explotación actual del bien no es la óptima, sino que cabe la posibilidad de mayores rendimientos³⁸⁹. Por ello se han vinculado a las mejoras útiles del art.453.2 Cc.³⁹⁰. Tienen como límite la proscripción de modificar el destino económico de la cosa, su forma o sustancia (arts.394 y 398 Cc.).

Entre los acuerdos relativos a la administración se sitúan los pactos sobre la ordenación del uso así, el nombramiento de administrador³⁹¹ y el modo de obtener los frutos³⁹². Vamos a examinar los más significativos.

A) Los acuerdos sobre el uso

El uso concurrente y simultáneo no es siempre la mejor manera de coposeer un objeto, por ello cabe ordenarlo en base a criterios topográficos o temporales³⁹³. Esta

³⁸⁹ El Proyecto de 1851 atiende a esos frutos virtuales en los arts.431 y 1307.1. El art.431 utilizaba la expresión "los frutos que haya percibido o debido percibir", que GARCIA GOYENA, *ob.cit.*, pág.224, interpretaba como "los que él [el poseedor de mala fe] pudo percibir aunque no los habría percibido el propietario y los que este habría percibido aunque el poseedor de mala fe no haya podido percibirlos" (el art.1.307.1, referido a la restitución de la dote, empleaba la misma expresión). Vid., por último, el art.460 Anteproyecto de 1882.

³⁹⁰ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.770. En contra, MIQUEL, "Comentario al art.395", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.107. La conceptualización de los gastos útiles como los que dan como resultado un incremento del valor a la cosa (punto de partida de COCA PAYERAS, *Notas al "Comentario al art.453" de Martín Pérez...*, *ob.cit.*, pág.396) es, *ab initio*, demasiado general, aunque luego diferencia entre los gastos que dan lugar a una mayor productividad y los que generan un incremento de valor (pág.397). La primera categoría guarda un claro paralelismo con los actos que intentamos situar (sobre el alcance de los gastos útiles, vid.MIQUEL, "comentario del art.453", en: *Comentario del Código civil*, *ob.cit.*, pág.1220; BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.251)

Hay que tener presente que las mejoras sólo se valoran en relación al poseedor de buena fe, es decir, al sujeto que erróneamente se cree propietario único. Quienes ostentan una posesión limitada en el tiempo, como el usufructuario (art.487 Cc.) no pueden imponerlas al propietario en quien revierte la cosa pasado el plazo. Del mismo modo -en el plano "horizontal"-, quien posee en concepto de propietario no exclusivo carece de legitimación individual.

³⁹¹ Vid.MIQUEL, "Comentario al art.398", en: *Comentarios al Código civil*, *ob.cit.*, pág.420 (él distingue ente los que afectan al contenido del derecho y al modo de administrar).

³⁹² Como señalamos al estudiar el ámbito individual de cada poder, ningún coposeedor tiene derecho a recoger una parte de los frutos en contra de la voluntad de los restantes (Vid.MIQUEL, "comentario al art.399", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.433; FRAGALI, *La comunione*, *ob.cit.*, pág.304); de hacerlo, lesiona el «estatuto coposesorio» y perturba los *ius possessionis* restantes.

³⁹³ D.10,3,1,7 § 10 ya recoge esa división turnaria: "Cum de usufructu communi dividundo iudicium agitur, iudex officium suum ita diriget, ut vel regionibus eis uti frui permittat: vel locet fructum uni ex illis, vel tertiae personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant, vel si res mobiles sint,

organización -que se mantiene dentro de las coordenadas del disfrute directo- se determinará en función de las características del bien y de su destinación³⁹⁴ y constituye uno de los pactos paradigmáticos del art.398 Cc. Por tanto, surge del consentimiento de la mayoría³⁹⁵, que vincula a los disidentes³⁹⁶ -y a los no participantes-. Una vez adoptado, se incorpora al «estatuto coposesorio» del bien, y a él deben sujetarse en adelante los coposedores. En su momento constatamos que, en el punto de partida, el uso es indivisible³⁹⁷; sólo al ordenarlo entra en juego como criterio distributivo la "cuota de hecho"³⁹⁸. Por otro lado, el pacto sobre el uso de una zona no implica necesariamente que el disfrute de esa parte corresponda al adjudicatario de aquél, es una cuestión que depende del ámbito del acuerdo, pues uso y disfrute pueden ir juntos o separados³⁹⁹.

Aa) La distribución del uso no supone la extinción de la coposesión

etiam sic poteris, ut inter eos conveniat caveant que per tempora se usuros et fructuos, hoc est ut apud singulos mutua vice certo tempore sit usu fructus".

³⁹⁴ El supuesto más común son los turnos de aguas (art.64.3 RH.), vid.BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.240.

³⁹⁵ LACRUZ, *Elementos...*, III,II, *ob.cit.*, pág.470; MIQUEL, "Comentario al art.394", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.76; BELTRAN de HEREDIA, *ob.cit.*, pág.240. Ese es el criterio de las legislaciones italiana y alemana. El código italiano lo sitúa entre los actos de administración ordinaria, de modo que requiere solamente mayoría simple. Frente a la doctrina general, FEDELE, *La comunione*, *ob.cit.*, pág.175, exige unanimidad. Para el derecho alemán, TZERMIAS, P.: "Zur Regelung des Gebrauchs beim Miteigentum", *AcPr*, 157, pág.457 y ss.

³⁹⁶ Se ha defendido que, de ser viable el uso simultáneo sin especial perjuicio para ningún miembro, no cabe imponer otra organización y cabría que alguno de los sujetos disconformes recurriese (vid.SALIS, L.: "Il godimento turnario nel condomino", *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1967, II, pág.1281; BRANCA, G.: "Modo di godimento e amministrazione della cosa comune", *Rivista di Diritto Civile*, XIV, 1968, pág.407). Por ello FRAGALI, *La comunione*, II, *ob.cit.*, pág.296, rechaza la división cuando con ella el nuevo modo de uso sea sólo más cómodo o conveniente (en parecidos términos, LACRUZ, *Elementos...*, III,II, *ob.cit.*, pág.470). Sin embargo, el art.398 Cc. no incorpora matices.

³⁹⁷ Como observa BRANCA, *Comunione*, *ob.cit.*, pág.82, "il godimento in senso stretto è indivisibile, il suo frazionamento è sempre artificioso e al di sotto di esso resta il diritto reale di ciascuno".

³⁹⁸ Que en realidad, retomando aquellas categorías expuestas al estudiar la relación entre *possessio in solidum* y derechos indivisibles, no conculca la indivisibilidad como conducta -intrínseca- sino el modo de proyectarse sobre la cosa.

³⁹⁹ Como ha observado ALBALADEJO, *Derecho civil*, III,I, *ob.cit.*, pág.392, "en principio, el pacto sobre el uso no hay por qué entender que alcanza al disfrute y viceversa".

La distribución del uso se considera una división provisional frente a la división definitiva que pone fin a la comunidad⁴⁰⁰. Ello ha llevado a cuestionarse si se mantiene la coposesión, o si -como defienden HERNANDEZ GIL y ALBALADEJO⁴⁰¹- se extingue porque se produce una multiplicación de objetos (la *compossessio pro diviso*). MIQUEL intenta una fórmula intermedia y, tras recordar que los acuerdos que distribuyen el uso no afectan a la posesión en concepto de dueño, afirma que "lo único que sucede es que la posesión se desdobra de modo semejante a la posesión mediata o inmediata. Todos los condueños siguen siendo coposeedores mediatos o, si se prefiere, coposeedores del derecho de propiedad, y el condueño en su zona o en su tiempo será poseedor inmediato o tenedor de la cosa, según la terminología que se prefiera para explicar el fenómeno de la duplicidad o concurrencia de posesiones"⁴⁰².

No creemos que mantener un paralelismo entre posesión del derecho y tenencia de la cosa -ya rebatido en su momento- ayude a clarificar el supuesto. La coposesión *strictu sensu* se mantiene: la sustracción -o acotación- de determinadas facultades no implica independizar los poderes que concurren. Ciertamente, la atribución de zonas o turnos puede incrementar el margen de autonomía de los sujetos, pero no los desvincula. Continúan poseyendo en concepto de cotitulares de un derecho -que recae sobre un bien- y ello, en primer lugar, les impide mudar el destino de la porción

⁴⁰⁰ FEDELE, A.: "Divisione del godimento della cosa comune e poteri della maggioranza e del giudice", en: *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, t.VI, Turin, 1974, pág.589; VITA-LEVI, *Della comunione dei beni*, *ob.cit.*, n.135 (pág.209); PATERNO -CASTELLO di BICOCCA, *ob.cit.*, pág.32. Esta designación se deriva del supuesto de división provisional "ou de jouissance seulement" que recogía el art.816 Code francés, en sede de partición de la herencia, para proscribir que diera lugar a una posesión exclusiva soporte de usucapión. Este precepto se estudia en sede de extinción de la coposesión (Sobre la partición del uso, vid.MOURLON, *Répétitions...*, *ob.cit.*, t.II, n.327 (pág.167); DEMOLOMBE, Ch.: *Traité des successions*, 4 ed., Paris, 1870, n.517 y ss., pág.455.

⁴⁰¹ Para HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.133, aunque no pone fin a la comunidad, "la delimitación, material y separada del uso es incompatible con la coposesión. Esta presupone la presencia de varios en un uso no dividido, pero sí compartido". ALBALADEJO, *Derecho civil, III,I*, *ob.cit.*, pág.75, cree que cabe reducir el derecho de poseer de cada uno a una posesión exclusiva, bien de una parte de la cosa, bien de toda, pero durante un cierto tiempo (por ej., si pactan poseerla un mes cada uno): en ambos casos se acaba la coposesión. No obstante, parece que alude al "derecho de poseer" derivado del título y que el acuerdo implicaría una división real del objeto.

⁴⁰² MIQUEL, "Comentario al art.394", en: *Comentarios al código civil...*, *ob.cit.*, pág.77; LACRUZ, *Elementos...*, III, II, *ob.cit.*, pág.493, parece asumirlo. También BADOSA COLL, "La multipropietat com a «règim jurídic immobiliari», *ob.cit.*, pág.29 y ss.

asignada o realizar otras alteraciones⁴⁰³. Aceptar la tesis contraria llevaría a concluir que, frente al coposeedor que realiza innovaciones en la parte asignada, contestando los arts.394 y 397 Cc., sólo son oponibles acciones petitorias. En segundo lugar, se mantiene su obligación de contribuir a los gastos de conservación de la cosa como tal⁴⁰⁴ -con independencia de que correspondan a porciones cuyo uso no les haya sido atribuido-. En tercero, la fijación de las cuotas no supone una regulación excluyente: en defecto de uso de un coposeedor de la parte asignada -o durante el período prescrito- los restantes no están obligados a abstenerse⁴⁰⁵. Por ej., en caso de turnos de aguas (arts.561 Cc., 64.3 RH.), la ordenación no es tan estricta que impida a los restantes coposeedores servirse del pozo si no lo hace en su turno el coposeedor beneficiario⁴⁰⁶. Esta expansión potencial es consecuencia, en definitiva, del art.394 Cc., que fija los únicos límites intrínsecos a la facultad de uso en caso de pluralidad de sujetos. Paralelamente, nada impide que sigan obteniendo las utilidades satisfactivas secundarias. Por último, la división del uso no determina preceptivamente las cuotas que se adjudicarán al dividirse el bien.

⁴⁰³ BRANCA, *Comunione, ob.cit.*, pág.80; FEDELE, *La comunione, ob.cit.*, pág.169 y, fundamentalmente, FEDELE, "Divisione del godimento della cosa comune...", *ob.cit.*, pág.602, que afirma que: "altrimenti sarebbe praticamente cessata la comunione e ciascuno apparirebbe unico proprietario della sua porzione".

⁴⁰⁴ MIQUEL, "comentario al art.394", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.77.

⁴⁰⁵ BARASSI, *Proprietà e comproprietà...*, pág.722; BRANCA, *Comunione, ob.cit.*, pág.86: "se ci se serve della cosa, in un turno diverso da quello assegnato, senza urtare il diritto d'uso del comunista che non ne approfitta, non si corrompe l'accordo nè si lede il regolamento" (asimismo GRECO, *Della proprietà, ob.cit.*, pág.35 y FRAGALI, *La comunione, ob.cit.*, pág.293 -con los matices de la pág.307-). En contra FEDELE, *La comunione, ob.cit.*, págs.94 y 174, que alude al potencial deterioro de la cosa. En nuestro derecho, ALBALADEJO, *Derecho civil, ob.cit.*, III,I, pág.389, parece compartir su posición al afirmar que no cabe pensar que la prohibición de injerencia a otros comuneros sería un abuso de derecho, y da dos ejemplos muy distintos: 1. porque la utiliza intermitentemente y le da reparo pedir el cese, o 2., para "evitar que, ya que no la usamos durante nuestro período, no sufra, al menos, desgaste por el uso del otro".

⁴⁰⁶ BONFANTE, P.: "Le convenzione fra condomini e l'esercizio dei diritti da parte dei singoli", *Scritti giudici varii*, III, Turin, 1926, pág.509: "La convenzione rappresenta un regolamento limite, non un regolamento attributivo di diritti. Presupposto e ragione del patto non è la rinuncia reciproca, ma la conciliazione reciproca dei condomini nel godimento effettivo. A rigore ciascuno ha diritto all'intero esercizio: se il limite non funziona, risorge il diritto del condomino di servirsi dell'acqua". El comenta la Sentencia de 9.I.1914 de la corte de apelación de Genova que dispuso que si un condómينو no se servía del agua en el turno pactado, no podía oponerse a que la aprovecharan otros condómínos.

Ab) Los pactos parciales

También integran el «estatuto coposesorio» del bien aquellos pactos singulares entre coposeedores que sin afectar de modo global el ejercicio sobre la cosa, modulan el ámbito legítimo de actuaciones de un coposeedor respecto a otro -lo que ALBALADEJO denomina "subpactos de uso"⁴⁰⁷-. La incorporación de estos acuerdos parciales corrobora el carácter relativo del «estatuto coposesorio».

B) Nombramiento de administrador a partir de pacto de los coposeedores y designación judicial en caso de abuso

Otra manifestación de la voluntad de la colectividad (ex art.398 Cc.) es la designación de un administrador en quien los coposeedores deleguen el poder de administrar que les corresponde⁴⁰⁸. Puede tratarse tanto de uno de los coposeedores como de una persona ajena a la comunidad. Su ámbito de actuación es el que los sujetos le atribuyan y, en defecto de fijación expresa, el que tendrían los propios comuneros de continuar en la administración conjunta. Consecuentemente, no puede realizar alteraciones materiales ni modificar la destinación, y sí está legitimado para mejorar los rendimientos del bien u ordenar el uso de la cosa. Si respeta los límites expresamente prescritos -e implícitamente los derivados de los arts.394 y 397- el administrador podrá actuar libremente⁴⁰⁹. En ello se diferencia de los comuneros, que pueden ver revisado cualquier acto de administración por la oposición de otro copartícipe, lo que puede abocar a un conflicto posesorio -de ahí la utilidad de establecer los términos de gestión incluso si mantienen la actuación conjunta-.

⁴⁰⁷ ALBALADEJO, *Derecho civil, ob.cit.*, III,I,pág.391. El subraya la innecesariedad del consentimiento por parte de los comuneros a quienes no afecte.

⁴⁰⁸ BELTRAN de HEREDIA, *ob.cit.*, pág.303.

La inclusión de este acuerdo en el art.398 Cc. excluye la necesidad de consentimiento unánime, como defendieron algunos autores italianos (VITA-LEVI, *Della comunione dei beni, ob.cit.*, pág.399 y RAMPONI, *Della comunione di proprietà, ob.cit.*, pág.903 y ss.), antes de que el art.1.106 del Código del 42 prescribiera lo contrario (vid.FRAGALI, *La comunione, III, ob.cit.*, pág.366). En España, ALBALADEJO, *Derecho civil, ob.cit.*, III,I, pág.395, mantiene la necesidad de esa unanimidad decisoria, único mecanismo para contrarrestar el sistema de administración previsto por la ley. En contra MIQUEL, "comentario al art.398", en: *Comentarios al Código civil, ob.cit.*, pág.420.

⁴⁰⁹ Salvo acuerdo expreso en sentido contrario, este administrador también estará legitimado para realizar los actos dirigidos a un mejor disfrute (ex art.1.715 Cc.). Sin embargo, de establecerse de modo genérico parece posible la oposición de algún coposeedor, que en este caso obligaría a la adopción de un acuerdo expreso sobre la cuestión.

La delegación de la administración no supone excluir a los coposeedores del acceso a la cosa, ni transforma el uso de directo en indirecto. Aunque modifica sus condiciones de ejercicio, podrán seguir utilizándola (art.394 Cc.) en tanto no interfieran en la administración emprendida y pueden, asimismo, continuar obteniendo las utilidades satisfactivas secundarias o realizando «actos neutros». En suma, la designación de un administrador no convierte la posesión de los coposeedores en mediata. Se trata, sencillamente, de un pacto que se integra en el «estatuto coposesorio» del bien, y cuyas consecuencias -la intervención sobre la cosa del sujeto en concepto de administrador- deben respetar los coposeedores⁴¹⁰. El mantenimiento del «estatuto coposesorio» implica que ante una contravención del administrador -si realiza, por ej., alteraciones- cualquier sujeto podrá oponerse, del mismo modo que cualquier sujeto está legitimado para realizar actos de conservación de permanecer aquél inactivo.

Por último, el art.398.3 Cc. prevee el nombramiento judicial de un administrador como respuesta a la reclamación de un coposeedor minoritario, que estima que un acuerdo de la comunidad resulta "gravemente perjudicial" a sus intereses. En este caso, la decisión judicial fija el ámbito de actuación del administrador, aunque creemos que estará restringido a los actos de administración estrictos⁴¹¹. La decisión judicial pasa a integrar el «estatuto coposesorio» del bien hasta una ulterior revisión, y a ella habrán de ajustarse los coposeedores. En este supuesto, como en el anterior, la decisión no limita el acceso del coposeedor al bien, sólo lo sujeta a unas determinadas prescripciones, en este caso judiciales.

⁴¹⁰ En relación a la tutela del administrador escogido, es relevante la S.A.P. San Sebastián de 15.noviembre.1978 que contempla la interposición del interdicto de recobrar por el coposeedor administrador de una comunidad sobre una plantación de pinos repoblados, frente a otro coposeedor: "cabiendo perfectamente que pueda recabar la protección que este procedimiento regula, frente a otras personas, incluso coposeedores que le despojen de dicha posesión, tanto en lo referente a su cuota de participación en los beneficios de la comunidad como en sus funciones de dirección; y ello porque, aparte de no percibir su parte en los beneficios obtenidos por la corta de pinos en los dos caseríos controvertidos, dicha corta se ha llevado a cabo por quien de hecho ejercía la posesión sobre los caseríos, sin perjuicio de que, en la vía declarativa, se discuta la interpretación de las cláusulas contractuales, que es cosa distinta". (CABALLERO GEA, *ob.cit.*, pág.131) -queremos resaltar cómo también pretendía tutelar sus funciones de dirección-. Asimismo, la SAP. de Sevilla de 2 de septiembre de 1978 (GARCIA de MARINA, M.: *Interdictos*, Barcelona, 1992, pág.209).

⁴¹¹ BRANCA, *Comunione*, *ob.cit.*, pág.195.

2.5.2.2. Las alteraciones o innovaciones en la cosa común

El art.397 Cc. expone uno de los principios que presiden toda relación de comunidad: "Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos". Se corresponde con la prohibición de "hacer novedad" del art.1.695.4º Cc. del contrato de sociedad. Habitualmente este artículo se considera una manifestación del *ius prohibendi* romano pero creemos que recoge una restricción mayor. El *ius prohibendi* es una facultad paralizadora, que tiene como referente previo una actuación solidaria individual. Por el contrario, la mención al consentimiento en el art.397 Cc., da a entender la necesidad de una actuación positiva para que las conductas sean eficaces. No obstante, y dado que el término alteraciones, aunque impreciso, designa exclusivamente las modificaciones materiales sin que quepa incorporar las alteraciones jurídicas (vgr.art.597 Cc.)⁴¹², cabe cuestionarse en qué se traduce exactamente dicho consentimiento⁴¹³. Acaso la redacción se limite a precisar la diferencia entre esta categoría y la del art.398 Cc., que legitima inicialmente los actos de administración en

⁴¹² En contra, BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.279; ALBALADEJO, *Derecho civil, ob.cit.*, III,I, pág.397 y PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales...*, *ob.cit.*, pág.231) - también CAPILLA RONCERO, "Comentario al art.1.695", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.465, en relación al "hacer novedad"- . En este sentido MIQUEL, "Comentario al art.397", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.387, quien ubica las alteraciones jurídicas en el art.399 Cc. (en realidad, esa norma contempla la sustitución o variación de la posición del poseedor, sin que el cambio afecte directamente a la cosa).

⁴¹³ Puede servir como indicio el art.579 Cc. cuando exige al medianero que pretende realizar ciertas obras el consentimiento previo de los demás interesados. Sin embargo, ALONSO PEREZ, M.: "Comentario del art.579", en: *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág.1477, estima que "no tiene mucho sentido exigir el consentimiento para introducir vigas hasta la mitad de la pared, pues hasta esa mitad el disfrute del dueño medianero es exclusivo. Sólo se explica por esa contradicción que tiene el Código civil entre la medianería como comunidad y como propiedad exclusiva por mitad, que traduce el propio art.579". Por otro lado, la jurisprudencia considera que la inexistencia de consentimiento previo no supone la demolición de la obra cuando los no consentientes no experimentan menoscabo (vid.REBOLLEDO VARELA, A.L.: "Comentario a la STS. de 6 de diciembre de 1985", *CCJC*, 1986, pág.3279 y ss., que concluye afirmando -pág.3286- que "el consentimiento de los demás partícipes impedirá la demolición de lo construido en el supuesto de extralimitación permitida, pero no tiene sentido exigirlo cuando el cotitular de una pared medianera actúa dentro del estricto ámbito de su derecho"). Tal vez por ese motivo, ROCA JUAN, J.: "Comentario a los arts.575 a 579", en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo*, VII,II, Madrid, 1978, pág.183, daba una visión menos exigente del requisito del consentimiento, al estimar que "juega como una facultad de oponerse los otros medianeros a cualquier uso perjudicial...", lo que supone un claro acercamiento a las coordenadas del *ius prohibendi*. (Por el contrario, el art.597 Cc. no resulta de utilidad, no sólo porque se trata de una alteración jurídica, sino porque se vincula a un acto perjudicial para la finca: la imposición de un gravamen).

tanto no haya resolución -oposición- contraria⁴¹⁴.

Se debe diferenciar dos tipos de alteraciones o innovaciones:

1-. Las que modifican la destinación económica, es decir, cambian la finalidad acordada por los comuneros o la que se deriva de su naturaleza o de los usos del tráfico (arts.394, 401.1, 1.695.2 Cc.)⁴¹⁵.

2-. Las que suponen una alteración física, es decir, una transformación de la forma y/o la sustancia: arts.395, 1.695.4 Cc.⁴¹⁶.

Aunque una alteración puede suponer tanto una modificación física como un cambio en el destino asignado, ambas posibilidades son independientes. Cabe una

⁴¹⁴ Este trato diferente también se constata en el art.1.695 Cc., cuyo 1r. párrafo considera a cada socio apoderado de los restantes "...pero cada uno podrá oponerse a las operaciones de los demás antes que hayan producido efecto legal" frente al 4o. "ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque alegue que es útil a la sociedad". GARCIA GOYENA, *ob.cit.*, pág.830, al comentar el art.1.589 del Proyecto de 1851 -precedente del art.1.695 Cc.-, señala que "no es necesario que el consentimiento sea expreso; bastará que el otro socio sepa y no prohíba la innovación porque, según las 50 y 109 de *regulis iuris*, hay culpa en no prohibir lo que se sabe cuando hay derecho para prohibirlo" y remite a los arts.407.2 (equivalente al art.364.2 Cc. vigente, es decir, la mala fe del dueño que observa sin oponerse la obra, plantación o siembra en su finca) y 420.3 (el actual art.379 Cc.).

⁴¹⁵ Como afirmara ZANCHIUS, *De societate, ob.cit.*, pars.I, cap.VII, n.36: "Si ad usum destinatum re communi uti voluero, jure potero, non solum plerisque, sed omnibus quoque aliis sociis, seu consortibus contradicentibus, nam hoc posteriore casu melior est conditio unius re communi ad usum destinatum uti volentis".

⁴¹⁶ Para MIQUEL, "comentario al art.397", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.387, el concepto engloba los dos tipos fijados en el texto. Del mismo parecer, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales, ob.cit.*, pág.231. Por el contrario, MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos Juan: *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código civil*, Ed.Civitas, Madrid, 1992, pág.127, la reduce al segundo grupo, es decir, a "las alteraciones o modificaciones respecto de la configuración o características de la cosa que no tienen nada que ver con el destino o utilidad que de la misma se obtiene. Hay cambio de forma, no cambio de destino".

En Italia se definen por el mismo criterio (de acuerdo con el Código de 1865, en esta cuestión referencia del nuestro) aunque su validez se apoya en una mayoría cualificada (art.1.108) lo que repercute en el «estatuto» de los poseedores. GUARINO, v.«Comunione...», *ob.cit.*, pág.260, las presenta como "qualsiasi opere che importi o mutamento della cosa nella forma o nella sostanza o una modificazione della destinazione della cosa" y cita como ejemplos (nota 99), la transformación de un terreno en una superficie de fabricación, la desecación de un lago o la apertura de puertas o ventanas en un muro común (también DOSSETTO, M.: v.«Comunione (diritto civile)», *Novissimo Digesto italiano*, III, 1959, pág.865). En nuestro país, se recuerda repetidamente la STS. 21.mayo.1928 que exigió unanimidad para variar el destino pactado al constituirse la comunidad; la alteración consistía en la roturación de terrenos, tras acuerdo de la mayoría, para sembrar cereales, cuando el destino pactado era dedicarlos a pastos y leñas.

alteración del destino económico del bien que no vaya acompañada de una transformación de la forma o la sustancia, si, por ej., se engancha un caballo de carreras a un arado o se usa un turismo para el transporte habitual de mercancías⁴¹⁷; paralelamente, puede permanecer inalterable el destino económico de un inmueble en que se derruyen tres paredes.

Por tanto, cualquier acto del coposeedor inscribible en esta categoría será lícito si se fundamenta en el acuerdo previo y unánime de todos los coposeedores (art.397 Cc.), el cual se incorpora al «estatuto coposesorio» del bien. La vinculación al acuerdo impide que, *a posteriori*, alguno de los sujetos pueda oponerse a su realización mediante los interdictos: sería *venire contra proprium factum*⁴¹⁸.

2.5.3. Especial referencia a la coposesión mediata

En el análisis expuesto siempre hemos tenido como último referente a los poseedores en concepto de copropietarios y ejercitando una coposesión inmediata. Entre los pactos que celebran para obtener los máximos rendimientos sobre la cosa (art.398 Cc.), se inscribe la adjudicación a un tercero del uso directo reservándose un uso indirecto⁴¹⁹. Los coposeedores pueden invertir su concepto incorporando otro poseedor (o coposeedores) que posean la cosa para disfrutarla o conservarla (art.432 Cc.). Ello no supone que pierdan el poder sobre la cosa, sino que lo limitan -suspenden determinadas facultades- al convenir la existencia de un nuevo sujeto con un *ius possessionis* diferente (que se corresponde con el *ius possidendi* derivado del derecho que surge del pacto). Ese pacto pasa a integrar el «estatuto coposesorio» del bien, y por tanto, a pesar de ser adoptado por la mayoría, sujeta a todos los copartícipes, cuyas posesiones se convierten en *mediatas* en el sentido de no visibles como hasta entonces -

⁴¹⁷ FEDELE, *La comunione*, *ob.cit.*, pág.105.

⁴¹⁸ Señala PATERNÓ, *ob.cit.*, pág.175, que la acción posesoria "non avrà ragione di esistere si i condomini hanno espresamente o tacitamente consentito che la nuova opera sia fatta". Para CESAREO-CONSOLO, *ob.cit.*, pág.520, *consentienti non fit injuria*, aunque enumera varias decisiones oscuras. También RAMPONI, *ob.cit.*, pág.837, n. 427.

⁴¹⁹ En caso de pluralidad de sujetos, FEDELE, *La comunione*, *ob.cit.*, pág.162, considera esta opción como la más oportuna, lo que genera la réplica de FRAGALI, *ob.cit.*, pág.295, para quien es mejor tener el uso directo de modo parcial que perder todo contacto inmediato.

aunque siguen recayendo sobre la cosa-. El reconocimiento de su nueva situación se produce con cada pago periódico, si el nuevo poseedor actúa en concepto de arrendatario, o con la distribución de las reparaciones, por ej., en caso de haberla cedido en usufructo⁴²⁰. Ciertamente, y puesto que el supuesto habitual es la constitución de un arrendamiento, el mantenimiento de su relación se manifiesta, por ej., en el reparto de frutos -ahora civiles- que tiene lugar entre ellos o cuando surge la necesidad de efectuar determinadas reparaciones (ex art.1.554.2º Cc.). Asimismo, cualquier coposeedor podrá realizar lo que VALLET de GOYTISOLO denomina «actos propios», esto es, aquellos actos por los que el poseedor exige y acepta la sumisión del tenedor -del poseedor inmediato-⁴²¹. Se trata de un acto solidario que afecta a todos los copartícipes, y cuya omisión -en caso de ser necesario- puede conducir a la pérdida de la coposición mediata.

⁴²⁰ Por lo general, la posición del poseedor que ejercita -o ve reconocido- su concepto mediante actos que no recaen directamente sobre la cosa, se completa con actuaciones que son materiales con independencia de que exista un "mediador posesorio", como las reparaciones que debe llevar a cabo el arrendador, ex. arts.1.554-2 y 1.558 Cc, o en los supuestos de los arts.501 ó 1.751 Cc.

⁴²¹ VALLET DE GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pag.38.

CAPITULO V. LA TUTELA INTERDICTAL DE LA COPOSESION: LA SALVAGUARDA DEL «ESTATUTO COPOSESORIO»

1.Introducción

El efecto por antonomasia de la posesión, abstractamente considerada, es la tutela interdictal. Fundamentada en el mantenimiento de la paz social, en la protección de la personalidad del poseedor o en la defensa, a modo de avanzadilla, de la propiedad⁴²², la tutela interdictal es la consecuencia ineludible de calificar una situación como posesoria. Como ha señalado HERNANDEZ GIL, "con los interdictos se obtiene el círculo delimitativo de toda posesión porque ellos y ésta se implican (o se fundan e identifican) en cuanto no pueden darse separadamente"⁴²³.

Así, el mecanismo específico para preservar la posesión es el procedimiento interdictal, regulado en el art.1.651 y ss. LEC⁴²⁴. Bajo la expresión "tutela interdictal de la posesión" situamos exclusivamente los interdictos de retener y de recobrar, pues son los instrumentos de defensa de la posesión como instituto autónomo, "los medios que las leyes de procedimiento establecen" (art.446 Cc.), aunque al final aludimos a los interdictos de obra nueva y obra ruinosa, por su relación con el poseedor *strictu sensu*.

⁴²² Para SAVIGNY, *Tratado de la posesión, ob.cit.*, págs.3 y 194, la posesión se protege en aras de asegurar la paz y el orden social; algunos Pandectistas, en función del papel que conceden a la voluntad -influidos, en última instancia, por las tesis hegelianas- lo ven un elemento de manifestación de la personalidad del sujeto en su relación con las cosas (así, PUCHTA, *Pandekten, ob.cit.*, § 122, pág.171, o KOHLER, *Lehrbuch..., ob.cit.*, pág.31, quien hace una síntesis de las dos teorías); otros autores, desde IHERING, R.v.: *La posesión (El fundamento de la protección posesoria)*, Madrid, 1926, págs.100 ó 187, la entienden como un instrumento que facilita y favorece la protección de la propiedad. Para una relación exhaustiva de las teorías formuladas, vid.la monografía citada de IHERING, pág.29 y ss.; RANDA, *Der Besitz..., ob.cit.*, § 8, pág.82 y ss. y DALMAU y DE OLIVART, R.de: *La posesión. Apuntes y fragmentos de una nueva teoría posesoria. Noción en el derecho abstracto*, Barcelona, 1884. Una clara síntesis en JORDANO BAREA, "Una relección sobre la posesión", *ob.cit.*, pág.1043 y ss.

⁴²³ HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.633. Como afirmara PUCHTA, «Besitz», en: *Kleine civilistische Schriften, ob.cit.*, pág.414, "die possessorisches Interdicte sind die unmittelbare Wirkung des bloßen und reinen juristischen Besitzes..."

⁴²⁴ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..., ob.cit.*, pág.536, recuerda que junto a los interdictos se debe ubicar la acción publiciana, algunas acciones de desahucio, el procedimiento del art.41 LH. y la protección mediante acciones penales. Vid. también VALLET de GOYTISOLO, "La concurrencia..", *ob.cit.*, pág.64.

Con la elevación a la categoría de posesión de los tradicionales supuestos de tenencia, el Derecho español procura tutela interdictal a todos los sujetos que ejercitan un poder sobre la cosa. El art.446 Cc. recoge esta amplitud: "Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión...". Al garantizar la protección de *todo poseedor* incluye la tutela del coposeedor frente a cualquier lesión posesoria⁴²⁵. Es éste un criterio que se mantiene desde el Derecho romano. D.43,17,1 §7 -en sede del interdicto de retener- prescribía:

"Hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat".

No obstante, la situación de coposesión suscita varias cuestiones. La primera es si cada coposeedor puede ejercitar los interdictos de modo individual o si, por el contrario, necesita el concurso de los restantes partícipes. En segundo lugar, se discute el ámbito de la legitimación activa del coposeedor, es decir, si comprende cualquier lesión posesoria con independencia de quién sea el comitente, o si se restringe a las que deriven de la conducta de un tercero, sin que quepa promover los interdictos cuando el agresor sea otro de los partícipes en la cosa común. Por último, vinculado a la cuestión anterior, de aceptar el litigio entre coposeedores ¿hay que reducirlo a los supuestos de despojo o es predicable también en los casos de perturbación? Y de optar por el segundo criterio, ¿cómo identificar las actividades permitidas y diferenciarlas de las que constituyen restricciones o perturbaciones de los restantes poderes? Estas son las cuestiones que intentaremos clarificar en este capítulo.

2. El fundamento de la legitimación del coposeedor para interponer los interdictos

Ni el Código civil ni la Ley de Enjuiciamiento civil contienen una norma concreta respecto al ejercicio de acciones de defensa judicial de un derecho común. Se ha observado que cabría entenderlo como un supuesto de litisconsorcio activo

⁴²⁵ MARTIN PEREZ, "Comentario al art.445" en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.286: "La protección posesoria es dispensada al coposeedor como a otro poseedor cualquiera, lógica y positivamente, pues la norma del artículo 446 del Código civil no admite excepción".

Como criterio general, cabe recordar la aseveración de DOSSETTO, v.«Comunione (Diritto civile)», *ob.cit.*, pág.869: "non esiste alcuna norma di legge, la quale richieda per potersi far luogo alla tutela possessoria, l'esclusività del possesso da parte di colui che tale tutela invochi".

necesario⁴²⁶. Pero, y con el fin de facilitar el proceso, la Jurisprudencia ha admitido que cualquier comunero puede promover las acciones pertinentes siempre que lo haga en provecho de la comunidad: los restantes copartícipes se beneficiarán de la sentencia que atienda la pretensión del actor, sin que les afecten las decisiones adversas⁴²⁷.

La posibilidad de ejercicio individual es un principio aceptado desde el Derecho romano que se apoyaba en la presunción de que cada comunero tenía un mandato de los restantes para las actuaciones beneficiosas; otros autores lo estimaban un supuesto de gestión de negocios sin mandato. Ya hemos visto la innecesariedad de recurrir a estas instituciones. La legitimación se deriva de la propia configuración de la coposesión⁴²⁸. El coposeedor defiende su *ius possessionis* que recae sobre la totalidad de la cosa y que, como poder autónomo, no precisa de otros sujetos para su defensa - lo que supone en la práctica excluir el litisconsorcio activo-. Pero como ese *ius possessionis* revela un concepto posesorio que explicita la pluralidad, su acción redundará en beneficio de los demás comuneros⁴²⁹. Ni siquiera la oposición de éstos al ejercicio

⁴²⁶ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.771.

⁴²⁷ BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.201; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.771. La Jurisprudencia reconoce expresamente la oportunidad de que un copropietario ejercite una acción procesal en beneficio de la comunidad en, por ej., las STSS. 23.septiembre.1991 y 28.octubre.1991. CABALLERO GEA, J.A.: *Los interdictos de retener o de recobrar y de obra nueva: problemática judicial. Síntesis y ordenación de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias provinciales*, Pamplona, 1984, pág.129, da una relación de los argumentos esgrimidos por las Audiencias para rechazar la excepción de falta de legitimación activa del actor por ser propietario de una parte indivisa del bien y haber ejercitado su pretensión en nombre propio en vez del de la comunidad.

⁴²⁸ De ahí el rechazo a las teorías que entienden la coposesión como una persona jurídica o colectiva. Basta recordar la posición de DONDERIS, *La copropiedad*, *ob.cit.*, pág.96 (vid.Cap.III.3.5. (1ª parte)) y para sustentar nuestra tesis, Cap.III.8.3 (1ª parte)).

⁴²⁹ VALLET DE GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.51 y SCAEVOLA, *Código civil*, *ob.cit.*, t.IV, pág.391, mantienen una postura afín. Para ellos, al concurrir una pluralidad de sujetos y unidad de objeto surgen unas facultades solidarias -que deducen de los arts.548, 1.933 y 450- que justifican la intervención individual con consecuencias generales. Vid.también PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, § 17, pág.105 y ss.

Un significativo sector de la doctrina italiana conceptúa las acciones posesorias como actos de administración, lo que permite la legitimación individual (GRECO, *Della proprietà*, *ob.cit.*, pág. 451; DE MARTINO, F.: *Del possesso*, en: *Commentario del Codice civile a cura di A.Scialoja y G.Branca*, III, Roma, 1951, pág.587). También hallamos ese criterio entre los autores franceses. BIOCHE, *ob.cit.*, n.24, pág.9, lo considera "une simple mesure conservatoire".

individual -por ej., por desidia-, puede detener el proceso⁴³⁰.

HERNANDEZ GIL apoya la legitimación en la existencia de un interés de la comunidad que sobrepasa el estrictamente individual de sus miembros y posibilita tanto el ejercicio conjunto como el individual⁴³¹. No creemos necesario recurrir a ese interés (ex arts.394 y 1.695.2ª Cc.) para fundamentar la legitimación del comunero. En este caso, dada la suficiencia del interés individual, apelar a un interés comunitario podría llevar a conceptuar al comunero actuante como un representante de la comunidad, lo que ya descartamos. Al comunero, titular de su *ius possessionis*, le basta su propio interés y sólo se le exigirá que acredite su condición de poseedor efectivo, pues la naturaleza de los interdictos excluye de su ejercicio a los cotitulares de un derecho que no posean efectivamente⁴³².

3. Finalidad y objeto de los interdictos de retener y recobrar

Solventada la legitimación del coposeedor, debemos analizar los mecanismos de que dispone. Esta cuestión adquiere importancia práctica porque se ha objetado que en los conflictos internos los coposeedores sólo pueden servirse del interdicto de recobrar. Ante esa restricción es preciso fijar el objeto de cada uno de los dos interdictos, aunque en ocasiones no es posible diferenciarlos con claridad⁴³³, por lo que la Jurisprudencia

⁴³⁰ SCAEVOLA, *ob.cit.*, pág.391, "el comunero puede ejercitar por sí el interdicto aún sin anuencia de los copartícipes (...) porque nadie debe sufrir daño alguno por culpa de otro, y lo sufriría el condueño que se viese privado de su posesión por los actos de un tercero, a causa de no haber querido los demás interponer el interdicto".

⁴³¹ HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.655.

⁴³² BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.202; DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.183.

⁴³³ DE DIEGO LORA, C.: *La posesión y los procesos posesorios*, Madrid, 1962, pág.285, propone el ejemplo de una explotación forestal en que un tercero se aprovecha de parte del arbolado. Con posterioridad a su actuación, el poseedor se apercibe. En esos momentos, el tercero ya no actúa sobre la finca, "el poseedor la sigue poseyendo ¿mera perturbación o efectivo despojo?". En derecho alemán, BÄHR, D.: "Zur Besitzlehre", *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 26 (1888), pág.300 y ROHDE, E.: "Schutz des Besitzes", en: *Studien im Besitzrecht*, XXII, Marburg, 1913 (ed.anast.), pág.60, quien observa: "Die Grenze zwischen der Besitzstörung und der Besitzentziehung ist in der praktischen Anwendung oft eine unsichere und zweifelhafte, z.b. es hat jemand ein von einem anderen besessenes Feldgrundstück beackert, es nimmt jemand von einem im Besitz eines anderen befindlichen Getreidenhaufen einen Teil des Getreides weg, es errichtet jemand auf dem Grundstück eines anderen ein Zelt".

ha aceptado la acumulación procesal de ambos. Esta solución práctica no mengua la utilidad de delimitar su objeto, pues aunque el procedimiento sea el mismo, varían los términos de la resolución judicial (art.1.658-1 y 2 LEC.)⁴³⁴.

De modo global se señala que los interdictos de retener y recobrar tutelan de las lesiones posesorias, es decir, de cualesquiera alteraciones del estado de hecho posesorio realizadas por alguien contra o sin la voluntad del poseedor⁴³⁵ y sin autorización del Ordenamiento jurídico. Esta puntualización -que no recoge la ley⁴³⁶- supone excluir, por ej., los embargos judiciales, las providencias dictadas por la Administración dentro de sus atribuciones y los actos realizados en legítima defensa o en estado de necesidad⁴³⁷. Salvo esos hechos, los actos que atenten contra la posesión del sujeto son lesivos (ex art.446 Cc.: inquietaciones) y se dividen (art.1.651 LEC.) en dos categorías: el despojo y la perturbación⁴³⁸.

⁴³⁴ Sobre la cuestión, GUASP, J.: "Dictamen sobre la admisibilidad de la demanda alternativa de interdicto de retener o recobrar", *ADC*, 1948, para quien (pág.1403) es irrelevante la calificación por parte del demandante, dado que "puede oponerse al actor la carga de exponer sin equívocos los hechos que dan lugar al interdicto, pero no la carga de su calificación jurídica". También DE DIEGO LORA, *La posesión...*, *ob.cit.*, pág.286 y ss. En contra, ALVAREZ ABUNDANCIA, R.: "Protección interdictal de la coposesión", *RDP*, 1950, pág.437 (Vid.relación de sentencias en GARCIA de MARINA, M.: *Interdictos*, Barcelona, 1992, págs.240-243).

⁴³⁵ GARCIA VALDECASAS, *La posesión...*, *ob.cit.*, pág.77.

⁴³⁶ El § 858 BGB. sí lo contempla: "Wer dem Besitzer ohne dessen Willen den Besitz entzieht oder ihm im Besitze stört, handelt, sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet, widerrechtlich (verbotene Eigenmacht)". Aquí se inscriben los embargos, la legítima defensa etc. (vid.BIERMANN, *ob.cit.*, pág.16, KOLLHOSSER, H.: "Grundfälle zu Besitz und Besitzschutz", *JuS*, 1993, 7, pág.567).

En nuestro derecho, PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, pág.108, situaban la excepción en el art.1.560.2 Cc., aunque negaban que dicho precepto contuviera una derogación de los arts.441 y 446 Cc. para el caso del arrendamiento.

⁴³⁷ GARCIA VALDECASAS, *La posesión*, *ob.cit.*, pág.78; DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.243; PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, pág.108. MANRESA, *ob.cit.*, págs.262-263, estima improcedentes los interdictos cuando el que actúa lo hace en ejercicio de su derecho "como si el dueño desahucia al arrendatario en uso de su derecho". En particular, MORALES MORENO, A.M.: "Abuso de derecho y estado de necesidad como posibles límites al interdicto de recuperar la posesión (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 27 de noviembre de 1985)", *Poder Judicial*, n.2, pág.62.

Entre los autores italianos, PROTETTI, E.: *Le azioni possessorie. La responsabilità e il procedimento in materia possessoria*, 7ª ed., Milán, 1989, pág.204, los considera supuestos de *spoglio*, pero *lecito*, porque falta alguno de los elementos para la ilicitud del acto. GARCIA DE MARINA, *ob.cit.*, págs.179-180, reproduce su exposición, sin ulterior comentario.

⁴³⁸ Empleamos indistintamente los términos inquietación y perturbación, aunque algunos autores

3.1. La privación o despojo

El despojo o privación de la posesión se define como todo acto que da como resultado el cese del poder de hecho sobre la cosa⁴³⁹. Así se deriva de los arts.466 ("posesión indebidamente perdida") y 1.559.1 Cc. ("usurpación") y de su correlativo remedio: restitución (art.446 Cc.), recuperación (arts.466 Cc. y 1.651 LEC.), o reposición (arts.1.658.2 y 1.659 LEC.). Puede consistir en la pérdida de toda la cosa o de una porción de la misma (el denominado *despojo parcial*). Se afirma que siempre que el autor de la lesión obtiene la posesión del bien -es decir, un poder de hecho estable- existe despojo, aunque no creemos indispensable que el despojante se constituya en poseedor⁴⁴⁰.

3.2. La perturbación

Frente a la aparente compacidad del concepto de despojo, el de perturbación resulta mucho más difuso e incierto⁴⁴¹. En la actualidad, se define como "toda lesión posesoria que no sea despojo"⁴⁴², es decir, se da un concepto *per relationem* de modo

diferencien ambos conceptos. Así, HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.624, da una noción más amplia de perturbación que engloba despojo e inquietación -nosotros debemos subrayar que de una interpretación literal del art.446 Cc. se deduciría justo la tesis contraria-. Vid.también GIMENO SENDRA, V.: "Los juicios posesorios y análogos", en *Derecho procesal*, t.I, vol.II, 6 ed., Valencia, 1992, y PRIETO-CASTRO, L.: *Manual de Derecho Procesal civil*, t.II, 1ª parte, Madrid, 1961, pág.71, quien vincula la perturbación a las actuaciones materiales y la inquietación a los actos ideales.

⁴³⁹ MARTIN PEREZ, "Comentario al art.446", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.306; PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, § 17, pág.107; GARCIA DE MARINA, *ob.cit.*, pág.179 y ss.; HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.624; GARCIA VALDECASAS, *La posesión*, *ob.cit.*, pág.77; DE CASTRO FERNANDEZ, J.M.: *La protección interdictal: amplitud*, Madrid, 1986, pág.143, señala que está constituido por "actos con eficacia bastante para hacer cesar total o parcialmente la situación fáctica que el ordenamiento califica como posesión".

⁴⁴⁰ LEVONI, *ob.cit.*, pág.276; también PROTETTI, *ob.cit.*, pág.201, quien incluye (nota 11) una relación de autores a favor y en contra. En Alemania, WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, § 17, pág.102 y en nuestro derecho, DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.238.

⁴⁴¹ MENOCCHIUS, I.: *De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione*, Venetiis, 1606, Lib.De retinen. posse., cap.III, ns.467-504, enumeraba veintiocho modos de turbar la posesión. La doctrina actual presenta supuestos cotidianos, reconducibles a las conductas de Dig.43,16,11 (arar, sembrar, cavar o edificar). Así, GARCIA VALDECASAS, *La posesión*, *ob.cit.*, pág.78, nota 8: "v.gr. el que arroja basura en el corral vecino, tiende la ropa en el solar contiguo o atraviesa la finca ajena con su vehículo"; DE CASTRO, *ob.cit.*, pág.167, cita, entre otros casos, vallar una parcela, destruir la instalación de cierre entre fincas rústicas o pasar reiteradamente con carro por una finca.

⁴⁴² MARTIN PEREZ, "Comentario al art.446", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.307; WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, § 17, pág.103 (definición que asumen PEREZ y

acorde con la evolución histórica de los interdictos hasta su regulación vigente⁴⁴³. Esta separación no es siempre nítida -de ahí la posibilidad de acumular los interdictos- y ha dado pie a diferentes construcciones⁴⁴⁴. Creemos que se debe optar por un concepto restrictivo de despojo e incluir en la categoría de perturbación todas las conductas que interfieren en el habitual ejercicio del poder sobre la cosa⁴⁴⁵. Aquí se integran las actividades que dificultan el normal desarrollo de alguna actividad, haciendo más gravoso o incluso impidiendo el uso (arts.394 *in fine* y 1.695.2 Cc.)⁴⁴⁶. Asimismo, constituyen perturbación las conductas que alteran la forma o la sustancia de la cosa⁴⁴⁷ o persiguen mudar su destinación económica⁴⁴⁸⁴⁴⁹. En la práctica,

ALGUER, pág.107); WENDT, "Besitz und Inhabung...", *ob.cit.*, pág.144, observaba: "Unter dem Worte der Störung ist ja auch bisher schon immer der Gegensatz zur Besitzentziehung verstanden".

⁴⁴³ La evolución del interdicto de retener centra la segunda parte de este trabajo, por su conexión con el art.445 Cc.

⁴⁴⁴ Un primer criterio es designarlos a partir del tipo de lesión que comportan. Se ha afirmado que el despojo supone la privación, total o parcial, de un bien o de la posibilidad de injerencia sobre éste, en tanto que la molestia limita o dificulta el normal disfrute del mismo (ROSELLI, *Il possesso...*, *ob.cit.*, págs.35 y 39). En segundo lugar, se ha intentado acotar cada concepto atendiendo a cómo repercute la agresión -en vez de examinar sus caracteres- de modo que el despojo incidiría directamente sobre la cosa, sustrayéndola en todo o en parte al poder del sujeto y la molestia se dirigiría fundamentalmente a la actividad del poseedor (PROTETTI, *ob.cit.*, pág.462, nota 12 y pág.463 y ss.) -en el Código civil avalan esa distinción los arts.1.559.1 ("en la cosa") y 1.560.1 ("en el uso")-. Esta tesis, aunque formulada autónomamente, enlaza directamente con la anterior.

Aún podríamos aventurar un último criterio atendiendo no ya al actor, sino al perjudicado por la conducta lesiva. Si es privado de la cosa, de modo que su tutela pasa por la reposición -ha habido cambio de poseedor- estamos ante un supuesto de despojo; si se contrapone a una abstención del poseedor, que se mantiene como tal poseedor, se tratará de una perturbación.

⁴⁴⁵ PROTETTI, *ob.cit.*, pág.466. En nuestro derecho, HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.631, la define como toda conducta que sin o contra la voluntad del poseedor invade o amenaza invadir la esfera posesoria y que "sin llegar a la privación de la posesión, pone en duda la misma e impide o dificulta su libre ejercicio tal y como venía realizándose antes de la inquietación".

⁴⁴⁶ BONFANTE, P: "Il «ius prohibendi» nel condominio", en: *Scritti giuridici varii*, Torino, 1926, pág.387: "L'uso della cosa è garantito a ciascun condomino, (...) poichè, com è noto, proibir l'uso della cosa cui alcuno gode è turbativa di possesso". Vid.también WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, pág.103. Ello no impide que se califiquen de despojo. Así, SAP. de Huelva de 8 de noviembre de 1979 (GARCIA DE MARINA, *Interdictos*, *ob.cit.*, pág.184). En derecho italiano, vid.CABELLA PISU, L.: v.«Azioni possessorie», *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, 4ª ed., II, Torino, 1988, pág.65.

⁴⁴⁷ Aquí cabría situar la SAT. de Granada de 5.diciembre.1967 que, respecto al enturbiamiento de aguas para abreviar, señaló que "no cabe duda de que se ha producido una modificación y alteración en las circunstancias en que se venía ejerciendo la posesión, que equivale a un despojo". (cfr.PARRA LUCAN, Mª A.: *La protección al medio ambiente. Orientaciones de la Jurisprudencia civil*, Madrid, 1992, pág.160). De acuerdo con los criterios expuestos, se trataría de una perturbación.

⁴⁴⁸ MONTEL, A.: "A proposito di possesso del nudo proprietario", *Riv.Trim.Diritto e Procedura*

estas conductas se asocian frecuentemente con el despojo, pero dado que el poseedor lesionado conserva el contacto con la cosa, consideramos, en base a la literalidad de la ley procesal, que se trata de perturbaciones. Hay que reseñar que la Ley de Enjuiciamiento civil tutela la posesión concebida como influencia -como relación externa de dominación- y presupone que el lesionador es un tercero. Por ello, en los supuestos en que el demandado goza de una situación posesoria que también legitima su injerencia sobre el bien, determinados actos pueden recibir la calificación de despojo, como en las relaciones entre los coposeedores, en que, por ej., la mutación del destino económico con *animus spoliandi*, indica la voluntad del coposeedor de

civile, 1959, pág.1025, "Il nudo proprietario può agire in possessorio contro lo spoglio che gli sia derivato dall'essersi l'usufruttuario o un terzo posto a godere il bene in contrasto con la sua destinazione economica; l'interesse del nudo proprietario al riguardo non ha nulla a che vedere con l'interesse che egli ha con riferimento al pericolo di una usucapione". CABELLA PISU, v.«Azione possessorie», *ob.cit.*, pág.65, se acoge a esta definición y comenta la Sentencia de 4 de mayo de 1982 que consideró despojo la acción del coposeedor de un sepulcro familiar que inhumó a un extraño. (este caso se resuelve en el derecho romano con la *actio pro socio*). Estos supuestos nos interesan porque evidencian la posición del derecho italiano que da un concepto amplio de despojo para facilitar la tutela. La ampliación se justifica por dos motivos: todo despojo se resuelve mediante la acción de recobrar, que exige menores requisitos que la *manutentio*, y en base a que esas conductas pueden hacer suponer una voluntad de inversión del concepto posesorio del actuante -inicialmente legitimado para actuar sobre la cosa- que pretendería excluir a los demás.

⁴⁴⁹ Para fijar el concepto de perturbación resulta útil examinar el objeto de la acción negatoria, que desempeña en el ámbito petitorio una función paralela al interdicto de retener. Como apunta BONFANTE, *La proprietà, ob.cit.*, pág.29: "L'uti possidetis è in sostanza il parallelo della negatoria in possessorio". (Asimismo, GENTILE, F.S.: *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1958. pág.452; ARNDTS, *Lehrbuch...*, *ob.cit.*, §171, pág.273 y BRUNS, C.G.: *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar, 1874, pág.63. En España, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.547).

Frente al mutismo del Cc. o de la LEC. -lo que no ha impedido insertarla en el art.590 Cc. (vid.CONDE-PUMPIDO TOURON, C.: "Derecho de propiedad y protección del medio ambiente. La acción negatoria", *Cuadernos de Derecho judicial*, Madrid, 1994, pág.256)- el derecho civil catalán la regula en el art.1 de la *Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge*: "El propietari d'un immoble té acció per a fer cessar les pertorbacions il·legítimes del seu dret que no consisteixin en la privació o el reteniment indeguts de la possessió. Igualment en té per a exigir l'abstenció de pertorbacions futures i previsibles d'aquest mateix gènere". En base a esta redacción, EGEA FERNANDEZ, J.: *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Madrid, 1994, pág.30, define la perturbación como "cualquier inquietación en la posesión de la finca (no privación o retención), ya consista en la entrada material en ella, la construcción, inmisión..". (vid. también SALVADOR CODERCH, P./ SANTDIUMENGE, J.: "La acción negatoria (Comentario a la S.T.S. de 3 de diciembre de 1987)", *Poder Judicial*, n.10, pág.118, que parecen negar la posibilidad de comparación al definirla como "la acción que corresponde al propietario contra todo tipo de perturbaciones no posesorias dirigidas contra su derecho", pero en realidad, la acción comprende todas las perturbaciones que no consistan en la privación de la posesión y así lo matiza AMAT LLARI, M^a E.: "La regulación de las inmisiones en el CC." en: *Centenario del Código civil*, Asociación de Profesores de Derecho civil, I, Madrid, 1990, pág.85, cuando, tras reproducir su opinión, añade que "puede también esgrimirse contra perturbaciones fácticas".

despojar a los restantes partícipes de sus posesiones respectivas.

En el concepto de perturbación tienen cabida tanto los actos materiales que repercuten directamente sobre la cosa o sobre el ejercicio del poseedor, como las inmisiones, es decir, aquellas inquietaciones de carácter no posesorio en sí mismas que alteran la posesión del sujeto⁴⁵⁰ sin que éste deba soportarlas⁴⁵¹⁴⁵². El límite de la perturbación se sitúa en la desposesión efectiva, de modo que los actos que constituyen tentativa de despojo son perturbaciones *strictu sensu*⁴⁵³.

Si la perturbación está acotada por un extremo por el despojo consumado⁴⁵⁴,

⁴⁵⁰ LACRUZ, *Elementos...*, III, I, *ob.cit.*, pág.340 y ALONSO PEREZ, M.: "Las relaciones de vecindad", *ADC*, 1983, pág.396, recuerdan que los interdictos tutelan frente a las inmisiones materiales y PARRA LUCAN, *La protección del medio ambiente...*, *ob.cit.*, pág.156, cree que el problema es dirimir "qué interdicto procede con relación a las inmisiones en la propiedad ajena" y da una relación de sentencias de Audiencias Provinciales. Ya en el derecho romano (D.8,5,8,5) se emplea el interdicto *uti possidetis* para contestar las inmisiones de humos. (Sobre las inmisiones, AMAT LLARI, *ob.cit.*, pág.75 y ss.; EGEEA, *ob.cit.*, pág.73 y ss.; PUIG I FERRIOL, L.: "Las inmisiones en la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, sobre acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad", *La Llei de Catalunya i Balears*, 1992, pág.705 y ss. y ALGARRA PRATS, Esther: *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraw Hill, Madrid, 1995, pág.183 y ss. -fundamentalmente, pág.236 y ss.-).

⁴⁵¹ WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, pág.100, recuerda que el propietario de una finca no puede impedir las inmisiones que procedan del predio vecino usuales en el lugar (por ej., humos en una región fabril), y por lo mismo tampoco las puede prohibir el poseedor del inmueble, "pues en el juicio posesorio se considerará que no hay una turbación posesoria (*non turbat*)". La Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatoria, les immisions, les servituds i les relacions de veinatge, recoge esta puntualización para la acción negatoria, en el art.3.2.

⁴⁵² En la 2ª parte de este trabajo (Cap.III.5.1) se estudia la *turbatio verbis*, como supuesto límite de la perturbación.

⁴⁵³ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.547; GARCIA de MARINA, *Interdictos*, *ob.cit.*, pág.141 y ss. da una relación de Sentencias de las Audiencias. En Italia, SACCO, *ob.cit.*, pág.232.

⁴⁵⁴ Se ha omitido una definición de *despojo parcial* y se ha aceptado sin más la que lo vincula a la privación de parte de una cosa. Se trata de un concepto relativamente reciente que, por ej., los italianos acogen, con matices para todos los gustos. Se asocia tanto al supuesto en que cesa la posesión sobre una parte de la cosa, como cuando se restringe su ejercicio sobre todo el bien (LEVONI, *ob.cit.*, pág.281). Como observa CABELLA PISU, v.«Azione possessorie», *ob.cit.*, pág.65: "si è detto che spoglio parziale non è solo la soppressione del potere di fatto su una parte della cosa, ma anche la riduzione o restrizione duratura della facoltà inerenti al potere esercitato sulla cosa intera". Esa ambigüedad queda patente en el caso que recoge PROTETTI, *ob.cit.*, pág.348 (nota 17): el condómino de un edificio, gestor de un bar en la planta baja, que había colocado mesas y sillas en el área de entrada y comprometía el tránsito de los otros condóminos. No parece útil, tras constatar lo gravoso de otros conceptos, intentar acotar uno nuevo.

por el otro la delimitan el *ius usus innocui* y las «relaciones de vecindad», dos conceptos que designan una serie de actuaciones de tercero que el titular o detentador de la cosa debe soportar⁴⁵⁵. Diferenciamos ambas figuras -que presentan significativos puntos de contacto- porque la primera no se vincula necesariamente a la existencia de fundos. El poseedor no podrá alegar que las actividades del sujeto -un vecino o un tercero cualquiera- perturban su posesión⁴⁵⁶, aunque la legitimidad de esas conductas vendrá delimitada, en última instancia, por la ley, los usos y costumbres o la equidad⁴⁵⁷. Asimismo, el concepto de perturbación excluye las molestias interinas o transitorias. Los actos que empecen el ejercicio deben sucederse en el tiempo: no basta una conducta aislada, un acto saltuario⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ Vimos el *ius usus innocui* al estudiar las utilidades satisfactivas secundarias. Sobre las relaciones de vecindad, LACRUZ, *Elementos...*, III, I, *ob.cit.*, pág.331 y ss.; BONFANTE, P.: *Las relaciones de vecindad* (traducción, prólogo, concordancias y apéndice de Alfonso García Valdecasas), Ed.Reus, Madrid, 1932; ALONSO PEREZ, "Las relaciones de vecindad", *ob.cit.*, pág.396 y FERNANDEZ URZAINQUI, F.J.: "Las relaciones de vecindad entre fundos en el derecho civil común y foral", *Cuadernos de Derecho judicial*, n.9, C.G.P.J., Madrid, 1994, pág.115 y ss. En concreto HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.633, recuerda que el poseedor debe soportar las hojas que caen en su terreno de los árboles vecinos plantados a la distancia preceptiva, "en cambio, si, por ej., el sistema de calefacción utilizado genera unos humos excesivos y nocivos, que invaden la finca contigua, aparte de suponer una transgresión de disposiciones administrativas (...) podría afrontarse asimismo como una inquietación en la posesión". Por último, hallamos una mención expresa a las "relaciones de vecindad" en el Párrafo 8 de la Exp.de Motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, como referencia inspiradora para que "el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno ni en menoscabo del conjunto, para así dejar establecidas las bases de una convivencia normal y pacífica".

⁴⁵⁶ DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: *El Derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madrid, 1993, págs.287-288, recuerda que algunos autores los fundan en la tolerancia del dueño (art.444 Cc.) lo que le lleva también a considerar que el dueño puede impedirlos (arts.348, 349 y 354 Cc.), aunque añade que podría constituir -de existir costumbre en contrario-, un abuso de derecho. Como afirma LOPEZ de HARO, "El *ius usus innocui*", *ob.cit.*, pág.18, el término "ius denota que se trata de un derecho, no de un permiso, ni de una tolerancia".

⁴⁵⁷ "...la molestia si misura per gradi ed è mantenibile o no a secondo che superi o no la normale tollerabilità" (sentencia de 24.octubre.1974, *Il Foro italiano*, 1975, I, pág.627).

⁴⁵⁸ Precisamente ALONSO MARTINEZ, en los trabajos preparatorios de la LEC.1881 observaba que se debían superar las vaguedades del interdicto de retener, distinguiendo su objeto de los atentados fugaces, como el paso de ganado (LASSO GAYTE, J.F.: *Procedimiento civil, Crónica de la Codificación española*, Ministerio de Justicia, Madrid, pág.144). Esta es, por otro lado, una afirmación común. En su momento DERNBURG, *Lehrbuch...*, *ob.cit.*, pág.320, resaltaba que las conductas aisladas daban lugar a una "Schadenersatzklage, nicht aber eine Klage auf Besitzregulierung begründen" y los juristas alemanes recientes mencionan de modo recurrente la Sentencia de 28.8.1984 de Augsburg (*NJW*, 1985, pág.499) que niega el carácter de perturbación a la entrada en dos ocasiones -en un plazo de varios meses- en un jardín vecino en busca de un gato.

4. La interposición de los interdictos de retener y recobrar frente a terceros

Las lesiones posesorias derivadas de terceros facultan a los poseedores a interponer los interdictos. Pero, así como resulta incontrovertida la legitimación indistinta cuando la lesión repercute en los *ius possessionis* de todos los sujetos -pues se traduce en la vulneración del «estatuto copositorio» del bien-⁴⁵⁹, parece más complejo arbitrar qué ocurre si la lesión afecta exclusivamente a uno de los coposedores.

4.1. La perturbación dirigida estrictamente contra uno de los comuneros

WOLFF plantea el supuesto de un extraño que realiza un acto de autoridad propia prohibida dirigido expresamente contra uno de los coposedores y afirma que éste será el único legitimado para solicitar el restablecimiento del estado anterior -o bien para restablecerlo él mismo por la fuerza-⁴⁶⁰.

Creemos que ésta es la solución adecuada. La especificidad de la coposición es la existencia de una pluralidad de poseedores, que ante una posible lesión son "perturbables" o "expoliables". Los interdictos sólo operan entre inquietador e inquietado (arts.446 Cc. y 1.651 LEC.) por lo que si la perturbación afecta exclusivamente a uno de los copartícipes, éste es el único legitimado activo. Si la lesión supone excluir a ese copartícipe de la comunidad y su suplantación por un nuevo poseedor, ciertamente tiene lugar una modificación subjetiva -y relativa- de la coposición, pero al no afectar el «estatuto copositorio» del bien, los restantes sujetos

⁴⁵⁹ Un sector de la doctrina italiana señala que, en las relaciones exteriores, esto es, frente a las actuaciones de terceros, los coposedores aparecen "come una sola entità" (así, LEVONI, *ob.cit.*, pág.154; MASI, *Il possesso*, *ob.cit.*, pág.441, MONTEL, v.«Condetenzione», *ob.cit.*, pág.109). Con esta afirmación no pretenden avalar una teoría concreta de la estructura de la coposición, sino constatar la comunicabilidad de los efectos que consideran beneficiosos. MONTEL, *Ibidem*, también lo fundamenta en que al tercero no le interesa cuál es la cuota de cada uno ni puede pretender eludir las consecuencias de la acción interdictal alegando la incerteza de las cuotas singulares.

⁴⁶⁰ WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, pág.123, contempla el supuesto de que los demás coposedores hayan permitido el ataque o si éste respecto a ellos era contra derecho -por ej., por embargo de una cosa del deudor que coposían éste y un tercero. (Este caso es deudor, creemos, de la no soterrada visión de los interdictos como remedio a los ataques a la personalidad del sujeto en su proyección sobre las cosas). En nuestro país lo reproduce VALLET de GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.51. HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.656, presenta un supuesto semejante y da la misma solución: "en caso de arrendamiento de la cosa común a uno de los partícipes (...) una lesión experimentada en el seno de la posesión arrendaticia, le atribuirá a él sólo la legitimación". (entre los italianos, vid.LENER, *La comunione*, *ob.cit.*, pág.277 nota 77).

no pueden incoar las acciones interdictales: carecen de interés para ello⁴⁶¹.

4.2. Legitimación en el supuesto de distribución del uso

Este supuesto se relaciona con el anterior, aunque incorpora el plus de la ordenación del uso derivada de un acuerdo de la comunidad (art.398 Cc.). Así como en la explotación conjunta resulta difícil individualizar al coposeedor perturbado, en caso de distribución topográfica o temporal del uso puede ocurrir que corresponda a un coposeedor concreto rechazar la actuación, porque sólo a él le afecte de modo directo⁴⁶² -por ej., si un sujeto habitualmente paseara sus perros por la zona asignada a un poseedor-. Si el poseedor inquietado permanece inactivo, otro coposeedor podrá incoar la acción⁴⁶³ cuando la conducta del tercero altere, o pueda alterar, la sustancia, la forma o el destino de la cosa⁴⁶⁴. La legitimación obedece a que, con la agresión aparentemente relativa/subjetiva, se perturba la coposesión de modo absoluto: se pretende modificar el «estatuto coposesorio» del bien.

Por tanto, se ha de atender en cada caso a la naturaleza de la lesión -a si, por ej., se reduce a una molestia de hecho acotable al terreno asignado y vinculada estrictamente a la facultad de uso del coposeedor inactivo-. Si sólo contesta el *ius possessionis* de ese sujeto, los restantes partícipes carecen de interés para defenderlo, pues sus posiciones se mantienen intactas (ergo excluidos de los arts.446 Cc. y 1.651 LEC.). Por contra, si la actuación del tercero pudiera dar lugar a un *ius possessionis* concurrente -por no haber suplantado al otro coposeedor- o a una alteración del objeto,

⁴⁶¹ PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, § 21, pág.124, avalan la tesis contraria pues señalan que "al suponer que cada coposeedor posee el todo, se reconoce que cualquiera de ellos puede defender la posesión totalmente, cualquiera haya sido el comunero perturbado (cfr.art.450 prop.2)".

Por el contrario, creemos que incluso si la privación no supusiera la adquisición de la posesión por el despojante -lo que incide en el «estatuto coposesorio» del bien porque incrementa las "cuotas de hecho" de los restantes partícipes-, éstos no pueden intervenir, porque se trata de una transformación que les favorece.

⁴⁶² HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.656; DE CASTRO FERNANDEZ, *ob.cit.*, pág.182. En favor de la legitimación indistinta, LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.73.

⁴⁶³ HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.656, ha señalado que "siempre será invocable que la perturbación alcanza al interés común encarnado por la coposesión". Ese recurrir al interés común es acorde con su fundamentación de la legitimación de cada coposeedor, vista con anterioridad.

⁴⁶⁴ FEDELE, *La comunione*, *ob.cit.*, pág.605.

cualquiera de los restantes comuneros podrá intervenir: la ampliación de titulares o las innovaciones sí repercuten en el «estatuto coposesorio», lo que se traduce en una inquietación de su *ius possessionis*⁴⁶⁵.

4.3. Las actuaciones de tercero avaladas por la aquiescencia de un comunero

Hasta ahora hemos presupuesto que el tercero actúa por iniciativa propia, pero ¿y si su actividad trae causa del consentimiento de alguno de los miembros? Ese consentimiento/ conocimiento del coposeedor tiene tres manifestaciones: cesión, tolerancia y licencia.

La cesión de su parte o de sus aprovechamientos es una facultad individual de cada comunero (art.399 Cc.), ejercitable sin el consentimiento de los restantes partícipes quienes habrán de soportarlo por cuanto no les afecta: El nuevo poseedor, al sustituir en la posesión inmediata al anterior, queda vinculado al «estatuto coposesorio» preexistente.

Cabe, no obstante, que el nuevo poseedor -en concepto de usufructuario, arrendatario etc...- desarrolle una actividad que supere los límites de su concepto posesorio. En ese caso pueden darse dos situaciones: que infrinja únicamente el concepto posesorio del cedente, en cuyo caso los otros coposeedores no tienen acción -el clásico supuesto de interversión-, pues carecen de interés para interponerla, o bien que invada el ámbito de poder de los restantes -contestando la ordenación que ha progresivamente conformado el «estatuto coposesorio»-, lo que faculta indistintamente a cualquiera de ellos para intervenir.

Respecto de la legitimidad -o no- de los actos de tercero apoyados en la tolerancia (arts.444 y 1.942 Cc.) o licencia (art.1.942 Cc.) de un coposeedor, debemos previamente delimitar cada categoría, y en concreto, puesto ya que vimos los actos tolerados al estudiar el contenido del «estatuto coposesorio», nos centraremos en los

⁴⁶⁵ La afirmación entronca con el caso que presenta LEYSER, A.: *Meditationes ad Pandectas...*, Lipsiae, Brunsvigae et Guelpherbyti, Lib.XLIII, Tit.XVI, "De spolio in genere", IV, fol.681: "Spolium, ut dixi, est interversio possessionis alienæ. Poterit tamen contingere, ut quis in possessione quidem relinquere videatur, nec vim ullam externam patiat, atque tamen spoliatur. Accidit hoc, quando quis compossessionem rei, ab alio iam ante possessæ, apprehendit".

fundamentados en la licencia. Estos actos, al aparecer en sede de usucapición, han sido relacionados con los títulos contractuales que legitiman una posesión no *ad usucapionem*⁴⁶⁶. En puridad creemos que aluden a aquellos actos materiales que se apoyan en la iniciativa del concedente: frente al poseedor tolerante que admite la actuación -por lo general aislada- del tolerado, en caso de licencia es el poseedor quien interviene activamente permitiéndolos, aunque sin quedar indisolublemente vinculado por su decisión⁴⁶⁷. Por consiguiente, el poseedor podrá revocar unilateralmente la licencia y las conductas sobrevenidas se reputarán perturbaciones. Asimismo, en el caso de los actos tolerados, y en defecto de manifestación confirmatoria de algún coposeedor, cualquier otro partícipe podrá oponerse a su ejercicio, pues no tienen otro fundamento que el beneplácito de quienes materialmente ejercitan poderes de hecho.

5. La tutela interdictal en los conflictos entre coposeedores. Su controvertida idoneidad

En tanto que la legitimación del coposeedor frente a terceros resulta indiscutible, se debate la legitimación de los coposeedores en los conflictos internos. La ley no

⁴⁶⁶ MORALES MORENO, *ob.cit.*, pág.121; COCA PAYERAS, "Comentario del art.444", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1195 y LUNA SERRANO, A.: "Comentario del art.1.942", en: *Comentario del Código civil*, II, Madrid, 1993, pág.2101.

⁴⁶⁷ Frente al supuesto de la tolerancia, aquí cabe hablar de su carácter continuado. Se ha observado que la licencia podría entenderse como manifestación unilateral del poseedor legítimo, o incluso que se trata, en determinados supuestos, de licencia legal (DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.488). Esta postura parece subrayar en exceso el carácter firme de la licencia. HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.397, las estima excesivas y hace depender la licencia de una concesión en que interviene positivamente la voluntad del poseedor, frente a la más amplia categoría de la tolerancia, que asocia a la condescendencia.

El único referente del art.1.942 es el art.2.232 del Code francés que junto a los actos de mera tolerancia incluye "les actes de pure faculté" (lo asume el art.1.950 del Proyecto de 1851-"actos de mera facultad", aunque GARCIA GOYENA, *ob.cit.*, pág.1004, no da ninguna explicación- y el art.688 Cc. italiano de 1865 -el art.1.144 del Cc.de 1942 ya no los menciona-). Apoyando lo dicho en texto, la idea de facultad podría entenderse como deferencia, como actitud positiva del poseedor. Esta es la solución que propone BORRELL y SOLER, *El dominio según el código civil español, ob.cit.*, pág.355, y que no es recogida en general por la doctrina. Los estudios sobre los actos de mera facultad se ciñen a la prescripción adquisitiva y dan pie a posiciones inconciliables: vincularlo al uso de bienes que pertenecen a todos, como tomar agua de una fuente pública (vid.MARCADE, *Explication du Tit.XX, Liv.III, du Code Napoléon....*, *ob.cit.*, pág.90 y TROPLONG, *Commentario sulla prescrizione, ob.cit.*, n.381), identificarlos con los actos tolerados o predicarlos de las facultades que se integran en un derecho -lo que a su vez derivaba en la cuestión de la usucapibilidad individual de dichas facultades (PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva, ob.cit.*, ns.206-207, pág.370; CESAREO-CONSOLO, *ob.cit.*, ns.110-114, pág.187 y ss.; PALOPOLI, v.«Possesso», *ob.cit.*, n.8 (pág.41) y PROTETTI, *ob.cit.*, págs.52-53). Los términos de la discusión pertenecen a otro ámbito, ajeno a nuestro propósito.

establece ninguna distinción restrictiva pero existen decisiones judiciales en contra⁴⁶⁸ y severas discrepancias doctrinales. Como exordio, queremos destacar la opinión de ALVAREZ ABUNDANCIA, quien niega la tutela interdictal entre ellos⁴⁶⁹. Al ser el único jurista español que ha dedicado un artículo monográfico a la materia, transcribimos su argumentación antes de proceder a su crítica:

» a) el coposeedor demandante se hallaría, en cuanto a la posesión de la cosa, en iguales circunstancias y condiciones que el coposeedor perturbador o despojante; b) por tanto, frente al demandado, no sería el actor un poseedor exclusivo, sino un poseedor que, más o menos paradójicamente, compartiría su posesión con aquél; c) si los interdictos tutelan la posesión actual, en la coposesión, lo mismo el coposeedor demandante que el coposeedor demandado son poseedores actuales; d) las acciones interdictales son remedios creados para la defensa de la posesión en primera línea y frente a quienes no sean poseedores; e) la perturbación o el despojo no procederían de fuera sino de la esfera interna de la posesión; f) en consecuencia, cada coposeedor sólo podría disfrutar de una tutela posesoria parcial, o sea referida únicamente al despojo - no a los actos de inquietación o perturbadores de su coposesión - porque éstos se confundirían en la realidad con los que legítimamente corresponden a todo coposeedor; g) quedaría, pues, eliminada la posibilidad de ejercitar la acción posesoria de amparo; h) en cuanto al despojo, bien se comprende que el pronunciamiento restitutorio de la sentencia, a que alude el art.1.658 de la LEC., sólo es operante en función de la posesión exclusiva del actor; i) por tanto, el coposeedor demandante habría de convertirse en poseedor exclusivo: a) respecto a los demás coposeedores ajenos a la litis, y b) en cuanto al coposeedor que hubiese realizado los actos de inquietación o de despojo, de donde resultaría que un estado plural coposesorio vendría a convertirse, por consecuencia del ejercicio de la acción recobratória, en una situación singular de posesión exclusiva de un coposeedor, en perjuicio de todos

⁴⁶⁸ La S.A.T. de Valencia de 23.enero.1967 señala: "la posesión que ha de merecer la protección de la medida cautelar recuperatoria utilizada, ha de ser la de carácter exclusivo y excluyente, siendo improcedente dicha acción cuando la posesión de la cosa o derecho es de algún modo compartida o indivisa". Asimismo, la S.A.P de Avila de 15.febrero.1972 determina que en el supuesto de indivisión "no puede hablarse con propiedad de perturbación o despojo imputable al demandado, porque tales acciones repugnan a la propia naturaleza jurídica de la comunidad de bienes". CABALLERO GEA, *ob.cit.*, págs.124-125 y DE CASTRO FERNANDEZ, *La acción interdictal: amplitud, ob.cit.*, págs.186-192, dan una relación de sentencias de Audiencias que proscriben las acciones entre coposeedores.

⁴⁶⁹ ALVAREZ ABUNDANCIA, R.: "Protección interdictal de la coposesión", *RDPr*, 1950, pág.441. Reproduce parcialmente su exposición CABALLERO BONALD, R.: "Problemática de los interdictos de retener y recobrar (Concurrencia de poseedores)", *Revista de Derecho judicial*, II, 1961, pág.211.

En derecho alemán, es especialmente beligerante el artículo de BÜFF: "Haben Mitbesitzer unter einander possessorische Interdicte?", *Archiv für praktische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts, Civilprozesses und Criminalrechts*, 1866, objeto de recurrente crítica de los juristas posteriores (él fundamenta su negación en la no exclusividad de la posesión de cada partícipe, concepto que ya hemos superado).

los demás; j) finalmente, las acciones interdictales protegen la posesión actual; todos los coposeedores son poseedores actuales, siendo, por tanto, extensiva a todos ellos la preferencia que señala el art. 445 Cc.; y que, en consecuencia, no están legitimados activa ni pasivamente, unos frente a otros."

ALVAREZ ABUNDANCIA mezcla razones que afectan a los dos interdictos indiscriminadamente y otras que los distinguen. Se pueden ordenar en varios subgrupos:

- a) la condición de poseedor actual tanto de demandante como de demandado,
- b) la exigencia de posesión exclusiva para el ejercicio de los interdictos posesorios,
- c) la necesidad de que toda lesión posesoria se derive de un tercero ajeno a la cosa.

Todos los argumentos son fácilmente refutables: en primer lugar, es evidente que coposeedor perturbador y coposeedor lesionado mantienen una posesión actual en el interdicto de retener -toda perturbación comporta no desposesión-, pero la posesión del segundo se ve constreñida por la conducta del primero, que conculca el estado posesorio previo. Respecto al interdicto de recobrar, la posesión del coposeedor "despojando de dicha posesión" (art.1.562.2º LEC.) ya no es actual en el sentido de los art.445 o 459. Aunque la mantiene de modo incorporal durante un año (art.460.4 Cc.), carece de la posibilidad de ejercicio discrecional y por tanto difiere de la posesión *actual* que adquiere el despojante (art.460.4 Cc.)⁴⁷⁰. En segundo lugar, no se precisa una posesión exclusiva para promover los interdictos, que excluiría al coposeedor de la condición de poseedor (ex arts.446 Cc. y 1.651-52 LEC.). Por último, la alusión al pronunciamiento derivado del art.1.658 LEC. es inexacta, pues el coposeedor no pretende la restitución en exclusiva (que implicaría despojar a los demás comuneros) sino el retorno a la situación anterior, a ser reintegrado él en la posibilidad de realizar actos posesorios⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Vid.Cap.I.3.1 (1ª parte).

⁴⁷¹ El dato relevante de su exposición es la mención (apdo. j), del art.445 Cc., pues lo relaciona con los interdictos y ésa es -como veremos después- la interpretación correcta. No obstante, esa vinculación se ha de hacer cuando los poseedores no se consideran coposeedores sino poseedores *in solidum*.

También se ha fundado la restricción en que la posesión del coposeedor es «equivoca». Ya hemos visto cómo, erróneamente, se confunden las nociones de posesión exclusiva y posesión no equivocada⁴⁷². El recurso a la equivocidad en nada contribuye a solventar la cuestión.

En suma, debe defenderse la legitimación activa y pasiva de los coposeedores entre sí respecto a las acciones interdictales⁴⁷³, aunque la naturaleza de su relación comporte determinados matices en función del interdicto que se utilice: la contundencia del interdicto de recobrar contrasta con la mayor complejidad que ofrece el interdicto de retener⁴⁷⁴.

5.1. El interdicto de recobrar: Sin limitaciones entre los coposeedores

Resulta incontrovertida la legitimación activa del coposeedor si es privado de la posesión por la actuación de otro partícipe. De acuerdo con el concepto de despojo perfilado, aquí se sitúan todas las conductas que impiden a un coposeedor acceder a la

⁴⁷² Vid. Cap. IV. 2. 5. 1 (1ª parte).

⁴⁷³ Algún Ordenamiento jurídico se ocupa específicamente del coposeedor. Así, el § 866 BGB. -que veremos en texto- o el art. 2.489 Código civil argentino, que prescribe: "El copropietario del inmueble puede ejercer las acciones posesorias sin necesidad del concurso de los otros copropietarios, y aún puede ejercerlas contra cualquiera de estos últimos, que turbándolo en el goce común, manifestase pretensiones a un derecho exclusivo sobre el inmueble".

⁴⁷⁴ A la exposición de ALVAREZ de ABUNDANCIA cabe oponer, entre otras, la SAP. de Alicante de 2. febrero. 1977: "Es factible la acción interdictal entre coposeedores en base a las siguientes argumentaciones: a) que este Tribunal no ignora que la procedencia o improcedencia de la pretensión interdictal entre coposeedores constituye materia resuelta de forma dispar por las Audiencias españolas. b) No obstante ello, la doctrina jurídica patria dominante considera jurídicamente aceptable que se otorgue la tutela interdictal entre coposeedores, incluso entre los que sean del mismo rango (...) d) En el derecho romano, ya se admitía la acción entre condóminos. e) Si no se admitiera el interdicto entre coposeedores se llegaría a la irritante e injusta situación de que el poseedor, perturbado o despojado, no puede ejercitar la pretensión interdictal, para ser mantenido o restituido en el uso y goce compartido de la cosa, y sin embargo el despojante (en este caso el demandado), al no haber interdicto consolidaría su despojo, transcurrido un año después de haberse efectuado (art. 460.4 Cc.) y se convertiría en poseedor del mecanismo e instalación que ha levantado en el patio común y, en cambio, podría ejercitar el interdicto, si los restantes comuneros pretendieran hacer desaparecer dicha instalación, volviendo al goce de la cosa común en la forma preexistente, a la fecha en que el despojo tuvo lugar. f) Con esta interpretación negativa, el interdicto tendría un significado y finalidad distintos a su propia esencia y razón de ser, y a los deseados y queridos por el legislador, ya que no podría impedir un despojo (el cometido por el demandado), pero, verificado éste, lo legitimaría y consolidaría" (CABALLERO GEA, *ob. cit.*, pág. 130).

cosa⁴⁷⁵.

Sin embargo, determinadas actividades que objetivamente son perturbaciones pueden fundamentar una pretensión de posesión exclusiva frente a los coposeedores que las toleraron y se mantuvieron inactivos⁴⁷⁶. Cabe que un coposeedor conteste la posesión de los restantes mediante actos que demuestren esa nueva cualidad y que se corresponden con una voluntad de contradecir la situación anterior⁴⁷⁷. Con su conducta, él niega el régimen jurídico del bien -esto es, el «estatuto coposesorio»⁴⁷⁸- lo que significa la interversión de su concepto posesorio. Esta inversión no es imprescindible: cabe que el sujeto excluya exclusivamente a uno de los coposeedores, respetando la situación de pluralidad, pero con la pretensión de modificar su régimen jurídico. De consolidar su agresión (ex art.460.4 Cc.), se produce una alteración del «estatuto coposesorio» que redistribuye determinadas magnitudes, sin por ello contestar la comunidad como tal⁴⁷⁹.

5.2. Las singularidades del interdicto de retener entre coposeedores

La posibilidad de emplear el interdicto de retener en los conflictos internos ha

⁴⁷⁵ La SAP. de Palencia de 15 de diciembre de 1987 contempla el supuesto del coposeedor que coloca una puerta con cerradura para utilizar en exclusiva un paso (vid.GARCIA de MARINA, *ob.cit.*, pág.210). Entre los italianos, BRANCA, "Comentario a la Sentencia de 6.abril.1966", *Il Foro italiano*, 1966, I, 2058 -caso del copartícipe que levanta un muro aislando la mitad del predio-, PROTETTI, *ob.cit.*, pág.469; ROSELLI, *Il possesso*, *ob.cit.*, págs.35-37.

En el derecho común, señalaba MENOCCIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De Recuperanda Poss. Rem.IX, n.238 (fol.380): "Quando ambo sunt in possessione & unus vult ingredi pro parte sua, ut possessione ad usum destinatur utatur, si a socio ingredi prohibeatur, non ingrediens, sed prohibens, vim committere & ingredientem spoliare dicitur".

⁴⁷⁶ En gran medida, como señalamos, la configuración de perturbación que se deriva de la LEC. tiene como referencia la actuación de un tercero ajeno a la cosa, y no de un sujeto que tiene concedido un ámbito de actuación legítima.

⁴⁷⁷ De acuerdo con la explicación que formulamos en su momento, es ésta la única situación en que se atiende al *animus* en el sentido clásico. Como señalamos al estudiar el contenido de la coposesión, no basta con que disfrute en exclusiva del bien para que los otros se tengan por despojados: mientras no contradiga el «estatuto coposesorio» que organiza la pluralidad, está reconociendo la coposesión.

⁴⁷⁸ MORALES MORENO, *ob.cit.*, pág.103, denomina a la interversión "despojo impropio". Estudiaremos con mayor detenimiento la interversión en el capítulo dedicado a la extinción de la coposesión (Cap.VII (1ª parte)).

⁴⁷⁹ Esta cuestión, que supone un incremento o decremento de las cuotas, ha sido abordada por la doctrina en sede de usucapión, con la exclusiva finalidad de constatar que la posesión superior no se beneficia de la duración de la posesión que absorbe (vid.PORTALE, "Note...", *ob.cit.*, pág.499).

originado significativas disensiones. Se ha observado que los caracteres de la disputa hacen necesario un procedimiento diferente a los sumarios interdictos, ya que la pretensión fundamental de éstos es devolver las cosas a su estado anterior. Esta posición olvida, entre otros argumentos, que ya las fuentes romanas se pronunciaron explícitamente a favor de la legitimación recíproca.

5.2.1. La compatibilidad/ intercambiabilidad del interdicto *uti possidetis* y la *actio communi dividundo* en las fuentes romanas

D.10,3,12 sitúa el interdicto *uti possidetis* como mecanismo para solventar los conflictos entre los comuneros referidos a la demolición o a la reparación de las cosas comunes, conjuntamente con la *actio communi dividundo*⁴⁸⁰. La posibilidad de emplear indiscriminadamente dos instrumentos jurídicos tan dispares ha sorprendido a los romanistas, que se declaran incapaces de formular una síntesis satisfactoria⁴⁸¹. Pero la intercambiabilidad de ambas figuras se deriva de la función inicialmente asignada a la *a.c.d.*, que no se ejercitaba únicamente para poner fin a la situación de comunidad, sino para solventar las cuestiones entre los partícipes, *manente communione*⁴⁸².

⁴⁸⁰ D.10,3,12: "Si aedes communes sint, aut paries communis, et eum reficere, vel demolire, vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo iudicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur".

⁴⁸¹ BONFANTE, *Corso di Diritto romano...*, *ob.cit.*, pág.29: "La menzione dell'interdetto è, a nostro avviso, genuina e piuttosto a da ritenere dubbia la menzione dell a.c.d." (asimismo, en *Note...*, págs.416, 590 y 601). KUHLENBECK, L.: *Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, Berlin, 1899, § 8, pág.449, considera que la mención del *uti possidetis* persigue acentuar la analogía entre los coposeedores y los copropietarios, cuyos conflictos se resuelven mediante la *a.c.d.*

Debemos señalar que Bartolo, Donello, Duareno y Gothofredus no comentan el texto en sede de *a.c.d.* ni tampoco lo citan los juristas de *ius commune* consultados en sede de *uti possidetis*.

⁴⁸² BIONDI, B.: v.«Comunione (Diritto romano)», en *Novissimo Digesto italiano*, t.III, Torino, 1959, pág.857, señala que afecta a las relaciones entre condóminos referidas a gastos, daños y reparto de frutos -que excedían de la cuota asignada a cada sujeto-. De este modo, apunta BONFANTE, P.: "Il «ius prohibendi» nel condomino", en: *Scritti giuridici varii*, III, Turín, 1926, pág.423: "l'a.c.d. viene ad esser adoperata in una funzione che contraddice al suo nome e al suo fine". Vid.también ALBERTARIO, E.: "Lo svolgimento storico dell'actio communi dividundo", en: *Studi di Diritto romano*, IV, (eredità e processo), Giuffrè-Editore, Milan, 1946, pág.167 y ss.; BRANCA, G.: "Il regime degli atti di disposizione materiale nel condominio romano classico" (2ª parte), *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, 1932, págs.270-276 y GLÜCK, F. (1755-1831): *Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del Regno d'Italia...*, Milan, 1907, § 740, pág.143 -quien presenta las conexiones entre *a.c.d.* y *actio pro socio*-.

RÜMELIN, "Zur Lehre von der Theilung...", *ob.cit.*, pág.477, la creía aplicable en derecho romano "wenn nun ein Theilhaber mit dem Gebrauch begonnen hat, so erscheint es als das Nächstliegende, die andern Theilhaber auf die a.c.d. zu verweisen, mit der sie eine Theilung des Gebrauchs, mithin eventuell

Concretamente, el texto del Digesto parece establecer que si un miembro de la comunidad es impedido de realizar las operaciones necesarias -o de demoler la pared común- puede contestar la oposición del otro condómino con la *a.c.d.* o con el interdicto *uti possidetis*. No resulta clara la correlación entre socio actuante/opositor y el instrumento que emplea cada uno. Para SEGRE, al *socio prohibitus* le es concedida la *a.c.d.*, en tanto que al *socio prohibens* se le otorga, por su cualidad de coposeedor, el interdicto *uti possidetis*, ya que el derecho justinianeo estima que la obra proyectada o iniciada supone una perturbación de la posesión, aunque también podría darse, en ambos casos, a la otra parte⁴⁸³. Más concluyente, MIESCHER había señalado que el coposeedor que realiza una acción necesaria está tutelado por el *uti possidetis*; de este modo el interdicto desplegaría una doble función, positiva y negativa: proteger determinados actos y rechazar las molestias posesorias⁴⁸⁴.

5.2.2. Una solución normada: El § 866 BGB.

Las discusiones sobre el alcance del interdicto de retener tienen como referencia el § 866 BGB., que prescribe que los coposeedores no podrán acudir a la tutela posesoria para dirimir las cuestiones referidas a los límites del uso que corresponden a cada uno⁴⁸⁵. Se trata de una solución diferente a la que recogía el § 817 del Primer Proyecto de BGB., que prescribía que las actividades de un coposeedor que

eine Einschränkung dessen herbeiführen können, der einseitig mit dem Gebrauch begonnen hat".

Curiosamente, IHERING, *La posesión (El fundamento...)*, *ob.cit.*, pág.74, da la explicación inversa: "Dos coposeedores se encuentran en desacuerdo acerca de una separación y desean provocar una decisión judicial. Según la ley 12, Comm.div. (10,3) la obtendrán mediante el interdicto *uti possidetis*".

⁴⁸³ SEGRE, G.: "Divisione - Compossesso - Scioglimento per divisione", en: *Il Foro italiano*, 1907, I, pág.1250.

⁴⁸⁴ MIESCHER, *ob.cit.*, pág.185; WENDT, O.: "Das Faustrecht oder Besitzverfolgung und Besitzvertheidigung", *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 21 (1883), pág.179. También BONFANTE, "Il «ius prohibendi» nel condomino", *ob.cit.*, pág.411, señala que Ulpiano parece afirmar que el condómino impedido de realizar las operaciones necesarias en la casa o de demoler la pared común, puede atacar la oposición del otro condómino con el interdicto *uti possidetis*, aunque reconoce que "tuttavia non è chiaro punto che cosa significhi il concorso tra questi mezzi giuridici così diversi, e come l'interdictum u.p. possa assicurarsi il condomino agente contro la proibitio".

⁴⁸⁵ § 866 BGB.: "[Mitbesitz] Besitzen mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so findet in ihrem Verhältnisse zueinander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt".

sobrepasaban los criterios de uso del § 765 o impedían la facultad de uso a otro copartícipe, eran considerados actos de autoridad propia prohibida⁴⁸⁶. En suma, tutelaba cuestiones de uso en sede posesoria.

Esta redacción recibió las críticas de quienes la consideraron una incursión en los parámetros petitorios y la aprobación de quienes la vinculaban a la tutela del estado de uso previo, cuya defensa se inscribía plenamente en las coordinadas posesorias⁴⁸⁷. Finalmente se optó por el primer criterio para el BGB., pues, como expresamente subrayaron los *Protokolle*, primó la convicción de que se trataba de una cuestión petitoria, no incardinable en los breves y acotados juicios posesorios⁴⁸⁸.

A pesar de lo conciso de su redacción, o precisamente por eso, el precepto ha recibido varias interpretaciones. Para numerosos autores alemanes, circunscribe la legitimación entre coposeedores al interdicto de recobrar⁴⁸⁹ mientras que otros

⁴⁸⁶ (§ 817): "Haben Mehrere eine Sache oder einen Theil einer Sache gemeinschaftlich inne, so sind Handlungen eines Theilhabers, welche über die im § 765 bezeichnete Gebrauchsbefugnitz hinausgehen oder einen anderen Theilhaber in dieser Gebrauchsbefugnis hindern, als verbotene Eigenmacht anzusehen" (El § 765 es el precedente de los §§ 743.2 y 745 del BGB actual. Nos interesa especialmente: § 743.2: "Jeder Theilhaber ist zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Theilhaber beeinträchtigt wird")

Asimismo, el primer texto propuesto (KOMMISSION zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches: *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Recht* (1880) redactado por Johow) era muy distinto. El § 75 prescribía: "Verbotene Eigenmacht ist es auch, wenn auf einem in gemeinschaftlichem Besitze befindlichen Grundstücke ein Genosse ohne den Willen der übrigen Besitzhandlungen vornimmt".

⁴⁸⁷ BÄHR, "Zur Besitzlehre", *ob.cit.*, pág.302: "In dieser possessorischen Streite muß natürlich auch über die Grenze entscheiden werden, bis zu welcher der Mitbesitzer selbst in Widerspruch mit seinem Genossen Handlungen vornehmen darf. Ein possessorischer Streit, der diese Frage offen ließe, hätte keinen Sinn. Es ist daher nicht richtig, wenn man sagt, die Entscheidung dieser Grenze müsse im petitorischen Verfahren erledigt werden"; Vid.también WENDT, "Das Faustrecht...", *ob.cit.*, pág.181 y posteriormente, "Besitz und Inhabung...", *ob.cit.*: "es muß, m.E., auch unter Mitbesitzern der bisherige Zustand ausschließlich maßgebens sein, und keine Handlung eines Mitbesitzers enthält eine Störung der Genossen, welche sich lediglich im Rahmen der bisherigen Nutzung hält und nur als eine Fortsetzung des bisherigen Zustandes sich darstellt".

⁴⁸⁸ PROTOKOLLE der KOMMISSION für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, III, *Sachenrecht*, Berlin, 1899, pág.43: "sei es mißlich, die den einzelnen Theilhabern zustehende Gebrauchsbefugniß mit in Betracht zu ziehen, weil hierdurch ein rein petitorisches Element in die Besitzklage hineinragen werde". Vid.asimismo, BRODMAN, *Planck's Kommentar*, *ob.cit.*, § 866, pág.76, quien se felicita por la redacción que finalmente adoptó el BGB en detrimento del Primer Entwurf.

⁴⁸⁹ QUACK, *Münchener Kommentar*, *ob.cit.*, pág.79; BAUR, *Sachenrecht*, *ob.cit.*, § 866, págs.53-54; DEDENHART, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, *ob.cit.*, § 866, pág.858.

admiten el ejercicio del interdicto de retener fijando determinadas precisiones⁴⁹⁰. Tienen como referencia doctrinal la controversia suscitada entre SEELER y WOLFF⁴⁹¹. Para aquél se debe diferenciar entre actos posesorios estrictos (*reinen Besitzhandlungen*) y actos de disfrute (*Gebrauchshandlungen*)⁴⁹². Los primeros aglutinan las actividades imprescindibles para el mantenimiento de lo que podemos denominar "la relación externa de dominación" -la pura situación fáctica de coposesión- y estarían excluidos del § 866 BGB.; los segundos, por el contrario, centran la proscripción del parágrafo⁴⁹³. Esta división se complementa con la afirmación de que todo coposeedor tiene una facultad de veto (*Verbotungsrecht*) que puede oponer en vía posesoria a los restantes coposeedores pero que no puede oponer a esos actos dirigidos a mantener el señorío de hecho⁴⁹⁴.

En su artículo monográfico sobre la coposesión, WOLFF replica a SEELER que la literalidad de la norma no permite dilucidar esta división⁴⁹⁵. Para él, la norma proscribía tanto las cuestiones referidas al modo de empleo (*Artbenutzung*) como a cualquier distribución del uso, espacial o temporal (*raumliche & zeitliche Benutzungen*) y lo ilustra con este ejemplo: A y B son los coposeedores de un caballo que durante

⁴⁹⁰ COSACK - MITTEIS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, *ob.cit.*, pág.22, lo admiten, por ej., "wenn eine Partei den Waschhauschlüssel abzieht und versteckt, oder das Wasser absperrt, oder die andern durch Werfen kleinen Steinchen dauernd beim Waschen stört, nicht aber, wenn sie bis 4 Uhr wäscht, obwohl sie vereinbarungsgemäß um 2 Uhr einer andern Partei hätte Platz machen sollen".

⁴⁹¹ Que no todos consideran imprescindible. Cree BRODMAN, *Planck's Kommentar*, *ob.cit.*, pág.77, que son planteamientos *de lege ferenda* y también BIERMANN, *ob.cit.*, § 866, pág.30, mostró su escepticismo.

⁴⁹² SEELER, W. von: "Zur Lehre vom Mitbesitz" *Iherings Jahrbucher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 44 (1902), pág.366.

⁴⁹³ SEELER, *Ibidem*. El consideraba que: "Besitzen Mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so finden in ihrem Verhältnisse zu einander ein Besitzschutz nur zu Gunsten der reinen Besitzhandlungen und des Verbotungsrechts statt; alle anderen Ansprüche sind petitorisch zu Geltung zu bringen". Asimismo establecía otra diferencia (*ob.cit.*, pág.367): "ich in dem Voraussetzen der Besitzstörung einen Unterschied mache, je nachdem als Störender ein Nitchbesitzer oder ein Mitbesitzer erscheint: seitens des Nitchbesitzers liegt Besitzstörung vor bei jeder Einwirkung auf eine Sache ohne den Willen des Besitzers, wobei es natürlich auch gleichgültig ist, ob diese einwirkung als Gebrauchshandlung oder als reine Besitzhandlung erscheint".

⁴⁹⁴ SEELER, *ob.cit.*, pág.365. De hecho, consistiría en una adaptación del clásico *ius prohibendi*.

⁴⁹⁵ WOLFF, "Der Mitbesitz...", *ob.cit.*, pág.171.

muchos años ha montado A. Un día B se opone. A no puede interponer ninguna acción posesoria y si, a pesar de ello continúa cabalgando, comete un acto de autoridad propia prohibida⁴⁹⁶. Sin embargo, más adelante WOLFF diferencia entre reparto espacial y distribución de la posesión (dos poseedores parciales) y entre turno temporal en el uso y turno de posesión. En caso de distribución de la posesión o turno de posesión, las fronteras serían incontrovertidas, de modo que la limitación no tendría lugar⁴⁹⁷. Su distinción fue objeto de críticas porque, entre otras razones, tampoco cabe obtenerla de la redacción del precepto⁴⁹⁸.

Con posterioridad, WOLFF cambió de criterio⁴⁹⁹ y lo expuso mediante una adaptación del ejemplo anterior : A y B coposeen un vehículo. Si A se empeña en usarlo diariamente y B se opone, ni A puede formular una demanda posesoria para que B lo tolere, ni éste para que aquél se abstenga. Cada uno, frente a los *ataques* del otro, tiene el derecho de legítima defensa del § 227⁵⁰⁰. Para determinar quién es el atacante, cada acto positivo sobre la cosa puede ser considerado como un ataque y cada resistencia como una defensa: por esto, mientras A pretenda usar el coche, aparece como atacante, pero una vez en su interior y con el motor en marcha, la agresión ha terminado. B ya no puede impedirle por su propia autoridad la continuación del paseo:

⁴⁹⁶ WOLFF, "Der Mitbesitz...", *ob.cit.*, pág.173 nota 82. Más adelante (pág.175 nota 89) recoge un caso que se presentó en el Tribunal superior prusiano: la comunidad católica y la protestante coposeían una iglesia y desde hacía tiempo cada una celebraba los servicios religiosos a una hora concreta. En un momento dado, el pastor de los protestantes decidió celebrar el servicio a la hora que hasta entonces había estado asignada a la comunidad católica. Ante la reclamación de ésta, el tribunal le concedió la tutela, lo que WOLFF critica, pues cree que a la luz del § 866 hubiera debido reenviar el caso al petitorio.

⁴⁹⁷ WOLFF, "Der Mitbesitz...", *ob.cit.*, pág.166. De hecho, tal y como configura la distinción, parece referirse a la *compossesso pro diviso* clásica, que supone una pluralidad de objetos (vid.Cap.II (1 parte)).

⁴⁹⁸ BRODMAN, *Plancks'Kommentar*, (1920), *ob.cit.*, § 866, pág.76; SEUFERT, *Staudingers Kommentar*, *ob.cit.*, § 866, pág.69.

⁴⁹⁹ WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, § 21, pág.123.

⁵⁰⁰ § 227 [Notwehr] (1) Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich.
(2) Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden".

de lo contrario él será el atacante y adversario en la legítima defensa⁵⁰¹. Esta construcción no es defendible porque transforma el propio concepto de posesión, la cual ya no puede entenderse como poder en potencia sino como una situación que obliga a un efectivo e inverosímil ejercicio constante.

En suma, de modo prácticamente unánime, los autores alemanes excluyen de los juicios posesorios cualquier cuestión sobre la distribución o tipo de uso de la cosa⁵⁰². Podemos ordenar sus explicaciones en dos tipos de argumentos. Desde un punto de vista procesal, consideran que para que una infracción sea posesoria es preciso que el infractor no sea poseedor, a lo que debemos oponer que el carácter posesorio de la infracción no lo da el infractor sino el perjudicado. Desde un punto de vista sustantivo, consideran que la "autorización" para actuar sólo puede nacer del *ius possidendi* derivado de un derecho y no del *ius possessionis*. En la práctica, esta postura se traduce en que la coposesión, que es un hecho, generaría un «estatuto coposesorio» que sería fuente de auténticos derechos, como tales sólo discutibles en litigios petitorios, lo que resulta incongruente. Una segunda conclusión -ligada a la anterior- es que otorgan al *ius possessiones* el carácter de objeto de tutela autónomo desvinculado de la ordenación que posibilita.

5.2.3. La viabilidad del interdicto de retener entre coposedores en el Ordenamiento jurídico español

Aunque la redacción del § 866 BGB. exime a los juristas alemanes de ulteriores indagaciones, su contenido no es necesariamente extrapolable a otros Ordenamientos jurídicos faltos de preceptos paralelos⁵⁰³. Aún así, la norma germana ha influido en

⁵⁰¹ WOLFF, *Derecho de cosas*, ob.cit., § 21, págs.123-24.

⁵⁰² QUACK, *Münchener Kommentar*, ob.cit., § 866, n.12, pág.79; ERMAN-WESTERMANN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Münster Westf., 1972, pág.23. SEUFERT, *Staudingers Kommentar*, ob.cit., §866, pág.69: "Ebenso ist es unzulässig, eine durch Majoritätsbeschluß angeordnete Gebrauchsverteilung (§745) durch Besitzklage zu beseitigen".

⁵⁰³ No hallamos preceptos semejantes en otros textos legales. No obstante el art.1.443 del Proyecto argentino de 1935 prescribía: "Cualquiera de los coposedores podrá ejercer las acciones posesorias contra terceros sin el concurso de los otros, y también contra éstos, si lo excluyeren o turbaren en el ejercicio de la posesión común. Ellas no procederán cuando la controversia entre coposedores sólo versare sobre la mayor o menor participación de cada uno".

numerosas exposiciones que optan por descartar el interdicto de retener entre coposeedores, ya que, como reconoce VALLET de GOYTISOLO, "una cosa es evitar que otro poseedor posea con exclusividad y otra distinta, discutir los límites en el modo y medida del uso correspondiente a cada uno"⁵⁰⁴.

Frente a la proscripción, se ha defendido que el coposeedor puede ejercitarlo con el fin de restablecer la situación que disfrutaba anteriormente. Esta tesis, que ya formularon algunos autores alemanes al oponerse al § 866 BGB., cuenta con numerosos partidarios⁵⁰⁵. Como ha observado DE CASTRO FERNANDEZ: "el interdictante, con su acción de retener, busca la tutela de la coposesión tal como se venía desarrollando y por lo tanto insta que se mantenga esa situación, poniendo coto a las extralimitaciones del perturbador; se trata de datos esencialmente fácticos, cuya averiguación no rebasa el ámbito del proceso interdictal"⁵⁰⁶.

En la misma posición se alinean los autores que vinculan la función del interdicto al restablecimiento de la situación previa, cognoscible gracias a la «cuota de hecho», entendida como baremo de la frontera que a cada poseedor le ha marcado el concurso de los demás⁵⁰⁷. Esta tesis es criticable porque la «cuota de hecho» no es

En Francia tampoco existe una posición uniforme, BAZENET, E.: *Les actions possessoires*, Paris, 1923, n.76, pág.130, presenta decisiones de la Court de Cassation que excluyen la acción entre comuneros, reenviándolos al petitorio; ARCHAMBAULT, Ch.-SENLY, R.: *Dictionnaire pratique des actions possessoires et du bornage*, t.I, Paris, 1890, v.«Coproprété», pág.226, la acepta cuando tenga como pretensión devolver las cosas a un estado anterior (hay que tener presente que el objeto de la *complainte* incluye todo despojo no violento). En Italia rechazan la resolución en sede posesoria autores tan significativos como GENTILE, *Il possesso*, *ob.cit.*, págs.170 y 394; MASI, *Il possesso...*, *ob.cit.*, pág.442; MONTEL, v.«Condetenzione», *ob.cit.*, pág.1091.

⁵⁰⁴ VALLET DE GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.52.

⁵⁰⁵ RANDA, *Der Besitz...*, *ob.cit.*, § 17, pág.166 nota 16: Dieses Rechtsmittel (interd. uti possid.) steht auch einem Mitbesitzer gegen den Socius zu, wenn dieser mit der gemeinsamen Sache einseitig eine Maßregel treffen will, welche ihren bisherigen Zustand modifiziert". WENDT, "Das Faustrecht...", *ob.cit.*, pág.181.

⁵⁰⁶ DE CASTRO FERNANDEZ, *ob.cit.*, pág.183. Señalaba BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.206, que "el coposeedor que actúa el interdicto de retener, se limita a pedir la protección de su posesión tal y como la vino disfrutando en el año anterior, es decir, con el límite que de hecho le han marcado durante aquel tiempo, el concurso de los otros poseedores".

⁵⁰⁷ En este sentido, MARTIN PEREZ, "Comentario al art.445", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.287 y DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.183. Entre los italianos,

un criterio integral para delimitar la legitimidad o ilegitimidad de toda conducta -sólo ordena los elementos cuantificables-, pero, más allá del empleo impropio del concepto, sus defensores participan de los argumentos de la tesis anterior⁵⁰⁸.

Singularmente, DONDERIS objeta que de admitir el criterio de sujeción a la situación anterior, "el comunista que en el último año no ha practicado el paso por la escalera común, que no ha batido en la era común sus trigos, no podría recobrar el ejercicio de este derecho suyo sin ser rechazado con la acción posesoria (...) con esto, los derechos de los comunistas, que son simples facultades, se convierten en obligaciones, o, al menos, nace la obligación de ejercitarlos dentro del año, bajo pena de verlos rechazados al año siguiente, como molestos a los otros comunistas"⁵⁰⁹. Su réplica es pertinente en cuanto contribuye a contestar a quienes defienden el mantenimiento de una identidad impermeable entre la actuación actual y la del año anterior. No cabe vincular ese mantenimiento a cada acto individual que exteriorice la posesión. El coposeedor no está obligado a realizar actos sobre la cosa para reafirmar su condición, que conserva en la conjunción de su voluntad y del ejercicio de hecho de los restantes sujetos, en el marco de un «estatuto coposeedor» respetado por todos. Retomando el ejemplo, el coposeedor de la era no se ve compelido a batir en ella anualmente su cosecha para mantener la posesión pues la conserva en tanto sigue siendo reputado coposeedor. Incluso en caso de inactividad, si cuando desea utilizarla otro comunero -tras haberlo reconocido durante ese período, como se supone en defecto de un acto concluyente- le impidiese usar el bien, aquél podría interponer un interdicto de retener⁵¹⁰: dispone de un año para ello, a partir de ese acto lesivo que contesta su

BARASSI, *Il possesso, ob.cit.*, pág.200, quien añade que el coposeedor actuante "si limita a tutelare il proprio compossesso così come l'ha goduto per tutto l'anno precedente (art.1.170)".

⁵⁰⁸ Por otro lado, toda alusión a la tutela entre coposeedores centrada en la noción de "cuota" parece demasiado próxima a las teorías que excluyen al agresor de la condición de poseedor, e incluso de las que equiparan cuota y objeto de la posesión.

⁵⁰⁹ DONDERIS, *ob.cit.*, pág.98.

VITA-LEVI, *Della comunione, ob.cit.*, n.176, pág.265, ya había formulado esta objeción, que recogen, entre otros, PATERNO, *ob.cit.*, pág.172 y BARASSI, *Il possesso, ob.cit.*, pág.198 y ss.

⁵¹⁰ El coposeedor no está obligado a realizar unas actividades concretas para acreditar su posición. Si durante varios años no siembra el campo pero coloca su hamaca, cuando quiere reingresar en la explotación no puede ser rechazado, porque durante el plazo en que se abstuvo no se desligó de la cosa.

poder.

5.2.4. La perturbación posesoria como extralimitación del «estatuto posesorio» del bien. El *animus turbandi*

Toda actividad del coposeedor ha de ser o bien una manifestación lícita del derecho que exterioriza a partir de su actividad posesoria "en concepto de co.." o bien una conducta denunciabile como perturbación por los restantes miembros⁵¹¹. En la coposesión, para constatar la existencia de lesión se debe atender a la vulneración o adecuación al «estatuto coposesorio», el cual fija el ámbito de actuación lícita de cada coposeedor: determinadas actuaciones, si debidas a un tercero, son inquietaciones y si derivan de un partícipe reciben el refrendo legal.

La legitimación de un coposeedor *in abstracto* integra los actos de conservación de la cosa así como el derecho a un uso y disfrute primarios, de modo que puede contestar con los interdictos cualquier obstrucción. Centrándonos en el goce, constituye perturbación todo acto que le impide obtener su participación en las utilidades y dar a la cosa el empleo a que está destinada. Sin embargo, su actuación sobre la cosa puede constituir una perturbación si impide a los otros coposeedores un uso equivalente, imposibilidad que se concreta cuando éstos pretenden actuar efectivamente pues mientras permanecen inactivos, el uso del coposeedor no difiere del del poseedor exclusivo. Además, el coposeedor que ve inconciliable su ejercicio concurrente, debe manifestarlo de modo expreso, pues la imposibilidad como tal, sin referente subjetivo, no convierte el uso primero en inquietación⁵¹². Por último, respecto a los usos

No se posee en concepto de agricultor o de veraneante, sino exteriorizando, a partir de la conducta- en este caso propia y ajena-, un derecho. Como señala DE MARTINO, *Del possesso, ob.cit.*, pág.541, la continuidad de la posesión se identifica con la uniformidad de los actos de ejercicio de la posesión, pero esa uniformidad no debe entenderse en sentido rígido que impida al poseedor variaciones en el ejercicio de su poder, sino reflejar el ejercicio de las facultades típicas del derecho que refleja.

⁵¹¹ Como señalaba en una primera época WOLFF, "Der Mitbesitz..." *ob.cit.*, pág.169: "jede Handlung, die ein Mitbesitzer in Bezug auf die gemeinsam besessene Sache vornimmt, entweder rechtlich geschützt oder rechtlich verboten sein muß (...) Rechtlich indifferente Handlungen kann es hier nicht geben".

⁵¹² MIQUEL, "Comentario al art.394", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.73, estima que aunque el uso solidario fuera "incompatible con el de los otros, eso por sí solo no lo convierte en un uso sin causa, sin justificación o ilícito (...) Para ello parece necesario infringir una reglamentación

satisfactivos secundarios, puesto que se integran en el ámbito de autonomía de cada poder individual, no prosperará un interdicto que pretenda su cese. En caso de imposibilidad de dos usos secundarios concurrentes, se hace preciso optar por uno de ellos, y se tutelará el primero en el tiempo, si continúa ejercitándose⁵¹³. Paralelamente cualquier acto de administración, mejor disfrute o que aboque en una alteración, puede ser denunciado como perturbatorio si no se funda en un acuerdo de la comunidad (arts.398 y 397 Cc.) -es decir, si no se adecúa al «estatuto coposesorio» convencional del bien-.

La ponderación del «estatuto coposesorio» exige de demostrar conductas anteriores de similares características, con lo que se supera ese identificar la finalidad del interdicto con la salvaguarda de comportamientos previos⁵¹⁴. La coposesión *strictu sensu* comporta, aun sin declaraciones de voluntad expresas de los sujetos concurrentes, la sujeción a unos criterios que se obtienen -tras constatar y reconocer la pluralidad- de los arts.394 y ss., que acotan el mínimo «estatuto coposesorio» legal. En defecto de otras prescripciones, estos criterios se mantienen en base al principio de continuidad, y constituyen la referencia primera ante cualquier conflicto.

Sin embargo, hemos afirmado que no toda contradicción del «estatuto coposesorio» comporta infracción, pues los actos que no se ajustan a las coordenadas estrictas se presumen apoyados en la tolerancia de los restantes comuneros. Para

específica del uso, o un requerimiento -caso de no existir aquélla- del comunero lesionado por el uso incompatible con su derecho".

⁵¹³ Esta es la solución que postulan los escasos autores que abordan la cuestión. Así, BRANCA, "Condominio e pre-uso", *ob.cit.*, pág.1503, quien la estima una decisión preferible a satisfacer el que denomina "interés prevalente", pues en la práctica puede ser imposible dilucidar a quién corresponde éste (no obstante -pág.1504- acaba recordando el protagonismo del juez y su buen sentido en este tipo de decisiones). Sobre la cuestión y con el mismo criterio, CORONA, Rafaele: "Rassegna di giurisprudenzqa in materia di condominio negli edifici: l'uso dell cose comuni (anni 1958-1962)", *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1962, pág.229.

⁵¹⁴ En otro ámbito extrapolable, VALLET de GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.68, situaba el caso del arrendador que por pacto puede pasear por la finca, y contra el que "podrá el arrendatario usar del interdicto, a no ser que aquel señor hubiese repetido anteriormente tales actos en forma que supusiese un uso posesorio" Matiza que ganará el interdicto y perderá la acción final. Creemos que si después de firmado dicho pacto, el arrendador se mantiene inactivo un largo tiempo, al arrendatario podría oponerse interdictalmente a su ulterior conducta, pero no si procede poco después de convenirlo.

valorar si se trata efectivamente de una perturbación se debe atender a la voluntad del coposeedor transgresor: a si actúa con *animus turbandi*. Ciertamente, la necesidad -o no- de *animus turbandi* o *spoliandi* en el inquietador es una de las discusiones centrales al estudiar los interdictos⁵¹⁵. Sin ahondar en la polémica, creemos que no constituye un requisito indispensable⁵¹⁶. Sin embargo, en sede de coposesión debe constatar su existencia efectiva: ese coposeedor que conculca el «estatuto coposesorio» sin pretender contestar los términos de la pluralidad, deviene infractor si repite voluntariamente su conducta a partir de la oposición⁵¹⁷. Su contravención implica alterar el «estatuto coposesorio» al que estaba sujeto y, de mantenerse, podrá derivar en la configuración *a posteriori* de un nuevo «estatuto», que legitime conductas que inicialmente eran perturbatorias⁵¹⁸. Paralelamente, el coposeedor que se ha opuesto

⁵¹⁵ Frente a las dudas y matices doctrinales, las decisiones de las Audiencias lo exigen sistemáticamente (vid. relación de Sentencias en DE CASTRO, *ob.cit.*, págs.151-163) definiéndolo como un "elemento subjetivo, culpabilísimo, que consiste en la intención, dolosa o culposa, de privar de la posesión a otro, para adquirirla, lo que supone un (...) conocimiento de un obrar antijurídico o arbitrario" -y excluyen las que no lo contemplan-. Vid.también GARCIA de MARINA, *Interdictos*, *ob.cit.*, págs.185-190, el cual reproduce, como punto de partida, a SENTIAS BALLESTER, *ob.cit.*, t.I, II-III, pág.102.

⁵¹⁶ Como concisamente afirmaron PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, pág.108: "No se exige culpa. Ningún precepto la requiere. Véanse en comprobación de este aserto los arts.1.652 y 1.654 de la LEC". DE CASTRO FERNANDEZ, *ob.cit.*, pág.146, recuerda que no supone culpa, ni mucho menos dolo, sólo requiere la voluntariedad de lo realizado, con conciencia de que se vulnera la posesión de otro. En parecidos términos, MIQUEL GONZALEZ, "comentario del art.446", *Comentario del Código civil*, *ob.cit.*, pág.1202. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.546, parece optar por un criterio aún más amplio pues señala que "no es precisa la malicia del despojante. Aunque éste actúe sin mala fe, el despojo existe" y da el ejemplo de un solar no cerrado que el despojante compra a un tercero y en el que empieza a construir. Sobre la cuestión en general, SEISDEDOS MUIÑO, A.: "La concurrencia de un elemento intencional en el perturbador o despojante como requisito de los interdictos de retener y recobrar", *RGLJ*, 1987, quien, acto seguido, niega que sea necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo, cualquiera que sea el significado que se atribuya a éste. (en esta materia no sirve recurrir a las construcciones italianas, pues sus juristas incardinan en el concepto de lesión posesoria la ilicitud, de modo que toda lesión posesoria es un hecho injusto, y por ello "l'indagine sull'elemento soggettivo si appelesa sempre necessaria"-PROTETTI, *ob.cit.*, pág.630).

⁵¹⁷ Como observara BIOCHE, *ob.cit.*, n.167, pág.56: "Les mêmes actes peuvent avoir une toute autre importance, selon qu'il y a eu ou non contradiction. La contradiction apportée au droit du propriétaire détruit le plus souvent la présomption de tolérance".

⁵¹⁸ Un problema práctico es ubicar en el tiempo el acto infractor, pues es relevante para el cómputo del plazo. Dada la facticidad de la materia, se debe atender a cada supuesto en concreto, y cabría defender que los actos que comporten un resultado material innovador -como la construcción de un cobertizo-, se *convalidan* por el transcurso del año desde su finalización. Por el contrario, otros actos que alteren el marco de coexistencia pero no repercutan objetivamente sobre el bien -almacenar recurrentemente sacos en un rincón- se presumen basados en la tolerancia hasta la oposición expresa. Pero no cabe pretender un criterio uniforme. De modo general, para la fijación del plazo, los franceses

pone fin a la presunción de tolerancia y su inactividad posterior se ha de calificar de inercia, la cual, frente al concepto positivo-no abdicativo del acto de tolerancia, se define como un concepto negativo de indiferencia y pasividad y se concreta en un defecto de tutela del propio derecho⁵¹⁹.

5.2.5. La función de los acuerdos en la tutela posesoria

En base a las afirmaciones anteriores, resulta evidente que los acuerdos adoptados por la mayoría -o por todos los integrantes de la comunidad en un momento dado- deben valorarse en sede posesoria. La doctrina española apenas se ha pronunciado sobre la cuestión. Sencillamente alude a la tutela de la «cuota de hecho» o remite a las tesis de PEREZ y ALGUER, quienes sucintamente consideraron que tales conflictos entre coposeedores debían derivarse hacia el respeto a los acuerdos adoptados con arreglo al art.398 Cc⁵²⁰. DE LOS MOZOS reproducía su opinión y puntualizaba "es decir, hacia el juicio petitorio"⁵²¹.

No obstante, dado que la cuestión se centra en la licitud o ilicitud de

toman como referencia la molestia más antigua (LARGUIER, J.: *Procédure civile. Droit judiciaire privé*, 12 ed., Paris, 1991, pág.62) criterio que comparte DE CASTRO FERNANDEZ, *ob.cit.*, pág.141, apoyándose en las SSAP. de Pontevedra de 5.noviembre.1971 y de Alava de 23.diciembre.1970. Sin embargo, la S.A.T.Granada de 10.abril.1962 (RGD 1963, pág.555) prescribía que "en cuanto al cómputo del plazo para ejercitar la acción interdictal, en el supuesto de reiteración de actos atentativos a un estado de posesión, no ha de verificarse refiriéndolo precisamente a unos primitivos, sino a cualesquiera otros, incluso los últimos que se hayan realizado, ya que es facultad en el perjudicado elegir el momento de la acción, siempre que lo verifique dentro del plazo legal, y prescindir, por tanto, de los actos atentatorios que anteriormente se hayan producido". Por último, WOLFF, *Derecho de cosas...*, *ob.cit.*, § 19, pág.117,-acaso el criterio más convincente- observa que "en los casos de inquietaciones repetidas, desde la última, en los estados de inquietación permanente, desde el origen de los mismos".

⁵¹⁹ PATTI, *Profili della tolleranza...*, *ob.cit.*, pág.28; BISEGNA, v.«Tolleranza (atti di)», *ob.cit.*, pág.403, quien reconduce los límites al ámbito de la prueba. Vid.asimismo LEVONI, *ob.cit.*, pág.230 y PROTETTI, *ob.cit.*, pág.55.

⁵²⁰ PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, pág.124 (no hay que olvidar, por otro lado, su adhesión a las conclusiones alemanas). VALLET DE GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.52, reproduce esa opinión, sin ulterior comentario.

⁵²¹ DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.183 (aunque recoge explícitamente las tesis de Pérez y Alguer, alude al art.392 Cc). Por último, HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.657, en caso de distribución por zonas o turnos cree que cualquier ampliación que impusiera un coposeedor para sí, lo sería a costa de otro poseedor y se traduciría en un despojo parcial. El ha afirmado que la distribución del uso extingue la coposesión, ergo, ante la multiplicación y delimitación de objetos, la ampliación del ámbito de uno de ellos, excluye al otro.

determinados actos que, innegablemente, son posesorios, ha de poder resolverse en sede posesoria. El conflicto atiende a la controversia entre diferentes poderes de facto que actúan sobre un bien, de modo que la referencia para solventarlo son las normas que aquellos sujetos -cuya titularidad jurídica (*ius possidendi*) no interesa- han adoptado o respetado⁵²². Como apuntamos al criticar las construcciones alemanas, la exclusión del ámbito interdictal de las cuestiones de disfrute entre coposeedores provoca la incongruencia de considerar la posesión (*ius possessionis*) un fenómeno diferente de los actos en que se traduce y que vienen caracterizados por esa regulación. Este desajuste enlaza con el otro argumento que se suele emplear y que ocupa el apartado siguiente.

5.2.6. La excepción *feci sed iure feci* como argumento legitimador del condómino. Su función en el derecho español

Se discute si, frente al demandante que designa una determinada conducta como perturbadora de la posesión, el demandado puede oponer la excepción *feci sed iure feci*. Esta denominación, clásica, designa el supuesto en que el demandado no contesta los hechos que se le atribuyen y admite haberlos cometido tal y como los describe el actor (*feci*), aduciendo no obstante (*sed*) que ha actuado en el ejercicio de un derecho propio (*iure feci*)⁵²³. En suma, puede objetar que siendo coposeedor, su acción es legítima.

⁵²² SAT. de 30.abril.1959, de Las Palmas de Gran Canaria: "Considerando: Que si bien en caso de coposición, frente a extraños, cabe el interdicto, no procede en principio entre coposeedores, porque el hecho de la indivisión, obsta a la imposibilidad de que uno de ellos pueda abrogarse el carácter de poseedor exclusivo o preferente, en perjuicio de los otros, máxime cuando como en el caso de autos (el demandante continúa usando de la galería, aunque le estorba lo que tienen en ella los demandados) y, por tanto, ambas partes están usando en forma continua de la cosa poseída en común, e impidiendo al coposeedor usarla en donde ellos la tienen ocupada en cosas propias, de donde resulta que para que pueda darse el interdicto entre coposeedores es necesario estén delimitados el uso correspondiente a cada poseedor (lo que no se da en el caso de autos), bien por haberse así pactado, bien porque al tratarse de una comunidad se hubiera acordado entre los comuneros, conforme el art.398 del Código civil, la forma de resolver las cuestiones que surjan sobre posesión" (SENTIAS BALLESTER, *ob.cit.*, I, II-3, pág.15, la recoge y defiende el empleo del interdicto de retener cuando el uso esté claramente delimitado por voluntad de los condóminos, sin que proceda cuando no esté previamente fijado). Asimismo, la S.A.T. de Granada, de 12.julio.1956, diferencia tres supuestos en caso de proindivisión, según el art.445 Cc.: 1. que uno de los coposeedores está legitimado para establecer el interdicto; 2. que uno de los coposeedores pretenda la coposición exclusiva, caso en que también cabe el interdicto contra él y 3. que se trate de acuerdos sobre el modo de disfrutar esa cosa, en cuyo caso en vez de interdicto habrá que acudir al juez, conforme al art.398 del Cc." (REDACCION de la Revista Jurídica de Cataluña: "Interdictos (Jurisprudencia monográfica)", 1958, pág.383, que se adhiere al criterio de excluir en ese caso el interdicto).

⁵²³ TOMMASI, A.: "Rapporti tra giudizio possessorio e petitorio", *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, pág.861. Vid.también BRANCA, *Comunione, ob.cit.*, pág.126 y LIOTTA, G.: *Situazioni di fatto*

Se afirma que esta excepción deroga la preceptiva independencia entre las instancias posesoria y petitoria⁵²⁴. Además, suele fundamentarse mediante la presentación de un título⁵²⁵, lo que corroboraría *ab initio* la intersección de ambas. Por ello, no parece que pueda tener cabida en nuestro Ordenamiento jurídico, dada la clara redacción del art.1.656 LEC.

Sin embargo, con la alegación del título en este ámbito no se pretende demostrar un *ius possidendi*, sino exclusivamente avalar una actividad posesoria efectiva (los márgenes de un *ius possessionis*). El título se presenta como documento que contribuye a probar la licitud de esa actividad, la adecuación al «estatuto coposesorio» que se ha configurado. Es una prueba más dirigida exclusivamente a colorear la posesión (*ad colorandam possessionem*)⁵²⁶. Por ello, la noción de título engloba tanto el documento original en que consten condiciones de organización, como todo instrumento que acredite la regulación sobre el uso y la administración⁵²⁷ -es decir, los documentos que plasman los acuerdos que integran el «estatuto coposesorio»-. Sólo carecerán de valor si el demandante demuestra otro «estatuto» diferente que trae causa en una

e tutela della detenzione, Napoli, 1983, pág.137 (respecto a las relaciones entre detentator y poseedor). Por el contrario, PROTTEI, *ob.cit.*, pág.584, rechaza la excepción de plano.

⁵²⁴ GRECO, *Della proprietà, ob.cit.*, pág.421, recuerda que en estos casos "normalmente lo spogliatore eccipisce di avere agito secondo il suo diritto e nei limiti di esso quanto meno si rende necessaria la indagine summaria sul limite del diritto (...). Si verifica così una naturale compenetrazione del petitorio nel possessorio, poichè necessita precisare ed accertare i limiti del godimento derivanti dal titolo senza che, così operando, si violi il divieto di svolgere indagini petitorie nel procedimento possessorio (...) Ma è inammissibile l'eccezione quando miri a dimostrare lo ius possidendi deglo spogliatore". Vid.también SACCO, *ob.cit.*, págs.262-263.

⁵²⁵ ROSELLI, *Il possesso, ob.cit.*, pág.28, da una relación de sentencias italianas en tal sentido.

⁵²⁶ Por todos TOMMASI, *ob.cit.*, pág.863, que explica cómo "al fine di stabilire i limiti del compossesso, dunque, può divenire inevitabile l'esame del titolo *ad colorandam possessionem*". Retomaremos la función del título al estudiar el tercer criterio del art.445 Cc. (Cap.III.3.3.2.3 (2ª parte)).

⁵²⁷ SACCO, *ob.cit.*, pág.263, recuerda: "Il singolo atto di esercizio, lecito in un dato momento perché consentito o perché non idoneo ad ostare, in concreto, al godimento di altri condomini, può diventare illecito in circostanze diverse; la sopraffazione non consiste nell'esorbitanza dagli atti di godimento compiuti fin qui, ma dall'esorbitanza dalla situazione di possesso esercitata mediante gli atti di godimento compiuti fin qui. Sostanzialmente, l'acquisto del compossesso avviene a mezzo del titolo d'acquisto, e, salve vere e qualificate vicende del possesso, il contenuto del possesso rimane legato ad esso".

contestación al régimen anterior acaecida en un plazo superior a un año.

5.2.7. Otros supuestos especiales

Hasta ahora hemos tratado de un coposeedor *in abstracto* que tenía como referencia última al coposeedor en concepto de propietario. Sin embargo, el concepto de posesión que presenta el Código civil integra todo poder autónomo sobre la cosa (arts.430 ó 432 Cc.). Excede de la finalidad de este trabajo el análisis individualizado del coposeedor «en concepto de» codepositario, cocomodatario o coacreedor pignoraticio. Resulta incontrovertido que cualquier coposeedor, con independencia del concepto, podrá contestar la lesión posesoria debida a un tercero. De nuevo, la cuestión se sitúa en las relaciones de los coposeedores entre sí.

Imaginemos dos ejemplos:

1) A y B son codepositarios de un caballo. Si A lo utiliza, ¿puede B promover el interdicto de retener? o si A impide a B conductas encaminadas a su adecuada guarda ¿existe perturbación?.

2) A y B reciben en prenda un moderno ordenador. Si A se niega a mostrárselo a B ¿perturba su posesión?

En el caso del depósito conjunto, la proscripción del uso corresponde al depositante, pues contesta el concepto posesorio que el contrato entre ambos delimitaba. En la práctica, el conflicto se reconducirá al ámbito contractual y a la indemnización por daños y perjuicios (art.1.767.2 Cc.). No obstante, si uno de los depositarios impide al otro la adecuada guarda del caballo, éste podrá interponer interdicto de retener, porque está obstaculizando los actos posesorios que identifican el derecho en cuyo concepto posee. Ese codepositario puede ser visto desde un doble aspecto: desde un plano contractual quiere cumplir la obligación asumida, y si alguien lo imposibilita podría solicitar la tutela del depositante. Como poseedor en concepto de depositario, puede solicitar que se le tutele interdictalmente en el ejercicio de los actos que integran su «estatuto coposesorio» -su posesión se manifiesta en los actos de guarda⁵²⁸-.

⁵²⁸ BADOSA, *La diligencia y la culpa...*, *ob.cit.*, pág.488, señala que la "guarda" del art.1.766 Cc. reúne dos elementos: el conservatorio y el posesorio. "Es más, éste (art.432) consiste en aquél (...)

La resolución de la controversia entre acreedores pignoratícios también se apoya en los criterios anteriores. Frente a la obstrucción de uno de ellos, el otro puede solicitar la tutela interdictal de su posesión. Lo que no corresponde a los coposeedores que pretenden ajustarse al ámbito de poder que su concepto exterioriza es constituirse en representantes del poseedor en concepto de propietario. La posesión de éste les es ajena y si "lo llaman en causa" es porque la actividad del coposeedor contradictor altera su propia situación posesoria.

5.3. Coposesión *mediata* e interdictos

Los supuestos analizados tenían como referencia última un coposeedor *inmediato* que actuaba su poder directamente sobre la cosa. Ahora bien, cabe que los sujetos acuerden una modalidad de uso indirecto, por ej., si arriendan la finca a un arrendatario. En ese caso ¿cómo podrán servirse de los mecanismos de tutela?. Resulta evidente que cualquiera podrá repeler una agresión ajena sobre la cosa, pues aunque el primer interesado es el poseedor inmediato, ellos no están sujetos a su actuación. No obstante, su legitimación se ciñe a aquellas inquietaciones que repercutan en su ámbito de poder, pues las perturbaciones de mero hecho no les afectan (art.1.560 cc.).

El debate se centra en si los coposeedores podrán o no ejercitar los interdictos entre sí. Frente a quienes sostienen lo contrario⁵²⁹, LACRUZ cree en su viabilidad para los conflictos internos y presenta el ejemplo de una comunidad que ha arrendado la finca común a un tercero. Si los restantes comuneros excluyen de sus deliberaciones y del reparto de las rentas de la cosa a uno de los partícipes, "éste puede reclamar, mediante los remedios posesorios, su reposición en la calidad que tenía de partícipe, no obstante no afectar la decisión del tribunal a la tenencia inmediata del objeto arrendado"⁵³⁰.

Esta es, creemos, la solución más adecuada. El actor puede ser restituido a la

La obligación de guardar del depositario legitima sobre la cosa depositada un concepto posesorio (definido por el art. 432) que desempeña, a nivel de relación real, la misma función material que en el campo obligacional pretende desempeñar el art.1094: la protección de la integridad de la cosa en interés del acreedor".

⁵²⁹ DE LOS MOZOS, *Tutela posesoria...*, *ob.cit.*, pág.181: "como su posesión no es más que una ficción de hecho, no gozarán de la tutela interdictal más que frente a terceros, pero no entre sí".

⁵³⁰ LACRUZ, *Elementos...*, III,II, *ob.cit.*, pág.286.

calidad de partícipe -es decir, al concepto de coarrendador-, de modo acorde con lo que postulamos al estudiar el contenido de la coposesión. El interdicto le tutela de las infracciones de los arts.398 y 399 Cc. En cuanto a la reposición en los frutos, la observancia de este último precepto se traduce en la entrega de los frutos civiles, es decir, en la restitución de una cantidad. Ciertamente, el interdicto no es un mecanismo idóneo para satisfacer ese tipo de pretensiones, pero pueden tener cabida, accesoriamente, por la vía de la petición de los daños y perjuicios (art.1.658.2 LEC.)⁵³¹.

6. Los interdictos de obra nueva y obra ruinosas

Los interdictos de obra nueva y obra ruinosas desbordan la tutela posesoria *strictu sensu* porque no se limitan al poseedor: en el interdicto de obra nueva (arts.1.664-1.675 LEC.) está legitimado el titular de la propiedad u otro derecho real y en el de obra ruinosas (arts.1.676-1.685 LEC.) el actor no ha de ser siquiera poseedor ya que la legitimación alcanza a "los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio, árbol o construcción que amenazare ruina"⁵³². Aún así,

⁵³¹ LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.66 nota 4. Carecemos de estudios de la doctrina española especialmente referidos a la indemnización de daños y perjuicios del art.1.658.2 LEC. Los autores se limitan a señalar que el despojante indemnizará de los daños y perjuicios que ocasionara al poseedor, consecuencia, señala DE DIEGO LORA, *La posesión...*, *ob.cit.*, II, pág.226, "del deseo de que la posesión sea repuesta en su integridad" o a mencionar que se realizará en un ulterior proceso verbal ante el mismo juez, sin recurso alguno, salvo el derecho, si se tercia, de acudir también al procedimiento ordinario -PRIETO-CASTRO, *Manual...*, *ob.cit.*, pág.75). En nuestro derecho no existe una discusión sobre la inclusión de la indemnización de daños en la acción posesoria, como sí han desarrollado los italianos, quienes la admiten -aún reconociendo que se separa del objeto específico de la acción posesoria- en base al principio de que la lesión posesoria genera la obligación de resarcir a la víctima del daño sufrido (PROTETTI, *ob.cit.*, pág.629 y ss.-él se remite al *neminem laedere*-; SACCO, *ob.cit.*, pág.303). Para los italianos, el problema es sentar los criterios de fijación del montante, pues se cuestionan si la tutela del poseedor debe equipararse a la del propietario, dado que aquél puede no tener *ius possidendi* etc. (vid.las diferentes posiciones en LEVONI, *ob.cit.*, págs.294-295 y MORETTI, C.: "La domanda di risarcimento del danno da lesione del possesso", *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, III, pág.703 y ss., así como la exposición de POLLICE, *Contributo...*, *ob.cit.*, pág.56, sobre la posesión como "valor de cambio"). Los franceses no abordan el tema, que sí ha interesado a los alemanes desde otra óptica diferente, como se observa en MEDICUS, D.: "Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz", *AcP*, 165, 1965, pág.140 y ss., en base al § 823 BGB.). Lo que queremos reseñar es que cabe situar, aun desde la accesoriedad, estas pretensiones en relación a la posesión.

⁵³² HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.620-621. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.548, los sitúa bajo el epígrafe "las acciones posesorias no interdictales" y LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.374; CERRILLO QUILEZ, *ob.cit.*, pág.95 y ss. y 104 y ss. y MARIN PEREZ, *Derecho civil*, *ob.cit.*, pág.120, en las acciones de tutela de la propiedad. Como apunta DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.6: "tutelan, por razón de su materia, específica y directamente a la propiedad,

merecen una breve referencia en relación a la coposesión, pues la Jurisprudencia se ha pronunciado sobre su viabilidad en algunos supuestos.

6.1. El interdicto de obra nueva

El interdicto de obra nueva se ejercita para suspender una obra en curso de realización (art.1.663 LEC.)⁵³³. Cualquier poseedor está legitimado para interponerlo frente a terceros⁵³⁴, pero resulta más dudoso su ejercicio en el seno de la comunidad, si tenemos en cuenta la configuración tradicional del interdicto de obra nueva, en la que el demandante se caracterizaba por no tener titularidad alguna sobre el bien en el que se realizaba la obra, con independencia de que la cosa fuese propia o ajena del demandado⁵³⁵. Esta postura -que asume un nutrido grupo de sentencias de las Audiencias- no es general, pero avala la negación de legitimación activa de un coposeedor frente a otro que construye en la finca común.

En contra de los principios del derecho romano⁵³⁶, asumidos durante siglos⁵³⁷, en la actualidad parece indubitado que cualquier coposeedor puede

y sólo por extensión, o indirectamente, a la posesión". Singularmente, DE DIEGO LORA, *La posesión...*, *ob.cit.*, págs.207 y 211, no hace distinciones.

⁵³³ No existe una regulación sustantiva de la figura (que acaso no es necesaria de entenderla exclusivamente como acción). LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.375, constata que sólo se regulan sus aspectos procesales en la LEC. y reenvía a los antecedentes del derecho histórico.

⁵³⁴ BARBANCHO TOVILLAS, F.J.: *El interdicto de obra nueva*, Serlipost, Barcelona, 1993, pág.117.

⁵³⁵ REBOLLEDO VARELA, A.: "Interdicto de obra nueva y posesión", *La Ley*, 1985, I, pág.546. Vid.Sentencias en GARCIA de MARINA, *Interdictos*, *ob.cit.*, pág.319-321.

⁵³⁶ D.39,1,3 § 1: "Si in loco communi quid fiat, nuntiatio locum habebit adversus vicinum. Plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opum novum ei nuntiare, sed eum prohibebo communi dividundo iudicio vel praetorem".

§ 2: "Quod si socius meus in communi insula opus novum faciat, et ego propriam habeam, cui nocetur, an opus novum nuntiare eum possim? Et putat Labeo, non posee nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare, hoc est vel per Praetorem, vel per arbitrium communi dividundo, quae sententia vera est." BONFANTE, *Corso...*, *ob.cit.*, pág.39, se plantea por qué no tiene el condómino la *operis novi nuntiatio* contra su socio y deduce que porque dispone de un medio más simple: la *prohibitio*. Asimismo recuerda el papel de la *a.c.d.*, "deus ex machina del diritto giustiniano". Vid.también PARICIO, Javier: *La denuncia de obra nueva en el Derecho romano clásico*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1982, págs.136-139.

⁵³⁷ CUJACIUS, *Opera omnia*, t.X, Mutiæ, Ad Tit.Dig.XXXIX, justificaba así la exclusión: "Duz

promover este interdicto contra el copartícipe que realice las obras y paralizarlas (ex art.397 Cc.)⁵³⁸. Un último argumento lo procuran las concomitancias entre este interdicto y los de recobrar y retener⁵³⁹.

Acaso la cuestión que se plantea aquí es la legitimación del coposeedor que no interpone el interdicto de obra nueva mientras se realizan las actividades de construcción y que, una vez acabada la obra, ejercita el interdicto de recobrar -o retener- con la pretensión de devolver la cosa a su estado original, pero éste es un problema que no afecta específicamente al coposeedor, sino a todo poseedor. Ciertamente, el art.1.651 LEC. no exceptúa de los actos constitutivos de perturbación o despojo la obra nueva, y si se defiende el empleo exclusivo del interdicto de obra nueva cuando la inquietación consiste en una edificación es porque no conlleva derruir sino suspender la obra, postergando la demolición a una decisión en juicio declarativo (art.1.675 LEC.)⁵⁴⁰.

sunt causæ nuntiationis novi operis, dominium et servitus, idest jus nuntiandi tantum est domini ejus loci in quo sit novum opus, vel cui locus ille debet servitutem. Socius rei communis non est dominus solus, imo nec proprie dominus, cum alter sit condominus. Potest quidem dominus nuntiare novum opus non domino, non autem domino: non potest enim nuntiare ex causa servitutis quia res mea pro parte, nulli potest servire. Sic deficiunt causæ nuntiationis, quibus socius possit socio prohibere per nuntiationem, sed per aliud remedium posse, ut per actionem communi dividundo".

⁵³⁸ MIQUEL, "comentario al art.397", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.395. Vid.asimismo SAP. de Lleida de 1.junio.1995, que estudia la legitimación del condómino en el supuesto de la pared medianera en relación con el art.289 de la CDCC.

⁵³⁹ Vid.DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.549; GARCIA DE MARINA, *ob.cit.*, pág.367 y ss.; MAYNAR BARNOLAS, M.: "¿Interdicto de recobrar o interdicto de obra nueva?", *RGLJ*, 1951, t.189, pág.311 y ss. y DE VEGA CRUZ, J.A.: "Caso práctico: ¿puede ejercitarse el interdicto de recobrar la posesión para derribar una edificación?", *Estudios jurídicos*, Madrid, pág.295 y ss. Como decisión que recoge los límites, la S.A.P. de Granada de 9 de septiembre de 1992 (Ar.C.1192). En Italia, BARASSI, *ob.cit.*, pág.200 (si bien para atender al derecho italiano hay que tener presentes las diferencias entre la acción en el derecho italiano y en el español, que sitúa DE DIEGO LORA, *La posesión...*, II, *ob.cit.*, pág.245).

⁵⁴⁰ Resultaría demasiado gravoso ejecutar el derrumbe y luego, en juicio declarativo, reconocer el derecho del actuante. Además, en sí mismo considerado, este interdicto es más favorable para ambas partes (REBOLLEDO VARELA, "Interdicto de obra nueva y posesión", *ob.cit.*, pág.548). El carácter favorable de este procedimiento se predica exclusivamente en relación al interdicto de recobrar, porque se han constatado los notorios abusos que la acción genera en la práctica (vid.MARIN CASTAN, Francisco: "El abuso procesal en la defensa del derecho de propiedad", *Cuadernos de Derecho judicial*, VI, C.G.P.J., Madrid, 1994, pág.295 y ss.).

6.2. El interdicto de obra ruinosa

Este interdicto pretende la adopción de medidas urgentes para evitar los riesgos que pueden derivarse del mal estado de un edificio, árbol, columna u objeto similar, así como la demolición de una obra ruinosa (art.1.676 LEC.)

Aunque una interpretación literal del art.1.677 LEC. podría inducir a excluir al copropietario, los arts.389, 390 y 391 Cc. reflejan que se trata de una obligación que afecta a todo propietario y, por ello, también a él⁵⁴¹. De nuevo aparecen las dudas al vincularlo a las relaciones entre los coposeedores, aunque, a diferencia del caso anterior, sí se admitía en Derecho Romano⁵⁴². Se ha señalado que el interdicto no deberá recibirse a trámite cuando el temor del daño derive de la falta de reparaciones necesarias, porque cada copropietario tiene el derecho y el deber de hacerlas -a salvo el derecho de exigir después el resarcimiento proporcional-⁵⁴³. Esta opinión no es unánime, y se objeta que su exclusión supone una limitación de las facultades del comunero no recogida por la ley⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.207.

⁵⁴² D.39,2,39: "Cautio damni infecti necessaria est, quum aut alter solus, inter quos paries communis est aedificat, et vitium ex opere futurum est".

⁵⁴³ PATERNO, *ob.cit.*, pág.178, y añade "di guisa che potendo ognuno di essi, e dovendo far ciò che è necessario per scongiure il danno, non può rivolgersi agli altri domandando che lo facciano loro". También DE MARTINO, *Il possesso, ob.cit.*, pág.598, matiza que en caso de omisión de las reparaciones necesarias no podrá admitirse la acción "a chi è responsabile di tale fatto, ovvero se esso sia stato determinato da attività degli altri condomini, consistente in innovazione della cosa comune".

⁵⁴⁴ PROTETTI, *il possesso, ob.cit.*, págs.747-748. El, no obstante, se centra en el al supuesto en que la cosa común dañe otro bien que posea en exclusiva uno de los comuneros.

CAPITULO VI. LA USUCAPION COMO EFECTO DE LAS POSESIONES AD COUSUCAPIONEM

1.Introducción

Considerada como el otro efecto paradigmático de la posesión, la usucapión es un modo de adquirir la propiedad y los derechos reales (arts.609.3 y 1.930 Cc.)⁵⁴⁵ que, consecuentemente, sólo se predica de los poseedores en nombre propio (art.431 Cc.). El Código civil diferencia dos clases de usucapión: la extraordinaria que precisa una posesión pública, en concepto de dueño, pacífica y no interrumpida (art.1.941 Cc.) durante el plazo de treinta años si se trata de bienes inmuebles (art.1.959 Cc.) y seis, si de bienes muebles (art.1.955.2 Cc.) y la usucapión ordinaria, que además exige los requisitos de buena fe y justo título (art.1.940 Cc.) y, a cambio, acepta unos plazos menores (diez años para bienes inmuebles y tres para los muebles: arts.1.955 y 1.957 Cc.)⁵⁴⁶.

Nuestro interés por la usucapión se centra en el análisis y peculiaridades de la *compossessio ad usucapionem*, desde la voluntad de ceñirnos a las coordenadas de nuestro objeto de estudio. El Código civil no contempla expresamente la usucapión de la copropiedad o de otro derecho real en régimen de cotitularidad, los cuales se

⁵⁴⁵ D.41,3,3: "Usucapio est adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti". Sobre la figura en derecho común, junto a los comentarios a D.41,3,3 y ss., cabe señalar BARBOSA, *Comentarii ad rubricam, et legem, ob.cit.*, fol.76 y ss.; OLDENDORPIUS, J.: "De usucapio et præscriptionibus" en: *Octavum volumen tractatum è variis iuris interpretatibus collectorum*, Lugduni, 1546 y BALBUS, I.(+1480): "Tractatus foecundus et perutilis de præscriptionibus...", en la misma obra, fols.13-92. En la actualidad, para nuestro derecho, HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.387 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales...*, *ob.cit.*, pág.52 y ss.; LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.186 y ss.; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.581 y ss.; ALBALADEJO GARCIA, M.: "Comentarios a los arts.1.940-1.960", en: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*, t.XXV, vol.I, Madrid, 1993; RODRIGUEZ MORATA, F.: "Comentarios a los arts.1.930 a 1.940", en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz-Alabart*, Madrid, 1993 y específicamente MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972. En general, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, ob.cit.*, § 175 y ss.

⁵⁴⁶ Esta clasificación se remonta al Derecho romano y a las Partidas. No ha sido recogida por otros Ordenamientos jurídicos, como el catalán, que establece un único plazo de treinta años para los bienes inmuebles y seis para los muebles, sin exigir título ni buena fe (art.342 CDCC.). Sobre los requisitos de los dos tipos de usucapión, DIEZ-PICAZO y MORALES MORENO (para los títulos clásicos de la usucapión ordinaria, VILA, *Carme: El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código civil español*, Librería Bosch, Barcelona, 1989, pág.166 y ss.).

incluyen en la expresión del art.1.930 Cc., "el dominio y demás derechos reales". No obstante, el art.1.933 Cc. recoge el supuesto específico del coposeedor que prescribe en beneficio de la comunidad, en tanto que el art.450 Cc. alude a los efectos de la interrupción de la posesión *ad cousucapionem* en el seno de la comunidad.

Al estudiar la posesión *ad cousucapionem* se suele diferenciar tres supuestos:

1-. Cuando concurre una pluralidad de poseedores *ad usucapionem* que actúan indistinta y paralelamente sobre la cosa y que consolidan una usucapición "conjunta",

2-. La usucapición de todos los coposeedores derivada de la actuación de uno de ellos (art.1.933 Cc.)

3-. La usucapición de un coposeedor que contesta la coposesión preexistente e invierte su concepto posesorio. Este supuesto, que ha sido el que más ha interesado a la doctrina, supone no obstante la negación de la coposesión -como presupuesto de la usucapición y como situación en sí misma considerada-, por ello hemos considerado más oportuno ubicarlo en el capítulo dedicado a la extinción de la coposesión.

2. La usucapición conjunta como resultado de una pluralidad de posesiones *ad cousucapionem*

En este supuesto, una pluralidad de sujetos ejercitan efectivamente sus poderes de hecho sobre un bien. Derivan su posesión de un título -verdadero y válido, pero ineficaz-, de alguno de los modos del art.438 Cc., o incluso de la violencia, lo que repercute en el tipo de usucapición que realizan⁵⁴⁷. Su actividad no requiere una

⁵⁴⁷ Nos centramos en la usucapición de todos los sujetos que concurren sobre un bien. Un supuesto diferente, aunque conexo, es aquél en que sólo uno de los coposeedores se halla en la necesidad de usucapir, así, por ej., si deriva su posesión de una adquisición a *non domino*, de modo que se integra en la comunidad como condueño, desconociendo la falta de poder de disposición del transmitente (vid.DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.596 y "Comentario del art.1.933", en: *Comentario del Código civil*, *ob.cit.*, pág.2088 y RODRIGUEZ MORATA, "Comentario al art.1.933", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.118). En este caso deberíamos diferenciar si su incorporación implica la exclusión de uno de los copropietarios -si el transmitente no propietario designa al titular que enajena y éste permanece inactivo durante ese lapso, frente a la visibilidad del nuevo adquirente- o si se incrementa el número de titulares y todos ven reducidas sus cuotas, lo que supone una modificación del «estatuto coposesorio» del bien (vid.ALBALADEJO, "Comentario a los arts.1.940 y 1.941", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.260, y entre los italianos, PALAZZO, v.«Comunione»,

injerencia continua, pues el señorío se mantiene mientras subsiste la posibilidad de ejercitarlo. Su abstención halla su límite en el art.1.933 Cc. en que uno de los copartícipes es el poseedor efectivo, aunque en el desarrollo de su actividad reconozca la existencia de otros sujetos.

2.1. La irrelevancia de las variaciones entre los titulares durante el período prescrito para usucapir

Hemos señalado cómo a los coposeedores les resulta indiferente la identidad de los restantes comuneros, en tanto no mengüe su poder. Asimismo -y con la anuencia o conocimiento de los restantes- el número de coposeedores puede variar a lo largo del período preciso para usucapir el bien, sin que las fluctuaciones -vinculadas a la facticidad de la posesión- repercutan en la usucapición. Durante el lapso prescrito pueden tener lugar diversas alteraciones que conlleven el acrecimiento o decrecimiento de las posiciones concurrentes y que se traducen en modificaciones del «estatuto coposesorio», dado que éste plasma las cuotas -que en este caso indican la porción que les será adjudicada al dividir la cosa-. El único requisito inexcusable es que los comuneros conozcan esas alteraciones, pues han de saber que su concepto plural en cada momento reconoce un número concreto de coposeedores.

MIQUEL parece adoptar una posición diferente cuando, al explicar la renuncia liberatoria del art.395 Cc., afirma que "no puede decirse que haya una relación de sucesión entre el comunero renunciante y los que aumentan sus cuotas con la de aquél. No hay un negocio jurídico entre ellos. Así puede suscitarse otro problema respecto de la *accessio possessionis* a efectos de la usucapición. ¿Podrán sumar los comuneros que no renunciaron a su posesión la del renunciante (artículo 1.960.1 Cc.)? No parece que pueda sostenerse que el renunciante sea el causante en la posesión de los otros, respecto de la parte de aquél"⁵⁴⁸. De aceptar su hipótesis deberíamos sostener que los coposeedores inician una posesión nueva de la cuota vacante, de modo que el anterior

ob.cit., pág.171).

⁵⁴⁸ MIQUEL, "Comentario al art.395", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.121. Su posición sobre la renuncia liberatoria es extendible a la renuncia en general (MIQUEL, "Comentario al art.399", *ob.cit.*, pág.436).

propietario, ante la excepción de la usucapión consumada, podría probar la renuncia de los comuneros y reivindicar la cuota cuya titularidad aún no ha perdido. Esta construcción es indefendible por varias razones: en primer lugar, la cuota sólo es un módulo de cálculo de las utilidades y las cargas derivadas de la comunidad así como de la parte de la cosa que corresponde finalmente a cada miembro: el poseedor posee la cosa y no la cuota; ello enlaza con la segunda objeción: en la coposesión, la discusión secular sobre si la renuncia de la cuota implica el acrecimiento *ipso iure* entre los comuneros o bien que éstos adquieran la cuota por ocupación⁵⁴⁹ no tiene objeto pues es una controversia ubicada en sede de los derechos⁵⁵⁰. De este modo, la porción resultante se obtendrá en el momento de dividir, atendiendo al conjunto de coposeedores que existe entonces. Además, la redacción del art.450 Cc. arrumba la relevancia de las alteraciones de la cuota a lo largo del período de usucapión, criterio que corrobora el art.399 Cc.*in fine* al limitar el efecto de la enajenación o de la hipoteca a la porción que se le adjudique al cesar la comunidad. Por último, de tener que recurrir a la suma de posesiones para hacer frente a la reclamación del anterior propietario, nada obsta para defender una especial *accessio* entre los coposeedores⁵⁵¹.

Probablemente MIQUEL intenta remarcar que no existe un supuesto de *accessio possessionis* porque, en puridad, se da esa extensión de las magnitudes mensurables del

⁵⁴⁹ Vid. BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, págs.253-255 y ROCA JUAN, J.: "La renuncia liberatoria del comunero", *ADC*, 1957, pág.108 y ss. También GONZALEZ PALOMINO, J.: "El acrecimiento en la mejora", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II, págs.559-563 y RAMPONI, *Della comunione di proprietà...*, *ob.cit.*, págs.191-196. Para DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.596, "parece muy claro que no cabe la usucapión de cuota «pro derelicto». El abandono de una cuota no permite la ocupación de la cuota abandonada, sino que produce un acrecimiento de las cuotas de los demás comuneros".

⁵⁵⁰ En gran medida esta cuestión se deriva de la concepción tradicional de la cuota como fracción de la cosa o del derecho, teoría que, como vimos, no es trasladable a la posesión, pues cada coposeedor posee toda la cosa. Como apunta GONZALEZ PALOMINO, *ob.cit.*, pág.562 -para defender su teoría sobre el destino de la cuota vacante-: "Los demás comuneros adquieren la cuota abandonada (renunciada) por ocupación, en proporción a sus cuotas. Esta ocupación se produce automáticamente, porque los actos de posesión material de la cosa común recaen, no sobre las cuotas de cada comunero, sino sobre la cosa entera (art.394 Cc.) ya que no es ni siquiera imaginable la posesión material de una cuota abstracta de cosa". Y recuerda BONFANTE, P.: "Il «ius adcrendi» nel condominio", en: *Scritti giuridici*, III, Torino, 1926, pág.444: "appartiene veramente alle situazioni inconcepibili il comportamento di chi, continuando a possedere e godere la cosa, voglia possederla e goderla salvo una quota o frazione astratta".

⁵⁵¹ PORTALE, "Note...", *ob.cit.*, pág.500.

derecho y no uno de los supuestos que se integran en el art.1.960.1 Cc. y que tienen como nexo común la sucesión temporal de dos posesiones, de modo que una surge después de la otra, sin llegar a coexistir⁵⁵². Pero de la literalidad de su afirmación colegimos que la cuota, desde su vacancia -si fuese posible vacar una cuota- interrumpiría naturalmente la posesión, sin que un ulterior ejercicio reanudase la posesión anterior, lo que no es aceptable⁵⁵³.

2.2. El requisito de buena fe en la usucapión ordinaria "conjunta"

2.2.1. La buena fe como condición individual de cada poseedor

La buena fe exigida en la usucapión ordinaria (art.1.940 Cc.) está regulada en los arts.1.950 y 1.951 Cc., el cual remite a las normas de buena fe posesoria (arts.433 a 436 Cc.)⁵⁵⁴. Como vimos al estudiar las relaciones entre los poderes, se trata de una circunstancia que se valora individualmente en cada poseedor. Reincidimos en esta cuestión porque presenta algún interrogante al concretarla a la posesión *ad usucapionem*. Puesto que cada coposeedor, aunque posea toda la cosa, no adquiere en definitiva más que su cuota, coexistirán una pluralidad de prescripciones ordinarias y extraordinarias, de modo que frente a la reclamación del anterior propietario unos sujetos pueden oponer la adquisición de su derecho y otros no podrán contestarle por hallarse todavía en curso de prescribir. No cabe abogar por un derecho de acrecer de

⁵⁵² Vid.ESPIN, D.: "La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión", *RDP*, 1943, pág.629.

⁵⁵³ Como concluye ROCA JUAN, "La renuncia liberatoria...", *ob.cit.*, pág.106, cuando un sujeto renuncia a su condición de comunero -él separa titularidad del derecho de condición de comunero- "el activo y el pasivo de los efectos divisibles que se organizan en la comunidad según la proporción ("cuota") que le corresponde a cada uno aumenta porque disminuye uno de los términos de la proporción, sin que ello suponga para los demás la adquisición de un derecho nuevo, ni una mayor extensión del propio, porque su derecho conserva idénticas facultades".

⁵⁵⁴ Por ello ALBALADEJO, M: "Comentario a los arts.1950 y 1951" en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.303, considera que los dos artículos sobran pues es incontestable que para ver cuándo hay posesión de buena fe se debe acudir a los preceptos posesorios que lo establecen, y la buena fe del poseedor *ad usucapionem* "es una aplicación de ellos". No obstante, por lo general el art.1.950 se circunscribe a la legitimación del transferente, con un ámbito más restringido que el art.433, que añade el vicio que invalidaría el título o modo de adquirir. Vid.DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.491; LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.207; CARRASCO PERERA, A.: "Restitución de provechos" (I), *ADC*, 1987, pág.1107. También BADOSA, v.«Justo título», *ob.cit.*, pág.699, quien vincula preceptivamente la buena fe del art.433 a la existencia de título y niega que exista cuando el poseedor se apoye en un título putativo.

los poseedores de las cuotas de buena fe respecto a las cuotas de los de mala⁵⁵⁵ - quienes podrán adquirir el derecho mediante la usucapión extraordinaria-, sino constatar que finalmente surge un derecho de copropiedad entre el anterior propietario exclusivo y aquellos poseedores que han consumado su prescripción⁵⁵⁶. En esta nueva comunidad, la cuota de aquél es la suma de las cuotas de los coposeedores de mala fe.

RODRIGUEZ MORATA ha objetado que tal criterio "tiene como resultado una ruptura temporal de los plazos prescriptivos respecto a cada una de las cuotas"⁵⁵⁷, réplica que ya había formulado DIEZ-PICAZO, para quien cabía llegar a una solución distinta desde una "inteligencia estrictamente integral del art.1.933": la prescripción aprovecharía "también a los demás de mala fe, sin perjuicio del deber de éstos de indemnizar al antiguo propietario"⁵⁵⁸. La idea tampoco le satisfizo plenamente, dado que cada comunero no adquiere por usucapión más que su cuota. No creemos que la adquisición de la propiedad u otro derecho real pueda devenir firme en defecto de uno de los requisitos que la ley prescribe -la norma exige la buena fe-, subsanándolo con una indemnización que sólo podría basar en el enriquecimiento sin causa. En la resolución del conflicto de intereses, el propietario sólo ha de ver modificado su derecho por la incorporación de quienes sí han consumado su prescripción adquisitiva.

2.2.2. La exigencia de la buena fe durante todo el período de usucapión

La buena fe de los arts.1.950 y 1.951 Cc. debe existir durante todo el tiempo

⁵⁵⁵ Así lo hace notar BORRELL Y SOLER, *El dominio según el código civil español*, ob.cit., pág.349.

⁵⁵⁶ DOMAT, *Les lois civiles...* ob.cit., t.IV, Sect.IV, n.17, pág.303, lo explicaba: "Il peut arriver (...) que de deux possesseurs de deux parties d'un héritage usurpé, l'un soit maintenu par la prescription, et que la possession pendant le même temps soit inutile à l'autre. Ainsi, par exemple, si un possesseur de mauvaise foi vend une moitié d'un héritage qu'il ait usurpé, s'en réservant l'autre, et que l'acquéreur de cette moitié l'ayant possédée de bonne foi pendant le temps de la prescription, et ce vendeur ayant aussi possédé l'autre moitié pendant le même temps, le propriétaire veuille rentrer dans son héritage, et fasse sa demande contre ces deux possesseurs, l'acquéreur de cette moitié sera maintenue par l'effet de sa bonne foi, et le propriétaire ne pourra recouvrer que l'autre moitié contre l'usurpateur, de qui la mauvaise foi aura empêché la prescription".

⁵⁵⁷ RODRIGUEZ MORATA, "Comentario al art.1.933", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.114.

⁵⁵⁸ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, ob.cit., pág.495.

prescrito para usucapir: Frente al principio romano *Mala fides superveniens non nocet* que limitaba el requisito al momento de la adquisición, el Código civil asume las consignas canónicas y exige buena fe durante todo el período preciso para la usucapión ordinaria⁵⁵⁹. Como se deduce del art.435 Cc., la mala fe sobrevinida modifica la calificación de la posesión. Asimismo, la expresión del art.1.950 "por el tiempo determinado en la ley", equivale a "durante" ese tiempo⁵⁶⁰.

La cuestión es cómo repercute en cada poseedor *ad cousucapionem* ese cambio en la valoración ética de su posesión. Aquel que pierde la buena fe -es decir, que conoce que el transferente del bien no era el titular o no podía transmitir el dominio- queda desde ese momento sujeto a las reglas de la usucapión extraordinaria. No obstante, el plazo para la usucapión extraordinaria no se inicia en el momento en que transmuta su condición psicológica, sino que sumará los años en que poseyó de buena fe, dado que la usucapión extraordinaria sólo exige una posesión con los requisitos del art.1.941 Cc⁵⁶¹.

Cabe el supuesto contrario, es decir, que un coposeedor de mala fe ceda (ex

⁵⁵⁹ Este criterio entronca con el art.724 del Proyecto de 1836: "La buena fe es necesaria para la prescripción no solamente cuando se principia a poseer sino también durante todo el tiempo necesario para prescribir". En la Exposición de Motivos del Proyecto (debida a J.Ayuso/ E.Tapia y T.Vizmanos) se recordaba que la Partida 3,29,12 siguiendo el derecho romano, la circunscribía al momento de adquisición, "sin embargo casi todos nuestros jurisconsultos antiguos y modernos, aseguran que en España nos regimos sobre este particular por el derecho canónico (...) y la verdad que esto parece ser lo más justo, porque sobreviniendo mala fe, ya no puede considerarse al prescribiente como verdadero poseedor y la ley no debe autorizarle para que coja el fruto de su inmoralidad" (*Crónica de la Codificación española*, 4, II, (Codificación civil. Génesis e historia del Código, por J.F. Lasso Gaité, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, pág.100). El art.1.957 del Proyecto de 1851 ("La buena fe se presume, mientras no se pruebe lo contrario, y basta que haya existido al tiempo de la adquisición") -vid. comentario de GARCIA GOYENA, *ob.cit.*, pág.1007- optó por la solución contraria, influido por el art.2.269 Code ("Il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition"). La norma francesa también se separaba de sus orígenes pues según constató POTHIER, *Traité de la prescription*, en: *Oeuvres*, t.X, Paris, 1821, n.34 (pág.365) la tradición francesa exigía, por la influencia canónica, buena fe durante todo el tiempo. También el art.1.147 Cc. italiano exige buena fe únicamente en la adquisición (vid.por todos, SEGRE-MONTEL, *Il possesso*, *ob.cit.*, n.65, pág.138).

⁵⁶⁰ ALBALADEJO, "comentario a los arts.1.950 y 1.951", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.307, y remite a la redacción del art.1.957 Cc. a la par que critica que se fundamente ese requisito en el art.435 Cc.

⁵⁶¹ Esa es la solución más clara, sin recurrir a construcciones artificiosas en base a los arts.1.958.2 y 1.957 Cc. como apunta LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, págs.198-199. ALBALADEJO, "Comentario a los arts.1.950 y 1.951", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.308, expresa sus reservas.

art.460.2 Cc.) su posesión a un sujeto que ignore las deficiencias del título inicial. Este podrá computar el plazo de la posesión de su causante, pero sólo en los términos de la usucapión extraordinaria, atendiendo exclusivamente al período posesorio de aquél⁵⁶².

La última cuestión es cómo opera el juego de posesiones *ad cousucapionem* si se combinan con las fluctuaciones del número de coposeedores. En tal caso, cuando reclame el anterior propietario, se habrá de valorar la posición de cada sujeto actual y reconstruir el *iter* de transmisiones, atendiendo a la buena o mala fe de quienes con él operaron, pero sin extender ese elemento psicológico a los restantes: se valora cronológica y no horizontalmente. Ello se corresponde con otra consigna: el paso del estadio fáctico al de los derechos se hace en función de la cuota resultante en el momento de la reivindicación y es entonces cuando se atiende a la buena o mala fe de cada miembro. La actualidad de las posesiones de quienes no han consumado la prescripción impide el acrecimiento de las cuotas de los restantes. Surge la posibilidad de coexistencia de dos comunidades: una de derecho, integrada por quienes ya han usucapido (y generado un *ius possidendi*) y otra de hecho -posesoria- en la que se integran todos aquellos que concurren sobre el bien.

3. La prescripción de un coposeedor "en beneficio" de los restantes: el art.1.933 Cc.

El art.1.933 Cc. señala que "La prescripción ganada por un copropietario o comunero aprovecha a los demás"⁵⁶³. En una primera aproximación, el empleo del

⁵⁶² Cabe como referencia el art.442 Cc., en que el causante es de mala fe y el heredero de buena. En general, la doctrina no arbitra un mecanismo para cohonestar esta situación, limitándose a señalar que la norma limita los efectos de la purga de la mala fe que el título hereditario supone, evitando la eficacia retroactiva de la buena fe del heredero (COCA PAYERAS, "Comentario del art.442", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1193; MARTIN PEREZ, "Comentario al art.442", en: *Comentarios al Código civil..., ob.cit.*, pág.240 y ss.) o cuestionándose el supuesto inverso (PEREZ y ALGUER, *Notas..., ob.cit.*, pág.81). Acaso aquí sí debería valorarse el criterio que propugna LACRUZ, *Elementos..., III,I, ob.cit.*, pág.199, de modo que la posesión inicial de mala fe cuente a razón de tres años por uno (esta solución difiere de la del apdo. anterior, en que nos limitamos a contar los años, siguiendo a ALBALADEJO, "Comentario a los arts.1.950 y 1.951", en: *Comentarios al Código civil..., ob.cit.*, pág.309).

⁵⁶³ Tiene como antecedentes los arts.714 del Proyecto de 1936 y 1.939 del Proyecto de 1851, que veremos en el texto. Como precedente remoto, se cita C.8,40,5 (así, SANTOS BRIZ, "Comentario al

término *copropietario* revela que el precepto da por supuesto la preexistencia de un régimen de comunidad de la que aquél forma parte con anterioridad a la consumación de la prescripción y hasta de los actos iniciales precisos para ello⁵⁶⁴. Por ello, HERNANDEZ GIL, a partir de un análisis literal del artículo, diferenciaba dos supuestos⁵⁶⁵:

1-. la usucapión a favor de la comunidad, por parte de quien ya es copropietario y

2-. la usucapión desde la estricta condición de coposeedor.

Vamos a estudiarlos individualmente.

3.1. La usucapión a partir de una copropiedad preestablecida

Ab initio, no parece viable conjugar copropiedad ya establecida y usucapión, dado que "contradice, o entra en conflicto con lo que es de esencia a la usucapión, es decir, la posesión, y la adquisición, sobre la base de la permanencia en aquélla durante un tiempo determinado, de la propiedad (o de la copropiedad) u otro derecho real"⁵⁶⁶. Pero HERNANDEZ GIL cree posible hablar de prescripción de copropietario si concurren dos matices: que el bien adquirido por usucapión no sea el mismo atribuido ya en propiedad y que en los actos posesorios no hayan concurrido los partícipes en un régimen estricto de coposesión -porque, señalamos nosotros, en tal caso se desborda el supuesto del art.1.933 Cc.-⁵⁶⁷. El lo reconduce al ejemplo de una explotación o de una empresa común, que implica la explotación de otras cosas, como por ejemplo, maquinaria agraria, y señala que "respecto de estas cosas, que no han de estar necesariamente integradas en la copropiedad, pero que se poseen a consecuencia de

art.1.933", *Código civil. Doctrina y jurisprudencia dirigido por José Luis Albácar López*, t.IV, Madrid, 1991, pág.1188), pero este texto contempla las relaciones entre una pluralidad de acreedores y un deudor, o viceversa. El fragmento afín es D.41,2,42 pr.: "Communis servus, etiam si ab uno ex dominis omnium nomine possideatur, ab omnium possideri intelligitur".

⁵⁶⁴ SCAEVOLA, *Código civil*, t.XXXII, concordado y redactado por Reyes Monterreal, Madrid, 1965, pág.329.

⁵⁶⁵ HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.182. RODRIGUEZ MORATA, "Comentario al art.1.933", *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.112, reproduce y asume toda su exposición.

⁵⁶⁶ HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.481.

⁵⁶⁷ HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.482.

ella, es perfectamente verosímil que se plantee la adquisición por usucapión⁵⁶⁸.

Este ejemplo no resulta convincente porque la maquinaria agrícola es un bien mueble con un régimen jurídico propio; si concurren irregularidades que impiden la firmeza de la titularidad, podrán adquirirlo quienes lo poseen -esos sujetos que son simultáneamente titulares de la empresa- mediante la individualizada prescripción adquisitiva, pero en base a su posesión, no a una propiedad preestablecida y exógena⁵⁶⁹.

Como segundo supuesto, HERNANDEZ GIL señala que "además de la finca poseída como consecuencia de la copropiedad, se posea otra simplemente sin un título dominical". En este caso, si todos los coposeedores actúan, "difícilmente cabrá individualizar en un copropietario la adquisición: la usucapión se ganará por todos y, naturalmente, en beneficio de todos", de ahí que previamente matizase que se circunscribía a los supuestos en que "la copropiedad en cuanto al derecho no traiga como consecuencia una coposesión compartida"⁵⁷⁰. En el caso que describe, esa finca sin título es poseída por uno de los copropietarios, quien gana la prescripción para los demás.

Este ejemplo tampoco nos convence, dado que la finca -acaso contigua, pero desde luego un objeto independiente- tiene su propio régimen de adquisición, y tampoco cabe presumir que el sujeto poseedor actúe en nombre de los coposeedores de otra finca. No cabe extender la situación de copropiedad a otro objeto -salvo manifestación expresa del sujeto que posee, y aceptación de los restantes- imputando su actividad al colectivo. Además, de nuevo, una declaración de esa índole sería independiente de la previa copropiedad de otro objeto.

A pesar de las objeciones expuestas, existe un supuesto en que es posible

⁵⁶⁸ HERNANDEZ GIL, *Ibidem*.

⁵⁶⁹ El régimen de usucapión de la maquinaria de la empresa de su propiedad será de tres años si concurre título y buena fe o de seis si faltan estos requisitos (art.1.955,1 y 2 Cc.), es decir, tendrá la consideración de bien mueble. Por el contrario, si los coposeedores de esa maquinaria fueran a su vez coposeedores de una explotación de la que formara parte *ab initio* dicha maquinaria cabría considerarlo un bien inmueble por destino (art.334.5 Cc.) y su régimen de adquisición sería diferente.

⁵⁷⁰ HERNANDEZ GIL, *Ibidem*.

cohonestar la condición de propietario y la usucapión. Nos referimos a la adquisición por prescripción de derechos secundarios, limitados o accesorios, vinculados a la cosa que preexistentemente se tiene en propiedad por todos los sujetos, siendo uno de ellos quien prescribe el derecho en beneficio de la cosa común y de los copartícipes: el ejemplo más claro lo constituyen las servidumbres adquiridas en utilidad de un fundo en régimen de propiedad *pro indiviso*⁵⁷¹.

3.2. La usucapión desde la estricta condición de coposeedor

3.2.1. El *status* del coposeedor ad usucapionem

Por tanto, el art.1.933 Cc. contempla exclusivamente al coposeedor *strictu sensu* aunque lo sitúe cuando ha consumado su usucapión. Para ubicarlo adecuadamente debemos tomar como referentes el art.1.939 del Proyecto de 1851: "La prescripción adquirida a favor de los copropietarios ó comuneros aprovecha a los otros" y el art.714 del Proyecto de 1936: "El condueño no puede prescribir la cosa que posee en común". Frente a la proscripción aparentemente absoluta del Proyecto de 1836, acorde con la tradición⁵⁷², el empleo en el Proyecto del 51 de la expresión poseer «a favor de» implica el reconocimiento de la posibilidad contraria, esto es, de una posesión «en contra de» los comuneros, por parte de un coposeedor que a partir de un momento dado, mediante un comportamiento expreso, deja de reconocer la pluralidad⁵⁷³.

Esta dualidad aparecía expresamente en el art.915.2 del Proyecto de 1851 en el apartado dedicado a la partición de la herencia (Libro III, Tít.III, cap.II, sección II) al contemplar la prescripción extintiva de la *actio familiae erciscundae*:

⁵⁷¹ SCAEVOLA, *Código civil, ob.cit.*, pág.330 (no obstante, desvirtúa su aserto en la pág.331 al situar en el mismo plano la prescripción de una servidumbre y la de la propiedad misma sobre la que viene existiendo una simple comunidad posesoria). En el caso expuesto, observaba GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales...*, II, *ob.cit.*, pág.589, y frente al consentimiento que se exige para la constitución de servidumbre -él explica lo que después sería el art.597-, "no es necesario que todos consientan, pues se presume que cada uno acepta aquello que le tiene utilidad".

⁵⁷² El Fuero Real (2,11,2) -Nueva Rec.11,8,2- prescribía: "El tenedor de la cosa hurtada y que la tenga en común con otro, no pueda prescribirla por tiempo" "Si erederos o otros hombres tuvieren o poseyeren alguna cosa de consuno, que no sea partida entre ellos, no se pueda defender por tiempo, que no de su derecho a cada uno de los otros...".

⁵⁷³ No obstante, la interpretación de GARCIA GOYENA, *ob.cit.*, pág.999, al art.1.939 del Proyecto: "es un efecto necesario de la comunión y mancomunidad (...) el copropietario ó comunero poseedor de la cosa comun, no puede prescribirla contra los otros; su posesion aprovecha à todos" parece cerrar el paso a esa posibilidad, aunque lo matice al comentar el art.915.2, que transcribimos en texto.

"La acción para pedir la partición de la herencia espira a los treinta años contra el coheredero que ha poseído el todo ó parte de ella en nombre propio y como señor universal y particular.

Si todos los coherederos poseyesen en comun la herencia, ó alguno de ellos en nombre y como cosa de todos, no tiene lugar la prescripción"

La norma diferenciaba entre usucapión como poseedor exclusivo -lo que llevaba a presumir una inversión previa- y poseedor como coheredero, en que aquélla no había tenido lugar. El precepto se inspiraba en el art.816 Code francés⁵⁷⁴, aunque, a juicio de GARCIA GOYENA, era más claro que su referente pues especificaba sobre la posesión en nombre propio o ajeno⁵⁷⁵. Para el jurista navarro, "el que posee en nombre de otro, para sí o para otros, no es poseedor para el efecto de prescribir en nombre propio, y esto sucede en todos los coherederos y comuneros"⁵⁷⁶. Añadía que la decisión sobre si su posesión es en nombre propio o en el de todos, era "pura cuestión de hecho", que por tanto debía decidirse atendiendo a los hechos, "como si fué solo en percibir los frutos, pagar las cargas, etc."⁵⁷⁷. Como último soporte, GARCIA GOYENA aludía al art.1.939 del Proyecto, es decir, al actual 1.933 Cc.

⁵⁷⁴ Art.816: "Le partage peut être demandé, même quand l'un des cohéritiers aurait joui séparément de partie des biens de la succession, s'il n'y a eu un acte de partage, ou possession suffisante pour acquérir la prescription". Previamente POTHIER, J.F.: *Traité du contrat de société*, t.III, Paris, 1827, n.166 (pág.517) había señalado "Tant que les associés ou leurs héritiers possèdent en commun les choses communes, y eût-il plus de cent ans qu'ils les possédassent, on ne peut opposer aucune prescription pour exclure l'action du partage. Mais il pourrait y avoir lieu à la prescription trentenaire, s'il y avait plus de trente ans qu'ils les possédassent séparément: on présumerait qu'il y aurait eu entre eux un partage dont l'acte se serait perdu" (Reitera esta tesis en el Primer Apéndice "Du quasi-contrat de communauté", n.197, pág.531, en que extiende a los comuneros lo que ha afirmado para los asociados). Sobre el precepto, DEMOLOMBE, Ch.: *Traité de successions*, t.III, 4 ed., Paris, 1870, n.515 y ss.; TROP LONG, *Commentario sulla prescrizione*, ob.cit., art.2.229, n.362 (Este criterio se mantiene en el actual art.714 del Cc. italiano de 1942: "Può domandarsi la divisione anche quando uno o più coeredi hanno goduto separatamente parte dei beni ereditari, salvo che sia verificata l'usucapione per effetto di possesso esclusivo").

⁵⁷⁵ Debemos advertir, no obstante, que la distinción ya se halla en la Glosa de Gregorio LOPEZ, *Las Siete Partidas del sabio rey d.Alfonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa...*, ob.cit., t.III, a P.6,15,2 (pág.731) quien al estudiar si podía prescribirse la acción, también diferenciaba si "los bienes hereditarios se hallan poseidos por un tercero o por uno de los coherederos quien los tiene en calidad de comunes, ó en fin por un coheredero que los posee exclusivamente en su nombre, como dueño in solidum". En el primer caso "la prescripción no cabe, pues que por medio de del coheredero que posee en común, siguen los demas en la posesión (l.2, tít.8, lib.11, Nueva.R.) En el último "la prescripción procede contra los coherederos que dejan que otro heredero posea exclusivamente en su nombre".

⁵⁷⁶ GARCIA GOYENA, *Concordancias...*, ob.cit., pág.454.

⁵⁷⁷ GARCIA GOYENA, *Ibidem*.

El Código civil no ha recogido esta norma e incluso cabría defender que adopta un criterio diferente en el art.1.965 Cc., que se limita a fijar la imprescriptibilidad entre coherederos y comuneros de la acción para pedir la división de la herencia o la cosa común. No obstante, resulta indiscutible que respecto a aquellos bienes poseídos en exclusiva por tiempo suficiente y en las condiciones exigidas por la ley tiene lugar la usucapión⁵⁷⁸.

Tenemos, por tanto, un coposeedor que puede conducirse como poseedor exclusivo o respetando la pluralidad. El art.1.933 Cc. presenta el segundo supuesto -el primero ha de abordarse, puesto que niega la coposesión, cuando se estudia su extinción- y contempla a un único sujeto que realiza los actos materiales que supone la posesión pero que, puesto que lo hace para todos, los demás también adquieren: ésta es, constata MIQUEL GONZALEZ, la interpretación adecuada del término «*aprovecha*»⁵⁷⁹.

La cuestión que se plantea es el fundamento de la adquisición común. Ya señalamos -y refutamos- cómo la situación se había explicado considerándolo un representante⁵⁸⁰. Quienes abogan por esta tesis -que desarrollan precisamente en sede

⁵⁷⁸ Específicamente, GARCIA ROMERO de TEJADA, J. (+1908): "De la prescripción entre comuneros", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1902 (101). El silencio del Código civil no obedece a la falta de tradición histórica. En P.6,14,7 se señalaba "Si aquel que ha derecho en la herencia non la demanda á los tenedores de ella hasta treinta años, sabiéndolo e pudiéndolo facer, pierde por su negligencia el derecho que en ella avía, é gánala por el tiempo el otro que la tovo". La omisión no supone que excluya la usucapión, pues lo imprescriptible no es el condominio sino la acción para pedir su división, que presupone la subsistencia de la comunidad. Por ello no es aplicable cuando uno de los comuneros, o un extraño, ha poseído de modo exclusivo por tiempo suficiente: esa posesión contesta el condominio, y como glosó Gregorio López a P.6,15,1 (*Las Siete Partidas del sabio rey d.Alfonso el IX...*, *ob.cit.*, t.III, pág.730: "donde la comunión no existe, la división no cabe" (vid.REGLERO CAMPOS, Fernando: "Comentario al art.1.965", en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*, t.XXV, EDERSA, Madrid, 1994, pág.307 y DIEZ-PICAZO, Luis: "Comentario del art.1.965", en: *Comentario del Código civil*, t.II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág.2158). La SAP. de Santa Cruz de Tenerife de 11.noviembre.1992 (*RGD*, 1993, pág.2552) trata del heredero que posee la cosa común en beneficio exclusivo sin haberse practicado la división de la herencia y lo califica de precarista, condición a la que podrá poner fin cualquiera de los demás partícipes actuando en beneficio de la comunidad. En parecidos términos, la SAP. de Oviedo de 10.septiembre de 1992 (n.1232 Ar.C.).

⁵⁷⁹ MIQUEL GONZALEZ, J.M^a: v.«Usucapión», *Enciclopedia jurídica básica*, t.IV, Madrid, 1995, pág.6768.

⁵⁸⁰ SCAEVOLA, *Código civil, ob.cit.*, t.XXXII, pág.326, lo ve como un "supuesto identificable con otros en que, adquiriéndose la posesión por medio de tercera persona, los efectos de la misma, pasan al representado o dominus, en la gestión, con tal de que el representante o gestor aprehenda la cosa u ostente el derecho alieno nomine y con la específica intención de adquirirlos para la comunidad".

de usucapión- se ven obligados acto seguido a resolver la cuestión de la ratificación pues, como señaló BORRELL y SOLER "implica cierta contradicción que los condóminos que no ratifican y acaso desconocen la aprehensión hecha por su compañero, posean también la cosa en concepto de poderla prescribir"⁵⁸¹. De ahí que SCAEVOLA, tras considerarlo una especie de representante, considerase innecesaria la ratificación por estimar que el copartícipe actúa "usando de un privilegio que la ley le concede, de dar validez a sus unilaterales actos como si se hubieran realizado por todas las personas en cuyo favor se concede la prescripción"⁵⁸².

Más allá del desacuerdo con el recurso a la representación, sorprende que la polémica se centre en la ratificación. En primer lugar, de configurarlo como un representante, la ratificación sólo tiene lugar si excede de su ámbito de actuación. En segundo, la ratificación enlazaría con el art.439 Cc., para los actos de adquisición de la posesión realizados por un tercero "sin mandato alguno" y el comunero no puede ser considerado un tercero *strictu sensu*, ni se contempla la adquisición de la posesión sino la de la propiedad. En tercer lugar, cabría suponer que se precisa ratificación porque no se puede imponer a los sujetos un beneficio, pero la condición de poseedor en concepto de copropietario o cotitular de otro derecho real ya está abocada a esos derechos, y se supone que existe una correspondencia entre el *ius possessionis* de cada poseedor y el *ius possidendi* que de aquéllos se deriva. Por último, tampoco creemos que los sujetos inactivos puedan ignorar su condición de coposeedores⁵⁸³; lo que sí

MANRESA, *ob.cit.*, XII, pág.792 (1951), al considerar que "posee en representación y en provecho de todos los demás", niega que pueda usucapir en su propio beneficio. Esa era la postura de ALAS-DE BUEN-RAMOS, *ob.cit.*, pág.280 y que adopta LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.192.

⁵⁸¹ BORRELL Y SOLER, *El dominio según el Código civil español*, *ob.cit.*, pág.349.

⁵⁸² SCAEVOLA, *ob.cit.*, pág.327 y añade, dando un giro a su presentación inicial: "No es que haga falta una especial representación de tales personas, ni una ulterior ratificación de actos en su beneficios realizados sin mandato. Es que el copartícipe gestor tiene capacidad legal para adquirir para otros una prescripción, si, claro es, se cumplen los demás requisitos que vengan, particular o generalmente impuestos y, en este caso, aun cuando no mediara esa situación de mandato recíproco". Por su parte, BELTRAN de HEREDIA, *ob.cit.*, pág.103, considera que el coposeedor del art.1.933 Cc. sólo tendrá la consideración de representante si ha sido nombrado por todos o legitimado en virtud de un mandato expresamente concedido al efecto.

⁵⁸³ Así lo afirma BORRELL y SOLER, *El dominio según el Código civil español*, *ob.cit.*, pág.349. También RODRIGUEZ MORATA, "Comentario al art.1.933", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.111, afirma que "la usucapión aprovecha aun cuando se ignore (por los demás comuneros) su curso o aun la posesión del objeto". No podemos aceptar esta afirmación. El se basa en una cita de

pueden es desconocer su condición de usucapientes, ignorancia que la ley exige para la usucapión ordinaria, porque el poseedor ha de creer que el título derivativo que legitima su posesión procede del auténtico propietario (art.1.950 Cc.).

Todo ello corrobora que el art.1.933 Cc. no es explicable en términos de representación o de gestión de negocios ajenos. Sencillamente, el respeto a la pluralidad sostiene la posesión de los restantes miembros⁵⁸⁴. En su normal actividad, el coposeedor mantiene la situación que contribuyó a configurar, sin que tampoco precise un "animus específico de ganar la cosa por prescripción para la comunidad de que forma parte"⁵⁸⁵. Los efectos de su posesión se comunican automáticamente a los restantes coposeedores, quienes no experimentan por ello un beneficio, ya que su único provecho es la constatación de que el poseedor actuante no ha intervertido su concepto de cotitular. Ese comportamiento no es en sí mismo un beneficio, porque no es posible identificar la no comisión de un acto ilícito con un beneficio. En suma, al término del tiempo exigido por la ley, el coposeedor que reconoce su posesión compartida obtiene la propiedad en régimen de copropiedad, porque *tantum præscriptum quantum possessum*.

3.2.2. La triple función del art.1.933 Cc.

La interpretación integral del art.1.933 Cc. exige desglosarlo en tres planos:

LACRUZ, pero su referencia es inexacta, porque remite a *Elementos de derecho civil*, III,I, Madrid, 1979, pág.122. Allí LACRUZ estudiaba los arts.1.933 y 1.934 conjuntamente e incluía esa afirmación que en realidad se refería al art.1.934. Así se constata al cotejarlo con *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, (3ª ed., 1990), págs.192-193, en que separa en dos apartados los arts.1.933 (apdo.sujeto activo) y 1.934, referido a la herencia yacente. Es aquí donde afirma que "la usucapión aprovecha a los sucesores aunque éstos ignoren su curso o aún la posesión del objeto *por el causante*", y es lógico ya que los coherederos no tienen por qué conocer de todos los bienes que se integran en la masa hereditaria. Al comentar el art.1.933 no existe, ni puede existir, un aserto similar.

⁵⁸⁴ Como afirma ALBALADEJO, *Derecho civil*, III,I, *ob.cit.*, pág.181: "el que posea la cosa totalmente, pero no en concepto de ser él el titular exclusivo del derecho que posee (así, el que la posee como siendo copropiedad de él y de otros), la usucape para sí y para aquellos de los que se reputa cotitular". Ello hace innecesario recurrir a formulaciones como la de MIQUEL GONZALEZ, "Comentario del art.450", en *Comentario del Código civil*, *ob.cit.*, pág.1213 y RODRIGUEZ MORATA, "Comentario al art.1.933", *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.111, quienes lo ven como "un poseedor inmediato por las partes de los demás y en nombre propio por la suya".

⁵⁸⁵ SCAEVOLA, *Código civil*, *ob.cit.*, pág.324 y RODRIGUEZ MORATA, "Comentario al art.1.933", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.110, creen lo contrario.

1-. El precepto establece la presunción de que, salvo manifestación inequívoca en contra, la exteriorización de la relación posesoria por un solo coposeedor no empece la subsistencia de la coposesión: cualquier coposeedor que realiza actos de conservación o disfrute, posee en principio para todos. Por tanto, el art.1.933 arbitra una legitimación adquisitiva solidaria que constituye un mecanismo de cohesión y tutela interna de la situación de coposesión⁵⁸⁶.

2-. El art.1.933 Cc. sienta una pauta para los conflictos entre la comunidad y terceros. Ante el sujeto -por ej. el anterior propietario- que reivindica la cosa, pueden excepcionar la usucapión todos o cualesquiera de los comuneros aunque haya sido publicitada por uno solo de ellos; por el contrario, aquél no puede oponer la ineficacia de la prescripción basándose en que hubiera debido ser conjunta o, al menos, no individual en su proyección⁵⁸⁷.

3-. La posesión *ad usucapionem* del copartícipe aprovecha a los restantes miembros con independencia de las fluctuaciones que éstos experimenten en su número y del momento en que se integren en la coposesión⁵⁸⁸. La incorporación de nuevos

⁵⁸⁶ Probablemente éste es el fundamento inicial del precepto. La situación que nació plural, se mantiene plural. Si atendemos a los comentarios del *ius commune* al precedente del derecho romano que vimos *supra*: D.41,2,42, descubrimos que los juristas medievales apenas prestan atención al fragmento. Así, BARTOLUS, *In Primam Digesti Novi partem, ob.cit.*, Lib.XLI, Tít. de adquir.posse., Ley 42, se limita a reenviar a Iacobus de Arena, el cual, escuetamente, señalaba (*Super Digesto novo...*, en: *Commentari in Universum Ius civili, ob.cit.*, § Communis servus (fol.172)): "Possideatur, quod in dubio presumo si sciet communem esse, argu. pro socio". Asimismo, Ioannes de IMOLA, *Repertorium...*, *ob.cit.*, De acquir.vel amitt.posse., § Communis (fol.68), sólo comenta que "Possessio per socium retineri potest". El desinterés no impide constatar que mencionan al socio, ergo presumen que la situación tiene un origen común, y que entre los miembros existen unos vínculos que superarían la *communio incidens*. Es a esos socios a quienes está vinculado el detentador material.

⁵⁸⁷ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.594 y "Comentario del art.1933", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.2088.

Ilustra esta doble dirección el art.1.144 del Cc. de México: "Si varias personas poseen en común alguna cosa, no puede ninguna de ellas prescribir contra sus copropietarios o coposeedores; pero sí puede prescribir contra un extraño, y en ese caso la prescripción aprovecha a todos los partícipes".

⁵⁸⁸ La REDACCION de la Revista de Derecho Internacional, *Texto y comentarios del Código civil español con exposición de motivos, precedentes en nuestra legislación, comparación crítica... etc.*, por la..., II, Madrid, 1889, pág.854, afirmó que del precepto "se deduce que adquirido para un condómino el tiempo legal, adquieren los demás el dominio por prescripción, aunque sólo haga un año que entraron en comunidad" y añadían: "El precepto nos parece justo". También MANRESA, *ob.cit.*, XII, (1951), pág.793, estima que "Transcurrido con los requisitos y en las condiciones legales el término legal de la prescripción, a contar desde que uno de los condueños dió principio a ella, todos los demás se colocan en las mismas condiciones que él y adquieren los mismos derechos que éste, cualquiera que sea el tiempo que llevaren en el condominio o en la comunidad". RODRIGUEZ MORATA, "Comentario al art.1.933", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.113, formula esta hipótesis: "Ignacio adquiere por

sujetos o la desaparición de otros no afecta al curso de la prescripción⁵⁸⁹. Esta solución no contradice lo expuesto en sede de usucapión conjunta por dos motivos: en primer lugar, aquí hallamos un único poder de hecho efectivo cuyos efectos se propagan a los sujetos que el poseedor reconoce; en segundo, los sujetos que se incorporan o excluyen se apoyan en ese *ius possessionis* que constituye la columna vertebral de todo el proceso y que es el que se examina para dilucidar si presenta los requisitos exigidos para usucapir (art.1.941 Cc.).

3.2.3. La repercusión de la buena o mala fe del coposeedor ejercitante

Mientras que en la prescripción conjunta se atendía a la situación psicológica de cada individuo, la singularidad de este supuesto obliga a formular varias puntualizaciones. Para SCAEVOLA, la buena fe es irrelevante en los demás copartícipes ya que la norma presupone su desconocimiento inicial de prescripción en curso o ya ganada. Por todo ello, entiende que la buena fe ha de circunscribirse al que gestiona⁵⁹⁰. Por su parte, LACRUZ estima que se han de aplicar las normas de la

compra una cosa ajena (vgr., una finca rústica) y, posteriormente constituye una comunidad de regantes con Carlos y David que sí conocían la alienación de la cosa- y su aportación se concreta en al finca rústica adquirida a non domino. Puede ocurrir que, desde el momento en que tomó posesión de la cosa ajena hasta que se aportó a la comunidad, no haya transcurrido todo el lapso de tiempo legalmente necesario para usucapir. en tal caso, diremos que los actos posesorios de Ignacio (comunero) durante el tiempo legalmente establecido para ganar la prescripción, sirven o aprovechan a la comunidad titular de los mismos. De tal forma que, frente a la reivindicación tardía del verus dominus, la comunidad de regantes podrá oponer eficazmente la excepción perentoria de usucapión ganada por medio de los actos posesorios de uno de los copartícipes (condómino). En ello está el sentido de la expresión legal "aprovecha" del art.1.933". Su ejemplo se adecúa parcialmente al precepto. En realidad, es un supuesto en que una comunidad con personalidad jurídica propia consuma una usucapión, beneficiándose del lapso de una posesión anterior. Recoge un supuesto de *accessio possessionis* inscribible en el art.1.960.1 Cc. (vid.ESPIN, "La sucesión en la posesión...", *ob.cit.*, pág.629).

⁵⁸⁹ LACRUZ, *Elementos...*, III,1, *ob.cit.*, pág.192, señala que en las comunidades en mano común, los actos de los partícipes que en cada momento fueren aprovechan al grupo y reproduce la STS de 30.septiembre.1958, que afirmó que "los titulares sucesivos del derecho pueden, pese a las mutaciones personales que el transcurso del tiempo, ganar por prescripción del dominio de la cosa poseída en interés común". Este supuesto se define por la indeterminación constante del sujeto, poseedor en base a su vecindad civil. Asimismo RODRIGUEZ MORATA, "Comentario al art.1.933", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.114.

⁵⁹⁰ SCAEVOLA, *ob.cit.*, pág.326, y añade "los elementos subjetivos o psicológicos afectantes a las demás personas serán irrelevantes, si por los propios actos de aquel la prescripción se gana, en cuanto el mismo aparece como portador de una buena fe conjunta".

representación posesoria en relación a cada uno de aquéllos⁵⁹¹.

Estas observaciones no alteran lo que defendimos al tratar las relaciones entre los sujetos. Incluso si adoptásemos los criterios de la representación⁵⁹², se ha de atender a la situación psicológica de los representados⁵⁹³, es decir, a la condición subjetiva de cada miembro. Esta interpretación es, además, la única acorde con la que formulamos en la usucapión conjunta. Ciertamente, la escueta redacción del art.1.933 Cc. podría llevar a defender que los sujetos inactivos se benefician de *todas* las circunstancias que atañen al poseedor material⁵⁹⁴, pero la norma se ciñe a la extensión de los efectos de la posesión, y propaga a unos sujetos que materialmente no desarrollan un poder de hecho, pero que lo conservan desde el reconocimiento del sujeto activo, los efectos derivados de la misma. Los coposeedores se benefician del desenvolvimiento de una posesión *ad usucapionem* material ajena con los caracteres del art.1.941 Cc. Si ulteriormente se cuestiona la buena fe de alguno de los beneficiados -tarea y demostración que corresponde al titular perjudicado, ex.art.434 Cc.- habrá que valorar su situación de modo individual.

⁵⁹¹ LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.192.

⁵⁹² El Código civil carece de un precepto que regule la situación, como tampoco el Cc. francés. Por el contrario, el Cc. italiano vigente (art.1.391) prescribe: Stati soggettivi rilevanti- Nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o mala fede, di scienza o d'ignoranza di determinate circostanze, si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato.

In nessun caso il rappresentato che è in mala fede può giovare dello stato d'ignoranza o di buona fede del rappresentante".

⁵⁹³ DIEZ-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1979, pág.257, se cuestiona cómo se valora la buena fe si la adquisición de la posesión ha sido llevada a cabo por un representante. Cree que ente caso la buena fe no es aquí un elemento -ausencia de culpa in contrahendo o de dolo- en el período anterior a la celebración del negocio, sino un elemento de la situación creada por el negocio que determina la medida en que el adquirente es digno o no de una especial tutela: "La buena o mala fe decisivas son aquí las del representado. Ahora bien, ello no significa que la buena o mala fe del representante sea por completo intrascendente (...) si el representante tuvo mala fe en el momento de consumar el negocio adquisitivo, ésta perjudica al dominus". La representación posesoria se estudia en la adquisición de la posesión. Al respecto, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, *ob.cit.*, t.I., § 177, n.3, recuerda que se ha de atender "alla buona fede del rappresentato, non a quella del rappresentante" y puntualiza en nota que "propriamente alla buona fede del rappresentato nel tempo, in cui ha notizia della presa di possesso avvenuta nel suo interesse, perchè prima di ciò l'usucapione non incomincia".

⁵⁹⁴ Basta recordar las observaciones de DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.495, que recogimos al estudiar la buena o mala fe en la usucapión conjunta.

3.2.4. El supuesto específico del art.548 Cc.

Habitualmente se asocia el art.1.933 con el art.548 Cc.⁵⁹⁵, que se entiende como una especificidad en función de la naturaleza de las servidumbres. El art.548 Cc.⁵⁹⁶ pretende contrarrestar una causa de extinción de los derechos reales específica de las servidumbres: el no uso (art.546.2 Cc.). La naturaleza de la servidumbre real - gravamen de un fundo en beneficio de otro (art.530 Cc.), *cualidad* de una finca (art.13.2 LH.)- hace que subsista en tanto se acredita la obtención de la utilidad y para ello basta con la actividad de un único comunero.

La relación entre los dos preceptos parece clara. Sin embargo, no existe una correlación estricta entre ambos. El art.1.933 Cc. se centra en la prescripción adquisitiva en tanto que el art.548 atiende a la actividad requerida a una pluralidad de titulares de un derecho específico para evitar su extinción.

En el art.548 Cc., el mantenimiento de la situación no se deriva de la voluntad

⁵⁹⁵ ROCA JUAN, J.: "Comentario al art.548", en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Madrid, 1978, pág.108 y ARECHEDERRA ARANZADI, L.I.: "Comentario del art.548", en: *Comentario del Código civil*, t.I, Madrid, 1993, pág.1427. También RODRIGUEZ MORATA, "comentario al art.1.933", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.110 y SANTOS BRIZ, "Comentario al art.1.933", *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, ob.cit., pág.1188.

Esa concatenación se constata en la vinculación entre los párrafos 1 y 5 del art.1.073 Cc. italiano: "(Estinzione per prescrizione).- La servitù si estingue per prescrizione quando non se ne usa per venti anni. (...)

Se il fondo dominante appartiene a più persone in comune, l'uso della servitù fatto da una di esse impedisce l'estinzione riguardo a tutte".

⁵⁹⁶ Art.548: "Si el predio dominante perteneciera a varios en común, el uso de la servidumbre hecho por uno impide la prescripción respecto de los demás". Previamente, el art.547.1 del Proyecto de 1851 prescribía: "Si el predio dominante perteneciese á varios pro-indiviso, el uso de la servidumbre hecho por uno impide la prescripcion respecto de los demas." Ambos traían causa directa del art.709 Code francés: "Si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous". Como última referencia sobre la cuestión, Dig.8,6,16, que se reflejó en el otro precedente mediato del precepto del Código: Partidas 3,31,18 ("Comunalmente aviendo omes casa, o heredamiento, a quien deviesse otro edificio, o heredada, servidumbre; si partiessen entre si aquella cosa que oviesen de consuno, e despues el uno dello usasse aquella servidumbre, que avian entre amos, e el otro no usasse della por tanto tiempo, como diximos en las leyes ante desta, por que pierden los omes las servidumbres: perderla y a parente. E non se podria aprovechar del tiempo que el otro usara: porque non era su personero, nin usava de aquella servidumbre por el: mas si non partiessen la cosa, que era comunal entre ellos, en que avian la servidumbre, bien tenia pro el uso del uno al otro e esto es, porque ante que sea partida la cosa, es la servidumbre una...").

de beneficiar a la comunidad⁵⁹⁷. El sujeto que se sirve de la servidumbre lo hace al mismo tiempo en concepto de cotitular del predio dominante⁵⁹⁸. Cabría cuestionarse si la incidencia excluyente sobre la servidumbre podría hacer presumir una inversión del concepto posesorio sobre la finca, pero no parece que una interversión limitada a una *cualidad* del fundo sea suficiente para demostrar la voluntad de conducirse como poseedor exclusivo del mismo.

Por último, hay que destacar que el comunero actuante modula con su ejercicio la *forma* de la servidumbre y puede alterar su configuración inicial (art.547 Cc.)⁵⁹⁹. Este hecho se debe a la naturaleza de la servidumbre cuya existencia se justifica por la utilidad que procura y en la medida en que la procura. Si transcurrido el plazo prescrito por la ley, los comuneros inactivos pretenden utilizarla como antes, el titular del predio sirviente podrá oponer que la servidumbre se ha conformado de forma diferente.

⁵⁹⁷ Por el contrario, señalaba GARCIA GOYENA, *ob.cit.*, pág.280: "el que usa de la servidumbre lo hace por todos y para todos". Dado que actúa en concepto de cotitular no es precisa esa inflexión. No obstante, él apoyaba su reflexión en el art.1.059 del Proyecto de 1851, "Cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, ó en contra de uno de los deudores mancomunados, aprovecha ó perjudica á los demas" (el término "mancomunidad" se refiere a las obligaciones solidarias), que se vincula al actual art.1.974.1 Cc. y que no creemos poder extender a todos los supuestos de comunidad.

⁵⁹⁸ Así se deduce de la expresión "respecto de los demás".

Algunos exégetas (MOURLON, *Répétitions...*, *ob.cit.*, n.1861, pág.945 y DEMOLOMBE, C.: *Traité des servitudes ou services fonciers*, 4 ed., t.II, Paris, 1868, n.861, pág.367) vinculan el caso a la facultad, individual de cada comunero, de realizar los actos precisos para la conservación del derecho (ex art.395 Cc.).

⁵⁹⁹ MOURLON, *Répétitions...*, *ob.cit.*, "si, par exemple, étant propriétaire pour un quart d'un fonds jouissant du droit de prendre à une source voisine quarante voies d'eau par mois, il n'a pris, chaque mois, que dix voies d'eau, la servitude, sans doute, est éteinte pour le surplus: mais la partie qui est conservée, l'est pour le fonds tout entier, et, par conséquent, dans l'intérêt de tous ceux auxquels il appartient". LAURENT, F.: *Principes de Droit civil français*, t.VIII, Paris, 1873, señala que el Code "ne dit pas que les articles 709 et 710 ne sont applicables qu'aux servitudes indivisibles", pero añade que lo apunta implícitamente, "la nécessité de distinguer résulte donc des principes mêmes que le code établit, car il dit en d'autres termes: les servitudes étant indivisibles, la prescription est nécessairement interrompue et suspendue pour le tout, ce qui revient à dire que, s'il y a des servitudes divisibles, l'interruption se fera pour partie".

Curiosamente, GARCIA GOYENA, *Concordancias...*, *ob.cit.*, pág.1002, al explicar el art.1.947 del Proyecto de 1851 (precedente del art.1.941 Cc.) recordaba que "es axioma recibido en esta materia *tantum praescriptum, quantum possessum*, y en esto se funda el art.546" (el antecedente del art.547 Cc.).

4. La interrupción de la posesión ad usucapionem: el art.450.2 Cc.

El art.450.2 Cc. determina que "La interrupción en la posesión del todo o parte de una cosa poseída en común perjudicará por igual a todos". Este artículo, que aparece por primera vez en el Anteproyecto de 1882⁶⁰⁰, ha sido considerado, en gran medida, el correlativo del art.1.933 Cc.⁶⁰¹ Consecuentemente, su análisis se centra en hasta qué punto, como en el caso anterior, comporta una propagación de determinados efectos entre los restantes miembros de la comunidad.

La interrupción (arts.1.943 a 1.948 Cc.) impide la consumación de la prescripción, ya que la posesión *ad usucapionem* ha de ser "no interrumpida" (art.1.941 Cc.)⁶⁰². La evidencia de la interrupción implica que si el sujeto ejerce un nuevo poder sobre la cosa en el futuro, surgirá una posesión distinta y no podrá beneficiarse del plazo que duró la anterior⁶⁰³, a efectos de usucapir el bien -con la única excepción del art.466 Cc., aplicación del art.460.4 Cc.-.

La redacción del art.450.2 Cc. requiere dos observaciones. En primer lugar, debemos señalar que la expresión "perjudicará por igual" no significa que la cuantificación del perjuicio sea idéntica para todos, sino que todos sufrirán la misma

⁶⁰⁰ Art.455.2 del Anteproyecto de 1882: "Cada uno de los partícipes en una cosa que se posea proindiviso, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión. Del mismo modo la interrupción en la posesión de una cosa proindiviso, aunque se refiera de hecho a uno solo de los condueños perjudicará a todos los demás".

⁶⁰¹ SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil...*, *ob.cit.*, pág.184; MIQUEL, "comentario del art.450", en: *Comentario del Código civil*, *ob.cit.*, pág.1213. También HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.483. GARCIA GOYENA, *Concordancias*, *ob.cit.*, pág.999, al comentar el art.1.939 del Proyecto de 1851 (precedente del art.1.933 Cc.) enlazaba ambos supuestos.

⁶⁰² En otros Ordenamientos jurídicos se exige, además, que la posesión sea continuada -también lo prescribía el art.1.947 del Proyecto de 1851-. No cabe identificar ininterrumpida y continuada, pues, como observa LACRUZ, *Elementos...*, *III, I*, *ob.cit.*, pag.201, la discontinuidad supone simplemente un acto negativo (omisión de ejercicio) del poseedor mientras que la interrupción se basa en el acto positivo de un tercero. Vid. también HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.406.

⁶⁰³ D.41,4,7: "Cum semel amissa fuerit possessio, initium rursus recuperatae possessionis spectari oportet". Como fijara P.3,29,29: "Destajase la ganancia que ome comiença de fazer por tiempo, e pierdese, por desamparar la cosa, o por perder la tenencia della, ante que sea cumplido el tiempo por que la pueda ganar: de manera que meguer la cobre despues desso, non puede ayuntar el tiempo passado con el que es de venir, nin contarlo en uno, para poderla ganar, mas de aquel dia en adelante que la cobrara deve començar a contar de cabo...". Entre los Códigos civiles vigentes, el § 943 BGB. lo prescribe expresamente.

desventaja de modo proporcional a sus participaciones respectivas⁶⁰⁴. En segundo, lleva a preguntarse si engloba todos los supuestos de los arts.1.943-1.948 Cc., es decir, la interrupción natural, la interrupción civil y el reconocimiento del poseedor. *A priori*, no cabe afirmar que a los coposeedores les resulte indiferente el tipo de interrupción, de ahí la necesidad de contemplarlas individualmente⁶⁰⁵.

4.1. La interrupción natural

El art.1.944 Cc. prescribe: "Se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año". La expresión "por cualquier causa" podría dar a entender que el precepto abarca todo supuesto que implique discontinuidad posesoria -entendida como pérdida de la posesión misma- sin diferenciar entre causa propia o ajena, voluntaria o involuntaria. Sin embargo, no todas las causas de interrupción natural precisan del transcurso del año. De ahí que el art.1.944 Cc. obligue a distinguir entre las que interrumpen inmediatamente la posesión y las que requieren ese plazo para que tal interrupción se produzca⁶⁰⁶.

La amplitud de las causas se deriva de la tradición histórica, pues en Partidas 3,29,29 tenía lugar la interrupción "por *desamparar* la cosa o por *perder la tenencia della*". La alusión al año se debe a la influencia del Código civil francés, que señalaba

⁶⁰⁴ LACRUZ, *Elementos...*, III, I, *ob.cit.*, pág.74; MIQUEL, "comentario del art.450", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1214; MANRESA, *ob.cit.*, t.IV, pág.276, propone este ejemplo: "A posee una octava parte de la cosa, y B las siete octavas partes restantes. Si la cosa se pierde a consecuencia de la interrupción (...), sean los que fuesen los gastos o los perjuicios que la interrupción ocasione, B pagará las siete octavas partes y A la octava restante de los mismos, con igualdad no aritmética, sino proporcional a su cuota".

⁶⁰⁵ Por el contrario, ALBALADEJO, "Comentario a los arts.1.943 a 1.948", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.276, alega "la absoluta inutilidad de la distinción entre interrupción natural e interrupción civil de la posesión, que ni responde a ninguna necesidad ni tiene ninguna consecuencia".

⁶⁰⁶ MORALES MORENO, *Poseción y usucapión, ob.cit.*, pág.308. (en las págs.sigüientes enumera todos los supuestos posibles).

Sobre la cuestión existen criterios yuxtapuestos. ALBALADEJO, "Comentario a los arts.1.945 a 1.948", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.277, parece limitarlo al despojo (también en *Derecho civil, III,I, ob.cit.*, pág.186). LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.205 sólo admite el abandono y el despojo. Vid.también HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, págs.407-409; LUNA SERRANO, "Comentario del art.1.943" en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.2105 y PABLO CONTRERAS, P. de: *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Madrid, 1992, pág.185.

como único supuesto el despojo⁶⁰⁷ y que no fue íntegramente asumido por el Proyecto de 1851, según observa GARCIA GOYENA, "porque podemos perder la posesión no solo contra nuestra voluntad, sino también por ella"⁶⁰⁸. Sin embargo, las causas voluntarias (art.460.1 y 2 Cc.) no necesitan un plazo: la posesión se pierde inmediatamente. Son las causas involuntarias -art.460.3 y 4 Cc.- las que se benefician del término de un año antes de consumarse la extinción. En concreto, la pérdida de la cosa -entendida como extravío⁶⁰⁹- y la desposesión por posesión contradictoria.

La interrupción natural se califica por su carácter absoluto: opera *erga omnes* frente al carácter relativo de la interrupción civil⁶¹⁰; por ello beneficia a cualquier tercero que ostente un derecho sobre la cosa y cualquiera que tenga interés puede alegarla⁶¹¹.

En sede de coposesión, no cabe hablar de interrupción natural de la cosa en tanto que uno de los coposedores mantenga la relación con el bien. Como ha hecho

⁶⁰⁷ Art.2.243: "Il y a interruption naturelle, lorsque le possesseur est privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers".

⁶⁰⁸ GARCIA GOYENA, *Concordancias...*, *ob.cit.*, pág.1018. El art.1.983 del Proyecto de 1851 decía: "Hay interrupción natural, cuando por cualquier causa se cesa en la posesión de la cosa por año y día". No obstante, al comentarlo, el propio GARCIA GOYENA remitía al art.1.976.2 del Proyecto (precedente del art.1.968.1 Cc.), referido a la posesión indebida.

⁶⁰⁹ La pérdida de la cosa por su destrucción, o por quedar fuera del comercio de los hombres (art.437 Cc.), supera la interrupción. Se puede acotar la idea de pérdida en relación al art.1.122 Cc. (como proponen PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, pág.95), y en relación al art.461.

Se discutió la pérdida de la posesión por imposibilidad de acceso a la cosa debida a un impedimento insuperable (BUSSI, *La formazione dei dogmi...*, *ob.cit.*, pág.74, recoge la interrupción natural "per inundationem aquarum quando locus fuit aquis inundatus" y las construcciones canónicas). LUNA SERRANO, "Comentario del art.1.943", en: *Comentario del Código civil*, *ob.cit.*, pág.2107, lo incorpora a este supuesto, si el impedimento por causas naturales dura menos de un año.

⁶¹⁰ Así se prescribía recurrentemente en el *ius commune*, BARBOSA, *Comentarii ad rubricam, et legem, Codice de praescriptionibus*, *ob.cit.*, Ad leg.sicut tertia, n.284 (fol.186): "Naturalis dicitur quando possessio amittitur (...) civiliter autem dicitur interrumpi, quando licet prescribens retineat possessionem (...) Inter has autem interruptiones, ea est differentia: quod interruptio naturalis nocet respectu omnium, d.leg. naturaliter, sed interruptio civilis tantum nocet respectu illius qui praedictam interruptionem fecit, non autem respectu aliorum". Con parecida contundencia, OLDENDORPIUS, "De usucapione et prescriptione", *ob.cit.*, ns.22-24.

⁶¹¹ LAURENT, *Principes...*, *ob.cit.*, n.144, pág.152: "Cette privation est un fait matériel; tous ceux qui y ont intérêt peuvent s'en prévaloir. On ne peut pas leur opposer qu'il n'existe aucun lieu juridique entre eux et celui qui s'est emparé de la chose". En nuestro derecho, ALAS-DE BUENRAMOS, *ob.cit.*, pág.179.

notar MARTIN PEREZ, "es sólo la acción u omisión de todos los coposeedores respecto al todo o parte (separable) de la cosa lo que constituye la interrupción (natural) que el art.450.2 contempla y que apareja consecuencias igualitarias para aquéllos"⁶¹².

4.2. La interrupción civil

A priori no cabe afirmar que la interrupción civil también tenga cabida en el art.450.2 Cc, ya que éste contempla "la interrupción en la posesión" y en la interrupción civil no existe una efectiva desposesión⁶¹³. En este tipo de interrupción, el poseedor mantiene el contacto con la cosa pero, al existir un acto formal de carácter procesal -la "citación judicial hecha al poseedor" (art.1.945 Cc., con las precisiones de los arts.1.946 y 1.947)-, su posesión deja de ser considerada *ad usucapionem*, es decir, capaz de generar la usucapión como efecto jurídico. No obstante, cabe replicar que el legislador se refiere en todo caso a la interrupción de la posesión, incluso cuando sólo varía la calificación de la buena fe (art.451 Cc.) y que parece indudable que el art.450 pretende abarcar todas las formas interruptivas posibles⁶¹⁴.

4.2.1. La doble relatividad de esta modalidad interruptiva

Frente al carácter absoluto de la interrupción natural, se ha considerado tradicionalmente que la interrupción civil tiene eficacia relativa, que se desdobra en dos manifestaciones:

1.- sólo interrumpe la prescripción a favor del demandante, y condicionado a

⁶¹² MARTIN PEREZ, "Comentario al art.450", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.350.

Según recoge LASSO, *Crónica de la Codificación española...*, (*Codificación civil*) *ob.cit.*, pág.402, surgió una polémica entre los miembros de la Comisión sobre la extensión de la interrupción de un tercero en caso de comunidad, "Pero Ygón -de acuerdo con Silvela- aclaró que «si el tercero de apodera de la cosa y la retiene por año y día, como la posesión material no nace del derecho sino del hecho, al acto perjudicará a cuantos poseen aquella cosa»".

⁶¹³ La expresión trae causa de la Ley LXV de Toro ("la interrupción en la possession interrumpa la prescripcion en la propiedad, é por el contrario la interrupcion en la propiedad interrumpa la prescripcion en la possession") -Nov.Rec.11,8,6) sin otros matices. LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, *ob.cit.*, pág.501, explica ambos tipos de interrupción y, en otro apartado [15] comenta la expresión, aunque en relación a otro tema.

⁶¹⁴ MARTIN PEREZ, "comentario al art.450", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.350.

que éste gane el pleito⁶¹⁵ y

2-. no se comunica de una persona a otra: sólo atañe a quienes han sido emplazados⁶¹⁶, de modo que los sujetos que no son interpelados continúan prescribiendo el bien⁶¹⁷.

En suma, la interrupción civil no aprovecha sino a aquel de quien emana, como no perjudica sino a aquel a quien está dirigida. Como afirma MANRESA, si la reclamación se dirige a contestar el derecho de uno de los coposeedores, sólo él será el perjudicado⁶¹⁸.

Por el contrario, HERNANDEZ GIL estima que la expresión «igual para todos» hace suponer que quiere "someterse a la misma consecuencia jurídica al conjunto de los partícipes aunque no hayan tenido la misma participación en el acto generador de la interrupción. Porque incluso tal participación en el acto interruptivo puede ser ajena a la conducta del partícipe. Por ejemplo, si la citación judicial que interrumpe la posesión (arts.1.945-46) se dirige a uno solo de los poseedores, perjudica por igual a

⁶¹⁵ GARCIA GOYENA, *Concordancias...*, *ob.cit.*, pág.1019, al comentar el art.1984, señala que "no es absoluta, como la natural, sino condicional y para el caso de vencer el demandante; así la interrupción se tiene por no acaecida en el caso contrario".

⁶¹⁶ LAURENT, *Principes...*, *ob.cit.*, t.XXXII, pág.154: "peu importe que l'intérêt soit le même et que la question à décider soit la même; toujours est-il que l'interruption résultant d'un fait juridique n'a aucun effet, no pour ni contre les personnes qui y sont restées étrangères". Entre los italianos, SACCO, *Il possesso*, *ob.cit.*, pág.399 (quien comenta una Sentencia de 1982).

⁶¹⁷ POTHIER, *Traité de la prescription*, *ob.cit.*, n.55: "Lorsque plusieurs possèdent en commun, de bonne foi, en vertu d'un juste titre, un héritage qui ne leur appartient pas, si le propriétaire ne donne la demande que contre l'un d'eux, la demande n'interrompt le cours de la prescription que pour sa part; elle continue de courir et peut se parachever pour les parts des autres qui, n'ayant point été assignés, possèdent leurs parts sans inquiétation". Ese criterio difiere del de su predecesor, DOMAT, *Les lois civiles...*, *ob.cit.*, t.IV, Lib.III, Section V., n.17, quien afirmaba: "si plusieurs personnes se trouvent devoir une même dette, ou posséder un fonds en commun, la demande en justice faite contre un seul d'entre eux par le créancier de cette dette, ou par le propriétaire de ce fonds, interrompra la prescription à l'égard de tous, car la demande est faite pour le droit entier". Y añade: "il faut remarquer sur cet article (...) qu'il n'importe pas qu'il y ait de solidarité, ni entre les débiteurs d'une même somme, ou les possesseurs d'un même fonds, ni entre les créanciers ou propriétaires, et qu'il suffit pour interrompre la prescription à l'égard de tous par la seule demande d'un seul, ou contre un seul, que ce soit une même chose, ou un même droit qui se trouve commun".

⁶¹⁸ MANRESA, *ob.cit.*, t.IV, 6ª ed., 1951, pág.274. También MARTIN PEREZ, "Comentario al art.450", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.350 y MIQUEL, "comentario del art.450", en: *Comentario del Código civil*, *ob.cit.*, pág.1214, quien lo reconduce al ámbito procesal.

los que concurran en la misma posesión"⁶¹⁹. Dos argumentos corroboran su posición: En primer lugar, el comentario de GARCIA GOYENA al art.1.939 del Proyecto de 1851, en que señalaba que "cualquier acto que interrumpa la prescripción, aprovecha ó perjudica a todos" y lo consideraba un "efecto necesario de la comunión y comunidad", remitiéndose al art.1.059 del Proyecto y a lo que allí exponía⁶²⁰; esa remisión indica el fundamento de su aserto: el art.1.059 es el precedente del art.1.974.1 Cc. que contempla la interrupción de la prescripción de la obligación solidaria⁶²¹. En segundo lugar, la redacción del art.455.2 del Anteproyecto de 1882, que prescribía que: "la interrupción en la posesión de una cosa proindiviso, aunque se refiera de hecho a uno solo de los condueños, perjudicará por igual a todos".

Ciertamente, cabría reconocer la existencia de una legitimación pasiva solidaria, pero creemos que la pluralidad de *ius possessionis* impone la no comunicabilidad de los efectos, con las puntualizaciones que se señalan en los apartados siguientes.

4.2.2. La exigencia de litisconsorcio pasivo necesario

La Jurisprudencia estima que la reclamación del actor debe dirigirse a todos los integrantes de la comunidad: lo considera un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario apreciable de oficio⁶²². Este criterio parece poner en entredicho la exposición del apartado anterior, porque supone que en la práctica una reclamación dirigida contra alguno de los coposeedores no interrumpe la prescripción, sencillamente porque no

⁶¹⁹ HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.483.

⁶²⁰ GARCIA GOYENA, comentario al art.1939, *ob.cit.*, pág.999. Ha mencionado el mismo artículo al explicar el art.547 Cc. (precedente del art.548 Cc.) y al comentar el art.915.2 del Proyecto de 1851 (vid.apdo.3.2.1). En último término hay que recordar que GARCIA GOYENA tiene como referencia el Code francés el cual, tras el art.2.248 (equivalente al art.1.948 Cc.) contempla la situación del deudor solidario (art.2.249).

⁶²¹ Como señalara LAURENT, *Principes...*, *ob.cit.*, t.XXXII, n.147, pág.155: "L'exception ne peut résulter que de la solidarité et de l'indivisibilité".

⁶²² STSS.de 18.1.1988 ó de 1.3.1988. Vid.MIQUEL, "Comentario del art.450", en: *Comentario del Código civil*, *ob.cit.*, pág.1214 (asumido por COCA, *Notas al "Comentario al art.450" de Martín Pérez...*, *ob.cit.*, págs.352-353). DAVILA MILLAN, M^a Encarnación: *Litisconsorcio necesario. Concepto y tratamiento procesal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1975, págs.86-87, lo integra en los casos de "litisconsorcio impropiaamente necesario", pues la necesidad no viene impuesta por la ley, pero la naturaleza de la relación jurídica lo impone. Asimismo, vinculándolo a la titularidad mancomunada y al derecho material, ALMAGRO NOSETE, J.: *Derecho procesal*, I,I, Parte general, Proceso civil, 5 ed., Valencia, 1990, pág.299.

prospera.

Para superar la aparente contradicción hay que examinar el destinatario de la reclamación y el objeto de ésta⁶²³. La reclamación contra uno de los sujetos incide en los efectos de la posesión que éste detenta, pero resulta indiferente a los restantes. Si, por el contrario, el objeto de la pretensión es obtener la posesión de la cosa, o que se declare su titularidad sobre ella, sí que debe dirigirse contra todos los sujetos, porque se pretende eliminar todos los *iura possessionis* que concurren sobre la cosa⁶²⁴. De no emplazarlos a todos, la reclamación no satisfará la pretensión del actor, pues determinados coposeedores mantendrán una posesión *ad cousucapionem* sin que se hayan paralizado sus efectos.

Si un único coposeedor exterioriza la posesión (art.1.933 Cc.), parece razonable, afirma MIQUEL, que -dado que el dueño no puede saber en favor de quienes posee- "se dirija con efecto interruptivo general contra el partícipe que posee para todos, tal como el precepto parece suponer, aunque no lo expresa"⁶²⁵. Reconoce que su posición choca con la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario tal y como la entiende el Tribunal Supremo, de modo que para asegurar la posibilidad de defensa de los restantes partícipes propone una llamada en garantía o *nominatio domini*, que cargara a éstos con la tarea de defenderse acudiendo al juicio, y descargara al demandante de averiguar a quién ha de demandar. En este caso sí aparece el correlativo del art.1.933 Cc., pues lo hemos interpretado como la propagación a los comuneros de los efectos de una posesión material ajena. Al apoyarse en esa posesión, también participan de las vicisitudes que la afecten -interrupción incluida-. La cuestión es ver -

⁶²³ Como reconoce MARTIN PEREZ, "Comentario al art.450", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.350: "pueden ser muchas las vicisitudes interruptivas que protagonicen, activa o pasivamente, uno o varios de los coposeedores, que no alcancen a configurar el supuesto de hecho de esta norma".

⁶²⁴ Por ello MANRESA, ob.cit., t.IV, pág.274, afirmaba: "entiéndase bien, aunque parezca algo sutil la distinción, que la interrupción ha de referirse al objeto y no al sujeto, no a la parte o derecho de un partícipe, porque como la cosa es una y los poseedores son varios, puede atacarse el derecho de uno de éstos nada más, y él sólo será el perjudicado; pero con relación a la cosa, el perjuicio será para todos".

⁶²⁵ MIQUEL, "Comentario del art.450", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1214 y COCA, *Notas al "Comentario al art.450" de MARTIN PEREZ...*, ob.cit., pág.353.

y aquí entra en juego una vez más la facticidad de la institución- en qué medida los restantes sujetos carecen de todo contacto efectivo con el bien, pues en caso de una relación intermitente -es decir, de un supuesto no incardinable en el extremo del art.1.933 Cc.- no les afectará esa individualización del emplazamiento: su *ius possessionis* se mantiene inalterado.

4.2.3. La especificidad de las servidumbres

La especial naturaleza de la posesión de las servidumbres obliga una vez más a tratarlas específicamente en caso de pluralidad de titulares. En base su carácter indivisible, POTHIER afirmó que la interrupción frente a uno de ellos perjudicaba a todos los restantes⁶²⁶. Esta opinión no es unánime, pues otros autores han considerado que en este caso se deberá emplazar simultáneamente a todos los titulares⁶²⁷.

4.3. El reconocimiento del coposeedor: su carácter relativo

El último supuesto que interrumpe la posesión es el reconocimiento por parte del poseedor de una posesión superior a la suya⁶²⁸ (art.1.948 Cc.: "reconocimiento

⁶²⁶ POTHIER, *Traité de la prescription, ob.cit.*, n.56: "Lorsque la chose qui fait l'objet de la prescription est une chose indivisible, qui n'est susceptible ni de parties réelles, ni même de parties intellectuelles, tel qu'est un droit de passage; chacun de ceux qui en sont propriétaires en comun, en étant propriétaire pour le total, puisqu'on ne peut pas être propriétaire pour partie d'une chose qui n'est pas susceptible de parties, la demande donnée par l'un des propriétaires doit interrompre la prescription pour le total, et par conséquent l'interrompre pour tous les propriétaires. Pareillement, si cette chose est possédée par plusieurs en comun, cachun des possesseurs en étant possesseur pour le total, la demande donnée contre l'un d'eux interrompt la possession pour le total, et par conséquent contre tous; une même possession ne pouvant pas être pour le total interrompue et non interrompue". En el mismo sentido, TROP LONG, *Commentario sulla prescrizione, ob.cit.*, art.2.250, n.737, pág.356.

⁶²⁷ GENTILE, F.S.: *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoles, 1958, pág.176, señala que la oposición respecto a uno de los coposeedores del fundo dominante no perjudica a los restantes, "e poichè la servitù è indivisibile, tale interruzione non può giovare nemmeno pro parte. Ciò significa che, per interrompere il possesso che abbia il contenuto della servitù, la interruzione deve essere operata contemporaneamente (cioè nello stesso giorno) nei confronti di tutti i compossessori". En nuestro derecho, MARTIN PEREZ, "Comentario al art.450", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.351 nota 35, se hace eco de esta discusión, sin pronunciarse.

⁶²⁸ En general, la doctrina se cuestiona la naturaleza de esta forma de interrumpir la usucapión, si es un supuesto de interrupción natural, civil o independiente. (En el art.2.944 Cc. italiano se valora como interrupción civil) -por todos, MARTIN PEREZ, "comentario al art.450", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.347-. ALBALADEJO, "Comentario a los arts.1943 a 1948", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.275, tras incluir el supuesto en la interrupción natural, considera inútil ocuparse del tema, pues (pág.289) "da lo mismo que sea civil o natural". Del mismo parecer, HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.430. Por último, ATAZ, "Sobre la interversión posesoria...", *ob.cit.*,

expreso o tácito ... del derecho del dueño"). En la coposesión, cada poseedor *ad cousucapionem* puede individualmente reconocer la existencia de un poder superior, pero su declaración no tendrá eficacia respecto a los restantes comuneros. Esta conclusión es congruente con su situación, pues él puede únicamente disponer de su *ius possessionis*, y se fundamenta asimismo en los arts.399 Cc. y 450 Cc.⁶²⁹. La opción contraria -que conculca la estructura que propugnamos- permitiría a cada coposeedor disponer del derecho de los restantes copartícipes⁶³⁰, lo que no es admisible.

Por el contrario, en el supuesto de que un solo comunero esté prescribiendo por y para los restantes -de nuevo el caso límite del art.1.933 Cc.- se afirma que el reconocimiento de éste sí interrumpirá la usucapión⁶³¹. Como señalamos en el apartado anterior, frente a los restantes coposeedores -inactivos, cuya posesión exteriorizaba el que reconoce- pero que en cualquier momento mantienen el acceso a la finca, no cabe oponer la declaración del primero, porque éste, en definitiva, sólo puede disponer de lo que tiene: su *ius possessionis*.

4.4. Interrupción relativa a una parte de la cosa

Hasta ahora, el referente de la posesión que se interrumpía era el objeto en su totalidad, pero cabe que se pierda o se reclame únicamente una parte de la cosa poseída⁶³², que ha de estar determinada. Significativamente el art.450 Cc. emplea la

pág.60, lo define -en razón de su tesis- como "un precepto en el que se contiene un auténtico supuesto de interversión, en la que el poseedor deja de actuar como si fuera dueño, al reconocer, expresa o tácitamente, el derecho de otro, rompiendo así la apariencia de titularidad creada por su posesión anterior".

⁶²⁹ MIQUEL GONZALEZ, "Comentario del art.450" en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1214. Asimismo COCA PAYERAS en sus *Notas al "comentario al art.450" de Martín Pérez, ob.cit.*, pág.353.

⁶³⁰ Como señala SCAEVOLA, *Código civil, ob.cit.*, t.VIII, pág.397, aceptar la tesis contraria, "induciría al extremo absurdo de que por la mala fe de un comunero perdiesen los demás su derecho". MANRESA, *ob.cit.*, pág.275, se apoya en los arts.397 y 398, porque no imagina mayor alteración de la cosa común.

⁶³¹ COCA PAYERAS, *Notas al "Comentario al art.450" de Martín Pérez, ob.cit.*, pág.346; MIQUEL, "Comentario del art.450", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1214.

⁶³² POTHIER, *Traité de la prescription, ob.cit.*, n.54: "Lorsque le propriétaire pour partie d'un héritage a donné une demande en revendication, pour la partie qui lui en appartient, contre un possesseur

expresión "la interrupción en la posesión del todo o parte de una cosa poseída en común", distinguiendo posesión del todo y posesión de parte.

Este caso presenta algunas especificidades. Dado que el precepto señala que "perjudicará igual a todos", parece que incluso si se ha distribuido topográficamente el uso, el perjuicio no deberá soportarlo exclusivamente el adjudicatario de la porción, sino que se comunicará a los restantes sujetos en proporción a sus participaciones⁶³³. En definitiva, el art.450.2 Cc. prescribe que la interrupción en la posesión de una parte concreta de la cosa, perjudica a todos los coposeedores, quienes mantienen sus respectivos *ius possessionis* -sin interrupción- sobre el resto del bien.

qui le possède pour le total en vertu d'un juste titre, cette demande n'interrompt la possession de ce possesseur et le cours de la prescription, que pour la part du demandeur; le possesseur continuant le posséder le surplus sans inquiétation, le temps pour la prescription continue de courir à son profit". También LAURENT, *Principes...*, *ob.cit.*, t.XXXII, n.137, pág.146.

MANRESA, *ob.cit.*, t.IV, 6ªed., pág.274, ofrece estos ejemplos: "A y B poseen proindiviso una tierra de seis fanegas (...) pero C, propietario colindante, poco a poco va introduciéndose en la finca y acaba por labrar una fanega, hasta adquirir la posesión. O bien un tercero demanda dos fanegas por haberse incluido indebidamente en la venta hecha a los copartícipes. En estos casos se interrumpe la posesión de una parte de la finca y, sin embargo, como estaba indivisa, esa interrupción perjudica también por igual a B y a A, que sólo seguirán poseyendo las cinco o cuatro fanegas restantes".

⁶³³ Un supuesto diferente, que recoge MIQUEL, "Comentario del art.450", en: *Comentario del Código civil*, *ob.cit.*, pág.1214, es si la interrupción se produce por reclamación judicial después de la división, respecto a la parte que se ha adjudicado a uno de los coposeedores. Este caso se regirá por las normas de saneamiento por evicción de partición de la herencia (art.1.009 y ss.), aplicables en función del art.406 Cc. También COCA PAYERAS, *ob. y loc.cit.*, pág.353.

CAPITULO VII. LA EXTINCION DE LA COPOSESION

El Código civil no contiene ninguna disposición sobre la extinción de la coposesión, pero su régimen se obtiene de la conjunción de las normas de comunidad y del art.460 Cc. Según este precepto, la posesión se pierde por destrucción, pérdida o abandono de la cosa o por quedar ésta fuera del comercio (también arts.437 y 1.936 Cc.*a sensu contrario*), por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito y por despojo de tercero sin que la reposición tenga lugar en el plazo de un año⁶³⁴. No vamos a analizar cada supuesto -que corresponden a la teoría general de la posesión- sino sólo a concretar sus particularidades respecto a la coposesión. En concreto, y a partir de la definición más simple de coposesión -pluralidad de posesiones en igual concepto sobre un único objeto- nos interesa la extinción de la coposesión por cese de la coexistencia de los poderes de facto, o por división del objeto.

1. La desaparición de la pluralidad de poderes: la concentración

La cotitularidad se extingue cuando desaparece la pluralidad de sujetos concurrentes, fenómeno que recibe el nombre de concentración⁶³⁵. En puridad, la concentración designa dos situaciones diferentes. En primer lugar, la reducción del número de poderes de facto manteniéndose la pluralidad, lo que implica sencillamente una alteración de los módulos de participación -es decir, una modificación del «estatuto coposesorio» previo del bien-; en segundo, la desaparición de la situación de cotitularidad, si queda un único sujeto. Dicho poseedor, convertido en poseedor exclusivo, deja de identificar en su concepto posesorio la titularidad plural. Correlativamente, se extingue el «estatuto coposesorio».

Entendida como fenómeno genérico, la concentración puede derivar de la cesión a un coposeedor de los restantes partícipes de sus poderes sobre la cosa (art.460.2 Cc.), del abandono (art.460.1 Cc.) o de la conducta del coposeedor que invierte su

⁶³⁴ Vid. por todos, MARTIN PEREZ, "Comentario a los arts.460 y 461", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.459 y ss.

⁶³⁵ Sobre la figura, GENTILE, *Il possesso nel diritto civile*, *ob.cit.*, pág.397.

concepto posesorio y se arroga la posesión exclusiva (art.460.4 Cc.). En este último supuesto, si la nueva situación se prolonga durante el plazo de un año, él podrá oponer su posesión, aunque indebida, a cualquier reclamación de los antiguos coposeedores, pues se habrá extinguido la coposesión.

La cuestión es cómo debe conducirse ese coposeedor que niega su condición a los restantes coposeedores. Parece que, en base a la definición que expusimos de despojo, se produce esa exclusión cuando priva a los otros del acceso a la cosa. Sin embargo, ya apuntamos que existen otros comportamientos que denotan esa voluntad excluyente. Para situar satisfactoriamente el problema, cabe acudir a la clásica discusión sobre los caracteres de la conducta del poseedor *ad cousucapionem* que, a partir de un determinado momento, pretende usucapir en exclusiva. Cuando analizamos los supuestos de usucapión en relación a la posesión *ad usucapionem*, señalamos que no considerábamos pertinente -a pesar de ser costumbre común- estudiar allí los caracteres del poseedor *ad cousucapionem* que contestaba la pluralidad ya que su conducta significaba, precisamente, la negación de la coposesión y la voluntad de extinguirla. Por ello debemos analizarla ahora.

1.1. La extinción de la coposesión por actuación del poseedor *ad cousucapionem* v. el resto: los caracteres de su conducta

La redacción del art.1.933 Cc., como paradigma de la legitimación solidaria que repercute en la comunidad, no impide que el comunero deje de reconocer la pluralidad y pase a conducirse como poseedor *ad usucapionem* exclusivo. Esa modificación puede tener lugar desde que accede a la cosa⁶³⁶, o bien en un momento ulterior a partir del cual posee de modo diferente, ya sea porque se constituye en poseedor único o porque con su actividad posesoria excede los parámetros que le corresponden -en suma, porque niega o altera el «estatuto coposesorio» del bien-. Su comportamiento puede obedecer

⁶³⁶ Así, si comienza poseyendo en concepto de dueño exclusivo (vid.BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.207). DIEZ- PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.773, pone como ejemplo el caso en que A alquila una cosa a B, quien la vende a C. Este, comprador de buena fe, la posee pública y pacíficamente. El derecho de propiedad de A, que no ha perdido, se transmite a su muerte a sus herederos, uno de los cuales es C. Para él, en este caso es innegable que C adquiere por usucapión la cosa frente a sus copropietarios.

a la existencia de un nuevo título⁶³⁷ o a la negación de la coposesión de los restantes sujetos. Se trata de configurar los caracteres de ese acto de oposición, cuestión que ha generado sucesivas teorías que debemos situar⁶³⁸.

1.1.1. Primera teoría: la interversión formal de la causa de la posesión

Los Ordenamientos jurídicos de inspiración romana recogen el principio *Nemo sibi causam possessionis mutare posse* (D.41,2,3,19)⁶³⁹, que determina que nadie puede cambiar la causa que ha dado inicio a su posesión: se partía del presupuesto de que los poseedores en nombre ajeno no podían prescribir. El Código civil francés asumió el principio⁶⁴⁰ y señalaba que los poseedores en nombre ajeno no pueden usucapir, con independencia del tiempo que se prolongue su posesión⁶⁴¹. La norma citaba expresamente al granjero (entendido como arrendatario), al depositario, al usufructuario y en general a todos aquellos que tenían una detentación precaria. No obstante, el propio texto legal atemperaba el principio al subrayar que dichos sujetos podían prescribir si intervertían el título de su posesión mediante causa proveniente de un tercero o por oposición al derecho del propietario⁶⁴², en suma, si mudaban la

⁶³⁷ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.595, presenta dos ejemplos: "1. Ticio, propietario de la mitad indivisa de un fundo, se cree heredero con arreglo al único testamento conocido, pero sin serlo en realidad, de Cayo que era el dueño de la otra porción indivisa. Parece que Ticio, en tal caso, puede usucapir la totalidad del dominio con buena fe y justo título por una usucapión de diez a veinte años. 2. Ticio, propietario de la mitad indivisa del fundo, compra la otra mitad a Cayo y a Sempronio, que son titulares aparentes, pero no reales. Parece también que Ticio podrá usucapir, en tal caso, la totalidad del dominio.

⁶³⁸ Vid. BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.208 y ss. (da una síntesis de la mayoría de autores que mencionamos en las próximas notas) y MARTIN PEREZ, "comentario al art.445", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.289 y ss.

⁶³⁹ Sobre su función, concisamente, IHERING, *La posesión (II.La voluntad en la posesión)*, *ob.cit.*, pág.533.

⁶⁴⁰ Art.2.240: "On ne peut pas prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de la possession". Después lo reproducen el art.1.848 Proyecto de 1851 y art.2.115 del Código italiano de 1865.

⁶⁴¹ Art.2.236.1: "Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit". Esta tesis había sido literalmente reiterada entre los representantes del *ius commune* en sus comentarios a D.41,2,3,19, (por todos, BARBOSA, *Comentarii ad rubricam, et legem, Codice de praescriptionibus*, *ob.cit.*, Ad legem primam, n.52: "Qui non possidet proprio nomine praescribere non potest nullo tempore, nec si per mille annos in fundo illo permaneat").

⁶⁴² Art.2.238: "Néanmoins, les personnes énoncées dans les articles 2.236 et 2.237 peuvent

causa possessionis previa.

Los Códigos civiles no contemplaban la situación de pluralidad. Pero, inicialmente -como vimos en la estructura-, se estimó que el coposeedor poseía en nombre propio su cuota -o la correspondiente parte ideal de la cosa- y en nombre ajeno las restantes, respecto de las que era un mero detentador o precarista⁶⁴³. Consecuentemente, para usucapir *toda* la cosa debía realizar una inversión de su causa *possessionis* mediante una *contradictio* expresa que situaba el inicio del cómputo de su posesión *ad usucapionem* exclusiva⁶⁴⁴.

1.1.2. Segunda teoría: la interversión de hecho

La teoría anterior recibió numerosas críticas. En primer lugar, se objeta que la cuota no sirve como referencia de la situación del poseedor al no ser poseíble como tal: el poseedor posee toda la cosa, aunque no en exclusiva. En segundo, se observa que

prescrire, si le titre de leur possession se trouve interverti, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'elles ont opposée au droit du propriétaire". Del mismo modo, el art.2.115 del Código italiano de 1865 unificaba el contenido de los arts.2.236 y 2.237 del francés, y el art.2.116 prescribía: "Le persona indicate nel precedente articolo possono tuttavia prescrivere se il titolo del loro possesso si trova mutato o per causa proveniente da un terzo o in forza dell'opposizioni da loro fatte contro il diritto del proprietario".

El art.1.948 del Proyecto de 1851 adoptó también la tesis francesa: "El que tiene ó posee la cosa en nombre de otro y sus herederos, no puede jamás prescribirla, á menos que se haya cambiado el título de su posesión por causa procedente de un tercero, ó por la oposicion que ellos mismos hayan hecho al derecho del propietario". GARCIA GOYENA, *ob.cit.*, pág.1003, al comentarlo, concluía con una remisión al art.427 (precedente del actual art.436 Cc.).

⁶⁴³ LEONE, F.: "La prescrizione del coerede e del condomino e l'intervensione del possesso", *Rivista di Diritto Civile*, 1921, t.13, pág.2 y ss.; MASUCCI, L.: "Ancora sull'intervensio possessionis nella prescrizione del coerede", *Il foro italico*, 1927, págs.769-70; VALERI, G.: "Possesso del partecipante ad una comunione", *Rivista di diritto Commerciale*, 1926, II, pág.577. RAMPONI, *Della comunione di proprietà...*, *ob.cit.*, pág.827 y ss. (Una síntesis en BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.210).

⁶⁴⁴ Observa BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.211, que los arts.447 y 1.941 Cc. parecen avalar esta teoría, al exigir la posesión en «concepto de dueño». Puesto que el copropietario no posee en tal concepto, sino en el de condueño, no puede usucapir todo el bien. Pero el mayor soporte se derivaría del art.450 Cc. cuando señala que al dividirse la cosa común se entenderá que cada sujeto "ha poseído exclusivamente" la parte que se le adjudique. Apoyándose en dicha redacción, la Jurisprudencia ha afirmado -impropiamente- que en el coposeedor concurren una posesión en concepto de dueño respecto de su parte y una posesión en concepto de no dueño respecto de las restantes, que le impide usucapir: nadie puede cambiar, respecto a sí mismo, la causa y el principio de su posesión. Como ejemplos, las SSTs. de 13 de diciembre de 187, 27 de noviembre de 1885 y 30 de octubre de 1919. La STS. de 1919 permitió, no obstante, la interversión (vid.BORRELL Y SOLER, *El dominio según el Código civil español*, *ob.cit.*, págs.177-178).

el coposeedor no es un poseedor en nombre ajeno porque su título no deriva de los restantes copropietarios. Consecuentemente, no necesita intervertir el título, pues está cubierto por éste: el coposeedor posee más allá de su título, no contra éste. Aunque supere los límites fijados, su posesión es siempre *animus domini*⁶⁴⁵. No obstante, necesita una "interversión de facto"⁶⁴⁶ que se traduce en la realización de actos que revelen su intención de poseer en exclusiva; estos actos deben hacer constar indubitadamente esa voluntad de exclusión, porque de lo contrario se deduce que actúa gracias a la tolerancia de los demás⁶⁴⁷.

Para muchos autores, el art.1.102.2 Cc. italiano de 1942 recoge esta tesis: "Il partecipante non può estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti, se non compie atti idonei a mutare il titolo del suo possesso". Frente a los artículos que contemplan la interversión *strictu sensu* -referida a los detentadores-⁶⁴⁸,

⁶⁴⁵ LEONE, *ob.cit.*, pág.25; MASUCCI, *ob.cit.*, pág.765, comenta la Sentencia de 11.febrero.1927, que señalaba: "ha luogo una mutazione di possesso, ma è una mutazione di fatto, che ne allarga i limiti oltre i termini designati dal titolo, senza immutarlo, in quanto è sempre il possesso animo domini, che, in forza della sua elasticità, penetra e si diffonde per l'intera cosa".

⁶⁴⁶ LAURENT, *Principes...*, *ob.cit.*, t.XXXII, n.292, pág.304: "s'il n'y a pas d'interversion de droit, il s'opère néanmoins une intervention de fait" y añade, pág.305: "la cour exige une espèce d'interversion résultant des caractères plus prononcés de la possession. Cela est très juridique". La Jurisprudencia francesa mantendrá ese criterio (vid.MARTY-RAYNAUD, *Les biens*, *ob.cit.*, pág.206). En derecho italiano, BARASSI, *Il possesso*, *ob.cit.*, pág.202: "vi è intervesione di fatto (o del possesso); ma il titolo non muta, non è intervertito, in quanto che il compossessore è ora, dopo quegli atti chiarificatori, esattamente como prima possessore a titolo di proprietà (pro suo)"; Asimismo CESAREO-CONSOLO, *ob.cit.*, ns.192-193, pág.294 y ss.; MASUCCI, *ob.cit.*, pág.765 o GRECO, *Della proprietà*, *ob.cit.*, pág.37.

⁶⁴⁷ BRANCA, *Comunione*, *ob.cit.*, pág.122, recuerda que los actos que el coposeedor realiza deben haber llegado efectivamente a conocimiento de los demás, y enumera varios supuestos dudosos. Para MASUCCI, *ob.cit.*, pág.766, la mutación tiene lugar de coexistir actos con voluntad de exclusividad del coposeedor y "la mancata ingerenza degli altri partecipanti, protatta oltre trent'anni cioè per atti negativi"; LEVONI, *ob.cit.*, pág.316, cree que suprime la injerencia paritaria de los restantes por cualquier mecanismo.

⁶⁴⁸ Art.1.164: "[Interversione del possesso] Chi ha il possesso corrispondente all'esercizio di un diritto reale su cosa altrui non può usucapire la proprietà della cosa stessa, se il titolo del suo possesso non è mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il diritto del proprietario. Il tempo necessario per l'usucapione decorre dalla data in cui il titolo del possesso è stato mutato".

Art.1.141: "[Mutamento della detenzione in possesso] Si presume il possesso in colui che esercita il potere di fatto, quando no prova che ha cominciato a esercitarlo semplicemente come detenzione.

Se alcuno ha cominciato ad avere la detenzione, non può acquistare il possesso finché il titolo

ese precepto procura un trato expreso para el condómino. Cotejando sus redacciones respectivas⁶⁴⁹, y teniendo como punto de partida la *Relazione del ministro Guardasigilli*⁶⁵⁰, se ha considerado que el precepto exime de la interversión formal. La realización de cualquier acto que pruebe el nuevo *animus possidendi* exclusivo es suficiente⁶⁵¹.

1.1.3. Tercera teoría: la extensión de la posesión

Por último, se ha cuestionado la necesidad de cualquier tipo de interversión en una tesis que tiene en BELTRAN DE HEREDIA su inicial expositor en el derecho español. El niega la necesidad de interversión, concepto que asocia al título⁶⁵² y tampoco cree ajustado hablar de *inversión de hecho* de la posesión, "porque tampoco es el hecho de la posesión lo que se invierte, sino solamente se extiende"⁶⁵³. La idea

non venga a essere mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il possessore. Ciò vale anche per il successori a titolo universale".

⁶⁴⁹ Se oponen los "atti idonei a mutare il titolo del suo possesso" a esa contradicción frontal, necesariamente recepticia, que parecen apuntar los arts.1.141 y 1.164. MONTEL, v. «Compossezzo», *ob.cit.*, pág.783, observa que "basti sottolineare la differenza fra i termini in cui essa è redatta e la formula usata negli art.1.141.2 e 1.164".

⁶⁵⁰ *Relazione del ministro Guardasigilli* (Previo al Código civil, Casa Editrice E.Pietrocola, Napoli, 1941), n.175 § 2: "Nello stesso articolo (secondo comma) è regolata l'usucapione nei rapporti tra i partecipanti. Non occorre che il partecipante faccia opposizione contro il diritto degli altri partecipanti, ma basta che egli compia atti idonei, nella loro univocità, a rivelare il mutamento del titolo del suo possesso".

El apoyo en la *Relazione* funda el criterio posterior sobre el tema (SEGRE-MONTEL, *Il possesso*, *ob.cit.*, pág.271). No obstante, algunos autores ya habían defendido esta tesis cotejando los menos explícitos arts.985 y 2.116 del Cc. de 1865 (LEONE, *ob.cit.*, págs.2-3 y PALOPOLI, v.«Possesso», *ob.cit.*, n.11, pág.51).

⁶⁵¹ BRANCA, *Comunione*, *ob.cit.*, pág.122, observa que la interversión en sentido estricto (ex.art.1.141 Cc.) será necesaria si, tras la división de la cosa, el sujeto continúa teniéndola por entero en su poder y pretende usucapir las partes asignadas a los restantes sujetos y GRECO, *Della proprietà*, *ob.cit.*, pág.37, recoge las decisiones del Tribunal de Casación italiano que determinan que sólo si el condómino tenía de los restantes partícipes el mandato de administrar se da la *interversio possessionis* en la forma prescrita en el art.1.141.

⁶⁵² Para BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.225: "inversión, en puridad de doctrina, no existe, porque la inversión supone, como su propio nombre indica, cambio de título en la posesión, es decir, dejar de poseer para otro y comenzar a poseer para sí; dejar de reconocer un derecho superior y proclamar la independencia de un señorío propio (...) Por ello, si el título no se cambia o invierte, no puede decirse que exista verdadera inversión".

⁶⁵³ BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.225. También MARTIN PEREZ, "comentario al art.445", en: *Comentarios al Código civil*, *ob.cit.*, pág.290, quien cuestiona la posición de los autores

de *extensión* define su nueva actividad. Con la extensión de su poder debe borrar el carácter de posesión conjunta y para ello realizará "actos inequívocos que demuestren que se posee exclusivamente"⁶⁵⁴. A los efectos del art.438 Cc. no se precisa adquirir una nueva posesión⁶⁵⁵.

1.1.4. La necesidad de reubicar las teorías anteriores. La generalización del supuesto a todo coposeedor infractor

Para situar adecuadamente las posiciones expuestas debemos hacer varias precisiones:

1-. Las teorías de la inversión de hecho y de la extensión formulan una misma idea en base a un concepto más o menos restringido de «inversión»; en la práctica ambas concluyen exigiendo actos idóneos que identifiquen la modificación⁶⁵⁶.

2-. La expresión "inversión del título" se funda en la redacción del Code francés -y su plasmación de la exigencia romana de mudar la causa-; con propiedad se debe hablar de inversión del concepto posesorio⁶⁵⁷: el título de la posesión (art.433 Cc.)

italianos respecto a su art.1.102, ya que éste integra el término "estendere", pero también la expresión "mutare il titolo del suo possesso".

⁶⁵⁴ BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.227.

⁶⁵⁵ BELTRAN de HEREDIA, *ob.cit.*, pág.226: "La posesión se adquirió cuando se entró en la copropiedad, en concepto de dueño, sobre la cosa íntegramente considerada".

⁶⁵⁶ MARTIN PEREZ, "comentario al art.445", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.291, reconoce que "con todo, la extensión del coposeedor y la interversión del detentador tienen algo en común, lo que pudo inducir a una aproximación entre ellas que sustancialmente no existe. Y es que se obtienen por los mismos medios. Los "actos idóneos" para la extensión de la posesión son también los adecuados a la interversión del título". Como recuerda ARANA de la FUENTE, I.: "Comentario a la STS. de 17 de mayo de 1988", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, 1988, n.447, pág.536, todas las tendencias "coinciden en considerar que los medios idóneos exigidos, en orden a producir tanto la inversión como la extensión, son prácticamente los mismos".

Por último, la lectura de los autores italianos demuestra el empleo indiscriminado de la idea de posesión "más allá del título" para adscribirse a cualquiera de las dos posiciones.

⁶⁵⁷ En contra ROCA TRIAS, *Derechos reales...*, *ob.cit.*, pág.210, que lo considera una "interversión del título posesorio y que, por tanto, habrán ocurrido actos obstativos del derecho de los demás comuneros" (aunque previamente -págs.167 y 171- lo asocia al concepto posesorio).

La doctrina a menudo los emplea indistintamente. MARTIN PEREZ, "comentario al art.445", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, designa la primera teoría como interversión del concepto (aunque en el "comentario al art.436", pág.126, habla de "inversión o interversión del título y concepto posesorio"); VALLET de GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, n.7, pág.38, menciona la "inversión o interversión del título o concepto posesorio" y también LUNA SERRANO, "comentario del art.1941" en: *Comentario del Código civil*, Madrid, 1993, pág.2099. Recientemente, ATAZ LOPEZ,

no se puede invertir porque es un hecho localizado en el tiempo, que se consumó en el pasado⁶⁵⁸. Sin embargo, la posesión en concepto de condueño sí debe invertirse para devenir una posesión en concepto de titular exclusivo. Así se deduce del alcance que asignamos al «concepto posesorio» que, como identificación del modo de poseer, incluye la configuración exclusiva o conjunta de la titularidad. Puesto que también identifica la pluralidad, la contestación requiere interversión⁶⁵⁹. Correlativamente, la voluntad de poseer de modo exclusivo implica la negación del «estatuto copositorio» del bien y la no sujeción a las normas que lo integran.

3-. La idea de extensión parece indicar que la posesión anterior se mantiene, en tanto que la interversión sugeriría el inicio de una nueva posesión. Esta distinción es irrelevante a efectos de cómputo, porque lo que resulta evidente es la improcedencia del título inicial -expresión y referencia del concepto en que inicialmente poseía (art.436 Cc.)- para fundamentar su usucapación contradictoria.

4-. La teoría de inversión del título exigía una oposición expresa, *cuasiformal*, que garantizase el conocimiento del propietario, cuyo derecho se pretendía tutelar pues resultaba fácilmente atacable si al detentador le bastaba con cualquier oposición. Debía existir una acción positiva del detentador dirigida expresamente a contradecir el derecho del propietario⁶⁶⁰. Esta exigencia debe reconducirse a una exteriorización inequívoca

J.: "Sobre la interversión posesoria (notas al art.436 del Código civil)", *Homenaje al profesor Roca Juan*, Murcia, 1989, pág.36 y ss., intenta diferenciar interversión del título e interversión del concepto.

⁶⁵⁸ Como observa LACRUZ, *Elementos...*, III, I, *ob.cit.*, pág.89, "El título, como expresión legal de la tenencia debe relacionarse con el concepto posesorio, pero no se trata de un concepto equivalente (...) la inversión del concepto que hace de la posesión resultante una posesión que no se adecuaba al *ius possidendi* anterior, lleva, de cumplirse el tiempo previsto, a generar otro título que vuelva a unificar las nociones de *ius possidendi* y *ius possessionis*".

⁶⁵⁹ La alteración del concepto es un despojo y el sujeto adquiere una posesión indebida. Por ello se suele requerir como requisito de eficacia de la inversión que la actuación del sujeto se prolongue un año (ex art.460.4 Cc. -MARTIN PEREZ, "comentario al art.436", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.134; VALLET de GOYTISOLO, "La concurrencia..", *ob.cit.*, pág.46 y MORALES MORENO, *ob.cit.*, pág.106-).

⁶⁶⁰ PUGLIESE, *La prescrizione...*, *ob.cit.*, pág.331 -y lo reproduce BELTRAN de HEREDIA, *ob.cit.*, pág.219- señalaba que se requería un acto formal, del mismo tipo que la ley exige, por ej. para la oposición en materia de servidumbres. Vid.asimismo, CESAREO-CONSOLO, *ob.cit.*, n.115, pág.195.

Entre los franceses, BIOCHE, *ob.cit.*, n.252, pág.83 y BELIME, *ob.cit.*, ns.109 y 110, pág.93, exponen la oposición tanto por declaración expresa como por un acto concluyente: "le locataire ferme la porte au bailleur, en lui contestant sa propriété".

en términos posesorios. Aunque no ha de dirigirse expresamente a los restantes sujetos mediante una notificación formal⁶⁶¹, ha de revelar, con publicidad suficiente, la existencia de una situación incompatible con la previa. La no sujeción a los límites que impone el «estatuto coposesorio» puede fijar el punto de partida⁶⁶², si bien teniendo presente que no toda infracción del «estatuto», incluso dirigida expresamente a modificarlo, supone la voluntad de contestar la situación de comunidad. Sólo su negación comporta la paralela inversión del concepto posesorio, lo que obliga a indagar si existe efectiva voluntad -ese *animus* en el sentido clásico- de conducirse en adelante como un poseedor exclusivo⁶⁶³.

Si bien toda la discusión ha girado -a partir de las disensiones tradicionales- alrededor del coposeedor *ad usucapionem*, las conclusiones obtenidas son exportables a cualquier coposeedor que contesta la pluralidad y pasa a conducirse como un poseedor exclusivo. Aquel coposeedor que con actos inequívocos conculca el «estatuto coposesorio» devendrá poseedor exclusivo al término de un año (art.460.4 Cc.). Si posee en nombre ajeno y se limita a contestar la pluralidad, su posesión sigue siendo

⁶⁶¹ BELTRAN de HEREDIA, *ob.cit.*, pág.228.

La principal cuestión que suscita la interversión son los requisitos de su eficacia, en concreto el alcance de la comunicación al anterior propietario en base, entre otros argumentos, a los arts.444 ó 538 Cc.(vid.ATAZ LOPEZ, "Sobre la interversión...", *ob.cit.*, pág.56 y ss.; MARTIN PEREZ, "comentario al art.436", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, págs.133-136 y DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.519, quien habla de «acto obstativo» aunque eximiéndolo de especiales requisitos formales). No basta una mera declaración como tampoco los perjudicados pueden oponer un simple rechazo oral (Como apunta VALLET de GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.46 nota 61: "ello prueba que la posesión no es cuestión de manifestaciones de voluntad sino de actitudes de hecho" y había confesado IHERING, *La posesión (la voluntad en la posesión)*, *ob.cit.*, pág.433, que él "no concedería ni la más mínima importancia jurídica a la circunstancia de que el tenedor hubiera notificado al dueño que ha adquirido *animus domini*").

⁶⁶² Recientemente, POLLICE, *Contributo...*, *ob.cit.*, pág.109, tras constatar una vez más la dificultad de identificar actos que manifiesten inequívocamente la voluntad de contestar la coposesión, propone como mecanismo más adecuado recurrir al art.1.102 Cc. italiano (que equivale al art.394 Cc.), de modo que son actos idóneos todos los que violan las reglas de uso de la cosa común, ya sea porque alteran su destinación o porque no consienten el uso paralelo de otros partícipes -él acentúa el valor del cambio de destinación, ya que "la nuova destinazione, impressa al bene da un partecipante in danno degli altri partecipante, si atpeggia come un *prius* rispetto all'acquisto dell titolarità che ne è il *posterius*". Tras la ejecución de tales actos, habrá que atender a la reacción, recuperatoria o inhibitoria, de los miembros que sufren las consecuencias.

⁶⁶³ GALLO, P.: "Possesso", (Sintesi di informazione:), *Rivista di Diritto civile*, 1989, pág.435, compendia la Jurisprudencia italiana sobre la cuestión, que exige al condómino más allá de una mera expansión de facto, la realización de "atti incontrovertibili".

no apta para usucapir, pero podrá oponerse -transcurrido el plazo prescrito- a las conductas de los restantes sujetos quienes, como coposeedores, estaban legitimados a actuar sobre el bien en base al «estatuto». Ese poseedor, desde la voluntad de eliminar la situación anterior, lo ha extinguido y podrá, como poseedor exclusivo, oponerse interdictalmente a cualquier *excopartícipe*, ahora reducido a la condición de tercero.

2. Por división del objeto

La forma de extinción característica de toda comunidad es la división del objeto y la subsiguiente adjudicación de las partes resultantes a cada uno de sus miembros (art.400.1 Cc.). Cada coposeedor, por el hecho de serlo, tiene una legitimación solidaria extintiva -que situábamos en el contenido del «estatuto coposesorio»-⁶⁶⁴ que le permite desligarse de la situación común instando la división. Los límites de la división se derivan exclusivamente de la existencia de un pacto de indivisibilidad por un tiempo determinado (art.400.2 Cc.) o de la naturaleza del objeto (arts.401 y 404 Cc.).

El art.450 Cc. es el único precepto que contempla la división de la cosa en relación a la comunidad posesoria. Se trata de un precepto vinculado a la usucapión y así lo estudiamos en su momento; ahora nos interesa como única referencia expresa del Código civil a la coposesión -precisamente en el momento de su extinción-. Así, el art.450 *pr.* prescribe:

"Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá

⁶⁶⁴ SEGRE, G.: "Divisione. Compossesso. Scioglimento per divisione", *Il foro italico*, vol.32, 1907 (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Casación de 31 de diciembre de 1906), págs.1248-1251, consideraba por el contrario que el mero coposeedor carecía de la facultad para instar la división, en base a la inseguridad que acarrearía una decisión en sentido contrario. No obstante, -y con el soporte de varios textos romanos- consideraba admisible la petición si los coposeedores acreditaban una *justa causa possidendi*, en suma, se podían apoyarse en un título que superase las posibles desviaciones de la facticidad. Por su parte, BIONDI, B.: "La legittimazione processuale nelle azione divisorie romane (*Scritti giuridici*, t.II, Milan, 1965, : pág.706, consideró en relación expresa a la división de la coposesión, que "sarebbe strano concepire un'azione diretta a dividire un rapporto, che in tanto esiste in quanto esista la volontà del subbietto e si sia realizzata la relazione di fatto con la cosa. Chi ammettesse la possibilità di una divisione e di una aggiudicazione del possesso, non potrebbe mai negare che il rapporto di possedere la quote indivise sarebbe costituito non per fatto dell'adiudicatio del giudice ma sempre per l'animus dei singoli possessori, e per la realizzazzione del rapporto materiale con la cosa". La vertiente fáctica de la posesión se impondría, de modo que los actos denotarían esa voluntad de disgregación.

que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión".

Este artículo, que apareció por primera vez en el art.455 del Anteproyecto de 1882⁶⁶⁵, ha sido relacionado con el art.399 *in fine* Cc.: "Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad" y, con menor rotundidad, con los arts.440 y 1.068 Cc.⁶⁶⁶

2.1. El art.450 Cc. como referencia indicativa de la naturaleza de la partición. Su irrelevancia

Una de las discusiones preferidas -por clásicas- de los juristas es la naturaleza traslativa o declarativa de la partición⁶⁶⁷. Esta controversia nos afecta porque durante una época se consideró que la redacción del art.450 Cc. corroboraba una de las dos teorías. Para los primeros estudiosos, respaldaba la naturaleza traslativa, ya que en dicho precepto se constataba que "el efecto de la partición es dar a entender o explicar lo que quedó por explicar o expresar en el título inicial, la parte determinada objetiva de cada cual"⁶⁶⁸. Por el contrario, más adelante, el art.450 avaló la posición

⁶⁶⁵ Como únicos precedentes conocidos hallamos el art.718 Cc. de Chile: "Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión.

Podrá, pues, añadir este tiempo al de su posesión exclusiva, y las enajenaciones que haya hecho por sí solo de la cosa común y los derechos reales con que la haya gravado subsistirán sobre dicha parte si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen. Pero si lo gravado o enajenado se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o gravamen contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios".

Asimismo, reproducen esta redacción el art.779 Cc. colombiano (de 1887) y el art.752 del Código civil de Ecuador.

⁶⁶⁶ BELTRAN de HEREDIA, *ob.cit.*, pág.363; MANRESA, *ob.cit.*, t.IV, pág.302.

⁶⁶⁷ En suma, si se trata de un negocio traslativo que convierte un derecho común en una situación de titularidad exclusiva de modo que entre la situación anterior y la resultante habría una efectiva transmisión de derechos o si, por el contrario, es un negocio declarativo, que no crea el nuevo derecho de cada condueño, sino que lo especifica: se da certeza a la situación de cada titular. Sobre la cuestión vid., por todos, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.777. Como referencia clásica, POTHIER, *Traité du contrat de société*, *ob.cit.*, n.166 y ss., quien yuxtapone la construcción romana, traslativa, con la del derecho francés, declarativa ya que (n.166, pág.523) "selon notre droit français, un partage n'est pas regardé comme un titre d'acquisition, mais comme un acte qui ne fait autre chose que déterminer les parts indéterminés que chacun des copartageans avait avant le partage".

⁶⁶⁸ GAYOSO ARIAS, R.: "Naturaleza y desarrollo procesal de la acción «communi dividundo»", *RDP*, 1920, pág.213. Con parecido razonamiento, DONDERIS, *La copropiedad*, *ob.cit.*, pág.165.

declarativa. Observaba BELTRAN de HEREDIA que "tanto si se interpreta en el sentido de que se entiende que ha poseído solamente, como si se quiere ver en el mismo la significación de que ha poseído con exclusividad, vienen a configurar la tesis declarativa de la división"⁶⁶⁹.

Sin embargo, el art.450 Cc. no pretende suministrar ningún argumento en favor de la naturaleza declarativa o traslativa de la partición⁶⁷⁰. Como señala MARTIN PEREZ, "con independencia de la naturaleza de la partición, significa el art.450 una retroactividad por ministerio de la ley"⁶⁷¹. Esta afirmación es la que nos interesa contrastar.

2.1.1. La "retroactividad" de la posesión dividida

La literalidad de la norma parece recoger una contradicción: ¿cómo es posible conciliar la posesión, que es un hecho, con la noción de retroactividad? La solución se deriva de vincular la retroactividad no al hecho -que como tal situación fáctica es irretroactiva- sino a los efectos derivados del hecho⁶⁷². La retroactividad repercute en los efectos que los hechos producen, situándolos en un momento en que, de mantener los estrictos criterios cronológicos, objetivamente no existen todavía. Por tanto, no se pretende afirmar que el negocio divisorio transforme retroactivamente la situación de coposesión en una posesión a título de propiedad exclusiva, sino que se atribuye relevancia a determinados efectos incluso durante el tiempo entre el inicio de

⁶⁶⁹ BELTRAN DE HEREDIA, *ob.cit.*, pág.363. También BADOSA, v.«Justo título», *ob.cit.*, pág.684. Con anterioridad, ya ROCA-SASTRE, R.M^a: "La partición hereditaria ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?", *RCDI*, 1929, pág.743, consideró que la norma avalaba la naturaleza declarativa y la estimó aplicable incluso a la comunidad hereditaria. Vid.asimismo MIQUEL, "Comentario del art.450", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1213 y RODRIGUEZ del BARCO: "Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria", *RDP*, 1973, pág.440.

⁶⁷⁰ MIQUEL GONZALEZ, "Comentario al art.402", en: *Comentarios al Código civil..., ob.cit.*, pág.496 y en "Comentario del art.450", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1213.

⁶⁷¹ MARTIN PEREZ, "Comentario al art.450" en: *Comentarios al Código civil..., ob.cit.*, pág.342. CRESPO ALLUE, F.: *La división de la comunidad de bienes*, Valladolid, 1993, pág.26, asume esta opinión.

⁶⁷² MARTIN PEREZ, "comentario al art.450", *Comentarios al Código civil..., ob.cit.*, pág.341.

la coposesión y el inicio de la posesión exclusiva⁶⁷³.

Así, la finalidad del art.450 Cc. es establecer una ficción que permita extender en la medida de lo posible los límites en el tiempo de la posesión exclusiva. La idea de ficción se obtiene de la expresión "se entenderá", que supone una aclaración sobre el modo de desarrollarse unos efectos⁶⁷⁴.

No creemos que la expresión "se entenderá" equivalga a "se presume" como propugnaba BORRELL y SOLER, quien, tras preguntarse si el art.450 cerraba la puerta a la prescripción a favor de un condómino, consideraba que no, dado que "las palabras *se entenderá* parecen incluir una presunción contra la cual puede oponerse el hecho probado de que poseía, como suya, toda la cosa común"⁶⁷⁵. Sin embargo, la redacción del artículo no permite deducir la presunción dado que contempla la cuestión posesoria una vez que ha tenido lugar la división de la cosa. En caso de que un sujeto se arrogara la posesión exclusiva, no se opondría a la *contracción* de cada posesión al nuevo objeto creado, sino a la propia división⁶⁷⁶, que estimaría inviable al ser él el poseedor exclusivo⁶⁷⁷.

En realidad, el art.450 Cc. contempla otro supuesto que se define desde los siguientes referentes:

-En primer lugar, tiene como punto de partida la "cosa poseída en común", ergo presupone el mutuo reconocimiento de la coposesión.

⁶⁷³ PORTALE, "Note...", *ob.cit.*, pág.506.

⁶⁷⁴ MARTIN PEREZ, "Comentario al art.450", *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.342.

⁶⁷⁵ BORRELL y SOLER, *El dominio según el Código civil español*, *ob.cit.*, pág.233. BELTRAN de HEREDIA, *ob.cit.*, pág.222, también observa que la expresión "parece hacer referencia a una presunción" -se apoya precisamente en BORRELL y SOLER- y añade "presunción, contra la que podrá oponerse el hecho probado de que uno solo poseía como suya toda la cosa". DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.781, lo califica concisamente de presunción.

⁶⁷⁶ Veámos desde otra perspectiva este supuesto al analizar el art.915.2 Proyecto de 1851 (Cap.VI.3 (1ª parte)), que precisamente establecía la imposibilidad de la división en caso de posesión exclusiva.

⁶⁷⁷ De ahí que se relacione con el art.1.068 Cc.: "La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados", que prescribe el resultado ulterior de la partición, pero sin contestar ésta -curiosamente, tampoco el art.1.068 tiene precedentes en el Proyecto de 1851-. Sobre la misma cuestión, resulta muy clara la redacción del art.757 Cc. italiano: "Ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui prevenuti dalla successione, anche per acquisto all'incauto [719, 720] e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari". (Vid.PORTALE, "Note...", *ob.cit.*, pág.503 nota 72).

-En segundo, indica que, incluso en el caso de que un sujeto poseyera la cosa como exclusiva, si no ha consumado la usucapión, su actividad posesoria resulta irrelevante. Aquí se manifiesta con mayor fuerza la ficción del art.450 Cc. porque instituye que al dividirse una cosa poseída en común se retrotrae la exclusividad resultante al momento en que nació la comunidad posesoria, cubriendo e ignorando aquel lapso en que un sujeto poseyó contra los restantes sin llegar a generar un *ius possidendi* a su favor (afirmación que enlazaría con el art.466 Cc.).

Por tanto, el "se entenderá" es una precisión del texto que no admite prueba en contrario -a diferencia del "se presumirá" de otros preceptos, v.gr., los arts.359, 459, 574, 1.189, 1.191, 1.277, 1.361 ó 1.901 Cc.-. Como locución, aparece en varios preceptos de posesión (arts.439, 440, 451, 461, 462 y 466 Cc.) con una función similar a la que desempeña en otros lugares del Código civil⁶⁷⁸. Sin duda el art.451 Cc. procura el significado equivalente del "se entiende" al utilizar dicha expresión en el segundo párrafo, y optar en el tercero por "se consideran"⁶⁷⁹.

2.1.2. La irrelevancia de la situación posesoria real previa a la división

En el momento de la división, resultan irrelevantes los criterios establecidos por los coposeedores para ordenar su ejercicio *manente comunione*. No existe una correspondencia necesaria entre la parte que un sujeto pudo tener asignada durante la vigencia de la comunidad y la que finalmente le corresponde⁶⁸⁰, lo que constituye una

⁶⁷⁸ La expresión "se entiende" (se entenderá, entiéndese) se utiliza en el Código en numerosas ocasiones, algunas de ellas perfectamente delimitadas: En primer lugar, para exponer una definición: arts.352 ("Se entiende por tesoro..."), 573 ("se entiende que hay signo exterior, contrario a la servidumbre de medianería", 635.2 ("por bienes futuros se entienden..."), 1.125 ("Entendiéndose por día cierto..."), 1.252.3 ("se entiende que hay identidad de personas..."), 1.274, 1.952. En segundo lugar, para subrayar la existencia de otro interés o particularidad que debe ser tenida en cuenta (en suma: "sin perjuicio de"): arts.192 ("lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia...", 410, 1.264, 1.717.3, 1.938 ó 1.963. En tercero -el supuesto más próximo al nuestro- para sentar una regulación, sin admitir formulaciones en contra: arts.474, 542 ("se entienden concedidos todos los derechos necesarios para su uso"), 568, 789, 805.2, 871.2, 905, 1.120, 1.157, 1.229.2, 1.321.2, 1.935 ó 1.970.2 Cc. o bien fijando un criterio general, salvo que exista pronunciamiento específico en sentido contrario: arts.797.1 ó 1.353 Cc. En cuarto, merecen especificación particular los preceptos de interpretación: arts.1.283, 1.284 y 1.286.

⁶⁷⁹ Existe un paralelismo entre las locuciones "se considera" (por ej., arts.798.2, 1.799 y 1.946 Cc.), "se reputa" (por ej., arts.30 ó 1.343.2 y 3 Cc.) y "se entiende" (el art.1.815 Cc. emplea en el 1er. párrafo "deban reputarse...", en el segundo "se entiende sólo...").

⁶⁸⁰ Como señala HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.484, "la parte material que les corresponda se

prueba más de que la previa distribución del uso no ha supuesto la extinción de la coposesión.

2.1.3. La transformación del concepto posesorio

Sobre la parte determinada, el sujeto pasa a ejercitar una posesión exclusiva. Su concepto posesorio se intervierte teniendo como fundamento el acuerdo divisorio y pasa a exteriorizar el mismo derecho, individualmente ejercitado.

La redacción del art.450 Cc., señala MIQUEL GONZALEZ, posibilita que el poseedor adopte como título de la posesión que inicia el que dió origen a la comunidad⁶⁸¹. La posesión que se delimita se apoya totalmente en el título inicial como referencia legitimadora de los efectos que genera. Ello excluye tener que recurrir a una adaptación del mecanismo de la *accessio possessionis* para sumar las posesiones de cada individuo, así como el deber de plantearse cómo cohesionar esa *continuatio* entre un derecho menos amplio y otro, sobre un objeto diferente, de mayor intensidad⁶⁸².

3. La liquidación de la coposesión

Cabe la posibilidad de que la coposesión se extinga por reclamación del titular del *ius possidendi*. En este caso, los partícipes vencidos deben restituir el bien y, accesoriamente, reordenar las cuestiones referidas a los frutos, gastos y desperfectos que la cosa haya experimentado (ex arts.452-455 Cc.)⁶⁸³. Aquí entra en juego de nuevo la valoración individual de la buena o mala fe de cada coposeedor.

entiende que es la anteriormente poseída. No cuenta a tal fin cómo haya estado materialmente distribuida la posesión". También los arts.402.2 y 403 corroboran esta posición.

⁶⁸¹ MIQUEL, "comentario del art.450", en *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1213, y añade "si se trata de comunidad hereditaria, el título será el que tuviera el causante. Naturalmente todo ello respecto de la parte de la cosa común que le haya sido adjudicada al partícipe, no respecto de las cosas extrañas a la comunidad que se hayan atribuido en pago de la cuota".

⁶⁸² PORTALE, "Note...", *ob.cit.*, pág.501. De considerar el nuevo derecho generado más extenso que el anterior, el cómputo preciso para la usucapión se iniciaría al producirse la división, y eso es lo que el artículo solventa.

⁶⁸³ Estos artículos atienden a las relaciones entre el reivindicante victorioso frente a un poseedor en concepto de dueño obligado a restituir (así se deriva del art.452.3 que yuxtapone *propietario* y *poseedor de buena fe*). No obstante, algunos autores le otorgan un ámbito de aplicación más amplio (Así, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.569)

3.1. La restitución de los frutos

En base a los arts.451 y 455 Cc., los coposeedores de buena fe no han de devolver los frutos obtenidos mientras que los de mala fe han de retornar tanto los efectivamente obtenidos como los que hubieran podido percibir. En caso de pluralidad de poseedores de mala fe, la cuestión es cómo operará la restitución, es decir, si cada uno deberá entregar el equivalente proporcional a la cuantía obtenida -mantener la referencia a la cuota- o si, por el contrario, deberán responder solidariamente. DELGADO ECHEVERRIA se inclina por la segunda solución, de modo acorde con la tesis de que el abono de frutos por el poseedor de mala fe tiene carácter indemnizatorio por la privación del goce de la cosa⁶⁸⁴. Esta opción parece la más adecuada para favorecer al titular legítimo perjudicado, pero creemos preferible la primera solución propuesta, es decir, la reclamación parcial -aunque imponga al vencedor la carga de dirigirse a cada sujeto- ya que se adecúa más a la configuración de la coposesión, en que cada sujeto responde de su propio *ius possessionis*: no parece congruente hacerlo partícipe de los efectos de otros *ius possessionis* justo en el momento de liquidarse aquélla.

Cabría defender que avala la reclamación íntegra -con independencia de las acciones de regreso que posteriormente surjan entre el pagador y los restantes coposeedores de mala fe- la redacción del art.455 Cc.: "frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir"⁶⁸⁵, que constata cómo, frente a la tutela del poseedor de buena fe del art.451 -exonerado de toda restitución- el art.455 Cc.

⁶⁸⁴ DELGADO ECHEVERRIA, J.: "Adquisición y restitución de frutos por el poseedor", *ADC*, 1975, pág.611. También MIQUEL GONZALEZ, "Comentario del art.455", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1225, incide en ese carácter indemnizatorio.

⁶⁸⁵ La referencia a los frutos que hubieran podido obtenerse -que recogía P.3,28,40- pretende salvaguardar al poseedor legítimo de una actuación del poseedor de mala fe, que conociendo de su situación, actúa negligentemente sobre la cosa (DORAL, "Liquidación de la gestión posesoria", *ob.cit.*, pág.414). Por su parte, CARRASCO PERERA, *ob.cit.*, pág.27 y ss., tras revisar varias teorías, los identifica -pág.28- con el lucro cesante que sufre el legitimado, "no el que el incumplidor podría haber obtenido de explotar «diligentemente» las resultas de su incumplimiento". Singularmente, MORENO QUESADA, B.: "Régimen jurídico de los frutos pendientes", *RCDI*, 1967, pág.991, los asimila con los frutos no separados, bienes con un valor en sí mismos de los cuales el deudor no se ha aprovechado, pero cuya pérdida debe resarcir al propietario que tampoco ha podido disponer de ellos". Los italianos, en base al art.1.148.2 Cc. de 1942, señalan que el poseedor de mala fe responde de los frutos que hubiese percibido de actuar con la diligencia de un buen padre de familia (vid.SACCO, *ob.cit.*, pág.360 y MASI, *Il possesso...*, *ob.cit.*, pág.481).

parte de la voluntad de salvaguarda del propietario efectivo⁶⁸⁶. La atención a los frutos potenciales podría hacer entender los perjuicios como un todo compacto y, como tal, reclamable a cualquiera de los sujetos. Sin embargo, el propio art.455 Cc., traducido a la coposesión, lo hace responsable de la cuota de frutos percibidos -que, como tales, una vez desprendidos de la cosa madre integran un objeto independiente, ex art.399- y de la proporción virtual: se impone la parcialización.

Como última consideración, cabría defender que los coposeedores de mala fe, al tener que restituir tanto lo efectivamente percibido como lo que el poseedor legítimo hubiera podido recibir de estar en posesión de la cosa, también tendrían que responder de los frutos efectivamente obtenidos por los coposeedores de buena fe, y que -ex art.451 Cc.- el poseedor legítimo no recupera. Pero el art.455 Cc. menciona estos frutos atendiendo a la previsibilidad de que el poseedor de mala fe haya obtenido un aprovechamiento inferior al posible -que sobre el bien fuera posible un "mejor disfrute, ex art.398 Cc.-⁶⁸⁷. No cabe imponer al poseedor de mala fe la carga añadida de resarcir por los frutos ajenos, y tampoco puede asumir el rendimiento virtual que pudo, por ejemplo, no generarse por mediar un acuerdo imperativo en otro sentido, nacido del consentimiento de los coposeedores de buena fe.

3.2. La asunción de los gastos

Los gastos realizados sobre la cosa por los poseedores vencidos serán resarcibles en función de su carácter necesario, útil o suntuario⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ COCA PAYERAS, *Notas al "Comentario al art.455" de Martín Pérez, en: Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.419.

⁶⁸⁷ Señalamos con anterioridad que GARCIA GOYENA, *Concordancias...*, ob.cit., pág.224, incluía aquí "los que él [el poseedor de mala fe] pudo percibir aunque no los habría percibido el propietario y los que este habría percibido, aunque el poseedor de mala fé no haya podido percibirlos". Esta distinción tiene origen en el derecho romano (C.3,32,5) y se clarifica con el ejemplo de WOLFF, *Derecho de cosas*, ob.cit., pág.583, el cual, tras recordar que ha de abonar los provechos que percibió aunque el propietario no los hubiera percibido, como "las mercedes de arrendamiento obtenidas por el demandado, alquilador de caballos, por el caballo del demandante, aunque éste no suela alquilar sus caballos".

⁶⁸⁸ En general, las cuestiones de restitución de gastos en sede de comunidad se estudian atendiendo exclusivamente a las relaciones internas entre los comuneros, como se observa, por ejemplo, en RODRIGUEZ MARIN, C.: *Liquidación de gastos con ocasión de la tenencia de una cosa*, Barcelona, 1994, págs.141-145.

Respecto de los primeros, la situación de buena o mala fe es irrelevante porque se abonan a todo poseedor (art.453 Cc.). Si el coposeedor que los realizó aún no hubiera exigido su importe a los restantes partícipes (ex art.395 Cc.), sólo a él tendrá que pagarle el titular. En caso de restitución individualizada, los coposeedores de buena fe pueden retener la cosa hasta el resarcimiento total (art.453.1 in fine) -que se traduciría en permanecer en ella, pues este supuesto de retención integra los bienes inmuebles, que constituyen el supuesto habitual de la liquidación- y, paralelamente, el vencedor en la posesión podrá actuar contra los partícipes de mala fe que no cesen en su posesión⁶⁸⁹.

Tampoco los gastos suntuarios ofrecen mayores dificultades, pues no se abonan a ningún poseedor, de buena o mala fe (arts.454 y 455 Cc.), aunque se permite a los poseedores el ejercicio del *ius tollendi*, si la cosa no experimenta desperfectos y el poseedor legítimo no prefiere abonarlos⁶⁹⁰. En ese caso, surgirá entre los sujetos que integraron la coposición una nueva coposición sobre esos adornos o adminículos que han sido separados del bien principal.

El resarcimiento de los gastos útiles, al que tienen derecho los poseedores de buena fe (art.453 Cc.), pero no los de mala (art.455 Cc.) es probablemente la cuestión más conflictiva. Se trata de gastos a los que han contribuido todos los partícipes, una vez decidida válidamente la inversión que sufragan (arts.397 y 398 Cc.) En este caso, dado que configuramos la restitución como una deuda que se genera individualmente frente a cada coposeedor, el reembolso quedará reducido a una serie de operaciones matemáticas, de modo que a los poseedores de buena fe corresponderá una fracción o bien del importe de los gastos realizados, o bien del aumento del valor de la cosa

⁶⁸⁹ Por el contrario, GRECO, *Della proprietà, ob.cit.*, pág.331, apoyándose en varias sentencias, observa que "si è ritenuto che il diritto di ritenzione non spetta al condomino che sostiene spese per la cosa comune da lui posseduta durante lo stato di comunione ed in particolare su parte della cosa comune attribuita con la divisione ad altro condomino in quanto non oúd essere considerato possessore di buona fede".

⁶⁹⁰ No obstante, los criterios de abono difieren según se trate de poseedores de buena o de mala fe. A los primeros se les restituye "el importe de lo gastado" (art.454 *in fine* Cc.), a los segundos, "el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión" (art.455 *in fine* Cc.). Traducido a la situación de pluralidad, será la proporción individual respecto a los valores que sirven de referencia.

(art.453.2 in fine Cc.), en tanto que los de mala fe no podrán aspirar a recuperar, ni siquiera parcialmente, su inversión. Cabría defender que, aunque no lo estipula expresamente la ley, los coposeedores de mala fe podrían pretender un *ius tollendi* en base a una interpretación amplia del art.455 -que lo reconoce expresamente de las mejoras de lujo o recreo-, con la particularidad de que, entonces, el propietario sí debería abonarles su valor, de estar interesado, o que afectaría a los poseedores de buena fe que sí son resarcidos. Sin embargo, la redacción del art.454 Cc. es clara; en este conflicto de intereses, la norma tutela al propietario. Avala esta posición el art.487 Cc., que fija el ámbito de reclamación del usufructuario: éste no puede pretender el importe de las mejoras útiles porque su posesión es temporal, dato que conoce desde la constitución de su derecho. El poseedor de mala fe tampoco podrá porque su posesión, aun con voluntad de duración indefinida, es, y lo sabe, claudicante.

3.3. La responsabilidad por el deterioro o pérdida de la cosa

Por último, del resarcimiento por deterioro o pérdida de la cosa no responden los poseedores de buena fe -que actuaban en la creencia de ser propietarios-, sino exclusivamente los poseedores de mala fe (art.457 Cc.), siempre que les sea imputable. Cuando sea identificable el autor del acto ilícito -y pues que hablar de imputabilidad es hablar de dolo o de culpa- éste es responsable y los otros quedan exonerados. En caso de que el deterioro sea imputable a todos -si, por ejemplo, no se han realizado los gastos de conservación- responderán ante el poseedor legítimo, con independencia de que el deterioro obedezca a un comportamiento doloso o culposo⁶⁹¹. Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual, y en esta cuestión suele considerarse que la pluralidad de infractores aboca a una responsabilidad solidaria⁶⁹². Acaso la solución radique en analizar la potencial virtualidad de cada comportamiento para causar todo el daño, en cuyo caso podría exigirse el todo a cualquiera de los implicados, con independencia de las ulteriores acciones de regreso internas. Sin embargo, como

⁶⁹¹ Sobre la extensión de la responsabilidad, vid. BADOSA, *La diligencia y la culpa...*, *ob.cit.*, pág.842 y ss.; HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.342 y ss. y MIQUEL, "comentario del art.457", en: *Comentario del Código civil*, *ob.cit.*, págs.1228-29.

⁶⁹² LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, II,I, 2ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1985, págs.536-537, expone las posiciones de diferentes autores así como el criterio de los Tribunales, que la consideran solidaria.

criterio general deben responder mancomunadamente de los daños que se evalúen, pues ninguna norma específica propugna lo contrario (art.1.137 Cc.)⁶⁹³.

⁶⁹³ Esa es la posición que propugna ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, II,I, 7ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1982, pág.504.

SEGUNDA PARTE

CAPITULO I. LAS SOLUCIONES PROPUESTAS PARA UNA INTERPRETACION SATISFACTORIA DE LA SEGUNDA PARTE DEL ART.445 CC.

1. El carácter aparentemente novedoso del art.445 en el panorama jurídico

De modo generalizado, el segundo párrafo del art.445 Cc. se considera una norma misteriosa, extraña, sin precedentes legislativos ni tradición jurídica, que tampoco cabe vincular de modo concluyente a algún precepto de otro Ordenamiento jurídico. Así, para MANRESA, "entramos en otra doctrina nueva en nuestro derecho, pero envuelta en las nieblas de un misterio. Es un cuadro con figuras o detalles bien dibujados y manifiesto, pero cuyo asunto no se comprende; lo que sobra en el detalle falta en el conjunto"⁶⁹⁴; SCAEVOLA lo ve como "una de tantas trasplantaciones realizadas por el legislador patrio, sin contar de antemano con un medio ambiente adecuado"⁶⁹⁵; VALLET de GOYTISOLO cree apropiado denominarlo "tubo de la risa", pues supone el fenómeno por el que se hace una cosa y luego se le busca la utilización en lugar de hacerse lo contrario⁶⁹⁶. Por último, MARTIN PEREZ apunta que el precepto parece confirmar, con el paso del tiempo, la condición de misterioso y nuevo⁶⁹⁷, mientras que DIEZ-PICAZO destaca que carece de precedentes legislativos conocidos⁶⁹⁸.

En efecto, el art.445.2 Cc. carece de precedentes en los Proyectos de 1836 y 1851. Aparece por primera vez, con mínimas diferencias, en el art.450 del Anteproyecto de 1882, a instancia de SILVELA, que fue quien aportó el texto a las

⁶⁹⁴ MANRESA, J.M^a: *Comentarios al Código Civil español*, t.IV, Madrid, 1895, pág.190 (opinión que perdura en la 6^a ed., revisada por POU de AVILES. Madrid 1951, pág.213).

⁶⁹⁵ SCAEVOLA, *Código civil, ob.cit.*, t.VIII, pág.353.

⁶⁹⁶ VALLET DE GOYTISOLO, "La concurrencia de varias posesiones...", *ob.cit.*, pág.109.

⁶⁹⁷ MARTIN PEREZ, "comentario al art.445" en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.292.

⁶⁹⁸ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.551.

Sesiones de trabajo de la Sección primera de la Comisión de Codificación⁶⁹⁹:

"La posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión. Si surgiera contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; y si resultaran dos poseedores, el más antiguo; y si las fechas de las posesiones fueren las mismas, el que presente título; y si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes. "

Las variaciones respecto al texto definitivo son mínimas, aunque el Anteproyecto del 82 es más claro, porque el juego de comas y de conjunciones acentúa la concatenación de los criterios para dirimir el conflicto: la condición preferente de una posesión que se pretende *in solidum* respecto de otra.

2. Las diferentes interpretaciones del art.445.2 Cc. Su refutación.

El aparente hermetismo no ha impedido a la doctrina aventurar diferentes hipótesis que oscilan entre considerarlo un procedimiento independiente -que el texto, inexplicablemente, no detalla- para determinar el "hecho de la posesión" o identificarlo con la acción publiciana. Antes de desarrollar nuestra posición sobre el art. 445 Cc. creemos conveniente recogerlas⁷⁰⁰.

2.1. Solución preliminar a un juicio posesorio o petitorio

La segunda parte del art.445 Cc. se ha explicado como una regla de origen cautelar y carácter provisional, que se observa mientras se decide el juicio posesorio o petitorio⁷⁰¹. La norma determinaría quien posee durante el procedimiento,

⁶⁹⁹ LASSO GAYTE, J.F.: *Crónica de la Codificación española, (Codificación civil -Génesis e historia del Código-*), 4,I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, pág.402.

⁷⁰⁰ Sólo excluimos de entrada una hipótesis formulada por PEREZ Y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, pág.101, quienes apuntan que en el derecho español "no está prevista de una manera especial la *condictio possessionis*. Pero acaso pudiera entroncarse en el art.445". A la vista del concepto de *condictio possessionis* (D'ORS, A.: "Los precedentes clásicos de la llamada «*condictio possessionis*»", *AHDE*, 1961, pág.629 y ss.) no parece posible tal relación.

⁷⁰¹ LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.58; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.553; ALBALADEJO, *Derecho civil*, III,I, *ob.cit.*, pág.107; RUBIO TORRANO, "comentario al art.445", *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, *ob.cit.*, pág.635. Asimismo, en un breve texto expresamente dedicado al art.445, PORRAS IBAÑEZ, P.: "Preferencia posesoria", en: *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol.V, Madrid, 1988, pág.741, si bien lo que le

procurando al vencedor "una posesión provisoria in limine litis y sin perjuicio de la decisión definitiva que recaiga en el juicio"⁷⁰². De modo congruente con esta finalidad, se señala que su ámbito de aplicación incluye -a pesar de su ubicación en el Código civil en sede de posesión- los conflictos petitorios⁷⁰³.

Esta explicación pretende dotar al art.445 Cc. de contenido propio, desde el presupuesto de que los interdictos resuelven, sin necesidad de recurrir a otros mecanismos, las contiendas sobre la posesión como figura autónoma. Pero, en tal caso ¿a qué procedimientos se asocia? Se dice que precede a cualquier juicio petitorio o posesorio e incluso que nada impide que anteceda a un interdicto⁷⁰⁴. Pero no vemos cómo articular el supuesto del art.445 con las acciones propuestas. ¿Cómo integrarlo, por ejemplo, en la acción petitoria por excelencia: la acción reivindicatoria?. Esta acción se define como la pretensión del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario para obtener la restitución del bien⁷⁰⁵. Resulta incontrovertido que el actor no es el poseedor (arts.348.2, 464.1, 1.955.2 y 1.962 Cc.) ¿qué beneficio le reportará alegar el art.445 Cc. si éste tutela en primer lugar al poseedor actual?. Lo mismo cabe decir de la acción publiciana⁷⁰⁶. Acaso podría entenderse el art.445 Cc. como paso previo a una acción declarativa de dominio en que la situación posesoria no aparece claramente determinada, pero dado el objeto de la acción, no vemos qué utilidad puede reportar.

preocupa es resaltar el contraste y correlación entre disfrute/hecho y disfrute/derecho.

⁷⁰² DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.553. En expresión de ALBALADEJO, *Derecho civil, III,I, ob.cit.*, pág.107, "no se trata de proteger la posesión, es decir al poseedor que se fijó con certeza, sino de que la cosa quede en poder de alguien hasta que recaiga el fallo sobre quien es verdaderamente el poseedor".

⁷⁰³ Para MARTIN PEREZ, "Comentario al art.445", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.294, el art.445 "no representa un modo específico de resolver los conflictos posesorios, sino un criterio que puede insertarse en cualquier procedimiento que aquellos puedan originar".

⁷⁰⁴ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.553; MARTIN PEREZ, "Comentario al art.445", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.297. Específicamente, PORRAS IBÁÑEZ, "Preferencia posesoria", *ob.cit.*, pág.741, parece predicarlo incluso de los de obra nueva y obra ruinosas.

⁷⁰⁵ Como apunta ALBALADEJO, *Derecho civil, III,I, ob.cit.*, pág.346, es legitimado activo "cualquier dueño que no tenga la posesión como hecho". Paralelamente, el legitimado pasivo es quien posee la cosa y, sin derecho a conservarla, se niega a restituirla.

⁷⁰⁶ ALBALADEJO, *Derecho civil, III,I, ob.cit.*, pág.359. Estudiamos la acción publiciana en el apdo.2.3 (2ª parte).

Tampoco parece útil como fase previa a la resolución de los interdictos. ¿Cómo determinar antes de los interdictos quién es el poseedor de hecho, cuando en el interdicto de retener se supone que el actor es el poseedor actual que ve su situación perturbada y en el interdicto de recobrar se supone que el actor sólo retiene la posesión incorporal? Además, la primera fase de ambas figuras consiste en una información en que el actor acredita *prima facie* su condición de poseedor. Esta condición se discute después en el juicio verbal, pero no como un trámite independiente, sino en su núcleo central.

Por último, no se debe conectar necesariamente el art.445 Cc. a un juicio posesorio o petitorio. El art.445 *in fine* contempla el depósito o guarda judicial "mientras se decide", luego se trata de dos procedimientos que se ventilan con posterioridad, y en caso de que no hayan servido los criterios previos: pueden eventualmente tener lugar, pero su desarrollo ulterior no es preceptivo, lo que da a las reglas del art.445 autonomía propia⁷⁰⁷.

2.2. Solución a la concurrencia de interdictos de recobrar

GARCIA VALDECASAS defiende el empleo de los criterios del art.445 Cc. en el interdicto de recobrar "siempre que demandante y demandado posean de hecho el mismo objeto con pretensión de exclusividad (...) si uno de los poseedores demanda al otro de despojo el demandado podrá oponer que el poseedor de hecho es él mismo y no el demandante; en tal caso, para decidir cuál de las partes está legitimada activamente y cuál pasivamente, el juez tendrá que decidir cuál es el poseedor de hecho según las normas del art.445"⁷⁰⁸. Su hipótesis convierte el interdicto de recobrar en un *iudicium duplex*⁷⁰⁹, rasgo indispensable para entender el art.445 prop.2, pero que no se corresponde con la naturaleza del interdicto de recobrar. En este procedimiento existe una limitación de alegaciones: únicamente se admiten las pruebas relativas a la

⁷⁰⁷ Este parece el criterio de COCA PAYERAS, "Comentario del art.445", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1200, cuando critica la teoría expuesta y cree que únicamente el inciso final del art.445 -el recurso al depósito o guarda judicial es una norma cautelar- pues las restantes reglas pueden tener su acomodo en juicios posesorios e incluso petitorios.

⁷⁰⁸ GARCIA VALDECASAS, *La posesión, ob.cit.*, pág.88.

⁷⁰⁹ Como oportunamente subraya LACRUZ, *Elementos..., III,I, ob.cit.*, pág.58.

posesión y al despojo (art.1.656.2 LEC. en relación con el art.1.652). Ni siquiera el propietario despojado puede a su vez despojar al despojante en base a su derecho anterior, sino que debe respetar la apariencia posesoria y acudir a los tribunales para ser restituído en la posesión, ex art.446 Cc.⁷¹⁰.

Por otro lado, si las dos partes pretenden la posesión exclusiva de la cosa, pero ambas están ejercitando actos posesorios que se ven afectados por la actividad del adversario, no pueden calificar su comportamiento respectivo de despojo, sino de turbación, lesión que no se ajusta al objeto del interdicto de recobrar y que aboca al interdicto de retener⁷¹¹.

No obstante, la sugerencia de GARCIA VALDECASAS resulta útil porque al considerar en determinados casos el interdicto como una figura *duplex* en que cada litigante es actor y demandado a un tiempo procura un nuevo indicio para descifrar el art.445 Cc.

2.3. El art.445 Cc. como reflejo de la acción publiciana

También se ha relacionado el art.445 Cc. con la acción publiciana. Esta acción - de indiscutible relevancia práctica a lo largo de la historia- no aparece recogida de modo explícito en nuestro Ordenamiento jurídico, lo que lleva a cuestionar su existencia como figura autónoma y la posibilidad de alegarla ante los Tribunales⁷¹². No vamos a pronunciarnos sobre la conveniencia o no de su mantenimiento, sólo nos interesa determinar si guarda relación con el art.445 Cc.

La conexión entre la acción y el precepto se ha situado a un doble nivel:

⁷¹⁰ Nuestro Derecho no admite la prueba *in continenti* de la propiedad. MARTI MIRALLES, "Spoliatus...", *ob.cit.*, págs.379 y ss., defiende lo contrario en base al art.444 Cc. Un análisis histórico demuestra que en determinadas épocas se admitió la *exceptio dominii*, pero su aceptación va ligada -como veremos- a la sumariedad del procedimiento empleado y a la interpretación de los textos romanos sobre el *unde vi*.

⁷¹¹ Vid. Cap.V.3 (1ª parte).

⁷¹² En la práctica, la Jurisprudencia la ha admitido con frecuencia. Para una aproximación a las sentencias más recientes, GARCIA DE MARINA, *Interdictos*, *ob.cit.*, págs.65-67. Vid.asimismo, VALPUESTA FERNANDEZ, M.R.: *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, Valencia, 1993, págs.49-59. Hay que tener presente que, durante el tiempo que existieron inscripciones posesorias en el Registro de la Propiedad, algunos autores imputaban al poseedor inscrito el ejercicio de la acción publiciana (vid.LOPEZ DE HARO, C.: "La tradición y el tracto en el Registro", *RDP*, 1929, pág.102).

A) -La remisión final del art.445 a una ulterior decisión "sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes" sería una llamada concreta a la acción publiciana, ya que una decisión sobre la posesión tras la sucesión de criterios no puede limitarse a un mero procedimiento interdictal⁷¹³.

B) -La acción se refleja en la completa sucesión de criterios del art.445 Cc. No se circunscribe a la última frase, sino a la sucesión de las reglas y a su correlación⁷¹⁴.

No nos parecen acertadas estas interpretaciones. La mención a la posesión definitiva se ajusta con mayor precisión al procedimiento denominado posesorio plenario, aunque podemos aceptar que, de admitir que la publiciana tiene cabida en nuestro ordenamiento, esta locución es el mejor soporte para integrarla. Nos centraremos en refutar la segunda teoría, que resulta poco convincente si tenemos en cuenta el objeto y contenido de la acción: la acción publiciana es el instrumento de tutela del poseedor de buena fe y justo título que no ha consumado el tiempo preciso para usucapir⁷¹⁵. Se valora la existencia de un defecto en el título que ha impedido

⁷¹³ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.548: "la acción publiciana (...) cuenta con el apoyo del texto del art.445 y con el del art.1658 LEC. que diferencia el debate sobre la propiedad de la cuestión de la «posesión definitiva» (cfr. art. 1658 in fine) que se dilucida en juicio declarativo". También JORDANO BAREA, "Una relección sobre la posesión", *ob.cit.*, pág.1042 y DE LA CUESTA SAENZ, J.M.: *La acción publiciana*, Madrid, 1984, pág.339. En contra, TRAVIESAS, M.: "Extinción y reivindicación del derecho de propiedad", *RDP*, 1920, pág.205 y, tajantemente, RUBIO GARRIDO, T.: *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pág.20, para quien el asociar el art.445 con la acción publiciana "parece delatar un tic obsesivo por hallar, donde sea y al precio que sea, un providencial asiento legal. Lo que despierta la fundada sospecha de que, hablando en plata, se esté intentando soterradamente encumbrar a la doctrina a la categoría de fons iuris, reinsertando en el ordenamiento moderno una figura del derecho romano o medieval, cuya razón de ser no existe en nuestros días o que, aun existiendo, el legislador no estimó oportuno apreciar, ni, por ende, regular".

⁷¹⁴ VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, t.II, 4 ed., Valladolid, 1936, pág.275; SENTIS MELENDO: "El sentido común y los interdictos", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1928, t.62, pág.710: "Existen dos artículos en los cuales se marca la diferencia entre la acción publiciana y los interdictos. Son el art.445, que comprende la primera, y el 446, que sirve de base a los segundos". También CASTAN TOBEÑAS, J. en las notas a SALEILLES, *La posesión de bienes muebles...*, *ob.cit.*, pág.345. Por su parte, BORRELL Y SOLER, *Derecho civil español*, *ob.cit.*, II, pág.44, considera que el art.445 presupone la acción publiciana al establecer un orden de preferencia entre varios que pretenden la posesión a una misma cosa. Esta afirmación haría suponer que relaciona todo el precepto a la acción, pero luego la vincula con el último inciso (postura que reproduce en la pág.46).

⁷¹⁵ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.549. Vid. también LACRUZ BERDEJO, *Derechos reales*, III,I, *ob.cit.*, pág.114 y ss. De modo especial, la monografía de DE LA CUESTA SAENZ, *La acción publiciana*, *ob.cit.*, aunque desde el primer momento se sirve de la acción para configurar la posesión civil como un derecho real intermedio entre propiedad y posesión (por ej.,

la adquisición firme de la propiedad y ha supuesto la necesidad de arbitrar otro mecanismo de adquisición sustitutivo⁷¹⁶. Al interponer la acción, el demandante se apoya en un título verdadero y válido (art.1.953 Cc.) y la fase probatoria se centra en la comparación de los títulos de las partes y las situaciones de los litigantes⁷¹⁷. Por contra, la ordenación de criterios del art.445 Cc., que hace primar la antigüedad de la posesión respecto al título y que no prevee el cotejo de títulos impide defender la similitud⁷¹⁸. Además, el art.445 atiende a una categoría mucho más general, la de la "posesión, como hecho", de ahí que en primer lugar se valore la posesión actual.

Recientemente BUSTOS PUECHE ha incidido en la relación entre el art.445 y la acción publiciana. La peculiaridad de su exposición radica en que, bajo la denominación de acción publiciana, presenta una acción que "protege la posesión, toda posesión, el derecho real de posesión"⁷¹⁹. Su tesis se resume en este párrafo:

"El art.445 del Cc. reconoce expresamente la acción protectora del derecho de posesión, no sólo porque con esta palabra alude a ella en su inciso final, sino especialmente porque da unas reglas de preferencia para resolver los conflictos entre poseedores que necesariamente han de referirse al derecho a poseer y son criterios legales de atribución de tal derecho, cuya titularidad, obviamente,

pág.391), teoría que recogerá DE LOS MOZOS, J.L.: "De nuevo, sobre la acción publiciana en el Derecho español", *RDP*, 1989, pág.732 (y en *El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición*, *ob.cit.*, pág.317).

⁷¹⁶ A lo largo de la historia, y a partir de los textos romanos, la acción publiciana se ha relacionado con las acciones petitorias. Como señalara CUJACIUS, *Opera omnia*, t.VII, Tít.II, De public., Lib.VI Dig., Mutinæ, 1779, fol.347, "Publicianam esse utilem vindicationem, quia datur ad exemplum directæ & civilis vindicationis (...) Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit, id est, Publiciana actio non avocatur nudam possessionem". Y concluía PUCHTA, v.«Besitz», en: *Kleine civilistische Schriften*, *ob.cit.*, pág.413, "Die Publiciana ist nichts als die Eigenthumsklage, welche durch Fiction auf die bonae fidei possessio übertragen ist". Esta tendencia, señala DE LOS MOZOS, *El derecho de propiedad...*, *ob.cit.*, pág.318, es una constante en los autores franceses, que lleva a prescindir de muchos rasgos que históricamente la caracterizaron (ésta parece la posición de FERNANDEZ OTERO, José R.: "La acción reivindicatoria", *Cuadernos de Derecho judicial*, IX, C.G.P.J., Madrid, 1994, pág.34, cuando considera la acción publiciana una especie de la reivindicatoria en que existe una imperfecta o incompleta justificación de la propiedad y donde se decide en base al mejor derecho posesorio).

⁷¹⁷ DE LA CUESTA SAEZ, *La acción publiciana...*, *ob.cit.*, pág.411.

⁷¹⁸ Esta es la crítica irrefutable de VALLET de GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.108. Vid. también GARCIA VALDECASAS, G.: "La acción publiciana en nuestro derecho vigente", *ADC*, 1948, pág.92.

⁷¹⁹ BUSTOS PUECHE, J.E.: "El objeto protegido en la acción publiciana", *RDP*, 1991, pág.382.

llevará consigo el señorío de hecho sobre la cosa, esto es, la solución de la llamada contienda sobre el hecho de la posesión. Y esa acción protectora del derecho de posesión es la acción publiciana⁷²⁰.

Creemos que esta construcción deforma la acción publiciana entendida como acción que tutela al poseedor de buena fe y justo título que no ha consumado el tiempo de usucapión. Desde esta conceptualización, se podrá defender su existencia en nuestro Ordenamiento -y creer que tutela un derecho subjetivo autónomo- o, por el contrario, negar su vigencia o considerarla superada. Pero lo que no resulta justificado es afirmar que existe dotándola de un contenido diferente⁷²¹. No cabe traspasar a la acción publiciana el contenido de la que podríamos denominar «acción posesoria declarativa», es decir, la acción que resuelve sobre la posesión por el procedimiento ordinario. Este procedimiento enlaza con el denominado plenario posesorio, cuyo contenido reconduce BUSTOS PUECHE a la publiciana⁷²². Como veremos, el art.445 Cc. sí guarda relación con el plenario posesorio, y esa vinculación permite deslindarlo de la acción publiciana⁷²³.

2.4. Las contiendas entre posesiones de menos de un año

SCAEVOLA considera que el art.445-2 Cc. recoge los conflictos entre posesiones de menos de un año de existencia⁷²⁴. La posesión como hecho sería la

⁷²⁰ BUSTOS, *ibidem*, pág.392. Y añade (pág.398): "el art.445 del Cc. ordena determinados criterios de atribución de la posesión que, sin embargo, no se cumplen con la doctrina de negar la publiciana".

⁷²¹ El propio BUSTOS, *ob.cit.*, pág.396, reconoce que, de los antecedentes, no puede colegirse que la acción publiciana tuviese el ámbito extenso que él defiende.

⁷²² BUSTOS, *ibidem*, pág.395: "En ese plenario posesorio antiguo se discutía precisamente el mejor derecho a poseer, una vez resuelta la cuestión del hecho de la posesión en el oportuno interdicto; es decir, se discutía el objeto propio de la acción publiciana". DE LA CUESTA también asimila ambas figuras (vid. entre otras, pág.341). En sentido contrario, GARCIA VALDECASAS, "La acción publiciana...", *ob.cit.*, págs.92-93.

⁷²³ Además, al afirmar que la decisión sobre la atribución del derecho lleva consigo la solución de la contienda sobre el hecho de la posesión presupone un concepto de la posesión incompatible con el nuestro.

⁷²⁴ SCAEVOLA, Q.M.: *Código civil*, t.VIII, Madrid, 1893, pág.347 (y se reproduce en la 5ª edición -1948-, a cargo de Pedro de Apalategui, pág.369). También apunta la conexión la REDACCION de la Revista de Derecho internacional: *Texto y comentarios al Código civil español con Exposición de Motivos...*, con un resumen crítico por el exc.Sr. D. Manuel Pedregal y Cañedo, t.I, Madrid, 1889, comentario al art.445.

posesión inferior a un año, ya que transcurrido ese tiempo se adquiere el derecho a la posesión. A su juicio, "el art.445 del Código patrio es un trasunto fidelísimo, en cuanto al concepto, del art.488 del Código lusitano"⁷²⁵.

Su tesis genera varias objeciones. En primer lugar, en el Código civil español no cabe distinguir entre posesiones de más y menos de un año de duración, porque con independencia de su duración, generan los mismos efectos⁷²⁶. SCAEVOLA cree que "el interdicto, tal como existe en nuestras leyes, no es una contienda sobre el hecho de la posesión"⁷²⁷, en tanto que el supuesto del art.445 Cc. "restringe su esfera a la contienda entre dos poseedores de hecho, es decir, entre dos poseedores por menos tiempo del año y día".

De hecho, para SCAEVOLA constituye "una anticipación del interdicto; es un summarissimum en el que solventan provisoriamente su contienda sobre el mejor derecho á la tenencia material y exclusiva de una cosa, dos poseedores cuya posesión no ha recibido aún la sanción de la ley por no haber traspasado el límite del año y día"⁷²⁸. Este criterio enlaza con la primera tesis que expusimos: la de resolución cautelar de la situación posesoria y adjudicación provisional pendiente juicio posesorio/petitorio, pero teniendo presente su particular concepto del juicio posesorio. No podemos aceptar esta hipótesis porque el interdicto sí resuelve sobre el hecho de la posesión. Sin embargo, debemos retener la mención a un juicio summarissimum, que resultará útil más tarde.

Tampoco la aparente similitud con el art.488 del Código civil portugués de 1 de julio de 1867 resulta clarificadora:

«Se o posse é de menos de um ano, ninguém pode ser mantido ou restituído judicialmente, senão contra aqueles que não tenham melhor

⁷²⁵ SCAEVOLA, *Código civil, ob.cit.*, págs.348 (1893) y 368 (1948).

⁷²⁶ Como señala MANRESA, *ob.cit.*, pág.194, "para admitir lo que se pretende sería preciso que después de un año de poseer no pudiera suscitarse cuestión alguna sobre la posesión y esto precisamente no es fácil demostrarlo". El estima que siempre que exista contienda sobre el hecho de la posesión, sea antes o después de transcurrir ese año, se debe aplicar el 445.2 Cc. porque "la generalidad de su expresión no consiente otra cosa".

⁷²⁷ SCAEVOLA, *ob.cit.*, pág.348. Aunque añade tenencia, que es una posesión de hecho.

⁷²⁸ *Ibidem*, pág.349.

posse.

§ único. E melhor á posse que se abona com título legítimo; na falta de título ou na presença de títulos iguaes, é melhor posse á mais antiga; se as posses fôrem iguais prefere a actual; se ambas as posses forem duvidosas sera a cousa posta em deposito, emquanto se não decidir á quem pertence.»⁷²⁹

El precepto luso no ordenaba los criterios del mismo modo que el art.445-2, lo que nos lleva a adoptar la observación de MANRESA: "con el Código portugués a la vista se ha escrito el nuestro, y al no repetir sus palabras, lo lógico es pensar que en este artículo, el legislador español no ha querido seguir la misma doctrina"⁷³⁰. En segundo, en Portugal la defensa posesoria se rige por unos principios diferentes a los del Ordenamiento español: las acciones de manutención y de restitución tutelan la posesión de más de un año⁷³¹, lo que ha llevado a arbitrar un procedimiento particular de adjudicación para proteger esa situación no estrictamente posesoria que deviene objeto de conflicto. Por último, al recurrir en primer lugar al título legítimo se desvirtúa la presunción de estar ante un juicio posesorio, frente al art.445 Cc., que contempla el título en último lugar, como criterio residual. Estamos, por tanto, ante supuestos diferentes que se ventilan por medios semejantes. Aún así, es posible que ambos preceptos obedezcan a una tradición jurídica común, como comprobaremos al estudiar la evolución de la tutela posesoria.

2.5. Como solución a determinados conflictos espaciales

Tras rechazar las restantes hipótesis y señalar que "si el art.445 ha de actuar lógica y útilmente, hay que reducirlo a una función modesta y de aplicación poco

⁷²⁹ El texto ha sido recogido en el art.1.278.2/3 del Código luso de 25 de noviembre de 1966: "2. Se a posse não tiver mais de um ano, o possuidor só pode ser mantenido ou restituído contra quem não tiver melhor posse.

3. É melhor posse a que for titulada; na falta de título, a mais antiga, e si tiverem igual antiguidade, a posse actual".

PIRES DE LIMA, F.A., ANTUNES VARELA, J.de M.: *Código civil anotado*, III, Coimbra, 1972, pág. 44, señalan que el nuevo Código no recogió la situación de duda que incorporaba el último inciso del anterior porque "ou se prova a posse, e o autor é mantido ou restituído, ou não se prova, e a acção deverá ser julgada improcedente". En realidad, este cambio desvirtúa aún más el posible paralelismo entre los preceptos de los dos Ordenamientos.

⁷³⁰ MANRESA, *ob.cit.*, pág.194.

⁷³¹ Como figura diferente, el art.1.279 Cc.portugués recoge el despojo violento que da derecho a la restitución provisional, sin que medie audiencia al despojante.

frecuente", VALLET de GOYTISOLO⁷³² circunscribe el precepto a aquellos conflictos espaciales de posesión que los interdictos, por sí solos, no pueden solucionar⁷³³.

En concreto, VALLET de GOYTISOLO formula dos conflictos. En primer lugar, cuando existen dos o más posesiones de más de un año de antigüedad que pretenden ser exclusivas. Un ejemplo sería el de dos pastores que se arrojan el uso exclusivo de unos pastos que frecuentan con sus ganados desde hace más de un año⁷³⁴. En segundo, la pugna entre dos posesiones que nacieron simultáneamente y en igual concepto. Aquí el ejemplo lo conformaría la doble tradición de una misma finca por parte del titular y de un representante, verificada simultáneamente a diferentes personas. En tales casos, concluye VALLET, no sólo es eficaz el art.445 sino que "si faltan pruebas eficaces en juicio petitorio, tal solución, además, resultará definitiva"⁷³⁵.

Las propuestas de VALLET de GOYTISOLO tampoco explican satisfactoriamente el art.445 Cc. Como presupuesto, él parece limitarse a los bienes inmuebles, cuando del art.445 no puede deducirse semejante acotación. Si nos ceñimos aquí al primer supuesto, se observa que recupera la figura de la posesión superior a un año que el Código civil no recoge como categoría autónoma. En cierta medida, su construcción es la antítesis de la de SCAEVOLA y cabe repetir la objeción de MANRESA: donde la ley no distingue, tampoco nosotros podemos distinguir⁷³⁶. De hecho, este supuesto se debe reconducir al interdicto de retener -en el que sí sería

⁷³² VALLET de GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.109.

⁷³³ CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*. t.II,I, 10ª ed., Madrid, 1971, págs.493-94, reproduce la tesis de Vallet, pero añade que en los supuestos que éste detalla habrá que poner en juego el 445, "sea en un juicio especial o bien dentro del propio interdicto" desvirtuando la tesis de aquél.

⁷³⁴ MANRESA, *ob.cit.*, pág.192, transcribe este supuesto, y lo completa con el de un contratista de maderas que empieza a cortar los pinos de una dehesa y estando practicando esta operación, se encuentra a otra persona que también está cortando y que se cree autorizada para ello. El, sin embargo, no exige duración posesoria.

⁷³⁵ VALLET DE GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.109.

⁷³⁶ Vid. *supra* Apdo 2.4. Como recuerda DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.553: "no se ve razón para entender que las posesiones en conflicto han de tener más de un año de antigüedad".

aplicable el art.445 Cc.-, como veremos más adelante.

2.6. Los supuestos de doble cesión de la posesión

VALLET de GOYTISOLO y PEÑA BERNALDO DE QUIROS proponen recurrir al art.445 Cc. cuando se produzca una doble cesión de la posesión. VALLET lo aplica -junto al supuesto del apartado anterior- a los conflictos entre dos posesiones nacidas simultáneamente y en igual concepto⁷³⁷ y lo concreta en una controversia entre dos personas que han obtenido la posesión al mismo tiempo; puesto que menciona a titular y representante, contempla como cedentes a dos sujetos legitimados para cederla. Sin embargo, para el art.445 son irrelevantes los caracteres de su adquisición posesoria pues se limita a examinar la situación posesoria, no su origen. Se acude al art.445 Cc. cuando los dos cesionarios constatan que su posesión se ve perturbada por los actos de otro sujeto, pero su aplicación no vendrá dada por la simultaneidad de la tradición. Además, ni siquiera se atiende al negocio traditorio si uno de los cesionarios no ha realizado ningún acto posesorio posterior que pueda acreditarlo como poseedor actual -primer criterio de la norma-; y si ambos demostrasen su posesión actual (uno recorre la finca cada fin de semana, el otro caza los jueves) para evaluar la posesión anterior no se acudiría necesariamente a la fecha de las tradiciones (que aquí no serviría para zanjar la cuestión), sino a cualquier acto adquisitivo (ex arts.438 y 444 Cc.). Por último, el recurso a un título probatorio sólo triunfa si una de las partes no puede mostrarlo. En todo caso, la particular posición de los cedentes es irrelevante para el art.445, de modo que el supuesto planteado pierde cualquier peculiaridad que pueda ser útil para situar la norma.

De modo más general, PEÑA BERNALDO DE QUIROS vincula el art.445 a los casos de "doble venta, doble arrendamiento, doble testamento etc..."⁷³⁸. Tampoco estos supuestos se adecúan a la norma, como se constata al estudiarlos de modo

⁷³⁷ VALLET DE GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.109.

⁷³⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales...*, *ob.cit.*, pág.92, nota 37. Y menciona además los supuestos de doble ocupación, dobles roturaciones arbitrarias, doble usucapión, así como los pleitos sobre linderos, en que se invocarán las situaciones de hecho dobles en cuanto a las franjas limítrofes...

independiente.

La doble venta se regula en el art.1.473 Cc.⁷³⁹ -que en puridad contempla la venta múltiple ("los diferentes compradores"). Algunos autores han insistido en la relación entre dicho artículo y el art.445, vinculándolo a dos cuestiones:

-si se ha de acudir al art. 445 Cc. cuando las dos tradiciones son reales,
y

-si el 445 Cc. da pie para defender la preeminencia de la tradición real frente a la *ficta*.

Se ha apuntado que el art.1.473 Cc. remite al art.445 para el supuesto en que se ha de decidir la preferencia de dos o más tradiciones reales. Paralelamente se niega su idoneidad para decidir la preferencia entre tradiciones de distinto signo⁷⁴⁰. Esta afirmación, que parece tener su origen en MANRESA merece ser revisada.

La cuestión se plantea en los siguientes términos: se vende dos veces un mismo objeto, si las tradiciones que siguieron a ambos contratos eran de diferente signo, es decir, en primer lugar una tradición *ficta* (que conllevaría la posesión/derecho) y en segundo una real (que supone la posesión/hecho), ¿cuál prevalece? Para dar prioridad a la segunda frente a la primera se acude al art.445 Cc., que se alega para dotar de significado las expresiones "tomado posesión" o "primero en la posesión" de los párrafos 1 y 3 del art.1.473 Cc.

Pero no vemos cómo conectar el art.445 con los mecanismos traditorios, ni tampoco que la expresión "tomado posesión" implique una posesión obtenida por tradición real. Aunque el art.1.473.1 Cc. parece resolver el conflicto atendiendo a la tangibilidad material (que enlazaría con ese hallarse "bajo el poder" del art.461 Cc.), esta opción no obliga a presumir que la posesión nació de una tradición real. No hay

⁷³⁹ Sobre el art. 1.473 Cc., AMOROS GUARDIOLA, M.: "La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe", *ADC*, 1972, pág.189 ss.; GARCIA CANTERO, Gabriel: "Comentario al art.1.473 Cc.", en: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, XIX, Edersa, Madrid, 1980; MOLINA GARCIA, Antonio: *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Ed.Montecorvo, Madrid, 1975 y RUBIO TORRANO, *La doble venta y la doble disposición, ob.cit.*.

⁷⁴⁰ PETIT SEGURA, M.A.: *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, pág.132. MOLINA GARCIA, *ob.cit.*, pág.217, recuerda como criterio reiterado de la Jurisprudencia "dar prioridad a la posesión de hecho, a la tradición real sobre la fingida".

razón para excluir del art.1.473 Cc. los modos adquisitivos del art.438 Cc⁷⁴¹.

El cotejo entre las dos tradiciones implica acudir directamente al segundo criterio del 445, porque se supone que de alguna manera los dos compradores son poseedores. Pero el art.1.473 Cc. no alude a la duración de la posesión, sino a quien la obtuvo en primer lugar. Cabría preguntarse qué sucedería si el que en primer lugar hubiese tomado posesión, luego se ausentase y pasara a detentar la posesión el primer comprador (el de título más antiguo). De atender al art.445 Cc., éste merecería la tutela -porque no valora mecanismos de entrega sino la situación resultante-, pero no parece una solución adecuada porque desde que el segundo tomó posesión, devino propietario.

En realidad ambos preceptos contemplan ámbitos diferentes: el art.445 es una norma estrictamente posesoria en que cada parte pide el reconocimiento de su posesión (hecho) exclusiva. El art.1.473 Cc. recoge la controversia -que excede el ámbito de la compraventa como figura contractual- entre dos o más sujetos que pretenden -en un juicio petitorio- la propiedad, resultado de un título y en todos los supuestos, de la concurrencia de varios modos de adquirir: la ley examina determinados elementos y atribuye a uno de los litigantes la propiedad definitiva. Para ello valora la buena fe -aunque sólo en relación con el segundo adquirente- porque es requisito imprescindible para reconocerlo como propietario⁷⁴². De constatarse que no obró de buena fe, es decir, que adquirió la posesión conociendo que otro sujeto había adquirido previamente el inmueble, no se reputará propietario. Por el contrario, en base al art.445 Cc. se tutelaría a este comprador de mala fe⁷⁴³, porque se contempla exclusivamente la

⁷⁴¹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.661.

⁷⁴² AMOROS GUARDIOLA, *ob.cit.*, pág.210.

⁷⁴³ SANTOS BRIZ, *Derecho civil*, *ob.cit.*, pág.50, señala que el criterio de preferencia del art.445 "es lógicamente coincidente con lo dispuesto en el art.1.473 para el supuesto concreto de la doble venta de una misma cosa a dos personas. Lo cual quiere decir, añadimos, que será necesario tener en cuenta en la interpretación del art.445 el requisito fundamental de la buena fe de los poseedores, aunque no se menciona expresamente, como en el art.1.473 Cc". Exigir buena fe en el procedimiento del art.445 en base al art.1.473 lo distorsiona, pues el concepto de buena fe en ambos preceptos no coincide. La buena fe del art.1.473 atiende exclusivamente a la ignorancia de la otra venta a otra persona; la buena fe posesoria se fundamenta en el art.433 Cc. (vid.PETIT SEGURA, *ob.cit.*, pág.126. LACRUZ,

posesión⁷⁴⁴, sin ocuparse de su origen y mucho menos de la adquisición de la propiedad.

Respecto al doble arrendamiento, el Código civil no contiene una norma que dirima los conflictos entre derechos personales de goce, como sí existe en el Código civil italiano (art.1.380⁷⁴⁵). No cabe pensar en una aplicación analógica del art.1.473 Cc., porque este precepto trata del efecto transmisivo y sólo es exportable a otros supuestos en que se produzca la transmisión de un derecho (aquellos supuestos en que la tradición concluya el *iter* transmisivo iniciado por uno de esos «ciertos contratos» del art.609 Cc.). Cabe dirimir el conflicto dando primacía a quien ostente la posesión, como otro efecto de los *beata possidendi*⁷⁴⁶, pero esta solución, que se limita a recordar uno de los principios que presiden la institución de la posesión, no se fundamenta específicamente en el art.445 Cc.

Por último, no imaginamos cómo resolver la coexistencia de dos testamentos en base al art.445 Cc. PEÑA BERNARDO DE QUIROS lo menciona tras los casos de doble venta o doble arrendamiento, lo que hace suponer que piensa en dos

Elementos..., *ob.cit.*, pág.258).

⁷⁴⁴ A adquiere un finca de Z el 1.enero.1980. Z vuelve a vender esa finca el 1.enero.1983 a B, quien conoce la venta anterior. B se instala en la finca. Enterado A seis meses después, le disputa el hecho de la posesión. Resultará vencido en el litigio. Sin embargo, A será considerado propietario en un procedimiento petitorio, al demostrar la mala fe de B.

⁷⁴⁵ Art.1.380: "Conflitto tra più diritti personali di godimento.-Se, con successivi contratti, una persona concede a diversi contraenti un diritto personale di godimento relativo alla stessa cosa, il godimento spetta al contraente che per primo lo ha conseguito.

Se nessuno dei contraenti ha conseguito il godimento, è preferito quello che ha il titolo di data certa anteriore."

⁷⁴⁶ GARCIA GOYENA, *ob.cit.*, Comentario al art.1477, pág.789, se cuestionaba qué ocurre "si una misma finca ha sido arrendada á dos separadamente, y entregada al segundo arrendatario, ¿cuál será el derecho ó acción del primero?". Considera que basta con acción contra el propietario para reclamar daños e intereses por su mala fe en la inejecución del contrato. Sólo en caso de arrendamiento sujeto a inscripción en el Registro, acude al art.982 (precedente del actual art.1.473 Cc.) para preferir al arrendatario que inscribió en primer lugar. Su tesis se apoya en POTHIER, *Traité du contrat de louage*, (*Oeuvres*, t.III), Paris, 1827, n.63 (pág.258), quien prefiere al que ha entrado en posesión y sólo en defecto de posesión, al de título más antiguo (valorando también la forma del contrato). Sobre la materia, MENZONI, L.: "Conflitto tra locatari possessori successivi", *Riv.Trim.Diritto e Procedura Civile*, 1948, págs.696-703 y SCARPELI, U.: "Il c.D. conflitto tra diritti personali di godimento e l'art.1380 del Codice civile", *Riv.Trim.Diritto e Procedura Civile*, 1951, pág.958 y ss.

testamentos de una misma persona, pero no parece viable alegar dos testamentos que apoyen posesiones contradictorias como mecanismo para dar preeminencia a una de ellas, dado el carácter revocatorio del testamento posterior y la imposibilidad de que coexistan dos testamentos contradictorios (art.739 Cc.). La otra posibilidad fuera entender que dos personas fundamentan su posesión en las destinaciones de dos causantes distintos, pero, con independencia de que ello supondría que uno de ellos ha dispuesto de cosa ajena, si atendemos exclusivamente al enunciado del art.445 Cc. ni siquiera se cotejarán los testamentos/ documentos, porque la norma sólo resuelve en el supuesto de una parte con título; si lo presentan las dos, se procede al depósito o guarda judicial.

2.7. El art.445 en relación con el art.448 Cc.

PEREZ y ALGUER relacionan el art.445 con el 448 Cc. Los anotadores del *Enneccerus* ven en la segunda parte del art.445 una ascendencia claramente germánica lo que conlleva, de interpretarlo con parámetros romanos, conclusiones incoherentes. A su juicio, "el artículo se limita a establecer un juego escalonado de presunciones de derecho, que viene a completar la fundamental disposición del art.448, que se anuda firmemente con la idea de la *Gewere*"⁷⁴⁷. Reconocen que su explicación "no salva los oscuros términos en que el art.445 prop.2 está redactado", pero ninguna otra hipótesis les parece estimable.

Ciertamente, la presunción, inherente a la *Gewere*, de la existencia del derecho que ella exterioriza, parece reflejarse en el art.448 Cc., pero no por ello la norma proporciona indicios que clarifiquen el art.445. El juego de presunciones de esta norma no es tal. En primer lugar, la posesión más antigua no se vincula con la *Gewere* ideal que reconocemos en el art.460.4 Cc⁷⁴⁸. Aquí no se está ante un poseedor desposeído

⁷⁴⁷ PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, pág.245. En contra de la opinión dominante - vid.GARCIA VALDECASAS, *La posesión*, *ob.cit.*, pág.59-, MIQUEL GONZALEZ, J.M.: "Presunción de propiedad y exhibición del título", en: *Libro Centenario del Código Civil*, Asociación de profesores de Derecho civil, Madrid, 1990, pág.1333, niega el origen germánico del art.448 y sitúa sus referencias en la *Ley Cogi possessorem* del Código justinianeo, completada por la escuela del Derecho natural en el ABGB.

⁷⁴⁸ Vid. GARCIA VALDECASAS, G.: "La posesión incorporal del desposeído y la posesión del año", *RDP*, 1946.

que alega el mantenimiento de su posesión incorporal sino ante dos posesiones que obligan a dirimir el conflicto mediante el segundo criterio. Tampoco el título del art.445 conecta con el justo título del art.448 Cc. Aquél -como veremos- equivale a documento, sin ulteriores indagaciones; éste es una referencia a la existencia de un supuesto de hecho que ha generado una posesión debida.

Sus respectivos ámbitos de eficacia tampoco son paralelos. El art.448 Cc. establece una presunción de coincidencia entre la posesión cierta y el *ius possidendi* correspondiente, presunción que se deduce a partir de la presunción explícita de un justo título⁷⁴⁹. Es decir, la posesión efectiva en concepto de un determinado derecho hace presumir la existencia de dicho derecho. Esa primera presunción lleva a presumir, en segundo lugar, la existencia de un título que lo originó. Por tanto, el art.448 Cc. presume un *ius possidendi* y de modo complementario un supuesto de hecho -eficaz- que lo ha generado⁷⁵⁰. Esta presunción beneficia al poseedor actual en el ejercicio de cualesquiera derechos y facultades del dominio, especialmente si es demandado en reivindicación⁷⁵¹.

El art.445 Cc. plantea una situación diferente, previa al empleo del art.448 Cc. Sólo cuando uno de los litigantes es reconocido como poseedor actual/único, se convierte en destinatario de los efectos y presunciones de la posesión: podrá accionar interdictos y se presumirá que es titular del derecho cuya posesión exterioriza (art.448). Pero el art.448 no sirve para dirimir el conflicto de posesiones, como tampoco cabe alegarlo cuando un poseedor anterior pretende la posesión del poseedor actual⁷⁵². Sólo

⁷⁴⁹ Se ha señalado que esta presunción alude únicamente al título documental, o, por el contrario, al negocio jurídico de transmisión del derecho poseído o al propio derecho poseído. Una exposición de las tres teorías, en MARTIN PEREZ, "Comentario a los arts.447 y 448", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, págs.323 y ss. Vid.también VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública", en: *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1973, pág.341.

⁷⁵⁰ BADOSA, v. «Justo título», *ob.cit.*, pág.665 y ss.

⁷⁵¹ LACRUZ, *Elementos...*, *ob.cit.*, pág.92. ALBALADEJO, *Derecho civil, III, I, ob.cit.*, 7ª Ed., (1991), pág.58, lo vincula a supuestos de retracto.

⁷⁵² LACRUZ, *Elementos...*, *III,I, ob.cit.*, pág.91, recuerda que se discute si puede utilizar la presunción un poseedor anterior que ya no tiene la cosa actualmente, con lo que se produciría un conflicto de presunciones (vid.asimismo pág.367 nota 13, al estudiar la acción reivindicatoria). ALBALADEJO, *Derecho civil, III,I, ob.cit.*, pág.59, señala que ese poseedor anterior que ha sido

será invocable tras la resolución del conflicto, unido a la condición de poseedor incontrovertido actual.

Todo ello obliga a suscribir la opinión de VALLET DE GOYTISOLO, quien consideraba inútil cualquier intento de relacionar ambos artículos⁷⁵³. No obstante, la conexión que establecen PEREZ y ALGUER acaso se justifique no ya por su búsqueda de rastros germánicos, sino en base a su explicación del art.448 Cc. Para ellos, el art.448 "pudiera interpretarse como mera exigencia de posesión actual en un determinado concepto para inferir de ella la existencia del justo título, o sea del derecho en que se posee"⁷⁵⁴, pero añaden que "no es menos cierto que el art.436 deriva la presunción de posesión actual en un determinado concepto de la adquisición en ese mismo concepto". Al relacionar ambos artículos, parece que amplían la posesión del art.448, de modo que, además de tutelar la posesión actual también protegería la posesión anterior⁷⁵⁵. Acaso la valoración de una posesión anterior enlazaría con el segundo criterio del art.445 pero ni siquiera esta vinculación clarifica el precepto.

2.8. El recurso a otros Ordenamientos jurídicos

2.8.1. Las referencias tradicionales: el § 372 ABGB.

Es opinión general que la segunda parte del art.445 Cc. carece de precedentes legislativos claros. No obstante, se ha relacionado con el Código civil portugués -que hemos visto al situar la propuesta de SCAEVOLA- con los arts.957 y 958 del Código civil mejicano⁷⁵⁶ y reiteradamente con el § 374 del ABGB.⁷⁵⁷ que especifica y

despojado y del que ya no puede predicarse la presunción del art.448, "tiene en su mano el sencillo remedio de recobrar la posesion mediante el interdicto, y cuando vuelva a tenerla (otra vez como dueño) vuelve a presumirse que realmente es dueño".

⁷⁵³ VALLET de GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.108.

⁷⁵⁴ PEREZ Y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, pág.131.

⁷⁵⁵ ALBALADEJO, *Derecho civil, III,1, ob.cit.*, pág.59, señala de esta tesis "es una posibilidad que apuntan, pero sin hacer una afirmación en tal sentido, sino sugiriendo sólo una opinión con toda clase de reservas".

⁷⁵⁶ SCAEVOLA, *ob.cit.*, pág.316 -también BONEL y SANCHEZ, L.: *Código civil español*, t.II, Barcelona, 1890-. Pero son meros artículos de propiedad. En realidad, el que más se aproxima es el art.803 Cc. mexicano, asimilable a la regulación portuguesa (aunque la ordenación no es exactamente la misma): "Todo poseedor debe ser mantenido o restituido en la posesión contra aquellos que no tengan

delimita el contenido del § 372. Este artículo, en sede de acciones de defensa de la propiedad, adjudica la propiedad al que presente mejor título y tenga buena fe⁷⁵⁸. En el supuesto de que actor y demandado presenten títulos de iguales características y tengan buena fe, el § 374 determina que será preferido el que ostente la posesión actual. RANDA, en su importante monografía sobre la posesión, identifica los preceptos con la acción publiciana, criterio que ha comparte la doctrina posterior⁷⁵⁹.

Ya hemos descartado vincular la acción publiciana al art.445 Cc. Pero, sin reincidir en el estudio de la acción, basta cotejar las normas de los respectivos Ordenamientos para observar que el paralelismo es mínimo. En primer lugar, el ABGB. no recoge el criterio de mayor antigüedad en la posesión. En segundo, la evaluación de los títulos es distinta: no sólo constituyen el primer elemento de prueba, sino que sólo tras examinarlos y determinar que ninguno es superior al otro, se atiende a la posesión actual. Por tanto, la ordenación es inversa a la que propone el art.445 Cc. Por último, el § 374 está situado en sede de defensa de la propiedad. La parcialidad

mejor derecho para poseer.

Es mejor la posesión que se funda en título y cuando se trata de inmuebles la que está inscrita. A falta de título o siendo iguales los títulos, la más antigua.

Si las posesiones fueren dudosas, se pondrá en depósito la cosa hasta que se descubra a quien pertenece la posesión."

⁷⁵⁷ § 374: "[Gleich starker Titel] Haben der geklagte und der Kläger einen gleichen Titel ihres echten Besitzes, so gebührt dem Geklagten kraft des Besitzes der Vorzug".

Desde el artículo monográfico de VALLET de GOYTISOLO, "La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble", *ob.cit.*, pág.105, se alude a los §§ 472 y 474 ABGB. (por todos, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.551 y MARTIN PEREZ, "Comentario al art.445", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.292) que regulan las servidumbres. Creemos que en realidad VALLET se refería a los §§ 372 y ss., cuyo contenido se ajusta a nuestro estudio.

⁷⁵⁸ § 372: "[Rechtsgrund; Erwerbungsart] Wenn der Kläger mit dem Beweise des erworbenen Eigentumes einer ihm vorenthaltenen Sache zwar nicht ausreicht, aber den gültigen Titel, und die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist, dargetan hat; so wird er doch in Rücksicht eines jeden Besitzers, der keinen, oder nur einen schwächern Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den wahren Eigentümer gehalten".

La situación del precepto en el apdo.b: Eigentumsklage aus dem rechtlich vermuteten Eigentume des klägers y como respuesta a la pregunta *Gegen welcher Besitzer diese Vermutung eintrete?*, desvela los rasgos de la tutela austríaca.

⁷⁵⁹ RANDA, *Der Besitz...*, *ob.cit.*, págs.49, 60 y 69. Recientemente KOZIOL, H.-WELSER, R.: *Grundriß des bürgerlichen Rechts*, vol.II, Viena, 1991, págs.37-39, que sitúan el precepto bajo el epígrafe "La acción publiciana". Vid. en nuestro país, DE LA CUESTA SAENZ, *La acción publiciana*, *ob.cit.*, págs.282-284 y DE LOS MOZOS, "De nuevo, sobre la acción publiciana...", *ob.cit.*, pág.737.

de las concomitancias demuestra que ambos preceptos pertenecen a ámbitos diferentes⁷⁶⁰.

2.8.2. La regulación del Código civil argentino

Curiosamente, los juristas se remiten al derecho austríaco, al mejicano o al portugués, pero no mencionan la regulación del Código civil argentino (en vigor desde el 1 de enero de 1871) que fue una de las referencias de los redactores del Código civil español. Acaso esa omisión se deba a su configuración de la tutela posesoria, que se centraba exclusivamente en los bienes inmuebles (art.2.487) y exigía una posesión no viciosa superior a un año (art.2.473), aunque también contemplaba la protección de la posesión de duración inferior cuando fuese inquietada por un sujeto que tampoco fuera poseedor anual (art.2.477)⁷⁶¹. No obstante, el Código civil argentino contiene dos preceptos de notable parecido con el art.445: los arts.2.471 y 2.472.

El art.2.471 Cc. prescribe que "Siendo dudoso el último estado de la posesión entre el que se dice poseedor y el que pretende despojarlo o turbarlo en la posesión, se juzga que la tiene el que probar una posesión más antigua. Si no constase cuál fuera más antigua, júzgase que poseía el que tuviese derecho de poseer, o mejor derecho de poseer". La expresión "derecho de poseer" supone una ampliación del objeto del litigio que desborda las coordenadas posesorias y así lo hace notar el art.2.472 Cc.: "Fuera del caso del artículo anterior, la posesión nada tiene de común con el derecho de poseer, y será inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer por parte del demandante o demandado". Esta disposición plasma la proscripción de acumular posesorio y petitorio (*Nihil commune habet proprietatis cum possessione*), pero

⁷⁶⁰ Como recalca VALLET de GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.105, la norma austríaca, perfectamente lógica dentro de su ordenamiento jurídico, es un residuo de la acción publiciana, consecuencia del efecto presuntivo de la *Gewere* ideal. Su función es otorgar "una verdadera reivindicatio utilis al poseedor de buena fe y justo título". Ergo es inútil para descifrar el art.445 Cc.

⁷⁶¹ LAFAILLE, H.: *Curso de Derecho civil (Derechos reales)*, 3a. ed., t.I, Buenos Aires, 1929, pág.216. El además establece (pág.224) que se debe distinguir entre las acciones posesorias que regula el Código civil y los interdictos que recoge la ley procesal: se trata, a su juicio, de mecanismos diferentes.

constatando que esa delimitación se diluye en el supuesto previamente expuesto⁷⁶².

Con el fin de solventar esa incursión en el ámbito petitorio, el proyecto de Código civil argentino de 1936 proponía -en el art.1.432⁷⁶³- una nueva redacción del art.2.471 vigente, la cual se completaba con la siguiente declaración (art.1433): "La posesión nada tiene en común con el derecho de poseer, y será inútil la prueba de éste en las acciones posesorias. Sin embargo, el juez podrá examinar los títulos presentados para apreciar la naturaleza, extensión y eficacia de la posesión". La cuestión siempre gira en torno al mismo conflicto: determinar a quién corresponde la posesión *animus domini* en caso de concurrir varios ejecutores de actos posesorios⁷⁶⁴. El supuesto presenta notables concomitancias con el art.445 Cc.

2.9 Las propuestas de MANRESA

MANRESA descarta las hipótesis anteriores y propone -singularmente- varios supuestos en que considera aplicable el art.445 Cc.⁷⁶⁵:

En primer lugar, en sede de juicios de faltas, en los que frecuentemente el demandado alega estar en posesión de la cosa. En ese caso surge una cuestión prejudicial que deberá resolver en el plazo de dos meses el propio tribunal penal o uno civil designado por el anterior. Señala los arts.2-7 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁷⁶² El art.1.942 del C.c. Paraguay tiene una redacción similar: "Habiendo dudas sobre quién era el último poseedor, entre el que se dice poseedor y el que pretende despojarlo o turbarlo en ella, se juzgará que la tiene el que probare una posesión más antigua. No siendo posible determinarla, ni quién tiene la posesión actual o cuál de las dos es la más caracterizada, el juez ordenará que las partes ventilen su derecho en el petitorio" (en los artículos siguientes regula los interdictos).

⁷⁶³ El art.1.432 señalaba: "Siendo dudoso el último estado de la posesión, entre el que se dice poseedor y el que pretende despojarlo, o turbarlo en ella, se juzgará que la tiene quien probare una más antigua.

Cuando no fuese posible determinar así, quien tiene la posesión actual, o cual de las dos es la más caracterizada, ordenará el juez que las partes ventilen su derecho en el petitorio, y dispondrá el secuestro de la cosa a las resultas de ese juicio".

⁷⁶⁴ SALVAT, *Tratado de Derecho civil argentino, ob.cit.*, pág.415, quien hace un *excursus* a las explicaciones francesas sobre la posesión equívoca como posesión no apta para la usucapión.

⁷⁶⁵ MANRESA, *Comentarios al Código civil español, ob.cit.*, (1895), pág.191 y ss. Una crítica detallada de todos los supuestos que plantea, en SCAEVOLA, *Código civil...*, puesto al día por Pedro de Apalategui, t.VIII, 5ª ed., Madrid, 1948, pág.369 y ss.

Cabe reproducir las objeciones formuladas en el primer apartado.

En segundo, en el supuesto de bienes que nadie posea materialmente -al menos en concepto de dueño o de usufructuario-, será posible promover una contienda sobre el hecho de la posesión, como procedimiento más breve que el juicio declarativo. MANRESA insinúa que podría utilizarse en un interdicto de adquirir, pero no creemos que tenga cabida en dicha figura tal y como la regula la LEC. (arts.1.633-1.650). El interdicto de adquirir es un mecanismo para convertir la posesión civilísima del heredero sobre los bienes que recibe (art.440 Cc.) en la posesión mediata o inmediata que tenía el causante. Requiere que el demandante funde su pretensión en su título hereditario, y es imprescindible que los bienes no estén poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario. No vemos cómo puede enlazar con el art.445 Cc. que contempla el supuesto de diferentes personas que se consideran poseedores y ya ejercitan su posesión de un modo cognoscible. Aquí, por el contrario, se insiste en esa posesión material que el heredero pide al instar el interdicto y de la que, por tanto, carece⁷⁶⁶.

Un tercer supuesto enlaza con los expedientes posesorios inscritos en el Registro de la Propiedad, cuando esa inscripción era posible. MANRESA lo ilustra con el siguiente caso: "A posee una finca que B le reclama particularmente, presentándole un expediente posesorio (...) No aviniéndose A a devolverle la finca, fundado B en su título, pide la posesión judicial. Enterado A, se presenta oponiéndose, con lo cual se hace contencioso el expediente, y si la oposición versa sólo sobre el hecho, tendremos un caso de aplicación del art.445 Cc, regla primera". Pero el art.445 no se ajusta a una controversia en que una de las partes funda su pretensión exclusivamente en un título. A efectos posesorios, quien ve tutelada su posesión es el poseedor actual: basta recordar los límites de los interdictos y no desmembrar los criterios del art.445 Cc.

Por último, MANRESA cita el ejemplo de dos poseedores actuales en un caso posible, aunque raro. Al volver A a su casa, se encuentra con B que ha ido a visitarle y pretende corresponderle la posesión; negándose los dos a abandonar la vivienda,

⁷⁶⁶ Acaso MANRESA pretendía referirse al art.2.056 y ss. LEC., aunque, a pesar de que se relacionaron con el art.445 a raíz de la Reforma de la LH. de 1937 (vid.Apdo 3), no creemos que sirvan para aclarar, sin otros soportes, el art.445 Cc.

tendremos dos posesiones actuales, que al no mediar proindivisión, se excluyen mutuamente. Al surgir el conflicto, la ley prefiere a A como poseedor más antiguo"⁷⁶⁷. Este supuesto, aunque exagerado, es el más próximo a nuestra tesis. Sabemos que, inicialmente, el visitante no alcanza la condición de poseedor: como se apunta al comentar el art.444 Cc., entre los actos meramente tolerados -que no afectan a la posesión- ocupan un lugar preeminente los realizados *iure familiaritatis*. No obstante, si el visitante se arrogara la posesión negando la posesión de A, tendría lugar o bien un despojo reconducible al interdicto de recobrar, o bien, pues que el lesionado mantiene la posesión y la estima inquietada, un interdicto de retener. En este segundo procedimiento sí puede tener cabida el art.445, pero, retomando el ejemplo tal y como MANRESA lo presenta, el precepto no apoya ninguna solución específica. De hecho, ni siquiera es preciso acudir al Código civil, basta con el art.1.652.2 LEC⁷⁶⁸.

2.10. Las especulaciones jurisprudenciales

La Jurisprudencia tampoco ha contribuido a descifrar el art.445 Cc. El precepto se cita raramente y por lo general para vincularlo a la interdicción de dos posesiones excluyentes, sin aludir a los criterios de la segunda parte⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ MANRESA, *ob.cit.*, pág.193.

⁷⁶⁸ MANRESA presentaba un último supuesto referido a la oposición hecha por un tercer interesado en el curso de una información posesoria, contrayéndose exclusivamente al hecho de poseer en nombre propio, y la oposición en cuanto al derecho. Señala que "en el primer caso, la cuestión ha de resolverse con el expediente; en el segundo, debe ventilarse en el juicio declarativo correspondiente. Si la contienda versa sobre el hecho, tendremos aquí otro caso de aplicación del art.445".

⁷⁶⁹ STSS. 6.junio.1902, 7.julio.1906, 28.junio.1916, 13.noviembre.1916, 2.enero.1922, 12.mayo.1925; 28.marzo.1928 (relacionada con el art.41 LH tras la Reforma de la Ley Hipotecaria de 1927, que veremos en el apdo.3 (2 parte)); STS. 11.enero.1932, que determina que desde el momento en que uno de los sujetos es considerado dueño y los otros meros precaristas, no existe una violación de la prohibición del art.445 Cc.; STS. 30.enero.1932; 23.marzo.1936. Acaso la más interesante sea la STS. 28.junio.1916, que recurre el fallo de una acción reivindicatoria. La Sala estima que el art.445 contiene una acción posesoria en que la ley declara a favor de la posesión más antigua y preferente, pero recalca que "tal acción no se da contra el que, amparado en el dominio, invoca el art.348 Cc.". En su comentario, BONEL y SANCHEZ, *Código civil español, ob.cit.*, mencionaba las STSS. de 12.diciembre.1859; 5.octubre.1863; 24.febrero.1865; 20.febrero.1866; 26.mayo.1866; 26.octubre.1867, en relación al entendimiento del art.445, pero carecen de utilidad para interpretarlo.

Dado que contra la resolución judicial en el interdicto de retener sólo cabe recurso de casación por quebrantamiento de forma, y queda excluido el quebrantamiento de norma o doctrina legal, carecemos de Jurisprudencia que analice el art.445 en litigios interdictales. No obstante, las Sentencias de algunas Audiencias Provinciales se limitan a declaraciones de este tipo: "la situación de coposesión indivisa, como manifestación pluripersonal del hecho posesorio, es perfectamente concebible en la realidad y se

Aún así, varias Sentencias proporcionan indicios de las conjeturas judiciales. La STS. 17.mayo.1948, en un juicio de desahucio, señala que el art.445 carece de aplicación al caso que contempla "en que el conflicto no se ha producido entre dos posesiones civiles, la fecha de cuyas posesiones sería de tener en cuenta para decidir sobre su pertenencia, conforme a dicho texto, sino entre la actora que ostenta un título posesorio, como es la diligencia de posesión de la finca que le fue dada por el Juzgado y el demandado que detenta dicha finca, pues si bien es cierto que éste alega como título de posesión el documento que se transcribe (...) no engendra a favor del demandado ningún estado posesorio sobre la finca en cuestión"⁷⁷⁰. Este fallo acota el precepto a la posesión civil, que vincula preceptivamente a un título. Por otro lado, al tratarse de un juicio de desahucio, no se produce el punto de partida del art.445 Cc.: no existe una identidad de conceptos posesorios entre los litigantes⁷⁷¹.

halla admitida en el Código Civil -art.445-" (Al respecto, GARCIA DE MARINA, *Interdictos, ob.cit.*, págs.208-211, vid. también RUBIO TORRANO, "comentario al art.445", *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit.*, quien da una relación de sentencias meramente enunciativas del aforismo). Por último, la STConst.135/ 1986, de 31 de octubre, cita expresamente el precepto para ubicar la coposesión que se deriva de la vivienda conyugal, y que no difiere de la explicada en la primera parte de este trabajo (vid.ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar...*, *ob.cit.*, pág.102).

BROCA, G.M. (1850-1918): *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia*, vol.II, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1987, pág.5, recurre a la STS.29.mayo.1906 para afirmar que el art.445 Cc. es aplicable en Cataluña -más allá de este dato, tampoco esta decisión judicial contribuye a clarificar la norma-).

⁷⁷⁰ Se trataba de un documento en que el anterior propietario de la finca declara tener en su poder la cantidad de 27.000 ptas. del demandado a cuenta de la casa sobre la que el pleito versa, y la que se compromete a vender o a devolverle dicha cantidad.

⁷⁷¹ Las STSS. de 16.agosto.1900; 23.mayo.1911; 3.julio.1913; 7.diciembre.1917, en casos de desahucio, niegan al arrendatario la posibilidad de ampararse en el art.445 Cc. En juicios de desahucio, acaso la más interesante sea La STS. 12.mayo.1949. Aquí, el demandado invoca el art.445 y alega ser poseedor actual y más antiguo, argumentos que decaen frente a la parte actora, que esgrime en ejercicio de su derecho un título de dominio sobre las fincas objeto de este pleito "fundado en sucesión testamentaria indiscutida y garantizado "con la correspondiente inscripción en el Registro de la propiedad que confiere a aquélla, por presunción del art.38 de la LH. vigente, la posesión real de los aludidos inmuebles". Aunque el juez considera cierta la alegación del recurrente de que la presunción de posesión real del art.38 LH. vigente es una "presunción iuris tantum que puede destruirse con prueba en contrario", ello no se produce porque "la posesión de hecho que el demandado aduce no se halla respaldada por título alguno dominical ni contractual (...) tampoco se está, según quiere el recurrente, en el caso de la doble posesión a que alude el art.445 CC.". A su juicio, la posesión del demandante inicial era más antigua, como deduce de unificar (vía *successio possessionis*) varios *iura possidendi*. Encontramos, por tanto, una alusión al 445 que lo oscurece, pues el recurrente lo opone al titular de un *iura possidendi* que no ha realizado actos sobre la cosa y que, a efectos del precepto, no sería poseedor.

La STS 17.febrero.1965 contempla el art.445 en un litigio sobre aguas. El conflicto tenía su origen en la pretensión del Sindicato de Aguas de Dolores -Alicante- a las aguas sobrantes de varias huertas (concedidas por Real Cédula de 13.septiembre.1744 a las pías fundaciones establecidas por el cardenal Belluga, de quien el Sindicato era sucesor) y perseguía que se reconociese la pertenencia y posesión al Sindicato, así como el cese del uso por los sujetos demandados. El recurrente formalizó el recurso de casación, entre varios motivos, por infracción de ley derivada de la no aplicación del art.445 Cc.⁷⁷², de ahí que el juez determinase que "el invocado precepto legal se refiere a la posesión como hecho, no por negar la posibilidad de su existencia en dos personalidades distintas, sino para resolver, mediante las normas que establece el conflicto originado por esta doble posesion"⁷⁷³.

La STS de 4.febrero.1967 falla sobre una acción declarativa de dominio y recurre al art.445 para dar primacía a la posesión más antigua, que averigua en base a las inscripciones registrales⁷⁷⁴. La aportación más interesante -aunque errónea- del fallo es que relaciona el art.445 con el art.1.473 Cc., pues cree que el preferir al poseedor más antiguo es "un criterio lógicamente coincidente con lo dispuesto en el art.1473 del mismo Cuerpo Legal para el supuesto de la doble venta".

La STS. de 28.marzo.1980 considera que la máxima «prior in tempore potior

⁷⁷² "Reconocido por los demandados que el Sindicato recurrente posee el agua para el riego de las fincas de sus sindicatos, si bien sentado que ello no obstante, por su parte, asimismo ellos vienen ostentando la posesión de las aguas, por su aprovechamiento, la contienda quedaba reducida a examinar el hecho de la posesión, lo que llevaba a la aplicación del artículo 445 del Código civil, que la sentencia recurrida ha infringido por no hacerlo. La norma, caso de ser aplicada, habría consagrado la preferencia, como poseedor más antiguo, del Sindicato recurrente, en su concepto de continuador de la concesión obtenida por el Cardenal Belluga".

⁷⁷³ Y determinó que trataba de "cuestión ajena a la aquí planteada, que afecta al derecho sobre el aprovechamiento de las aguas, que la sentencia estima a favor de los demandados, por título de prescripción, aparte de ser compatibles los disfrutes esgrimidos por ambos litigantes...". Es decir, mezcla cuestiones de posesión y de titularidad.

⁷⁷⁴ El demandante solicitaba que se declarase que era el propietario de la finca descrita en la demanda por haberla adquirido de su legítimo dueño y que se condenase a los demandados a entregarle la posesión. Estos alegaban ser los legítimos dueños y haberla poseído quieta y pacíficamente desde el año 1894. La STS. señala que se alegan "una primera inscripción efectuada en el año 1894 mientras que la más antigua que aduce el recurrente trae causa del expediente de información posesoria que tuvo lugar en 1927".

est iure»" -que sintetiza lo que denomina el "principio de derecho común de prioridad"- se plasma en materia posesoria en el art.445 Cc⁷⁷⁵.

Sí resulta clarificadora la STS. 27 enero 1984, en un pleito de reivindicación de montes comunes en Galicia⁷⁷⁶. Ante dos posesiones simultáneas, el art.445 impone preferir la que acreditaba una mayor antigüedad, que se fundaba en un título⁷⁷⁷. De hecho, aunque el art.445 Cc. parece ajustarse al objeto del litigio y, por tanto, su alusión no distorsiona la resolución final, dado que se trata de una acción petitoria bastaba con analizar el título en que se fundamentaba la pretensión -se ventila en términos de *ius possidendi*, no de *ius possessionis*-. La Sentencia utiliza los criterios del art.445 Cc. sin un orden jerárquico, equiparándolos.

⁷⁷⁵ Coteja una inmatriculación de dominio, datada en 1885, y un expediente posesorio de 1889, y da prioridad a los titulares de la primera "...con arreglo estrictamente a los principios del Derecho común, especialmente el de prioridad, consagrado desde antiguo en la máxima «prior in tempore, potior est iure», fundamental, cual tiene declarado esta Sala en sentencia de 4 de febrero de 1977, en toda la materia de derechos reales, pues ni se crea ni se desenvuelve con exclusividad en la Ley Hipotecaria, a causa que el artículo 17 de la misma no contiene otra cosa que su consecuencia a los puros efectos de la mecánica registral, y en virtud de cuyo principio de prioridad jurídico-real temporal es preciso tener en cuenta que en materia de posesión, como hecho, según previene el artículo 445 del Código civil, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión, de tal manera que si surgiere contienda sobre la posesión será preferido el poseedor actual y si resultaren dos poseedores el más antiguo".

⁷⁷⁶ MIQUEL GONZALEZ, J.M., comenta esta STS. en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.4, págs.1269-1278. El litigio era el siguiente: En nombre de una comunidad, el recurrente reclamaba la propiedad sobre el monte Ageitos remontándose a la concesión de un foro en 1678, que fue consolidado en 1894 por el bisabuelo del actor y recurrente. Además, en 1922, diez personas -descendientes de los primeros llevadores- afirmaron en escritura pública ser los dueños proindiviso del monte. En 1962 el Ayuntamiento de Riveira incluyó el monte en el inventario del patrimonio municipal como bien de propios, si bien en sesión extraordinaria de 23.enero.1963 rebajó la superficie y calificó el título como perteneciente al común de vecinos del municipio, "que desde siempre efectuaron aprovechamientos de pastoreo y esquilmo". Los comuneros pretendían la exclusión del monte del catálogo y el reconocimiento de su propiedad, alegando una posesión pública, pacífica e ininterrumpida, tanto de los primitivos propietarios como de sus sucesores. El Tribunal Supremo estimó el recurso y falló en favor del recurrente.

⁷⁷⁷ La sentencia señala: "se determina la simultaneidad de posesión de ambos litigantes, la comunidad actora y los vecinos que aprovechaban el monte discutido; hecho que no implica el reconocimiento de posesión en dos personalidades distintas, consecuencia que prohíbe el artículo 445 del Código civil cuando, como en este supuesto, no hay indivisión entre los litigantes, y que conduce a la vista de los hechos acreditados a dar preferencia conforme al indicado precepto sustantivo a la posesión de la comunidad por ser más antigua y por haber presentado título anterior acreditativo de su derecho a poseer como derivado del dominio consolidado al ser redimido el foro que gravaba el inmueble en 1894".

En último lugar, la STS. 11.mayo.1977, en materia de marcas, se apoyó en el art.445 Cc⁷⁷⁸. Basta describir los hechos para comprobar que el recurso al artículo está fuera de lugar.

La Sentencia recoge el conflicto entre dos empresas a causa de la similitud de sus denominaciones (Gardy/ Crady) que podían producir en el consumo «perplejidad y confusión». Sin embargo, las dos habían sido admitidas en el Registro de la Propiedad Industrial, que en su momento había estimado la existencia de «la necesaria diferenciación denominativa»⁷⁷⁹. El fallo señala que "dada la incompatibilidad de ambas inscripciones, es obligado estimar la propiedad a favor de la inscripción más antigua (...) porque, de estimarse la coexistencia de las dos marcas, cuando ha sido ejercitada la impugnación antes de que prescriba la acción personal que la ampara, se producirá como efecto admitir la simultánea posesión del mismo objeto por dos personas distintas y con interés contrapuesto fuera del condominio y se frustraría la finalidad perseguida por la ley de asegurar el disfrute privativo de la marca inscrita por veinte años...". De hecho, esta sentencia habla de posesión simultánea pero no recoge directamente el art.445 Cc, aunque remite a otras sentencias que sí lo alegan, como la STS. 6.abril.1945, considerada clásica en la materia y las SSTs. de 19.febrero.1970 y 23.noviembre.1975⁷⁸⁰.

El art.445 Cc. no resulta aplicable a estos supuestos. Como presupuesto, ni siquiera se trata de un objeto único sobre el que dos pretenden la exclusividad, sino de dos denominaciones cuya similitud hace conveniente que una de ellas quede excluida del tráfico. En segundo -y principal- no creemos admisible la posesión de bienes inmateriales.

⁷⁷⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derechos reales...*, *ob.cit.*, pág.92, nota 37, cita expresamente el caso y afirma que "de admitirse la posesión sobre bienes inmateriales, el precepto sería invocable con mucha frecuencia".

⁷⁷⁹ El nombre "Gardy" estaba protegido en España como marca internacional desde 1.septiembre.1921 y la demandada "Crady" había sido admitida en el Registro de la Propiedad el 27.septiembre.1967.

⁷⁸⁰ Probablemente, el origen de la inclusión del art.445 sea esa STS. de 6.abril.1945, que en un conflicto entre las marcas de dos licores de nombres semejantes ("Coñac Vencedor" y "Brandy Vencedor"), recuerda que "todas las prescripciones legales en materia similar sancionan el mejor derecho del poseedor más antiguo (artículo 445 del Cc., por ejemplo, y legislación hipotecaria), es obligado estimar la prioridad de la inscripción más antigua".

2.11. Los turnos de aguas

En último término, se debe atender el único texto monográfico dedicado al art.445 Cc. En 1924, el juez REINO CAMAÑO publica "Sobre aplicación del artículo 445 del Código civil"⁷⁸¹ y presenta un caso que juzga merecedor de publicidad, "para avivar el estudio de los iniciados en los temas mal desenvueltos del artículo 445 del Código civil". Se refiere a esa forma colectiva de aprovechamiento de aguas "que en el campo llaman de *torna a torna*"⁷⁸² y por la que los diferentes propietarios que utilizan las aguas de un mismo manantial, lo hacen de modo indistinto, sin designación de día y hora concreta. Este sistema, que existe desde tiempo inmemorial, a menudo se transforma y se procede a distribuir el aprovechamiento, fijando horarios y espacios, a la vez que se ha acudido a los Tribunales para instar procedimiento de partición en base a que el disfrute colectivo implica una comunidad y nadie puede ser obligado a permanecer en estado de indivisión. Tras estas precisiones, REINO CAMAÑO se centra en el art.445 Cc.:

"Y ved cómo salió de lo desconocido, llamado por el azar, este artículo. Un sujeto que tenía un aprovechamiento colectivo, de los de torna a torna, se vió un día privado de él, porque uno de los copartícipes construyó sobre el cauce una paredilla, para elevar su finca, que terratembló por aquel linde, haciendo así imposible el paso de las

⁷⁸¹ Publicado en la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 1924, t.144, págs.474-478.

⁷⁸² REINO CAMAÑO, *ob.cit.*, pág.474. Este tipo de comunidad estuvo regulado en el art.90 de la Ley 147/1963, de 2 de diciembre, de la Compilación de Derecho civil de Galicia, modificada e integrada por la Ley 7/1987, de 10 de noviembre del Parlamento de Galicia sobre la Compilación del Derecho civil de Galicia -que eliminó el segundo párrafo-, y es contemplado en el art.16 de la actual Ley de 24 de mayo de 1995, n.4/1995 (DOG. 6 junio, n.107). Ambos preceptos ayudan a situar la institución: Art.90: "El partícipe en un aprovechamiento de aguas de los conocidos en el país con el nombre de "torna a torna" o "aguas de pillota" puede solicitar, en cualquier tiempo, la partición o "partija" de las aguas.

[[El ejercicio de ese derecho se acomodará, e cuanto sea posible, a las normas establecidas en la LEC para el apeo de los foros]]

La partición se hará por medida, o, en otro caso, por horas, días o semanas, según convengan los interesados o determinen los Tribunales. Los usuarios no podrán dar al agua uso distinto de aquel para el que fue prorrateada.

La resolución que recaiga no podrá perjudicar a quienes no hubieran sido parte en el expediente".

Art.16 -vigente-: "Las aguas de torna a torna o pilla pilota se aprovecharán según el uso y, a petición de alguno de los usuarios o partícipes, se partirán por horas, días o semanas, en proporción a la extensión que viniese regándose.

2. Los aprovechamientos existentes se presumen inmemoriales y por acta notarial de presencia podrán ser inscritos en el Registro de la Propiedad".

(Como referencia doctrinal, ALBALADEJO, *Derecho civil, ob.cit.*, III,I, pág.441).

aguas. Se le ocurrió, claro es, intentar el interdicto de recobrar, alegando que desde más de veinte años venía regando su finca con el agua que procedía de manantiales existentes en finca superior, conduciéndola, sin sujeción a turno, para su finca por un cauce antiquísimo que rodeaba la finca aldeaña: y que, destruido en parte éste por las obras realizadas por el demandado, se le privaba del aprovechamiento. Sostuvo el demandado que su finca era superior, que el demandante utilizaba solamente las aguas sobrantes, y que, en esta circunstancia no era procedente el interdicto (...) así estaba el asunto cuando lo termina de un estupendo golletazo el art.445 del Código civil".

Pero REINO CAAMAÑO no cree que el supuesto que plantea sea resoluble mediante el art.445 Cc., pues la función de éste es descartar a uno de los sujetos que se atribuyen la posesión y en el conflicto de las aguas no se permite eliminar a nadie, sino "imponer la reparación del orden jurídico perturbado por el respeto para todos los que la posesión tienen. Y es el mismo art.445 quien dice que no es de aplicación a los casos de indivisión". Por ello aboga por excluir el art.445 Cc. de los supuestos de este tipo⁷⁸³.

En efecto, el art.445 no guarda relación con los hechos descritos. El supuesto que se plantea debe reconducirse al art.394 *in fine* Cc.; además, el art.445 Cc. no es una norma surgida arbitrariamente para un caso concreto, sino que tiene su origen y justificación en un procedimiento regular.

3. La inclusión del art.445 Cc. en el art.41 de la Ley Hipotecaria tras la Reforma de 13 de junio de 1927

Frente a las especulaciones doctrinales vistas, el art.445 Cc. alcanzó una función práctica al ser mencionado en la Ley Hipotecaria tras la reforma de 1927. En concreto, el Real Decreto-ley de 13 de junio de 1927 reformó los arts.41, 399 y 400 de la Ley Hipotecaria⁷⁸⁴ e incluyó el art.445 Cc. en el art.41:

⁷⁸³ El concluye (pág.478) que "salir al paso de este escollo que para el interdicto se pone en el art.445 es de necesidad".

⁷⁸⁴ Sobre la Reforma, en general, GONZALEZ Y MARTINEZ, J.: "La reforma de la Ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400 en 1927", en: *Nuevos Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1948, pág.46 y ss. (anteriormente publicado en *RCDI*, 1927 -junio, pág.425 y ss.; octubre, pág.791 y ss. y noviembre, pág.836 y ss.-); NAVARRO Y CARBONELL, J.: "El art.41 de la Ley Hipotecaria (Impresiones sobre su reforma)", *RCDI*, 1927, pág.401 y ss.; MON PASCUAL, J.: "La nueva reforma de la Ley Hipotecaria", *RCDI*, 1927, pág.502 y ss.; LOPEZ DE HARO, C.: "La reforma

"Quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales, se presume, a los efectos del Código Civil, que tiene la posesión de los mismos y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código a favor del propietario y del poseedor de buena fe, mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor condición a tenor del art.445 del mismo Cuerpo legal.

La posesión inscrita producirá iguales efectos que el dominio en favor del poseedor."⁷⁸⁵

Para adecuarse a la LH. reformada, el Real Decreto de 19 de julio de 1927 modificó los arts.100, 101, 495 y 503 del Reglamento General de la Ley Hipotecaria de 1915, de modo que también el art.101 RH. aludía, como veremos, al art.445 Cc.

La reforma se justificó en la necesidad de modificar la regulación de la LH. de 1909, cuyo art.41 había provocado, según precisaba la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley, "un verdadero trastorno en el régimen de la propiedad territorial". Para conocer qué deficiencias intentaron paliarse se debe atender a los precedentes de los artículos reformados.

3.1. Un antecedente esclarecedor: el art.41 de la LH. de 1909

La Reforma de la Ley Hipotecaria en 1909 obedece básicamente a la necesidad de coordinar sus disposiciones con las del derecho sustantivo tras la publicación del Código civil en 1889⁷⁸⁶. La Reforma se manifiesta en dos textos legales: La Ley de 21 de abril de 1909 que contiene los 43 artículos que modifica y la Ley de 9 de diciembre de 1909, que es la edición oficial y completa de la ley, publicada por el

del art.41 de la L.H.", *RDP*, 1927, pág.267 y ss.; MENDEZ CURIEL y A. de TOLEDO, José: "El art.41 de la Ley Hipotecaria", *RDP*, 1931, pág.47 y ss.; ROMERO CERDEIRIÑA, A.: "La inscripción de la posesión y la inmatriculación registral", *RCDI*, 1934, pág.123 y ss.; CARAZONY, F.: "El art.41 de la L.H. en lo procesal y en la jurisprudencia", *RCDI*, 1942, pág.1 y ss.

⁷⁸⁵ En las ediciones del Decreto de 13-VI-1927 que aparecen tanto en Alcubilla como en Las Leyes Hipotecarias editadas con motivo del centenario de la Ley Hipotecaria de 1861, el texto del art.41 menciona el art.435 y no el 445 Cc., ello se debe a que así apareció en la Gaceta de 14 de junio de 1927, pero existe corrección de errores en la Gaceta del 15-junio.

⁷⁸⁶ GARCIA GARCIA, J.M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t.I, Madrid, 1988, pág.228; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Derecho inmobiliario registral*, en: *Elementos de Derecho civil*, III bis, Barcelona, 1984, pág.41.

gobierno en cumplimiento de la disposición transitoria 6ª de la ley de 21 de abril.

Entre otras novedades, la ley de 21 de abril incorporaba en el art.15 la presunción posesoria a favor del titular inscrito:

"Quien tenga inscrito á su nombre el dominio de inmuebles ó derechos reales, se presume, a los efectos del Código Civil, que tiene la posesión de los mismos y, por tanto, gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido Código, á favor del propietario y del poseedor de buena fe; y será mantenido en ellos por los Tribunales, con arreglo á los términos de la inscripción y reintegrado, en su caso, judicialmente por medio del procedimiento establecido en el Título XIV de la Ley de Enjuiciamiento civil.

La posesión inscrita producirá mientras subsista iguales efectos que el dominio a favor del poseedor y conforme al art.446 del Código Civil."

Este artículo, que apareció por primera vez en el Proyecto de reforma que la Comisión encargada de informar al Congreso de los Diputados presentó a la Cámara el 16 de febrero de 1909⁷⁸⁷, devino con ligeras variaciones el art.41 de la LH. de 16 de diciembre de 1909⁷⁸⁸.

La ley pretendía dotar de mayor protección al titular inscrito, que consideraba un "poseedor incontrovertible"⁷⁸⁹. Una primera lectura del precepto lleva a que ha de presumirse, obviamente, que el propietario inscrito tiene el derecho a poseer, pero

⁷⁸⁷ La Comisión presentó la siguiente redacción del art.15: "La posesión de inmuebles o derechos reales se presume a los efectos del Código civil en quien los tenga inscritos a su nombre. En consecuencia, el que por cualquier título tenga inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad el dominio de bienes inmuebles o derechos reales gozará de todos los derechos consignados en el libro II del referido código a favor del propietario y del poseedor de buena fe, y será mantenido en ellos por los Tribunales con arreglo a los términos de la inscripción y reintegrado, en su caso, judicialmente por medio del procedimiento establecido en el título XIV del libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil. La posesión inscrita producirá mientras subsista iguales efectos que el dominio en favor del poseedor y conforme al artículo 446 del Código civil".

Se dió la circunstancia extraordinaria de que el art.15 de la Ley de 21 de abril no recibió enmienda alguna, por lo que, conforme a los preceptos reglamentarios que regulaban el funcionamiento de las Cortes, no fue discutido públicamente en el hemiciclo. Por ello no hallamos ninguna mención en las discusiones parlamentarias ni en la Exposición de motivos. Sobre la elaboración de la ley, ROCA-SASTRE, R.Mª.: *Instituciones de derecho hipotecario*, Barcelona, 1942, pág.267 y ss.; PEREZ VICENTE, S.: "Ortodoxia del art.41 de la Ley Hipotecaria", *Información Jurídica*, 1949, pág.18 y ss.; GARCIA GARCIA, *ob.cit.*, pág.227 y ss.

⁷⁸⁸ El único cambio consiste en trasladar la referencia sobre el procedimiento a utilizar al art.100 del Reglamento hipotecario, que presentó la siguiente redacción: "El procedimiento a que se refiere el art.41 de la Ley es el regulado en el título XIV del libro III de la de Enjuiciamiento civil".

⁷⁸⁹ Así lo califica la Exposición de Motivos del R.D.L. de 13 de junio de 1927.

las palabras «*tiene la posesión*» y la ulterior mención al reintegro y al procedimiento marcado en el Lib.II, tít.XIV de la LEC., demuestran que la ley no se refiere al derecho de poseer sino a la materialidad de la posesión. La ley, por el hecho de la inscripción, presume que el titular tiene la posesión real o de hecho⁷⁹⁰, la cual será calificada de posesión civil (ex.art.430 Cc.), frente al estado de tenencia de otra persona -posesión natural-, mera tenencia antijurídica⁷⁹¹. Esta solución, afirmará LOPEZ de HARO, uno de los máximos valedores de la redacción de la ley, se basa en que "la posesión por sí carece de valor sustantivo y es un atributo de la propiedad (...) y las diferencias entre la posesión y la propiedad se reducen a medida que el régimen inmobiliario se perfecciona en las legislaciones y que aquélla, protegida en razón a orden público, no debe gozar de protección cuando en el orden público se organiza la propiedad, como lo está en España en el ordenamiento público inmobiliario"⁷⁹². Paralelamente, en la práctica, la inscripción no sólo se refería a la propiedad, sino asimismo a la posesión, lo que incrementaba notablemente el número de favorecidos⁷⁹³⁷⁹⁴.

⁷⁹⁰ MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t.II, 2ª ed., Madrid, 1927, pág.803. MON PASCUAL, *ob.cit.*, pág.502, resalta cómo muchos consideraron que la norma consagraba "un principio de sustantividad de la inscripción".

⁷⁹¹ LOPEZ DE HARO, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.273. El considera que "la posesión, estímesse hecho o derecho, en relación al Registro, si está contrapuesta a sus asientos es, en realidad, una carga no inscrita, y admitir la existencia de la posesión frente a inscripción sería volver a las cargas ocultas, atacar el ordenamiento jurídico inmobiliario y cercenar el crédito". Considerar la posesión física como natural trae causa, señala GONZALEZ Y MARTINEZ, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.65, de las discusiones austríacas motivadas por la redacción del § 321 (vid.Cap.I.3.2 (1 parte)).

⁷⁹² LOPEZ DE HARO, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.272. Como señaló la Exposición de Motivos del R.D.L. de 1927 en relación a la LH. de 1909 "de un solo golpe destruía las irreductibles diferencias entre posesión y propiedad, llevaba consigo según las más radicales opiniones, la protección en todo caso del titular registrado como poseedor incontrovertible".

⁷⁹³ Este tipo de inscripciones daba lugar a numerosas irregularidades y corruptelas. El Decreto de 10-II-1875 las había generalizado dando lugar a una avalancha de primeras inscripciones de fincas por medio de títulos posesorios frente a otras con títulos de dominio (por ej., 192.386 v. 21.332 en 1904 - NUÑEZ LAGOS, R.: "Realidad y Registro", *RGLJ*, 1944, pág.436-). Inicialmente la posesión inscrita no servía *ad interdicta* ni *ad usucapionem*, pero la LH. de 1909 le dió fuerza legitimadora con el art.41 (a pesar de frenar aparentemente nuevas inscripciones vía art.393) otorgando a quienes las ostentaban un vasto poder. (VALLET de GOYTISOLO, J.: "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública", *Estudios de derecho de cosas*, *ob.cit.*, pág.348, las define como "arma caciquil de los secretarios rurales e instrumento fácil de sus marrullerías"). Como había reconocido la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1908, luego LH. de 1909, frecuentemente las inscripciones posesorias daban lugar a abusos "al aplicarse a bienes ya inscritos, o de los que existían títulos de propiedad, y respecto de los cuales se han practicado repetidamente informaciones (...) para

Para hacer efectiva su posición, la propia LH. procura al titular inscrito un procedimiento específico, que no le obligue a acudir a las acciones reales o interdictales para repeler la perturbación o el despojo. Aparece recogido en el art.100 RH.: "De la posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir" (arts.2.056-2.060 LEC.)⁷⁹⁵.

En base a la redacción del art.41 LH., se debatió si la presunción posesoria era *iuris et de iure* o *iuris tantum*, discusión que repercutía en el procedimiento asignado, pues la adjudicación de la posesión judicial era un procedimiento de jurisdicción voluntaria y, como tal, en caso de oposición debía sobreseerse y transformarse en contencioso (art.1.817 LEC.). Sin embargo, se afirma que ha de utilizarse desoyendo cualquier pretensión del poseedor lanzado cuyos derechos podrán ventilarse en el juicio declarativo ordinario correspondiente⁷⁹⁶. Así lo confirmaron los Registradores de la

encubrir usurpaciones de dominio".

⁷⁹⁴ La posesión tiene una significativa entrada residual en la regulación hipotecaria en el art.17 del RH de 1915: "Serán igualmente inscribibles, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts.20 y 395 de la Ley: 1- Las resoluciones definitivas dictadas en los interdictos que se hayan intentado para adquirir la posesión ó para retenerla ó recobrarla" (Vid.LOPEZ DE HARO, "La tradición y el tracto en el Registro", *ob.cit.*, pág.102, quien califica de absurdo el estado legal existente, como avala el art.17, dado que si el poseedor que tutela el interdicto no es el inscrito, la prohibición de inscribir una posesión contradictoria -ex art.395: "Los Registradores no inscribirán en ningún caso la posesión que estuviere en contradicción con algún asiento de dominio o de posesión extendido en los libros de Registro"- le impide inscribir su estado posesorio y ATARD GONZALEZ, R.: "La posesión en la Legislación Hipotecaria española", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t.III, pág.68).

⁷⁹⁵ NAVARRO y CARBONELL, *ob.cit.*, pág.463 lo define como "sencillo, rápido y económico".

⁷⁹⁶ Pablo MARTINEZ PARDO, director general de los Registros y destacado artífice de la reforma, da una interpretación que cabe calificar de auténtica: "La ley ha querido evitar toda contención y molestia al dueño inscrito, y para ello, aun cuando éste tenía a su alcance el empleo del interdicto, le ha otorgado otro medio más rápido y sencillo de lograr el reintegro de su derecho, permitiéndole utilizar el procedimiento especialmente mencionado. No significa esto, sin embargo, que el acto de reclamar el dueño la posesión mediante esos trámites que figuran en la Sección respectiva a la jurisdicción voluntaria, deba ser considerado como acto de esa clase sometido a las reglas generales que comprenden a todos los de su índole, y, por tanto, a la suspensión o el sobreseimiento de diligencias en cuanto alguien formulase oposición a lo solicitado (...) sino de la aplicación al caso del procedimiento señalado en el título 14, libro 3 de la LEC, mediante el cual, y sin que se admita oposición de parte interesada, por no tratarse de acto de jurisdicción voluntaria, habrá de ser pedido y realizado el reintegro en la posesión pretendido por el dueño del dominio o derecho real inscrito, sea cualquiera el título por el que lo hubiese adquirido" (El texto aparece en el prólogo a HIGUERA SABATER, "Reforma de la legislación hipotecaria", Madrid, 1909, pág.XXVI).

Los comentaristas a la reforma participan de este criterio, ARAGONES Y CARSI, P.: *Modificación de algunos artículos de la Ley Hipotecaria vigente por la de 22 de abril de 1909*, Madrid,

Propiedad en la memoria que publicaron con el título "Aplicación del art.41 de la Ley Hipotecaria y efectividad de sus disposiciones". Ellos optaron por considerarla *iuris et de iure*, entre otros motivos, "porque la posesión y la propiedad pueden estar separadas civil pero no hipotecariamente, consecuencia a que conducen lógicamente los principios de realidad y publicidad, básicos en nuestro régimen hipotecario"⁷⁹⁷. Ese fue también el criterio que asumió progresivamente la Jurisprudencia⁷⁹⁸. Se configuraba como *iuris et de iure* porque en su ámbito de aplicación era incontrovertible, lo que no impedía contestarla si, como requisito previo o simultáneo, se atacaba la inscripción que la fundamentaba⁷⁹⁹ (art.24 LH.)⁸⁰⁰. De ahí que se haya incluso afirmado que

1909, pág.75, observa que se ha señalado el procedimiento de la LEC. "por no dar otro nuevo, pero en modo alguno considerándolo un procedimiento de jurisdicción voluntaria (...) no ha nacido el trámite del derecho que concede la LEC., sino que ha nacido del art.15 de la ley que comento y ejercitado en la forma que él dice". En parecidos términos, ALDAMA ELORZ, M.: *La Reforma hipotecaria. Antecedentes históricos y texto de la Ley de 21 de abril de 1909, concordada y comentada por...*, Madrid, 1909.

⁷⁹⁷ "Resumen de la memoria": *Anuario de 1917 de la Dirección General de Registros y Notariado* (págs.528-532), pág.530. La Memoria enumera doce argumentos a favor y seis en contra. Entre los primeros destaca el valor concedido al art.24 LH. y la alusión al art.2.182 LEC.

⁷⁹⁸ GONZALEZ Y MARTINEZ, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.52, recoge las posiciones judiciales. Como muestra de la disparidad de tesis, el Tribunal Supremo consideró la presunción *iuris et de iure* en las Sentencias de 6-octubre-1915, 15-diciembre-1916, 6-febrero-1917, 8-febrero-1921, 24-enero-1922, 12-mayo-1925, 12-febrero-1927... y *iuris tantum* en las de 30-abril-1913, 21 y 28-marzo-1916, 7-diciembre-1917, 10-junio-1924, 12-mayo-1925. Esta última, recurrentemente citada después, señalaba que la presunción "como todas las *iuris tantum*, puede desvirtuarse mediante la prueba en contrario" pero añade que "esa demostración no puede producirse en cualquier procedimiento judicial, y menos dentro de la jurisdicción voluntaria, sino que es necesario para su eficacia que el contradictor la obtenga en el correspondiente juicio declarativo e interesando, a la vez, en su demanda la nulidad o cancelación de la inscripción del dominio, con arreglo a lo que en armonía con dicho artículo, exige el 24 de la Ley". Como recordó expresamente la Exposición de Motivos del R.D.L. de 13 de junio de 1927: "Justo es decir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo intentó, en varias ocasiones, oponerse a esta arrolladora corriente; pero la letra de la Ley prestaba tan poca base a las normas tradicionales, que en las últimas sentencias se reconoce plenamente la prelación y ventajas de la posesión tabular frente al cultivo real del que se creía poseedor legítimo".

⁷⁹⁹ Señala LOPEZ DE HARO, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.271, que la presunción del art.41 es "*iuris et de iure* porque radica en la inscripción, y ésta podrá ser controvertible, pero la posesión que la ley le atribuye no es posible controvertirla". Vid. asimismo ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: "La posesión y el Registro de la Propiedad", *RDP*, 1978, pág.478 nota 1.

⁸⁰⁰ Art.24: "No podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción en que conste dicho dominio". Este precepto había sido el art.16 de la Ley de 21 de abril de 1909, a continuación del art.15 -que devino el art.41-. Los comentaristas lamentarán que la LH. final separase ambas normas, cuya relación estiman evidente.

era *iuris et de iure* frente a las acciones posesorias y en el procedimiento registral y *iuris tantum* en el juicio declarativo correspondiente⁸⁰¹.

En suma, el titular inscrito disponía de los siguientes mecanismos de tutela posesoria:

1-. los interdictos, en cuyo caso la inscripción excusaba de la información previa del art.1.652 LEC.⁸⁰² y recibía la consideración de prueba incontestable⁸⁰³,

2-. el procedimiento señalado por el art.100 RH. (arts.2056-2.060 LEC.), es decir, la posesión judicial sin posibilidad de contradicción y

3-. el clásico desahucio por precario, según venía fijando una jurisprudencia constante, ya que la presunción posesoria del art.41 reducía al poseedor efectivo a la condición de mero detentador⁸⁰⁴.

En la práctica, a menudo se recurría también al procedimiento de desahucio una vez declarada la posesión judicial, dado que ésta no conllevaba el lanzamiento efectivo de quien ocupaba la finca, y era preciso un mecanismo accesorio para conseguirlo⁸⁰⁵.

⁸⁰¹ ATARD GONZALEZ, "La posesión en la Legislación Hipotecaria española", *ob.cit.*, pág.89.

⁸⁰² PEREZ VICENTE, *ob.cit.*, pág.24.

⁸⁰³ Como señalará la Exposición de Motivos del R.D.L. de 1927, la redacción de 1909, "confería al certificado que acreditase la inscripción el valor de una prueba posesoria irrefutable y los efectos de una sentencia interdictal".

⁸⁰⁴ PEREZ VICENTE, *ob.cit.*, pág.24. Así lo prescriben las STSS. de 21.marzo.1917, 20.enero.1920, 10.junio.1924 y la de 2.julio.1925: "El comprador de una finca que ha inscrito su derecho en el Registro con arreglo al art.41 de la LH., *tiene la posesión* de la misma a título de dueño, y en consecuencia puede ejercitar la acción de desahucio contra cualquiera que tenga la finca en precario, con tal de que haya sido requerido con un mes de anticipación". Esta Sentencia, muy citada por los hipotecaristas, contradecía la otra postura, representada por la STS. de 3.febrero.1925, que señalaba que la naturaleza sumaria del desahucio no permite averiguar la posición del poseedor frente al titular inscrito. (Vid.CARAZONY, *ob.cit.*, págs.3-4).

⁸⁰⁵ MENDEZ CURIEL y A.de TOLEDO, *ob.cit.*, pág.49. PEREZ VICENTE, *ob.cit.*, pág.30, señala, junto al desahucio, el procedimiento de ejecución de la sentencia dictada en un procedimiento declarativo para conseguir una posesión real. Esta es una creencia general, que se repite tras la Reforma de 1927. No obstante, ARAGONES CARSI, *ob.cit.*, pág.75, estimó que bastaba una simple diligencia de posesión para el reintegro y ALDAMA ELORZ, *ob.cit.*, pág.125, detallaba la "sencilla tramitación": el solicitante acude al juzgado con el título inscrito en el Registro, una certificación de éste y la solicitud de reintegro. Si el juez encuentra los papeles suficientes "mandará dar la posesión, sin perjuicio de tercero de mejor derecho por medio de un alguacil del juzgado, asistido del actuario".

3.2. La vertiente política del Real Decreto de 13 de junio de 1927

El Real Decreto de 13 de junio de 1927 tiene como espoleta la necesidad de evitar los desahucios en masa de los labradores de numerosos pueblos (aldea de S. Nicolás, Fuente el Fresno, Porzuna, Malagón, Narros del Castillo, desembocadura del Ebro...) que amenazaron con convertirse en verdaderos disturbios de orden público⁸⁰⁶. Por ello se trata de una reforma de claras resonancias políticas⁸⁰⁷. Según declara la Exposición de Motivos de la norma: "Frente al propietario, según el Registro, no podía existir poseedor legítimo, y los llevadores de tierras durante siglos, en virtud de títulos más o menos defectuosos, se veían violentamente lanzados en procedimientos sumarios, sin poder alegar su posesión inmemorial". Paralelamente, el último párrafo del nuevo art.41 eliminaba la mención al art.446 Cc⁸⁰⁸.

La Reforma pretende sentar de manera indubitada que la presunción del art.41 es *iuris tantum*: persiste sólo "mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor

⁸⁰⁶ GONZALEZ Y MARTINEZ, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.75 nota 28. GIMENEZ ARNAU, E.: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, t.I, Madrid, 1941, pág.182, considera que el motivo inmediato fue un pleito planteado en Canarias. ALVAREZ CAPEROCHIPI, *ob.cit.*, pág.469, ve el detonante en el conflicto de la aldea de S.Nicolás. BERAUD, Francisco - LEZON FERNANDEZ, Manuel: *Tratado de derecho inmobiliario*, Instituto Reus, Madrid, 1927, pág.497 nota 1, recogen que se pretendió desahuciar a unas 5.000 familias de la colonia de S.Nicolás, que venían cultivando la tierra desde hacía tiempo.

No hallamos información sobre estos sucesos en los estudios sobre las agitaciones campesinas del s.XX, que sí recogen, por el contrario, los disturbios que ocasionó el abandono del antiguo sistema de cesión de la posesión a cambio de rentas fijas, que también afectaron a comunidades enteras (vid.MALEFAKIS, Edward: *Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1971, pág.151 -en la nota 65 recoge el conflicto que afectó a 1373 familias de un pueblo de Granada-). Todo ello generaba un clima de agitación que se intentó, parcialmente, controlar.

⁸⁰⁷ Se constata asimismo en las opiniones de los juristas, desde un NAVARRO CARBONELL, *ob.cit.*, pág.401, que habla de "la marcada tendencia socialista hacia el régimen de la propiedad territorial" a un Jerónimo GONZALEZ, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.75 nota 28, que recuerda los disturbios y el intento de la Dirección General de Acción Social Agraria de presentar proyectos radicales, alguno de los cuales ha llegado a la Asamblea Nacional y estima que "Sólo por el alejamiento en que viven los registradores de la Propiedad me explico el que algunos reputaran anarquizante el Decreto..." o un ROMERO CERDEIRIÑA, *ob.cit.*, pág.199, quien la ve una disposición dictatorial.

⁸⁰⁸ Según LOPEZ de HARO, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.274, porque es una cuestión de orden adjetivo.

condición a tenor del art.445 del mismo Cuerpo legal⁸⁰⁹. Jerónimo GONZALEZ, su máximo promotor, estima que el art.41 acoge dos presunciones *iuris tantum* como bases del sistema:

1-. Competen al titular inscrito las facultades propias del derecho registrado.

2-. Si el derecho inscrito puede engendrar un estado posesorio, se reputa poseedor de buena fe al propietario o titular del derecho según el Registro⁸¹⁰.

La primera parte -discordancia con la realidad- ya se reconocía antes de la Reforma al aludir al art.24 LH.; es la mención al poseedor de mejor derecho lo que demuestra la voluntad de superar la negación de la posesión extrarregistral⁸¹¹. Esta sustancial transformación no impide que reconocidos autores propugnen el mantenimiento de la presunción en los términos iniciales, pues lo contrario, estiman, supone minar la institución del Registro de la Propiedad⁸¹².

3.3. El nuevo procedimiento del art.41 LH. La alegación del art.445 CC.

⁸⁰⁹ Exposición de motivos del R.D.L. de 13-junio-1927.

⁸¹⁰ GONZALEZ, "La Reforma...", *ob.cit.*, pág.55.

⁸¹¹ La Exposición de Motivos señalaba: "Tanto el Código Civil alemán, como el suizo, en que se dice inspirado el art.41 de nuestra vigente Ley Hipotecaria, consagran la presunción de que el derecho inscrito existe realmente; pero aparte de que no conceden a esta presunción la categoría de inatacable, como *iuris et de iure*, ni aun siquiera otorgan a los pronunciamientos del Registro el valor de cosa juzgada, no afirman que la posesión haya perdido toda su importancia en el ordenamiento jurídico inmobiliario. La inscripción, como investidura solemne, declara frente a todos quién se halla legitimado como propietario o titular y ordena al Juez que *prima facie* le considere como poseedor de buena fe; pero si en los autos se acredita la existencia de una situación jurídica contradictoria de la registrada o de un señorío de hecho justificado, el juicio declarativo, sumario o de desahucio, no terminará con una servil copia de la inscripción, sino con una sentencia que prooverá a todas las reclamaciones o excepciones alegadas o admisibles".

⁸¹² LOPEZ DE HARO, "La reforma..." *ob.cit.*, pág.275. En la página anterior apuntaba: "Tolerar de alguna forma la posesión contra inscripción sería en consecuencia un retroceso en la vida del derecho y apostatar de la orientación del régimen hipotecario y castrarlo en sus fecundidades, error que no podía cometer una reforma en los tiempos presentes, en los que se va informando el derecho en los principios de la economía, invocados precisamente en el preámbulo de la reforma que estudiamos. La Reforma del 13 de junio no ha incurrido en tamaño error, según resulta del análisis imparcial y sereno de su preámbulo y de la nueva redacción del art.41, aunque es algo equívoca la cita del 445"; en parecidos términos, MARTIN RETORTILLO, C.: "La posesión en montes públicos", *RGLJ*, 1943, pág.284; NAVARRO y CARBONELL, *ob.cit.*, pág.402, lamentaba que "El art.41 L.H. no ha sido modificado: el citado artículo ha sido derogado, enterrado, más bien", pero luego afirmaba que el art.100 RH. había venido a dejar las cosas como estaban en la LH. de 1909. Aún así, por lo general, los autores constatan esa mutación en *iuris tantum* (vid.por todos, MORELL Y TERRY, *ob.cit.*, pág.822).

Frente a la parca remisión del RH. de 1915 al procedimiento de la posesión judicial, el nuevo art.100 RH. describe con mayor detalle la acción de que dispone el titular inscrito. El nuevo procedimiento -que ROCA SASTRE denominó *interdicto registral*⁸¹³- concatena el procedimiento de la posesión judicial con las normas del interdicto de adquirir en caso de oposición del poseedor extrarregistral⁸¹⁴.

Por tanto, la controversia que frena el procedimiento se sitúa entre el sujeto inscrito cuya posesión se presume y un poseedor material, acaso "de mejor condición a tenor del art.445 Cc.". La alusión al precepto del Código civil resulta chocante y fue y ha sido criticada⁸¹⁵. Sin embargo, Jerónimo GONZALEZ lo justifica en base a que se debía indicar un criterio legal y sirve el del art.445 del Código Civil "que no tiene por exclusivo objeto decidir el hecho material de la posesión sino el hecho legal

⁸¹³ ROCA-SASTRE, *Instituciones...*, *ob.cit.*, pág.270.

⁸¹⁴ Art.100: "Quien tenga inscrito el dominio o cualquier derecho real susceptible de posesión podrá solicitar, con arreglo á los arts.2.056 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil, la posesión judicial, aun en los casos en que proceda el interdicto de adquirir.

Si a la solicitud presentada se hiciere oposición por algun interesado, el juez, sin perjuicio de dar la posesión pedida, concederá al opositor un plazo de 15 días para que formule por escrito su reclamación.

Las reclamaciones se unirán a los autos y se entregarán, sin demora ni publicación de edictos, al que hubiere obtenido la posesión para que los conteste o exponga lo que tenga por conveniente dentro de seis días. El proceso se tramitará como contencioso con arreglo a los arts.1.642 al 1.650, ambos inclusive, de la referida ley, siendo potestativo valerse o no de letrado y procurador".

En caso de ganar el titular inscrito el procedimiento no concluía con el lanzamiento inmediato del tenedor ya que el art.1.647 LEC. comporta la posesión simbólica del art.1.638 LEC. (ésa rémora fue, a juicio de PEREZ VICENTE, *ob.cit.*, pág.30, una de las claves del fracaso de la reforma). Apunta MARTINEZ CORBALAN, J.: "La Reforma de la Ley Hipotecaria", *RCDI*, 1946, pág.103, que "simplemente se producía el efecto del fenómeno de interversión de la posesión". Por ello los titulares inscritos continúan prefiriendo el juicio de desahucio (Vid.CARAZONY, *ob.cit.*, págs.3 y 7; MARTINEZ CORBALAN, *Ibidem*; LOPEZ DE HARO, "La tradición y el tracto...", *ob.cit.*, pág.100; ROCA TRIAS, E.: "Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad", *RCDI*, 1979, pág.34-35 y LACRUZ BERDEJO, *Derecho inmobiliario registral*, *ob.cit.*, pág.154).

⁸¹⁵ CARAZONY, *ob.cit.*, pág.7; ROCA TRIAS, "Las relaciones...", *ob.cit.*, pág.18, nota 13. PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, pág.246, propugnan suprimir la referencia al art.445 Cc. y defienden "una interpretación deseosa de la primacía del espíritu de la ley sobre la letra, [que] aplique el art.41 sin contacto alguno con el 445", Ellos rechazan cualquier mención a la posesión en el art.41 LH., pues creen que en esa norma la posesión ha de entenderse como *Gewere* y mencionarla supone explicitar un elemento ya de por sí comprendido en la presunción del derecho inscrito.

trascendente a la protección posesoria"⁸¹⁶.

La cuestión es analizar cómo se emplean los criterios del art.445 en el conflicto. Se debate si todos los criterios son aplicables en relación al litigio o si únicamente cabe recurrir al tercer elemento.

3.3.1. Titular inscrito v. poseedor actual

De atender al primer criterio del art.445 ("el poseedor actual"), se ha de anteponer el poseedor de hecho al titular inscrito ya que es evidente que el titular inscrito inicia el procedimiento porque quiere obtener una posesión que sólo ostenta de modo tabular⁸¹⁷. Parece que, *prima facie*, se debería prescindir de este criterio. Pero, en vez de postergarlo, quizás sea mejor intentar situar en qué consiste esa posesión actual en relación al art.41 de la LH. y si difiere de su acepción común. Jerónimo GONZALEZ aclara el propósito al confrontar "la posesión actual y la que se haya perdido con arreglo al art.460 del mismo Código"⁸¹⁸. La adaptación del primer criterio del 445 supone entender como actual a ese poseedor de hecho que demuestre que lleva más de un año poseyendo, porque en ese caso el poseedor inscrito habrá perdido la posesión (ex.art.460.4 Cc.) y no puede utilizar los interdictos⁸¹⁹. Al situar la norma entre poseedores sustantivos, no es que aquel poseedor sea de mejor condición, es que es el único.

3.3.2. Titular inscrito v. poseedor más antiguo

⁸¹⁶ GONZALEZ Y MARTINEZ, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.78 (aunque él no detalla individualmente los casos de aplicación). ROCA-SASTRE, *Instituciones...*, II, *ob.cit.*, pág.289, matiza que "aunque el art.445 hable del hecho de poseer, su adopción por el art.41 de la ley, obliga a entenderlo en el sentido de que la contienda se refiere a cuál de los poseedores en pugna debe merecer la tutela posesoria".

⁸¹⁷ LOPEZ DE HARO, *ob.cit.*, pág.275, apunta que, de escoger esta solución, "en lugar de las disposiciones laboriosas del art.41 habría que poner una muy sencilla que dijera posee quien posee, o, aún mejor, quien tenga inscrito no posee, si es que de hecho posee otro". También GARCIA VALDECASAS, "La posesión incorporal...", *ob.cit.*, pág.424, quien expresamente niega la posibilidad de aplicar al conflicto la primera regla.

⁸¹⁸ GONZALEZ, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.78.

⁸¹⁹ Por ello nos extraña la afirmación de GARCIA VALDECASAS, "La posesión incorporal...", *ob.cit.*, pág.425: "el art.445 sólo tendría aplicación cuando la posesión extrarregistral no hubiese durado más de un año".

En relación al segundo criterio del art.445 Cc., parece que el titular registral es al mismo tiempo poseedor de hecho y se enfrenta con otro poseedor de hecho no inscrito⁸²⁰. Aquí la cuestión se centra, simplemente, en que el procedimiento del art.100 RH. se detiene si el poseedor de hecho acredita una posesión más antigua, habiendo probado, asimismo, que mantiene una posesión actual. Para el cómputo de la duración sirve, como referencia del titular inscrito, la fecha de la inscripción.

3.3.3. Titular inscrito v. poseedor que alega título. La condición del demandado

Para determinados autores éste es el único criterio del art.445 valorable en relación al art.41 LH.⁸²¹. Se basan en que el art.445 sólo actúa, respecto de la ley hipotecaria, para oponer una posesión en virtud de un título, pues todo conflicto entre titular inscrito y poseedor de hecho sin título se ha de resolver a favor del primero⁸²².

El problema inmediato es determinar qué se entendía por título, teniendo presente que se trataba del título que alegaba el poseedor de posible mejor derecho, es decir, el sujeto que es demandado por quien aparece como titular inscrito.

En primer lugar, se entiende por título el que genera la posesión inmemorial demostrada. Así se interpretaba la redacción de la Exposición de Motivos del Real Decreto cuando mencionaba a los llevadores de tierras "con *títulos* más o menos defectuosos". Este supuesto aboca a una adquisición por usucapión del terreno, que hace frente a la inscripción⁸²³. En relación a este caso, se afirmó que el art.445 era aplicable a quienes, teniendo título de propiedad y estando en posesión de

⁸²⁰ GONZALEZ, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.78, señala que "si los dos litigantes poseen de igual modo, es decir, contradictoriamente, deberá atenderse a la antigüedad de la posesión, y el titular tendrá la presunción del Registro a favor suyo y de su causante mientras no sea destruída por el contrario".

⁸²¹ LOPEZ DE HARO, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.276; MORELL Y TERRY, *ob.cit.*, pág.829.

⁸²² MORELL Y TERRY, *Ibidem*. LOPEZ de HARO, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.278, diferencia como punto de partida entre poseedor extrarregistral en nombre propio y poseedor extrarregistral en nombre ajeno, para afirmar -como creemos evidente- que el art.41 no opera frente al segundo.

⁸²³ LOPEZ de HARO, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.278. Por el contrario, ROCA-SASTRE, *Instituciones...*, II, *ob.cit.*, pág.290 nota 1, consideraba que si el poseedor contendiente o extrarregistral alagaba como título la usucapión o la ocupación, no cabía considerarlo poseedor con título en el juicio posesorio, pues ello comportaba una acción de rectificación por inexactitud del Registro, más propia del juicio petitorio. Sobre la oposición apoyada en la prescripción -aunque en relación al actual art.41 LH-, LOPEZ FRIAS, A.: "La posesión con título y la prescripción *contra tabulas* como causas de oposición a la acción real registral, RDP, 1995, pág.452 y ss.

la cosa por virtud del título, acuden a los Tribunales para que se declare que la posesión que su título confiere es de mejor condición que la que otorga el título inscrito. Aquí cabía incluir también el título no inscrito que acreditara el dominio o el derecho real y proviniera del titular inscrito⁸²⁴. Sin embargo estos supuestos se separan del art.41 LH., pues tienen al poseedor extrarregistral como actor de la acción.

En segundo lugar, el art.101 RH. reformado da una definición específica del título:

"Para los efectos del art.445 del Código Civil, en sus relaciones con el art.41 de la Ley Hipotecaria, se reputará título el certificado de la inscripción extendida en el Registro de la Propiedad"⁸²⁵

En este supuesto, la controversia se sitúa en otro ámbito. El actor ya no se enfrenta a un poseedor extrarregistral, sino a otro poseedor que alega, mediante un certificado, una inscripción contradictoria con la del actuante. El conflicto se situaría entre dos sujetos amparados por el Registro de la Propiedad⁸²⁶. Esta conclusión se obtendría de recordar el supuesto del anterior art.101 RH., relativamente conexo⁸²⁷, así como de la conciencia general de que las inscripciones, sobre todo las posesorias, eran poco rigurosas y la distorsión de los linderos frecuente -incluso se defenderá que

⁸²⁴ LOPEZ DE HARO, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.280, en su propuesta de un reglamento adecuado a la Reforma -El reglamento oficial se publica cuando él ya ha escrito su artículo, y por ello le dedicará una Adenda- afirma que "La demanda del requerido suspenderá el expediente de jurisdicción voluntaria si las acciones ejercitadas se fundaran en título traslativo de propiedad otorgado por el que solicita la efectuación posesoria, o en título de propiedad adquirido por prescripción (...)".

⁸²⁵ GONZALEZ Y MARTINEZ, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.78, señala: "Si las posesiones son de igual antigüedad, el título inscrito desenvolverá su fuerza hipotecaria, aunque sea meramente una información posesoria, conforme a la nueva redacción que al art.101 del Reglamento ha dado el RD de 21 de junio pasado".

⁸²⁶ Por demás, es el supuesto que recoge el art.41.6.3a de la Ley Hipotecaria vigente.

⁸²⁷ Art.101 RH.: "Si el que tuviere a su favor inscrita la propiedad o la posesión de una finca o derecho real creyera que otra inscripción primera de posesión, hecha con posterioridad y bajo número diferente, se refiere al mismo inmueble o derecho real, podrá pedir la posesión judicial por los trámites expresados en el artículo anterior, con citación de los interesados en la nueva inscripción, y el juez al decretarla, ordenará cuando la identidad total o parcial apareciere probada, que se extienda nota suficiente al margen de la inscripción de posesión últimamente practicada".

GARCIA GARCIA, *ob.cit.*, pág.265, subraya estos cambios.

coexistan varias inscripciones, para ajustar el Registro a la realidad⁸²⁸. Como último indicio, el art.181 del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919, fijaba un criterio parecido en relación a los buques, oponiendo dos títulos inscritos⁸²⁹. Parece claro que el título del art.101 es el del demandado, aunque existen juristas que lo atribuyen al titular registral⁸³⁰. Esta imputación resulta sorprendente dado que quien ha de revelar su condición preferente en base al título es el demandado, pues el actor ya cuenta con la inscripción. La clave -aun sin creer incluido en el art.445 *strictu sensu* el cotejo de dos títulos-, es atribuir ese título que define el art.101 RH. al otro poseedor, quien "contraataca" demostrando su propia inscripción, fenómeno no excesivamente difícil si tenemos en cuenta -como hace notar ROCA-SASTRE⁸³¹- que

⁸²⁸ LOPEZ de HARO, "La tradición y el tracto en el Registro", *ob.cit.*, pág.102, sostiene la posibilidad de que coexistan varias inscripciones contradictorias: "el dominio en una persona y en otra la posesión en concepto de dueño coexisten en derecho civil y deben constatarse en el Registro de la Propiedad, porque nuestro régimen hipotecario no solamente lo permite, sino que lo exige" y recuerda que ello no afecta a la proscripción del *duo in solidum* porque toda inscripción posesoria contiene "sin perjuicio de...". No obstante, choca con el escollo del art.395. Vid.critica de ROMERO CERDEIRIÑA, *ob.cit.*, pág.514.

⁸²⁹ Art.181: "La persona que tenga a su favor inscrita la propiedad de un buque, disfrutará de todos los derechos que corresponden al dueño y al poseedor de buena fe. En caso de no tener la posesión material del buque, podrá adquirirla por cualquiera de los procedimientos sumarios reconocidos en Derecho para obtenerla. Si utilizase para ello el establecido en el título XIV del Libro III de la ley de Enjuiciamiento civil, no se suspenderá el procedimiento por oposición de parte, sino cuando se presente otro título, también inscrito, contradictorio del que ostente el que solicite la posesión y que pudiera invalidarlo a juicio del Juez". Este Reglamento fue derogado por el Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 y éste a su vez por el Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989, aunque éste, en relación a los buques, remite al Reglamento anterior (D.T.6 y art.4.1 del R.D.1597/1989, de 29 de diciembre de aprobación del Reglamento), por ello el art.166 del Reglamento de 1956 aún se mantiene vigente. Su redacción se aparta del enunciado anterior ("Los asientos del Registro mercantil harán prueba del dominio o propiedad de los buques así como de las cargas impuestas sobre los mismos. // La persona que tenga a su favor inscrita la propiedad de un buque disfrutará de todos los derechos que corresponden al dueño y poseedor de buena fe. En caso de no tener la posesión material del buque, podrá adquirirla por cualquiera de los procedimientos sumarios establecidos por las leyes").

⁸³⁰ ROCA-SASTRE, *Instituciones...*, *ob.cit.*, pág.290, señalaba que, al darse preferencia al título, "el titular registral se amparará en el Registro, pues según el art.101 Rh. el certificado registral hará las veces de título". ROMERO CERDEIRIÑA, *ob.cit.*, pág.511, da su propia interpretación, aunque también predica el título del art.101 para el actor. El, tras proclamar los muchos perjuicios que se derivan de las inscripciones posesorias, señala que su función "quedaría reducida a servir de título al poseedor inscrito en el caso y en la forma a que se refiere el art.101 RH en su relación con el 445 Cc. y con el 41 LH".

⁸³¹ ROCA-SASTRE, *Instituciones...*, *ob.cit.*, pág.291.

puede derivar de un expediente posesorio⁸³².

3.3.4. La exclusión del depósito o guarda judicial

El último criterio del art.445 Cc., el depósito o guarda judicial no juega aquí, ya que se utiliza cuando ninguno de los dos litigantes consigue acreditar su mejor condición, y el no estimar al poseedor extrarregistral como de mejor condición ya supone tutelar al actor inscrito⁸³³.

3.3.5. Recapitulación

La alusión al art.445 en la Ley Hipotecaria fue mal acogida, fundamentalmente por la inseguridad que parece comportar⁸³⁴ y no fue recogida en la nueva LH. La queja general es que se quebrantan los efectos de la publicidad del Registro de la Propiedad, mermando la institución. En relación al tema que nos afecta, observamos - tras el análisis de los casos propuestos- que en puridad no se aplica el art.445 como fue concebido por los redactores del Código civil sino que se asumen sus criterios de prelación para sentar algún mecanismo que contrarreste el lanzamiento sin paliativos del poseedor de hecho que respaldaba la regulación anterior. En especial, los conflictos más frecuentes giran en torno a dos títulos que se oponen, supuesto que desborda la redacción del 445 Cc., en que la simple constatación de la existencia de dos documentos, daba paso al depósito o la guarda judicial⁸³⁵. Por ello GARCIA VALDECASAS concluye que "en rigor, no era el art.445 el que se aplicaba sino una norma nueva inducida del art.445 (analogía)". Como apostilló VALLET de

⁸³² LOPEZ de HARO, "La reforma...", *ob.cit.*, pág.283, contempla el supuesto en que la inscripción sea de fecha que aún no implique prescripción de dominio y se alegue contra ella un título que apareje posesión más antigua; pero cree que el caso no se inscribe en el procedimiento, sino en un juicio en que se ejercite la acción publiciana y simultáneamente se pretenda la cancelación de la inscripción efectuada".

⁸³³ GONZALEZ, *ob.cit.*, pág.79, subraya cómo en ese caso se debe tutelar siempre al titular registrado. También ROCA-SASTRE, *Instituciones...*, *ob.cit.*, pág.290.

⁸³⁴ Así, por ejemplo, GIMENEZ ARNAU, *Tratado de legislación hipotecaria*, *ob.cit.*, pág.183, estimaba que hubiera sido mejor que "no se hubiera generalizado en 1927 lo que era un caso excepcional y se hubiera resuelto este caso particular por medios jurídicos o políticos que no afectaran al prestigio y a la autoridad de la institución registral".

⁸³⁵ GARCIA VALDECASAS, *La posesión*, *ob.cit.*, pág.88.

GOYTISOLO sobre la relación entre 41 LH y 445 Cc., "es un caso de aplicación *a posteriori* de una norma para una hipótesis con la que no se contó al redactarla"⁸³⁶.

4. Las claves para descifrar el art. 445-2 Cc.: Una primera aproximación

Ni la relación de teorías examinadas ni el recurso a la Jurisprudencia o a la Reforma de la Ley Hipotecaria en 1927, proporcionan una explicación satisfactoria del art.445 Cc. No obstante, queda una última hipótesis que vincula el segundo apartado del 445 Cc. con un procedimiento histórico en desuso: el *summarissimum possessorium*. PEREZ y ALGUER y SCAEVOLA comentan esa posible conexión, limitándose a refutarla. Según afirman los primeros, "carece de todo sentido anteponer o llevar paralelamente al juicio verbal sumario del interdicto otro procedimiento verbal... a virtud del art.445 C.c."⁸³⁷.

En efecto, no parece convincente, ni útil desde un punto de vista de economía procesal, la sucesión de dos procedimientos sumarios no definitivos, uno -en el art.445 Cc.- para fijar a quién corresponde la posesión como hecho y otro -el interdictal- para proteger a quien es poseedor -de hecho- del perturbador o el despojante⁸³⁸.

Podemos ya anticipar que la comprensión del art.445 Cc. pasa por recuperar el iter y función de ese *summarissimum possessorium* y analizar la figura del interdicto de retener. Sin embargo, previamente, debemos apuntar varias observaciones derivadas de la redacción del artículo.

⁸³⁶ VALLET DE GOYTISOLO, "La concurrencia...", *ob.cit.*, pág.110, y añade: "Además de que supone una grave imperfección colocar en igual rasero hechos tan distintos como son la posesión propiamente dicha y la tan impropia llamada posesión tabular. Imperfección teórica pero que repercute implacablemente en la práctica".

⁸³⁷ PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, pág.345. SCAEVOLA, *ob.cit.*, pág.346, señala que "No creemos nosotros que el legislador patrio haya tenido en cuenta el *summarissimum* de la Edad Media para implantar las reglas que se contienen en el art.445, pero tratándose en éste de una anticipación del interdicto que deja libre para ser resuelta en el petitorio o en el posesorio la contienda sobre la propiedad ó la posesión, hemos creído oportuno recordar ligeramente un procedimiento que, por razón de su naturaleza, y acaso por el fin que se propuso, mantiene afinidades notorias con ese otro sumarisimo del Código civil. (el subrayado es nuestro).

⁸³⁸ Dada la sumariedad de los procedimientos, esa crítica sería igualmente predicable de la teoría que ve en el art.445.2 Cc. una norma cautelar previa (vid.Cap.I.2.1 (2ª parte)).

4.1. La necesidad de interpretar el art.445 Cc como un todo

Habitualmente las dos frases del art.445 Cc. se analizan de modo independiente: se observa que la primera recoge el aforismo *duo in solidum possidere non possunt* y la segunda, una sucesión de criterios cuyo significado va perfilándose como definitivamente irresoluble con el paso de los años. Esa disociación es una de las trampas que oscurecen el precepto. Al revisar textos jurídicos medievales, modernos o incluso del siglo pasado, encontramos invariablemente las tres reglas precedidas del aforismo, en una sucesión de causa/ efecto. Es la imposibilidad de admitir varias posesiones simultáneas *in solidum* la que lleva a formular unos criterios que solventen esos conflictos de intereses en que cada poseedor se considera exclusivo y pretende que así se reconozca.

4.2. El significado de la expresión "la posesión, como hecho"

La referencia a la posesión, "como hecho", sirve a un sector doctrinal para fundamentar la naturaleza jurídica de la institución. Ante la clásica discusión sobre si la posesión es un hecho, un derecho o ambas cosas a la vez, parece erróneo defender que consiste en un derecho cuando el propio texto legal la califica de hecho⁸³⁹.

En realidad, el artículo no pretende pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la posesión. La expresión "como hecho" sólo constata que el precepto contempla la posesión en cuanto figura autónoma, sin conexión con otras instituciones jurídicas: la posesión "como hecho" se refiere a la posesión como tal⁸⁴⁰. Ciertamente, la expresión puede interpretarse, -como ha observado MORALES MORENO- como alusión al carácter jurídico del hecho en que la posesión consiste, que "en cuanto acotado por el Derecho, es el supuesto fáctico de determinadas consecuencias jurídicas"⁸⁴¹, pero estas

⁸³⁹ Vid.JORDANO BAREA, "Una relección...". *ob.cit.*, págs.1049-1050. También PEREZ y ALGUER, *Notas...*, *ob.cit.*, pág.33, MARTIN PEREZ, *ob.cit.*, pág.17; ROCA TRIAS, *Derechos reales...*, *ob.cit.*, pág.151. Para COCA PAYERAS, "Comentario del art.445", en: *Comentario del Código civil*, *ob.cit.*, pág.1200, la alusión "como hecho" excluye del juego del principio tanto a la posesión incorporal como al *ius possessionis*.

⁸⁴⁰ HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.134: "La regla concierne a la posesión como hecho. Quiere con ello, sin duda, aludirse a la posesión considerada en sí misma, de un modo autónomo; como realidad o factividad actuante".

⁸⁴¹ MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, *ob.cit.*, pág.338.

apreciaciones no hacen sino delimitar la institución. El precepto se centra en la posesión como una institución autónoma (*ius possessionis*) sin que se deba acudir a si es facultad de algún derecho (*ius possidendi*). La perturbación de ese estado posibilita entablar un interdicto y la negación de la "juridicidad" de ese poder de hecho ha sido uno de los supuestos por excelencia de tutela de la posesión⁸⁴².

4.3. El ámbito de la "contienda" del art.445.2 Cc.

Ante un precepto cuyo origen y función no se conocen con exactitud, se articulan diferentes interpretaciones. El término «contienda» no es una excepción y se le asignan contenidos diversos. Para HERNANDEZ GIL abarca toda controversia, judicial o extrajudicial puesto que "esa misma frase ["si surgiere contienda"] contenida en la LEC obligaría necesariamente a suponer la existencia de un litigio; contenida en el Código civil, no"⁸⁴³. DIEZ-PICAZO y LACRUZ, de acuerdo con su tesis inicial, lo conciben como mero conflicto a solventar al inicio de un juicio posesorio o petitorio.

La contienda es inherente a la imposibilidad de dos posesiones *in solidum* en un plano jurídico, a pesar de su coexistencia material⁸⁴⁴. Por ello parece que debe limitarse al ámbito judicial, salvo que los poseedores acordaran -lo que parece bastante inverosímil- zanjar su controversia privadamente, aplicando voluntariamente los criterios del art.445 Cc. El propio artículo apoya esta acotación al proponer como último remedio el depósito o guarda judicial, mecanismos que sólo operan en un proceso.

Sin perjuicio de la fundamentación que desarrollaremos, podemos anticipar que la contienda sobre el hecho de la posesión se refiere al procedimiento interdictal. La

⁸⁴² Así lo afirma MARTIN PEREZ, "Comentario al art.446", en: *Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.308, lamentablemente sin continuidad (incluso se contradice con su exposición del art.445): "puesto que se definió el juicio interdictal (...) como proceso sumario que viene a proteger la posesión actual como hecho y el hecho de la posesión, es evidente su relación posible con los supuestos contemplados en el art.445 Cc. La posesión como hecho y actual que debe ser protegida es aquella que, en ocasiones, habrá de *reconocerse* según los criterios de dicha norma". Esta es la dirección adecuada.

⁸⁴³ HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, págs. 136 y 140. También COCA, "comentario del art.445", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1200 y en *Notas al "Comentario al art.445" de Martín Pérez, en: Comentarios al Código civil...*, *ob.cit.*, pág.295.

⁸⁴⁴ Vid. Cap.I.2 (1ª parte).

razón se deduce del objeto de los interdictos, que resuelven las cuestiones sobre el hecho posesorio, es decir, sobre la posesión considerada de modo autónomo. Como señala, entre otros, CASTRO FERNANDEZ, "en el interdicto se protege la posesión como hecho contra la perturbación o el despojo"⁸⁴⁵. La "posesión como hecho" es la "posesión, como hecho" del art.445.

4.4. El art. 445 Cc. se inscribe en el interdicto de retener

Aunque se ha señalado reiteradamente que el conflicto del art.445 es un supuesto específico⁸⁴⁶ ajeno a las acciones interdictales⁸⁴⁷, creemos que cabe integrarlo en el interdicto de retener. No puede predicarse en el de recobrar, como GARCIA VALDECASAS proponía⁸⁴⁸, porque en ese supuesto el actor no es poseedor actual sino *incorporal*. Por tanto, en base al art.445 Cc. quien mantendría la posesión durante el conflicto sería el despojante (dada su condición de poseedor actual).

Situar las controversias entre poseedores -ergo aplicar el art.445- en el interdicto de retener no distorsiona la acción sino que remite a su formulación tradicional en que era concebido como el instrumento por excelencia de la tutela posesoria⁸⁴⁹, criterio que subsiste en los Ordenamientos jurídicos que mantienen dos acciones posesorias

⁸⁴⁵ CASTRO FERNANDEZ, *ob.cit.*, pág.60; MIGUEL Y ALONSO, C.: v. «Interdictos», *N.E.J.*, Barcelona, 1968, pág.193; LACRUZ, *Elementos, III,I, ob.cit.*, pág.59; RODRIGUEZ SOLANO ESPIN, F.: "La posesión como objeto de los interdictos de retener y recobrar", en: *Estudios jurídicos varios, por el Centenario de la Ley del Notariado*, vol.II. Madrid, 1962, pág.254; ALBALADEJO, *Derecho civil, ob.cit.*, pág.99 y GULLON BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho civil, contratos en particular*, Madrid, 1968, pág.106. Los prácticos la asumen como presupuesto de su ejercicio. Así, RUIPEREZ, F.: "Cuestión interdictal", *Revista de los Tribunales*, 1925, t.59, pág.27; PENICHE y LUGO, F.: "De los juicios de interdicto", *Revista de los Tribunales*, 1907, t.41, pág.115.

⁸⁴⁶ Los manuales le dedican un apartado específico que se suele titular "Las contiendas sobre la posesión como hecho" (ALBALADEJO, *Derecho civil, III,I, ob.cit.*, pág.106); "Contiendas sobre el hecho de la posesión" (GARCIA VALDECASAS, *La posesión, ob.cit.*, pág.87; DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.239). MARIN PEREZ, P.: *Derecho civil, III, (Derechos reales y Derecho registral)*, Madrid, 1984, n.16, pág.48, lo explica bajo el epígrafe "controversias posesorias".

⁸⁴⁷ HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.140. RODRIGUEZ SOLANO, "La posesión como objeto de los interdictos...", *ob.cit.*, pág.280, plasma el criterio general: "el art.445 establece la norma para resolver la contienda en los supuestos de existir dos posesiones, cuestión ajena a los procedimientos contemplados en este trabajo [los interdictos de retener y recobrar] y que no puede resolverse en ellos".

⁸⁴⁸ Vid.Cap.I.2.2 (2ª parte).

⁸⁴⁹ Como señaló JHERING, *La posesión (El fundamento de la protección posesoria)*, *ob.cit.*, pág.126: "El interdicto uti possidetis es a mi modo de ver la piedra de toque de toda la teoría posesoria".

netamente diferentes⁸⁵⁰.

Por el contrario, en nuestro Ordenamiento no existe esa doble configuración: la LEC. de 1881 presentó una unificación procedimental de los dos interdictos que, actualmente, se corresponde con la conciencia general de que ambas figuras son prácticamente equivalentes. Esa asimilación, que comporta que en la práctica el interdicto de retener se analice en función del de recobrar, surge de una situación perfectamente delimitada históricamente. Durante el s.XIX se intentó asimilar el interdicto de recobrar al de retener -no al revés-, para enmarcarlo en un procedimiento que no desprotegiese al sujeto que tenía el bien en su poder y era acusado de despojo, pues la extrema sumariedad procedimental conllevaba la restitución de la cosa a la parte actora sin oír al presunto despojante. Los sucesivos textos procesales del s.XIX pretendieron una regulación al menos parcialmente común y aunque en un principio la unificación -que paralelamente simplificaba el de retener- fue severamente contestada, la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 zanjó la cuestión asimilándolos definitivamente.

Esta transformación repercutirá en el concepto de perturbación, que pasa a definirse en función del despojo, sin atender a la posible pretensión posesoria del perturbador. Se equiparan el autor de las molestias y el expoliador, cuando tradicionalmente se atendía al supuesto en que el inquietador fuese una persona la cual, creyéndose poseedor, actuase como tal y considerase a su vez perturbador al actor del interdicto. En suma, el interdicto de retener resolvía aquellos conflictos en que dos sujetos, estimándose poseedores, consideraban lesiva la actuación de su adversario y acudían al juez para que dirimiese quién era el poseedor a todos los efectos, es decir, a quién le era *reconocida* la posesión.

Ciertamente, el hecho de que unos criterios netamente vinculados a un procedimiento judicial se plasmen en el Código civil contribuye a oscurecer la conexión. Sorprende y desorienta que las leyes procesales del s.XIX no incorporen esa enumeración y que ésta se incluya en el Código. La simultaneidad de los trabajos de elaboración de la LEC. y de preparación del Código civil, así como la identidad de los

⁸⁵⁰ Arts.1.168 y 1.170 Cc. italiano. El Cc.francés hasta la reforma de 9 de julio de 1975, que pareció equiparar las acciones aunque el Nouveau Code de Procédure civile vuelve a reflejar las diferencias (art.1.264).

redactores corroboran la intencionalidad de su ubicación.

Sin embargo, creemos poder anticipar que el interdicto de retener incorporaba las reglas que finalmente aparecen en el art.445 Cc. La demostración de esta hipótesis nos obliga a analizar los caracteres y función de esa acción interdictal, a partir del interdicto *uti possidetis* romano. Ese recorrido no será exhaustivo porque esta segunda parte no pretende ser una historia de la tutela posesoria: nos centraremos exclusivamente en los aspectos que pueden clarificar los criterios, y que pueden ordenarse en los bloques siguientes:

1-. Presentación del interdicto *uti possidetis* en las diferentes épocas del derecho romano, porque es el conocimiento fragmentario del procedimiento interdictal el que llevará a articular los criterios del art.445 Cc.,

2-. Ubicación de esos criterios en la tutela posesoria: el denominado *possessorium ordinarium*,

3-. Examen del *possessorium summarissimum*, de su relación con el *ordinarium* y de su ulterior transformación y

4-. Prueba de que los criterios del art.445 Cc., si bien se inscribieron en procesos posesorios que no se corresponden con los actuales, tienen cabida en el interdicto de retener de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

CAPITULO II. CONFIGURACION Y TRANSFORMACIONES DE LOS INTERDICTOS DE RETENER

1. La tutela de la posesión en Roma

Las agresiones a la posesión se solventan en Roma mediante los interdictos posesorios⁸⁵¹, figuras procesales que experimentan, a lo largo de la historia del derecho romano, decisivas transformaciones. Los interdictos específicamente dirigidos a tutelar la posesión se dividían en *retinenda* y *recuperanda possessionis*. La primera categoría comprendía el *uti possidetis*, referido a los inmuebles y el *utrubi*, dirigido a la protección de los muebles, y perseguía defender una posesión ya existente ante diferentes turbaciones. Por el contrario, los *recuperandae possessionis* -el *unde vi*, que podía ser de *vi cottidiana* o de *vi armata* y el de *clandestina possessione*, no unánimemente admitido- se dirigían a restituir el fundo al sujeto que había sido violentamente expulsado o al que se impedía entrar. Aquí nos centraremos en los primeros.

1.1. La época clásica

En la época clásica los interdictos eran unos procedimientos distintos del *iudicium* introducidos por el pretor y fundamentados en su *imperium*. Se trataba de fórmulas por las cuales el pretor, sin desarrollar una investigación especial, mandaba o prohibía que se hiciera alguna cosa en un caso concreto. La decisión, de carácter más administrativo que judicial, no era definitiva y la parte contraria podía no aceptarla⁸⁵². En ese caso se iniciaba un procedimiento formulario regular que se

⁸⁵¹ Se barajan fundamentalmente dos hipótesis sobre el origen de la tutela posesoria en Roma. SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, *ob.cit.*, pág.109, recoge la tesis de NIEBHUR y afirma que se creó para proteger el *ager publicus* y mantener la paz social (vid. refutación en GIRARD, F.: *Manuel élémentaire de Droit romain*, 8ª ed., Paris, 1929, pág. 300 nota 3) Otro sector -encabezado por JHERING, *La posesión. (El fundamento de la protección posesoria)*, *ob.cit.*, pág.111.- cree que nace de la necesidad de regular, en los juicios de propiedad, las cualidades de demandado y demandante. Sobre todo ello, BONFANTE, *Note del Diritto delle Pandecte, de B. WINDSCHEID*, *ob.cit.*, págs. 593-599. Algunos autores, como PACCHIONI, *ob.cit.*, pág.314, consideran que las dos teorías pecan de unilateralidad. (sobre el fundamento de la tutela interdictal, vid.Cap.V.1 (1ª parte)).

⁸⁵² Señala IGLESIAS, *ob.cit.*, pág.227, que asumen el carácter de providencias administrativas urgentes. Vid.BEKKER, E.I.: *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, t.II, Berlin, 1873, (Ed.anast.1970), pág.51 y ss.; SOHM, R.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Mejico, 1951, pág.407; BIONDI, B.: "Summatim cognoscere" en: *Scritti giuridici*, II, Milán, 1965, pág.743 y

reducía, no obstante, a examinar la obediencia o desobediencia a la orden del pretor. Para ello se analizaba si en verdad existían las condiciones que el pretor había tenido en cuenta al emitir el mandato⁸⁵³.

1.1.1. Los *interdicta retinendae possessionis*

El *uti possidetis* y el *utrubi* clásicos tienen por objeto la defensa de la posesión de las turbaciones de un tercero. Se discute si se dirigen a obtener el reconocimiento de la posesión en caso de inquietación o si su finalidad esencial es determinar quién es el verdadero poseedor de una cosa cuando varias personas se la disputan como preludeo inexcusable de un juicio petitorio⁸⁵⁴.

Sin embargo, no cabe restringirlos a mera fase preliminar de las causas petitorias⁸⁵⁵. Las partes podían pretender únicamente el esclarecimiento de la cuestión posesoria, sin interesarles una resolución sobre la propiedad⁸⁵⁶. Así, los interdictos

LUZZATTO, G.I.: "In tema di origine nel processo «extra ordinem»" en: *Studi in onore di Volterra*, II, Milán, 1971, pág.688.

⁸⁵³ SCIALOJA, V.: *Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos*, Chile, 1970, págs.312-313; MURGA, J.L.: *Derecho romano clásico. El proceso*, Zaragoza, 1980, pág.357.

⁸⁵⁴ En estos procesos el poseedor gozaba de la posición más ventajosa: le amparaba el hecho posesorio y podía exigir de la parte contraria la prueba de su derecho. La fijación del estado posesorio servía para determinar a quién correspondía la carga de la prueba. Varios textos romanos amparan esta opinión: C.8,1,3; Inst.4,15 § 4: "Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta «uti possidetis, et utrubi», quum ab utraque parte de proprietate alicuius ei controversia sit, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat. Namque, nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia est civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidere petat" (vid.SOHM, *ob.cit.*, pág.408).

⁸⁵⁵ LABRUNA, L.: *Vim fieri veto*, Camerino, 1971, pág.176. Basta recordar que en la época clásica eran considerados poseedores no sólo el propietario o quien posee con *animus domini*, sino también el precarista, el acreedor pignoraticio y el secuestrario. Como ha señalado KASER, M.: *Das römische Privatrecht*, Munich, 1955, pág.336 nota 7, resulta difícil imaginar la tutela posesoria del precarista o del secuestrario como una fase preparatoria.

⁸⁵⁶ Precisamente SAVIGNY, *ob.cit.*, pág. 107, al vincular el origen de los interdictos a la protección del *ager publicus*, los independiza de esa función introductoria, que correspondería a otro procedimiento, la *manus consertæ* (la *manus consertæ* consistía en una lucha ficticia entre quienes se disputaban una cosa mueble, que finalizaba con la intervención del pretor, el cual, separándolos, pronunciaba «Mittite ambo rem» -Gayo, IV, 16-(vid.MARTIN-BALLESTERO, *La acción negatoria*, *ob.cit.*, pág.65).

IHERING, *ob.cit.*, pág.52, apunta el supuesto -rechazado por SAVIGNY por falta de lesión violenta- de una "controversia de possessione completamente pacífica y exenta de todo género de violencia, como, por ejemplo, si se tratase de saber, entre dos pretendientes a una herencia, cuál había tomado primero la posesión de un fundo hereditario".

de retener tutelan la posesión frente a toda clase de perturbaciones, las cuales comportaban siempre una pretensión posesoria sobre la cosa⁸⁵⁷. Habitualmente quien solicita el cese de la inquietación también exige el reconocimiento de su condición de poseedor y quien realiza la perturbación afirma que el infractor es su oponente, a quien niega la condición de poseedor. Esa recíproca pretensión y negación se concreta en la fórmula interdictal: los interdictos *uti* y *utrubi* son *interdicta duplex*, pues cada parte es a un tiempo demandante y demandado y dispone de las mismas facultades para probarlo⁸⁵⁸. Sólo posteriormente el interdicto *uti possidetis* protegerá a quienes se hallen incontestablemente en posesión y sean inquietados por un tercero que no se pretende poseedor⁸⁵⁹.

El interdicto *uti possidetis* mantiene en su posesión al poseedor actual, siempre

⁸⁵⁷ KASER, *ob.cit.*, pág.336, señala que ambos contendientes pretenden que se reconozca su posesión -no viciosa- frente al adversario y añade (nota 9): "Gegen den, der den Besitz nicht für sich beansprucht, ist es nicht zuständig"; BRUNS, C.G. (1816-1880): *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar, 1874, pág.17, afirma: "Durch das Interdict wird entscheiden, wer Besitzer ist und wer nicht (...) Aber das ist doch keine "interimistische" Besitzregulierung für den Proceß! Denn das Interdict entscheidet ja den Besitzstand nicht blos interimistisch für den Proceß, sondern schlichtin und absolut", pues (pág.45) "Jeder glaubt im Besitze zu sein, hat vielleicht auch guten Grund dafür, denkt nicht daran, in Recht oder Besitz des Gegners eingreifen zu wollen, sondern glaubt nur seinen eigenen Besitz einfach auszuüben". En el mismo sentido, MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz*, *ob.cit.*, pág.431. Vid.también BARON, *Pandekten*, *ob.cit.*, n.106.; BEKKER, *Die Aktionen...*, *ob.cit.*, págs.65-67 y, del mismo autor, "Zur Reform des Besitzrechts", *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 30 (1891), pág.240 y ss. y JÖRS, P.-KUNKEL, W.: *Derecho privado romano*, Barcelona. 1965 (reimpresión), pág.168.

⁸⁵⁸ GAYO IV,160. Como dice BUONAMICI, F.: *La storia della procedura civile romana*, vol.I, Pisa, 1886 (ed.anastática 1971), pág.439, "...l'interdetto uti possidetis (...) nè possa mai considerarsi come semplice, in quanto che l'una el'altra parte chiede di essere riconosciuta nel possesso della cosa". Por su parte, señala PACCHIONI, G.: *Manuale di Diritto romano*, 3 ed., Turin, 1935, pág.323, nota 1: "All'interdictum uti possidetis si faceva ricorso quando più persone pretendevano ciascuna, ad esclusione dell'altra, di avere il possesso di uno stesso fondo (possessionis controversia), sia che tale pretesa la facessero valere oralmente, sia che pretendessero entrambe di stare sul fondo, sia che l'una impedisce all'altra di usare del fondo, e simili"; JORS-KUNKEL, *ob.cit.*, pág.169 nota 6, concluye: "la idea, corriente en la bibliografía antigua, de que los interdictos de retener eran procedentes aunque la parte contraria no pretendiera para sí la posesión, hay que rechazarla en el derecho clásico" (vid.también SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, *ob.cit.*, pág.205; MOLITOR, *La possession...*, *ob.cit.*, pág.137 y ss.; MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz*, *ob.cit.*, pág.433 y KASER, *ob.cit.*, pág.336).

⁸⁵⁹ GIRARD, *ob.cit.*, págs.301-302. En pág.303 nota 1 añade que no es dudosa la admisión del interdicto incluso contra quien no se pretende poseedor. El aspecto dudoso es saber en qué medida esto modificó el procedimiento o incluso la forma del interdicto. Por su parte FADDA y BENZA, *ob.cit.*, pág.605, resaltan la excepcionalidad de recurrir al u.p. contra quien turba la posesión sin pretender una posesión propia.

que su posesión no sea injusta respecto a su adversario -adquirida *vi, clam* o *precario*- sin que resulte relevante que lo sea respecto a un tercero⁸⁶⁰. La otra parte, en caso de posesión injusta, podía oponer la *exceptio vitiosae possessionis*⁸⁶¹. En las fuentes no existen datos suficientes para saber con exactitud si, de demostrarse esa posesión viciosa, surgía la obligación de restituir. El presunto carácter recuperatorio del *uti possidetis* en este supuesto ha generado una larga polémica doctrinal⁸⁶², pues, aunque la valoración de un eventual carácter recuperatorio haría más entendible su fusión ulterior con el interdicto *utrubi*, tal función no se corresponde con la fórmula del interdicto ni con los hechos⁸⁶³.

A diferencia del *uti*, el interdicto *utrubi* no protegía al poseedor actual, sino a quien hubiera poseído la cosa mueble más tiempo durante el año anterior al interdicto y siempre que no fuera viciosa respecto a la parte contraria⁸⁶⁴. Se presumía que quien probaba esa posesión más duradera era poseedor en el momento del litigio⁸⁶⁵.

⁸⁶⁰ D.43,17,1; C.8,6,1; Inst.4,15,4: "nam uti possidetis interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat, si modo nec vi nec clam nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem, etiamsi alium vi expulserat, aut clam abriperat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret".

⁸⁶¹ Esta *exceptio* también se podía alegar en el interdicto de *vi* -no en el de *vi armata*- (vid.IGLESIAS, *ob.cit.*, pág.339).

⁸⁶² BERGER, A.: "Miscellen aus der Interdiktenlehre", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom.Abt.)*, 36, 1915, pág.216; KASER, *ob.cit.*, págs.338-339, analiza la función recuperatoria del *uti possidetis* y su relación con el interdicto recuperatorio por excelencia, el *unde vi*.

El carácter recuperatorio del *u.p.* se potencia en la Edad Media y Moderna, pues se considera que el despojado (si no lo ha sido violentamente) conserva la posesión civil; de este modo se afirma que sólo ha sido inquietado, por lo que debe accionar los remedios de retener (vid.ROTONDI, G.: "La funzione recuperatoria dell'azione di manutenzione e la dottrina del possesso «solo animo»", *Rivista di Diritto Civile*, 1918, pág.521 y ss.)

⁸⁶³ FERRINI, C.: *Manuale di Pandette*, Milan, pág.261; asimismo, MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz*, *ob.cit.*, pág.87 y ss.

⁸⁶⁴ Inst.4,15,4. Instituta de Gayo, IV, 160. Sobre la figura, KASER, *ob.cit.*, pág.338 y ss.

⁸⁶⁵ Esta ficción comporta que el interdicto *utrubi* sea considerado de retener, aunque cuando se designe poseedor a quien no posee actualmente tenga carácter recuperatorio (vid.SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, *ob.cit.*, pág.211; MOLITOR, *La possession...*, *ob.cit.*, pág.127). Para computar el tiempo de posesión, el poseedor en quien no concurría ningún vicio podía añadir la posesión de su antecesor, tanto si le sucedía a título universal como particular.

1.1.2. El iter procedimental clásico de los interdictos

El procedimiento interdictal clásico está detallado en las Instituciones de Gayo. El pretor manda a ambas partes que no se hagan violencia, que no se impida al que no posee viciosamente seguir poseyendo⁸⁶⁶. Sólo si se desobedece -ergo se da esa violencia- se inicia la segunda parte del juicio. Quien la ha sufrido alega la vulneración del interdicto y la otra parte replica que su conducta se adecúa al mandato del pretor. Como sólo existe *vis* en tanto que es el poseedor quien la padece, se ha de resolver sobre la posesión, mediante un procedimiento complejo⁸⁶⁷. En primer lugar, mientras se decide la causa, se atribuye interinamente la posesión a la parte que en una licitación -*fructus licitatio*- ofrece un precio mayor por ella. Aunque el mejor postor retiene en su poder la posesión, debe prometer a la otra parte el pago de una suma en caso de que pierda⁸⁶⁸. A continuación se pasa a indagar definitivamente quién de los contendientes es el poseedor efectivo. Para ello cada sujeto afirma que el otro ha cometido la violencia proscrita y se hacen recíprocamente una *sponsio* y una *estipulatio*, configurando una promesa cuádruple: cada uno -actor y demandado- se hace prometer del otro una suma para el caso de que se demuestre que no ha obedecido la orden del pretor, y simultáneamente se compromete a pagarla de demostrarse que ha sido él el infractor. En base a este juego de declaraciones se configura el interdicto *uti possidetis* como un procedimiento doble. Tras conocer los datos, el juez determinaba quién era

⁸⁶⁶ GAYO, IV, 160: "Nam summa conceptio eorum interdictorum haec est uti nunc possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto", que se podría traducir como: Prohibo que se haga violencia para que poseáis de otra manera a como poseéis actualmente.

⁸⁶⁷ SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, *ob.cit.*, pág.195, afirma que "cuando la mayor parte de los jurisconsultos señalan, al menos tácitamente, que el procedimiento relativo a los interdictos ha sido completamente sumario, su opinión no sólo carece de fundamento sino que está directamente rechazada por los hechos." Un análisis exhaustivo del procedimiento en SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, *ob.cit.*, pág.333 y ss.; GLÜCK, F.: *Commentario alle Pandette*, continuación de A. UBBELOHDE, Milan 1907, pág.315 y ss. Más sucintamente, LABRUNA, *ob.cit.*, pág.189 y ss. y KASER, *ob.cit.*, págs.337-338.

⁸⁶⁸ Esa suma no la entregaría en concepto de los frutos obtenidos durante el procedimiento -también restituybles-, sino de pena. Señala GAYO, IV, 167: "... Summa enim fructus licitationis non pretium est fructum, sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est".

Algunos autores han considerado que la *fructus licitatio* es el mecanismo que suplirá el *summarissimum possessorio* (MOLITOR, *La possession...*, *ob.cit.*, pág.139; APPLETON, Ch.: *De la possession et des actions possessoires*, Paris 1871, pág.131)

el poseedor, obligando al vencido a pagar hasta tres sumas diferentes⁸⁶⁹ y a la pérdida de la posesión y de los frutos percibidos durante el proceso.

1.2. La configuración postclásica

En la época postclásica la tutela posesoria experimenta alteraciones sustanciales. Aparece el interdicto *momentariae possessionis*, una figura que parece distorsionar las sincronías clásicas y que recoge parcialmente el Código justineano (C.8,4,8)⁸⁷⁰. Se discute si se trata de una mera desviación del *unde vi*⁸⁷¹ o de una nueva acción recuperatoria general, que sustituiría a los anteriores interdictos recuperatorios y abarcaría todos los casos de pérdida de la posesión, protegiendo incluso a los detentadores⁸⁷². La figura será recurrentemente citada por autores medievales y modernos para fundamentar los juicios sumarios y explicar los interdictos recuperatorios⁸⁷³.

También los interdictos *retinendae possessionis* experimentan importantes

⁸⁶⁹ La parte que vencía quedaba absuelta de sus dos promesas y obtenía la sponsio que la otra parte había prometido como actor y la restitutio que había prometido como demandado, así como la restitución de la cosa si no la detentaba y la suma de la fructus licitatio si la otra parte había obtenido interinamente la posesión de la cosa, en concepto de pena, y no compensable con los posibles frutos obtenidos en el interin que tenía que restituir también. Las cantidades y los conceptos variaban en función de una serie de circunstancias, vid. SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, ob.cit., pág.336-337, quien (pág.341) considera que el procedimiento "era un gran desastre por las graves consecuencias para el perdedor".

⁸⁷⁰ C.8,4,8: "Momentariae possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, mox audiri interdum etiam sine inscriptione, meretur".

En realidad, su sede de desarrollo es el Codex Theodosianus. Sobre la figura, DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, ob.cit., págs.18-25; RUFFINI, F.: *L'actio spoli*, Turin, 1889 (ed.anast. 1972), págs.53 y ss. y la monografía de MALAFOSSE, J.: *L'interdit momentariae possessionis. Contribution à l'histoire de la protection possessoire en Droit romain* (ed.anast. 1967).

⁸⁷¹ Para BIONDI, "Summatim cognoscere", ob.cit., pág.750, se trata del interdicto *unde vi*, que desborda los límites fijados por los clásicos. Vid.también ROTONDI, "La funzione recuperatoria dell'azione di manutenzione...", ob.cit., pág.526.

⁸⁷² MALAFOSSE, ob.cit., pág.121, cree que el comentario a las Sentencias de Paulo demuestra la desaparición de los interdictos *utrubi* y *u.p.*. Las acciones posesorias se habrían fundido en una única acción restitutoria surgida del interdicto *momentariae possessionis* y del *unde vi* postclásico. Su opinión carece de adeptos; no obstante, Cujacio o Jhering vieron en ese interdicto una figura imprescindible para comprender la posesión.

⁸⁷³ Su denominación es tan explícita que se vinculará a cualquier procedimiento de rápida resolución que no indague el origen de la posesión sino que se limite al presente.

cambios. Aun conservando la denominación clásica, los interdictos *uti possidetis* y *utrubi* se convierten en una acción posesoria única, porque las reglas del primero se aplican al segundo: en ambos procesos vence la parte que está en posesión de la cosa al inicio del proceso, siempre que su posesión no sea viciosa⁸⁷⁴. Paralelamente, algún texto (C.8,4,7) indica que la neta separación entre las instancias posesoria y petitoria se diluye en la práctica: los procedimientos mezclan elementos petitorios y posesorios⁸⁷⁵.

Pero más allá de cambios específicos, tiene lugar una modificación general que transforma todo el sistema: el procedimiento de la *extra cognitio* sustituye al complejo procedimiento formulario, lo que comporta la desaparición de las singularidades del proceso interdictal. Se mantiene la denominación interdictos en atención, básicamente, a la materia que contemplan pero el procedimiento ya no comienza con una orden del pretor -que después éste juzga en una segunda fase- sino que el magistrado interviene sin más para juzgar la relación que ha dado lugar a la incoación del interdicto⁸⁷⁶. Su actividad se encuadra sin distinciones en la categoría general de acciones: las principales diferencias ya no existen⁸⁷⁷.

⁸⁷⁴ I.4,15,4; D.43,31,1.1

En los *retinendae* se mantiene la excepción *vitiosae possessionis*, a diferencia de los de recobrar (vid. MARTI MIRALLES, "Spoliatus...", *ob.cit.*, pág.198).

⁸⁷⁵ C.8,6,7: "Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium eiusdem rei amittat. Sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur".

COING, H.: *Handbuch der Quellen und Literature der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II/1, Munich, 1977, pág.283, subraya esta permeabilidad, absolutamente extraña a la regulación clásica.

⁸⁷⁶ SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, *ob.cit.*, pág.343. Sobre el procedimiento *extra ordinem*, BIONDI, B.: "Il proceso civile giustineano (Metodo e spunti di ricostruzione)", en: *Studi giuridici*, II, Milan, 1965, pág.568 y ss. y MICHELET, E.: *La règle du non-cumul du possesseur et du pétitoire*, Paris, 1973, pág.29 y ss.

⁸⁷⁷ BEKKER, *Die Aktionen...*, *ob.cit.*, pág.55, señala: "Mit Einführung von Sponsion und Restipulation sammt den aus denselben hervorgehenden Aktionen ist das Interdiktenverfahren in seiner Totalität in das ius ordinarium hinübergeführt". Vid. también SCIALOJA, *Procedimiento civil romano*, *ob.cit.*, págs.342-343; BIONDI, B.: "Intorno alla romanità del processo civile moderno", en: *Scritti giuridici*, *ob.cit.*, pág.391 y VIOLLET, P.: *Histoire du Droit civil français*, 2 ed., Paris, 1893, pág.581.

1.3. La integración justineana

El Derecho justiniano restaura parcialmente el sistema de protección interdical clásico, aunque ha arrinconado definitivamente su procedimiento⁸⁷⁸. Como se constata en el Tít. I del Libro 43 del Digesto, titulado *De interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt*, los interdictos mantienen una absoluta asimilación a las acciones⁸⁷⁹. Aunque se modifican algunos criterios de los interdictos recuperatorios la configuración de los interdictos de retener coincide con la reseñada en la época postclásica y así llegará a los juristas medievales.

1.4. La necesidad de reconstruir el interdicto *uti possidetis*: la carencia de fuentes clásicas

El análisis del *uti possidetis* demuestra que sus sucesivas modificaciones no se limitaron a aspectos puntuales como la alegación de una excepción o la equiparación entre bienes muebles e inmuebles. El cambio fundamental es la transformación del procedimiento específico en el general de la *extra cognitio*. Los juristas medievales conocen el régimen del *uti possidetis* a partir de textos (D.43,17 y C.8,6,) que presuponen esa generalización. Las fases y singularidades del procedimiento clásico no están a su alcance, pues se detallaban en las Instituciones de Gayo y esta obra estuvo perdida hasta 1816⁸⁸⁰. Tan sólo se conocían los fragmentos incorporados al Digesto y a las Instituciones de Justiniano y algunos aspectos sustantivos recogidos en la *Collatio*, o citados por Prisciano y Boecio. Por tanto, los juristas medievales manejan fragmentos que sólo contemplan la fase previa del procedimiento originario⁸⁸¹. Para

⁸⁷⁸ Sobre todo ello, DE LOS MOZOS, *Tutela interdical...*, *ob.cit.*, págs.28-30.

⁸⁷⁹ ALBERTARIO, E.: «Actiones e interdicta», en: *Studi di Diritto romano*, IV, Milan 1946, págs.119 y 159, señala que "... gli istituti classici non esistono più, ma Giustiniano conserva spesso ancora il nome che gli istituti nel diritto classico avevano. La sostanza è mutata: resta, iguale, la forma".

⁸⁸⁰ Es el texto que recoge ordenadamente el derecho romano clásico. En 1816 NIEBUHR encontró el texto prácticamente íntegro en la Biblioteca capitular de Verona, bajo una copia del s.XVI de las Epístola y las Polemica de S.Jeronimo (KRUGER, P.: *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, 2 ed., Munich/ Leipzig, 1912, pág.276).

⁸⁸¹ Como hace notar SAVIGNY, "Neu entdeckte Quellen des Römischen Rechts" en: *Vermischte Schriften*, III, Berlin, 1850, pág.175: "daß Justinian's Institutionem keine Spur übrig bleiben konnte von diesen Formularen, die sich insgesamt (wie hier der Augenschein ergibt) auf die alten ordinaria iudicia bezogen". Vid.también BONFANTE, *Note...*, *ob.cit.*, pág.601; CIAPESSONI, P.: "Apunti sul testo

ellos, dicho procedimiento concluía con la fórmula del pretor: «seguid poseyendo como poseiais», orden que, al no constar como prelude de una fase ulterior, carecía de toda lógica. Parecía evidente que si las partes se arrogaban la posesión exclusiva *-in solidum-*, instarlas a seguir poseyendo como hasta entonces perpetuaba el conflicto. Ante el *timor armorum* (D.7.1.13 §3) se propondrán una serie de soluciones para fijar a quién se prefiere. A partir de las mismas se articularán, como veremos, los criterios del art.445 Cc.

2. La situación preexistente a la recepción del Derecho romano en la Edad Media: la influencia de los derechos germánico y canónico

Para entender la tutela posesoria actual no bastan las claves del derecho romano. Desde su recepción, los juristas medievales interpretan y adaptan los textos romanos elaborando una serie de construcciones que a menudo distan notoriamente de las figuras originales. Ello obedece, en gran medida, a que las realizan en unos territorios que habían generado mecanismos de protección autóctonos y en los que la Iglesia había desplegado progresivamente su propia regulación. Esa influencia también se constata en las ulteriores construcciones del interdicto de retener, de ahí la utilidad de analizar los sistemas germánico y canónico.

2.1. El Derecho germánico

El derecho germánico carece de una figura equivalente a la *possessio* romana. No obstante, genera una institución que presenta notables puntos de contacto: la *Gewere*, que es también un poder de hecho sobre la cosa, pero directamente vinculado a las coordenadas de algún derecho. Aunque inicialmente el término *Gewere* había aludido al acto de investidura de un derecho, pronto designó la exteriorización de un derecho real⁸⁸².

edittale degli interdetti «uti possidetis» e «utrubi», en: *Studi in memoria di Aldo Albertoni II*, Padova, 1937, págs.33-34 y KASER, M.: "Gaius und die Klassiker", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom.Abt.)*, 1953, pág.150.

⁸⁸² HUBNER, R.(1864-1945): *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 4 ed., Leipzig, 1922, pág.183 y ss.; GIERKE, *ob.cit.*, pág.182 y ss.; SCHUPFER, F.: *Il Diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III (Possessi e Dominii), 2 ed., Città di Castello/ Roma, 1915; STINTZING, "Besitz, Gewere, Rechtschein", *ob.cit.*, pág.418 y ss.; PLANITZ, *ob.cit.*, págs.154-155. También RUFFINI, *ob.cit.*, pág.118; NANI, C.: *Storia del Diritto Privato italiano*, Turin, 1902,

La caracterización de la *Gewere* establece las diferencias con la *possessio*. Mientras que los romanos configuran la *possessio* como posibilidad de influencia y se circunscriben a la relación de facto, los germanos entienden la *Gewere* en términos económicos -en función del goce o utilidad que el sujeto obtiene del bien- y valoran la razón jurídica que origina la situación de goce (la investidura). Ni siquiera cuando prescinden del análisis de la existencia del derecho, disocian la tutela de la situación de hecho de la idea (al menos presuntiva) del correspondiente derecho⁸⁸³.

Las divergencias se extreman al cotejar los mecanismos de protección. En sus inicios, la tutela de la *Gewere* se configura como un mecanismo penal contra la violencia privada y aunque este criterio se supere con posterioridad, no existen en derecho germánico acciones posesorias análogas a las interdictales: no hay una separación técnica entre juicio posesorio y petitorio⁸⁸⁴. Ello comporta dos peculiaridades:

-La contienda sobre la *Gewere* se convertía habitualmente en una cuestión previa dentro del procedimiento sobre el derecho mismo, que tenía por objeto fijar la posición de las partes en este último⁸⁸⁵.

-Cuando la *Gewere* es el objeto central del litigio, se admite la alegación de pruebas vinculadas a su origen.

pág.269 y ss.; BARASSI, *Il possesso...*, *ob.cit.*, pág.41; DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.50.

A pesar de las diferencias, RUFFINI, *ob.cit.*, pág.117, cree que ambas figuras "non sono se non due forme diverse del medesimo istituto".

⁸⁸³ Como hace notar NANI, *ob.cit.*, pág.271: "La *Gewere* consiste in un rapporto di fatto, ma in un rapporto di fatto che non può essere concepito senza un sostrato giuridico". Y observa MICHELET, *ob.cit.*, pág.32, n.33: "La *Gewere* était essentiellement un pouvoir de fait sur une chose, mobilière ou immobilière, en vertu d'un juste titre (justa possessio). Elle affirmait un droit réel sur un bien, mais n'absorbait pas complètement ce droit; elle n'en était que l'apparence et n'en impliquait que la prétension".

⁸⁸⁴ HUBNER, *ob.cit.*, pág.192: "Der angriff gegen die *Gewere* war also in Wahrheit ein Angriff gegen das Recht und die Verteidigung bezog sich gleichfalls auf das Recht, das in der *Gewere* sich äußerte". Vid. también LEVONI, A.: *La tutela del possesso*, Milan, 1979, págs.49-51.

⁸⁸⁵ BRUNS, *Die Besitzklagen...*, *ob.cit.*, pág.224. Vid. LEICHT, P.S.: *Il diritto Privato Preirneriano*, Bolonia, 1933, pág.118; NANI, *ob.cit.*, pág.273; HEUSLER, A.: *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, Leipzig, 1885, 1 parte, 4 libro, pág.44.

Esta función se recupera reiteradamente con posterioridad para explicar la función de los genuinos interdictos romanos.

La tutela de la *Gewere* se ciñe a dos supuestos, que no son, a pesar de las similitudes, homologables a los romanos: la perturbación y el despojo⁸⁸⁶. Los conflictos por perturbación se centraban en las controversias sobre el derecho en que ambas partes apoyaban la posesión exclusiva de la cosa. En tal caso tenía lugar un proceso preparatorio que fijaba cuál de las dos era el demandado y tenía la posesión durante el litigio. En primer lugar, se indagaba si los dos contendientes habían poseído efectivamente, es decir, si habían realizado actos de goce en la cosa. Si sólo uno podía acreditar su actividad, se le adjudicaba la posesión. Si ambos podían demostrarla, se decidía a favor de los actos más antiguos⁸⁸⁷⁸⁸⁸.

Por tanto, los germanos adoptan el criterio de la posesión más antigua⁸⁸⁹. Y

⁸⁸⁶ SCHUPFER, *ob.cit.*, pág.45.

⁸⁸⁷ Encontramos el recurso a la posesión más antigua en las *Leyes Baiuvariorum* (XVII,2) en que se detalla el modo en que las partes pueden reclamar un campo. El demandado podía jurar: "ut ego in tua opera priore non invasi contra legem, nec cum sex solidis componere debeo nec exire, quia mea opera et labor prior hic est quam tuus". Pero el demandante replicaba: "Ego habeo testes, qui hoc sciunt quod labores de isto agro semper ego tuli nemine contradicente, exaravi, mundavi, possessi usque hodie, et pater meus reliquit mihi in possessione sua" (Vid.desarrollo de SCHUPFER, *ob.cit.*, pág.46). Por su parte, HEUSLER, *ob.cit.*, pág.45, señalaba: "Zu diesem Behufe untersucht der Richter zuerst, ob wirklich auf beiden Seiten Handlungen stattgefunden haben, die sich als ein Beziehen der Nutzung, als ein upboren des Gutes charakterisieren. Denn wenn eine Partei nichts dergleichen für sich nachweisen kann, so hat sie keine Gewere, und damit ist entschieden, dass sie als Kläger auftreten muß. Haben aber beide Parteien wirklich das Gut genutzt, so wird demjenigen, dessen Nutzung in ältere Zeit hinaufreicht, die Gewere und die Beklagtenrolle zugetheilt". (por último, BRUNS, C.G.: "Der ältere Besitz und das Possessorium ordinarium", *Kleinere Schriften*, Weimar, 1882, pág.156).

⁸⁸⁸ SCHUPFER, *ob.cit.*, pág.47, reproduce la controversia (recogida en un documento del año 855) entre los obispos de Frisinga y Trento por cierta viña de Bolzano, que el segundo había, a juicio del primero, invadido injustamente. El caso se llevó a los Tribunales y en primer lugar se trató de la posesión, que ambos contendientes pretendían tener. El rey preguntó al juez: Quid legis fuisset y éste respondió: "Qui vestituram prius haberet inter duo regalia, testes exhibere: si triginta annorum etate subiectae essent vineae ad domum S.Mariae, nunquam mutaretur; si autem, ad locum Trientarum revertissent".

⁸⁸⁹ La posesión más antigua se valora sólo en los casos de pretensión del reconocimiento de la posesión y no es aplicable al despojo: el derecho germánico no tutela sistemáticamente la *Gewere* más antigua, que sólo prevalece frente a aquellas *Gewere* que no puedan demostrar, junto a su actualidad, el prolongarse en el pasado un año y un día: el conflicto entre una *Gewere* que demuestra su origen en el pasado pero no su manifestación presente y una *Gewere* actual, que acredita una duración de un año y un día, se resuelve a favor de la segunda. Como apunta BLUNTSCHLI, J.C.(1808-1881) *Deutsches Privatrecht*, München, 1853 (Ed.anastática 1983), pág.301, "die Hauptwirkung der rechten Gewere ist Sicherheit derelben gegen Anfechtung. wurde das Grundstück binnen Jahr und Tag von einem andern angesprochen, der auch eine Gewere (Herrschaft) daran behauptete, so standen sich zwei Behauptungen entgegen und hatten sie beiden Grund, so mußte bei sonst gleichen Verhältnissen die ältere Gewere der jüngern vorgehen. Hatte aber einmal der jetzige Inhaber der Grundstücke eine rechte Gewere daran erlagt, so konnte diese nicht mehr gebrochen werden durch die verschwiegene ältere Gewere. Der Stieg der jüngern Gewere war entschieden, wenn sie zur rechten Gewere geworden" (el subrayado es nuestro).

junto a la valoración de la posesión más antigua, también contemplan el origen de la *Gewere*, aunque este dato se revela especialmente relevante para los canonistas.

2.2. El Derecho canónico

En su monografía sobre la posesión, SAVIGNY se maravillaba de la influencia de las Falsas Decretales. El falsificador que forjó la Colección Pseudo-Isodoriana no podía imaginar que uno de sus textos sirviese algún día para apoyar un sistema nuevo del derecho de acciones posesorias y aun de la posesión⁸⁹⁰. En particular, el derecho canónico repercute en la tutela posesoria con la incorporación de una figura nueva: la *actio spoli*, que alcanzará un uso generalizado.

2.2.1. La *exceptio spoli*. El canon *Redintegranda*

En una época que tendía a solventar los conflictos por la fuerza, la Iglesia asumió como objetivo prioritario la prohibición de tomarse la justicia por propia mano. Inicialmente este propósito se limitó a los obispos despojados de sus sedes por herejes o señores feudales para cuya salvaguarda aparece, hacia el 850, en una Decretal *Redintegranda* integrada en esas Falsas Decretales, la *exceptio spoli*⁸⁹¹. En sus inicios no era más que una garantía procesal con forma de *officium iudicis*, que permite al obispo privado de su posesión no ser sometido a juicio hasta recobrarla, en base al principio de que la ejecución no debe preceder al juicio⁸⁹². En 1059, el Concilio de

⁸⁹⁰ SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, *ob.cit.*, pág.253. En realidad, no se trata tanto de que el Derecho canónico formulase un nuevo concepto de posesión, como de que ante una situación social diferente hiciera de la misma un uso sumamente generalizador con el fin de dispensar una más amplia y efectiva protección contra el despojo.

⁸⁹¹ "Redintegranda sunt omnia spoliatis, vel eiectis episcopis præsentialiter ordinatione Pontificum, et in eo loco, unde abscesserant funditus revocanda, quacunq[ue] conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia maiorum, aut per cuascunq[ue] iniustas causas, res eclessiæ, vel proprias, aut substantias suas perdidisse noscuntur ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum, et reliqua" (vid.MARTI MIRALLES, "Spoliatus...", *ob.cit.*, pág.244).

El obispo Rothade, excomulgado y depuesto de su sede, la alegó al apelar al Papa Nicolas I en un litigio fechado hacia el 865. El obispo acudió a Roma llevando las Falsas Decretales, que a partir de entonces conoció la Sede Apostólica (sobre el proceso, RUFFINI, *ob.cit.*, pág 212 y ss. y DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.35 y nota 98 quien antes señala que la reposición previa en sus sedes de los obispos depuestos ya se había aprobado en los Concilios de Lampsacus (364) y Roma (501)).

⁸⁹² Como concluye MARTI MIRALLES, *ob.cit.*, pág.244, "en el fondo, no era otra cosa que un privilegio político de los obispos" (Sobre la figura en general RUFFINI, *ob.cit.*, págs.141-252).

Roma precisa su aplicación estableciendo varias excepciones: no podrá ser invocada cuando el obispo sea notoriamente apóstata o resulte evidente la legitimidad de su destitución; además, el obispo, aunque no debe ser obligado a probar su institución canónica, no puede alegar meramente su posesión. De algún modo ha de aportar un indicio de su legitimidad: debe *colorearla*⁸⁹³.

La *exceptio* es reproducida de manera oficial en el Decreto de Graciano (hacia 1150), que todavía la configura como un privilegio de los obispos⁸⁹⁴, aunque no recoge la necesidad de un título que coloree la posesión, en una aproximación al interdicto *unde vi justineano*. Paralelamente, la práctica ha ido ampliando el ámbito de la *exceptio* hasta convertirla en un remedio alegable en las causas civiles que se concede a cualquier víctima de despojo, incluso laica, sin limitarlo a quienes eran poseedores en derecho romano: puede excepcionar cualquier detentador desposeído⁸⁹⁵.

2.2.2. La *actio spolii*

Sin embargo, la *exceptio spolii* no conlleva una tutela absoluta por cuanto cumple una función estrictamente defensiva: presupone que el despojado será citado a juicio tras el despojo. Si el expoliador no tenía interés en promover la litis, el despojado carecía de mecanismo de defensa⁸⁹⁶. Por ello, tras varias soluciones

⁸⁹³ RUFFINI, *ob.cit.*, pág.209: "...cioè affermare anzitutto di avere oltre al possesso il suo possesso, e darne una prova sommaria"; SALVIOLI, *ob.cit.*, n.571, pág.540, afirma que la excepción "traeva origine dal concetto germanico, che il dejetto non perde l'investidura, ma tiene la cosa animo finchè non è dichiarato decaduto dal giudice".

⁸⁹⁴ El texto no lo precisa de forma inequívoca, lo que ha originado una controversia doctrinal sobre si se limita a los obispos o amplía su ámbito (la recoge RUFFINI, *ob.cit.*, pág.24).

⁸⁹⁵ BRUNS, *Das Recht des Besitzes...*, *ob.cit.*, pág.214, señala que esa ampliación indudablemente desbordó todas las fronteras de un sistema natural de protección posesoria. Sobre esa evolución, SALVIOLI, *ob.cit.*, pág.540; RUFFINI, *ob.cit.*, pág.240; BONFANTE, *Note...*, *ob.cit.*, pág.382; CESAREO-CONSOLO, *ob.cit.*, pág.666 y OURLIAC, P.- MALAFOSSE, J.de: *Derecho romano y francés histórico*, t.II, Los bienes, Barcelona, 1963, pág.478 y ss.

⁸⁹⁶ RUFFINI, *ob.cit.*, pág.208, señala que la *exceptio spolii* no mira de proteger al despojado en su calidad de propietario o de poseedor, "ma che tende unicamente a tutelare lo spogliato nella sua qualità di acussato".

parciales⁸⁹⁷, la Decretal *Saepe contingit* (1215)⁸⁹⁸, de Inocencio III (1198-1216), esboza una figura diferente, la *actio spoli*, que permite al despojado iniciar el litigio y que pretende anticipar la restitución sin tener que esperar una resolución sobre el fondo.

La *actio spoli* se configura como un procedimiento restitutorio contra toda *deiectio* injusta, incluso no violenta, que pueden ejercitar poseedores o meros detentadores. Abarca los más diversos derechos (diezmos, oficios, beneficios, el simple *status...*) y puede interponerse contra el despojante o contra terceros poseedores de mala fe (concedores del expolio). En suma, se concede en las máximas condiciones de generalidad y amplía sustancialmente la tutela posesoria⁸⁹⁹.

Si inicialmente la *exceptio spoli* podía ser contrarrestada con una serie de excepciones, con posterioridad alcanza carácter absoluto dentro de su restringido ámbito de aplicación⁹⁰⁰. Por contra, la *actio spoli* no gozará nunca de ese ejercicio

⁸⁹⁷ DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.37, las enumera: desde las interpretaciones de la glosa al can. *Quidam episcopus* hasta el recurso analógico a las acciones de dolo y *quod metus causa* (D. IV, 3, 5-6 y IV,2,3 y 12).

⁸⁹⁸ "Saepe contingit, quod spoliatus per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum iuris, proprietatis amittit efectum. Unde non obstante iuris civilis rigore, sancimus, ut si quis de caetero scienter rem talem receperit, cum spoliatori quasi succedat in vitium (eo quod non multum intersit quo ad periculum animae, iniustè detinere, ac invadere alienum) contra possessorem huiusmodi, spoliato per restitutionis beneficium succurratur".

⁸⁹⁹ Cinco características la definen: 1-. El demandante no es sólo el poseedor, sino también el detentador. 2-. El demandado no es exclusivamente el autor del despojo, sino también sus sucesores, si son *spoli conscius*. 3-. El objeto, además de los inmuebles, comprende las cosas muebles y la cuasiposesión. 4-. La acción no se fundamenta sólo en la pérdida de la cosa por la fuerza, abarca todos los supuestos de desposesión contra la voluntad del sujeto, incluso la pérdida; 5-. Parece que admitía pruebas petitorias, cuestión siempre controvertida ((BRUNS, *Das Recht des Besitzes...*, *ob.cit.*, págs.213-214).

En realidad, la *actio spoli* se vincula directamente al *unde vi* romano con la salvedad de su extensión a terceros. SAVIGNY, *Tratado de la posesión...*, *ob.cit.*, pág.257; MARTI MIRALLES, *ob.cit.*, pág.249; DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.43. (en contra VIADA LOPEZ-PUIGSERVER, C.: "Legitimación activa y pasiva en los interdictos de retener y recobrar la posesión", *ADC*, 1955, pág.802). SACCO, *ob.cit.*, pág.39 nota 4, resalta cómo, entre 1400 y 1700, *actio spoli* e interdicto *unde vi* van a la par, contraponiéndose y confundiéndose a un tiempo.

⁹⁰⁰ La evolución de la excepción implica la eliminación de esos requisitos. Por otro lado, la *actio spoli* no impide que se siga alegando la *exceptio*. Ambas figuras coexisten, pues su objeto es diferente: la segunda actúa en toda clase de juicios -civiles y criminales-; la primera es un procedimiento

incondicionado. La petición de restitución puede ser neutralizada con diferentes excepciones. Entre ellas, la más relevante es la *exceptio dominii* que permite al despojante oponer una titularidad anterior. Así como en los interdictos romanos se alegaban los vicios directamente vinculados al hecho posesorio, sin atender a la legitimidad del título que fundaba la posesión, en derecho canónico cabe oponer excepciones que comportan examinar la legitimidad del título⁹⁰¹. La aceptación de tales excepciones desdibuja los límites del juicio posesorio -convertido en juicio mixto- y denota la influencia del derecho germánico⁹⁰².

2.2.3. La Decretal *Licet causam* de Inocencio III

Por último, es preciso recoger la figura posesoria que aparece en la Decretal conocida como *Licet Causam* (C.9.X. De probationib. (2.19)). En esta resolución, el papa Inocencio III dirime la controversia entre la villa de Faenza y la iglesia de Ravenna sobre un territorio. En la Decretal se niega estar ante un interdicto *uti possidetis*, pues las pruebas son más trascendentes y se toman como baremos la posesión más antigua y avalada por algún documento⁹⁰³ -además del análisis

específico.

⁹⁰¹ MARTI MIRALLES, "Spoliatus...", *ob.cit.*, pág.256, señala que en virtud de aquella excepción, el procedimiento que se iniciaba con carácter posesorio, venía a terminar con una decisión sobre la propiedad. DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.44, enumera las diferentes excepciones oponibles.

Además, tras la recepción del Derecho Romano, los tribunales eclesiásticos, juntamente con los *remedia spoli*, aplicarán los interdictos romanos con la salvedad de que permiten oponer en éstos la *exceptio dominii*, sólo excluida en caso de *vis atrox* (Vid. IOANNES ANDREÆ (+1348): *In secundum Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetiis, 1581, De causa posse. & prop., cap.V, n.16 y ss. y como análisis histórico, MICHELET, *ob.cit.*, n.41, págs.36-37).

⁹⁰² SALVIOLI, *ob.cit.*, pág.540.

⁹⁰³ "Licet causam, quae vertitur inter ecclesiam Ravennatensem et commune Faventiae super iurisdictione, honore, ac districtu in illa Luci, sancti P. et castro Arioli, quod de iure ad se spectare dicta ecclesia proponebat (Et infra): Verum, quia utrique parti erat plurimum onerosum, testes producere coram nobis, Placentino episcopo dedimus in praeceptis, ut infra tres menses testes appellatione remota reciperet, quos utraque pars tam super principali negotio, quam in personas testium duceret producendos, ita videlicet, ut effrenata multitudo refrenata hinc inde quadragenarium numerum nullatenus excedere pateretur. (Et infra): Sicque postmodum utriusque partis procuratores cum attestationibus consignatis ad nostram praesentiam redierunt. Porro attestationibus solenniter publicatis, syndicus Faventinorum proposuit, se velle in personas testium ex parte altera productorum quaedam obiicere ac probare, oeconomus ecclesiae asserente, id fieri non debere. Super quo quum fuisset hinc inde aliquamdiu altercatum, tandem interloquendo decrevimus, ipsum super hoc nullatenus audiendum, quum infra trium mensium spatium in nostris literis comprehensum testes huiusmodi producere non curaverit, infra quem

minucioso de los testigos-. Algún autor lo considera otro procedimiento⁹⁰⁴ pero más

terminum pars utraque testes inducere potuit tam in personas testium, quam super negotio principali. Post hoc idem syndicus obiecit in testes praedictos, quod corrupti falsa dixissent, et ad querelam falsi probandam concedi sibi petiit facultatem. Unde quia talis exceptio non solum ante, sed etiam post sententiam potest opponi secundum legitimas sanctiones, licet nonnulli crederent, Faventinorum partem exceptionem huiusmodi per excogitatum malitiam ad impediendum processum negotii obiecisse, quia tamen nolumus a iuris tramite declinare, dilectis filiis magistris G. et T. Bononiae commorantibus per scripta nostra praecipimus, ut partibus convocatis testes, quos super hac exceptione procurator Faventinorum duceret producendos infra mensem, recipere et examinare curarent, de singulis circumstantiis subtiliter inquirentes, et depositiones eorum fideliter redigentes in scriptis, indulto extunc altero mense procuratori ecclesiae supradictae, infra quem, si vellet, ad reprobationem testium illorum produceret testes coram eis, et eorum dicta fideliter conscribentes XX. dierum terminum utrique parti praefigerent, infra quem cum attestationibus ipsis nostro se conspectui praesentarent sententiam recepturae. Partibus itaque comparentibus iterum coram nobis, et huiusmodi attestationibus publicatis, audivimus quaecumque proponere voverunt. Quanquam autem pars Faventinorum testes multos produxerit super negotio principali, ad probandum, quod homines praedictorum locorum a longis retro temporibus exhibuerunt eis servitia in bannis, et placitis, fossatis et collectis et cavalcatis, et quibusdam aliis pertinentibus ad districtum, vix tamen ex illis sed tantummodo remanserunt concordantes, quum alii multi sibimet in serie sui testimonii contradicant, et quidam alii sint in dicto sui testimonii singulares. Ad reprobandum vero quosdam testium ecclesiae Ravennatensis etsi ex parte Faventinorum quidam sit testes inducti, plures tamen illorum reprobantur, quia sibi invicem evidentissime contradicunt. Quidam vero alii pauci numero quamvis non reprobentur expresse, usque adeo tamen malae famae sunt et levis opinionis, sicut per attestationes exhibitae est probatum, quod eorum dictis nulla vel modica est fides adhibenda. Iidem quoque testes Faventinorum generaliter repelluntur, quia non probant illud, ad quod probandum eorum syndicus se adstrinxit, videlicet, quod corrupti falsa dixissent, quoniam, etsi de corruptione videantur aliquid dicere, de falsitate tamen penitus nihil dicunt, per multos autem ecclesiae Ravennatensis testes omni exceptione maiores probatum est manifeste, ecclesiam Ravennatensem villam Luci, S. Potiti et castrum Aureoli a longissimo tempore possedisse cum moni honore, districtu et iurisdictione, nominatim expressis universis articulis experimentibus iurisdictionem, honorem atque districtum. Ex praemissis igitur satis evidenter apparet, quod Ecclesia Ravennatensis per testes numero plures, quibus potius lux veritatis assistit, qui etiam aptiora negotio et vero proximiora in suis testimoniis expresserunt, sufficienter ostendit, quod a LX annis et citra, cum omni iurisdictione et honore, atque districtu, loca supra descripta possedit. Per quod patet, quod, si commune Faventiae a L. annis et citra, sicut videntur testes eorum deponere, aliqua servitia in locis perceperunt, supra dictis, illa proculdubio sine iusto titulo percipere inceperunt, quum duo insimul eandem rem et eodem modo in solidum possidere non possint, maxime quum iidem Faventini justum possessionis titulum non ostendant, et ex privilegiis imperatorum et Romanorum Pontificum ecclesiae Ravennatensi concessis evidentissime colligatur, possessionem ipsius ecclesiae in praedictis locis iustam fuisse. Quum ergo constet Faventinos ab eo tempore, quo se possedisse probare contendunt, minus iuste ac sine titulo aliqua in praedictis locis temeritate propria occupasse, ac processu temporis ver violentiam extorsisse, sicut per multos testes ecclesiae Ravennatensis manifeste probatur, et oconomus eiusdem ecclesiae petierit coram nobis, a vi turbativa seu inquietativa super praemissis commune Faventiae prohiberi, nos recognoscentis, in hoc casu, non sic locum esse interdicto Uti possidetis, ut dicere debeamus: Uti possidetis, ita possideatis, quum probationes ecclesiae longe sint potiores, et ideo sit in interdicto superior, de fratrum nostrorum consilio commune Faventinum sibi condemnamus, super iurisdictione, et honore, atque districtu et aliis ad hoc generaliter pertinentibus in locis praedictis, quoad possessorium iudicium, quo tantummodo actum est, perpetuum silentium imponentes, et prohibentes eidem, ut neque per se, neque per alios super his praesumat Ravennatensem ecclesiam aut habitatores praedictorum locorum aliquatenus molestare".

⁹⁰⁴ PERTILE, *ob. cit.*, pág. 193. Vid. también la exposición, a partir del litigio, de FERNANDEZ DE RETES, J.: "De interdictis et remediis possessoriiis", en: MEERMAN, *Novus thesaurus iuris civilis et canonici*, t. VII, Hagae-Comitum, 1751, n. XIV (folio 509).

adelante se estudiará como un *uti possidetis* en su "vertiente" eclesiástica⁹⁰⁵ y así se mantendrá durante toda la Edad Moderna. Aunando estos criterios y la posibilidad de acumular en determinados supuestos los juicios posesorios y petitorios, y utilizando argumentos no estrictamente jurídicos, los canonistas formularán la noción de *possessio iustior*⁹⁰⁶.

3. La recepción del Derecho romano

3.1. La presentación del interdicto *uti possidetis*

Los primeros juristas medievales que acceden a los textos justineanos analizan el interdicto *uti possidetis* a partir, básicamente, de C.8,17. En un principio, las interpretaciones sobre su contenido y finalidad no alteran las coordenadas de la figura inicial. Como expone PLACENTINO, "Datur autem hoc interdictum ubi inter duos contenditur, ubi rem immobilem possideant. Nam si constaret quis possessor foret, hoc interdictum non competeret"⁹⁰⁷. Pero existe una diferencia básica. Ya hemos apuntado que los textos que manejan los juristas medievales recogen exclusivamente la fase previa del proceso interdictal. Para ellos, dicho proceso concluye con el mandato del pretor: seguid poseyendo como poseáis. Parecía evidente que si las dos partes se pretendían poseedores exclusivos, instarlas a seguir poseyendo como hasta entonces perpetuaba el conflicto. Por eso, desde los primeros Tratados los juristas se preguntan qué ocurre si los litigantes se pretenden poseedores *in solidum* del fundo y distinguen

⁹⁰⁵ Ioannes Andreæ, *In secundum Decretalium librum novella Commentaria, ob.cit.*, Tít.De probationibus, § Licet, ns.1, 17, 18, 19, (fol.118), quien afirma que "in interdicto uti poss. obtinet, qui iustiore titulum probat". En parecidos términos, BALDUS UBALDUS PERUSINUS: *In Decretalium volumen commentaria*, Venetis, 1595, Tít.De probationibus, § Licet, n.1 y ss. (fol.207); BUTRIUS, A. (1338-1408): *Super Secunda Secundi Decretalium Commentarii*, t.IV, Venetiis, 1578, Tít.De probationibus, § Licet causam, n.1 y ss. (fol.12). Como síntesis completa y tardía, REIFFENSTUEL, Anacletus (1642-1703): *Canonicum universum clara methodo juxta titulos quinque Librorum Decretalium*, t.II, Venetiis, 1760, Lib.II, Decr. Tít.XII, De causa posse., § VIII: "De probatione possessionis, præfertim in interdicto Uti possidetis" (fol.117 y ss.).

⁹⁰⁶ ROßHIRT, C.F.: *Dogmen-Geschichte des Civilrechts*, Heidelberg, 1853, pág.209, señala que en el derecho canónico "der titulirte Besitz war noch kein solcher, der das Eigenthum gab, weder nach germanischen Grundsätzen, wo die Investitur erfordert wurde, noch nach röm. Grundsätzen, wo die Nachweisung des Rechts des Auctor oder die Ersitzung erfordert wurde".

⁹⁰⁷ PLACENTINUS, *Summa Codicis, ob.cit.*, Rub.Uti possidetis, fol.176; ACCURSIUS, *Pandectarum, seu Digestorum, ob.cit.*, t.III, Tít.XVI, Uti possidetis, "sed quæliber contendit se possidere, sit re soli tunc hoc interdictum intentant inter eos, & apellant uti possidetis".

varios supuestos⁹⁰⁸. En primer lugar, diferencian si una posesión es viciosa respecto a la otra y conceden la tutela al titular de la posesión no viciosa. En segundo, examinan los caracteres de la posesión que alega cada parte, de modo que si se trata de la concurrencia de una posesión civil y otra natural (por ej. uno es propietario y el otro usufructuario) basta con reconocer ambas⁹⁰⁹. El problema surge cuando los dos contendientes alegan una posesión de idénticas características (en el mismo concepto) y una no es viciosa respecto a la otra. Aunque en un principio se considera que no es posible atender la petición⁹¹⁰, con posterioridad se aventuran diferentes soluciones.

Para decidir a quien correspondía la posesión se atendía, en primer lugar, a la declaración de diferentes testigos. Se adjudicaba la posesión a quien presentase mayor número de testigos -o de similares características-. Si los testimonios no diferían entre sí o no possibilitaban una decisión, se debía optar por aquella posesión avalada por testigos cuyas características personales los hacían presumir más honestos⁹¹¹.

Sin embargo, con frecuencia el recurso a los testigos no basta. En ese caso se propondrán diferentes alternativas. En primer lugar, se señala que la declaración *uti*

⁹⁰⁸ IRNERIUS (+ hacia 1140): *Summa Codicis*, con introducción de Hermann Fitting, Berlin, 1894 (ed.anast.1977), Lib.VII,5 Rub.Uti possidetis, (pág.268); ALBERICUS DE ROSATE: *In secundam Codicis Partem Commentarii*, Venetiis, 1585 (Ed.anast.1979) Rub. uti possidetis, n.1 (fol.144).

⁹⁰⁹ ALBERICUS DE ROSATE, *Commentarii in Primam Digesti novi Partem*, Venetiis, 1585, Rubrica Uti possidetis (folio 133), n.1.

⁹¹⁰ IRNERIUS, *ob.cit.*, "...qui enim ab adversario vi possidet, hoc interdicto inferior est: potior est enim illius civilis possessio quam adversarii naturalis detentio. si vero non [ab] adversario, neuter vincit".

⁹¹¹ AZO, *Ad singulas leges XII Librorum Codicis...*, *ob.cit.*, Tít.Uti possidetis, n.10 (fol.622); ODOFREDUS, *In Secundam Codicis partem*, *ob.cit.*, Lib.VIII, Rub.Uti possidetis, n.16. Con posterioridad, BALDUS, *Consiliorum, sive responsorum*, vol.V, Venetiis, 1575, Consilium 445, defenderá que en este proceso los testigos son más idoneos "quanto sunt simpliciores & rustici, tanto sunt credibiliores: quia non deponunt nisi de possessione facti, tanquam oculis suis semper astantes super ipsa loca". No debe extrañar que los autores medievales y modernos prefieran a testigos rústicos. Se debe, como señaló MONTAIGNE, *Essais*, I, Ed.Garnier-Flammarion, Paris, 1969, cap.31, pág.253, a que la sencillez "est une condition propre à rendre veritable tesmoignage; car les fines gens remarquent bien plus curiosement et plus de choses, mais ils les glosent; et pour faire valoir leur interpretation et la persuader, ils ne se peuvent garder d'alterer un peu l'Histoire; ils ne vous representent jamais les choses pures, ils les inclinent et masquent selon le visage qu'ils leur ont veu (...) Ou il faut un homme très-fidelle, ou si simple qu'il n'ait pas de quoy bastir et donner vray-semblance à des inventions fauces, et qui n'ait rien espousé".

possidetis, ita possideatis debe interpretarse como que las dos partes poseen el fundo pro indiviso⁹¹². Sin embargo, esta solución no resulta satisfactoria porque el juez se pronuncia sobre una cuestión que no era objeto de litigio. Por ello parece preferible que se abstenga de emitir una decisión y absuelva a las dos partes⁹¹³. Esta resolución es coherente ya que los dos contendientes, dada la naturaleza doble del interdicto, eran demandados⁹¹⁴. Pero la abstención del juez, que comportaba remitir la controversia a un juicio petitorio, tampoco parecía la fórmula idónea, teniendo en cuenta la función del interdicto *uti possidetis* en el mantenimiento de la paz social.

En su comentario al *uti possidetis*, JACOBUS de ARENA incorpora la siguiente concatenación:

»Si vero eadem qualitate et eodem iure inveniatur eos possidere quia uterque civiliter vel uterque naturaliter, et tunc videbit quis melius probaverit ut pro eo pronunciet (...) Sed quomodo (10) ostenditur possessio potior. Respondeo ex antiquitate, quia si possedi diu et ea adhuc possideo et continue possedi, si non potes es ingressus ostendit aliquis te habuisse necesse est quia nullum sit adeptus vel clam et sic debeo obtinere (...). Sed dicet aliquis nonne interdictio obtinet qui possidet tempore litis contestate. Sed respond. dixi.f.continuata possessione, sed mea antiquior. Sed quo hoc contingere potest. (...) Idem potius probat de possessione qui probat de iustiore: ut quando equaliter eodem tempore inchoata: sed alter habet titulum, alter non, vel unus habet dominium alter non. Certe eius possessio est iustior.(...) Sed ubi neuter probat titulum vel dominium sed equaliter probant de

⁹¹² AZO, *Ad singulas leges XII Librorum Codicis... ob.cit.*, Uti possidetis, tit.VI, n.10, señala: "ut & si uterque se contendat civilem & naturalem habere possessionem, & in solidum, sicut quandoque contigit inter universitates, & inducatur pro utraque partes testes multi, nec apparent qui sint pautiores:& ideo pronuntiabit iudex, uti possidetis, ita possideatis, teneat sententiæ, quod uterque possideat dimidiam pro indiviso" (vid. BRUNS, "Der ältere Besitz...", *ob.cit.*, pág.157).

⁹¹³ El propio AZO, *Ibidem*, no parece satisfecho con su propuesta inicial y puntualiza: "...sed certè talis sententia non videretur valere, cum pronuntietur in his de quibus non erant quæstio.& ita sunt modo certi, sicut prius. unde dico quod iudex debeat videre quibus testibus sit maior fides habenda: & si viderit, pronuntiabit secundum eos distincte & determinate: si non viderit, & liquidum es ei, melius est abstinere à iudicato".

⁹¹⁴ BELLAPERTICA, Petrus de: *Comentaria in Digestum Novum, videlicet ad XLIII. XLIII, XLV, XLVI et XLIX*, Frankfurt 1571, ed. anast.1968), Lib.XLIII, tít.XVI, n. 26 in fine (folio 52): "Iudex non posset scire, quibus testibus maiorem fidem adhibere debet, proferre tamen debet sententiam, ut supra de iudiciij.l. de qua re. Quam sententiam dabit? Breviter absoluet utrumq; ista est pulchra sententia, uterque probavit se possidere, absoluet utrumque, unde hic uterque est Reus, & uterque Actor, uterque non probavit, quod aequè iuste impedivit, quia Reus probavit, quod aequè iuste possidet".

possessione, dicunt quidam ¶ iudex debet pronunciare enses accipiatis, et uti possidetis ita possideatis, sed hoc non est bonum ut dicit glos. ¶ iudex (II) permittit ad arma et rixam devenire eos quos potest sua iurisdictione compescere (...) Si vero alter tantum, tunc absolvitur reus actore non probante...⁹¹⁵

El jurista contempla la valoración de la posesión más antigua, y, paralelamente, permite el título como elemento de prueba. La incorporación del título acerca el procedimiento posesorio a parámetros petitorios y desdibuja su autonomía, aunque enlaza con las soluciones canónicas. Por eso, más adelante se señalará que la exhibición tiene como única finalidad *colorear* la posesión, sin que proceda examinar la validez o características del título -cuestiones petitorias-.

Los comentaristas posteriores exponen esta correlación de modo inequívoco. CYNUS PISTORIENSIS completa el cuadro al introducir el secuestro como último recurso:

"Quia si neuter probat, ¶ est isto casu: quia probatio unius tollit & derogat probatio alterius: uterque absolvetur ... Item ex officio iudicis poterit in hoc casu, quando de rixa timetur possessio sequestrari...".⁹¹⁶

En una primera aproximación, existen claras concomitancias entre esta sucesión de criterios y los que reproducirá el art.445.2 Cc. No obstante, se mantiene la necesidad de ver cómo evolucionan y en qué tipo de proceso se incardinan. En primer lugar, la fórmula expuesta demuestra hasta qué punto la recepción del derecho romano está mediatizada por la realidad de su tiempo. Desde el momento en que se adopta el Código justineano, los procesos posesorios tienen por objeto la *possessio* romana. Sin embargo, pese a la recurrente mención al aforismo *Nihil commune habet proprietas cum possessione* (D.41,2,3 §19), el procedimiento del interdicto *uti possidetis* admite invocar la titularidad, es decir, supera los límites de la *possessio*. Ello obedece a la no soterrada influencia de los criterios germánicos, así como a los textos canónicos coetáneos.

⁹¹⁵ JACOBUS DE ARENA, *Super Codice*, Rub.Uti possidetis, ns.9-11, en *Comentarii in Universum ius civile*, Lugduni, 1541 (ed.anast. 1971).

⁹¹⁶ CYNUS PISTORIENSIS, *In Codicem, et aliquot titulos primi Pandectorum Tomi, id est, Digesti Veteris doctissima Commentaria*, Frankfurt a.M. 1578 (ed.anastática 1964), Lib.VIII, tit.VI, Uti possidetis (pág.488 A).

La ordenada relación de los criterios se encuentra en los comentarios de los principales juristas medievales al *uti possidetis*: BARTOLO, BUTRIGARIO, BALDO, Alexander TARTAGNIS, ALBERICUS DE ROSATE, Ioannes de IMOLA, Marianus SOCINUS, MARANTA... Y más adelante MENOCCHIO, GOMEZ o CAROCCIO⁹¹⁷... Incluso cuando nuevas concepciones los excluyan de los tratados teóricos, permanecerán en los manuales prácticos.

3.2. La designación del procedimiento como posesorio ordinario

Ese nuevo procedimiento recibirá la denominación de *possessorium ordinarium*. En su monografía, SAVIGNY observa que el *ordinarium* recibe esa denominación por oposición al sumarísimo y que "no es otra cosa sino el antiguo interdicto *uti possidetis*"⁹¹⁸. Su afirmación es sólo parcialmente cierta. En realidad se trata de un procedimiento con elementos nuevos que adopta el nombre de una acción anterior.

Por tanto, el *uti possidetis* medieval no tutela la posesión presente no viciosa, sino la posesión más antigua o mejor fundamentada. La atención a la posesión más

⁹¹⁷ BARTOLUS, *In Primam Digesti novi Partem...*, *ob.cit.*, Rub.Uti possidetis, § Si duo (fol.146): "Quando uterque probavit se possidere eodem iure possidendi quia quilibet probavit se possidere ut dominum. in hoc est difficultas. Veritas est, aut unus probavit de possessione sua per plures, vel meliores testes et ille debet obtinere: ut l.ob carmen.in.si si.de testi. Si verò testes uniuscuiusquæ sunt æquales numero et dignitate: tunc si unus probet de sua possessione antiquioris temporis quam alius, ille vincet: quia secunda possessio presumetur clandestina cum duo in solidum possidere non possint (...) Sed si uterque probat præscriptionem et possessionem æqualis temporis: tunc si unus ostendit iustum titulum possessionis suæ, alius non: ille vincit, qui titulum ostendit alius non: quia ille qui habet titulum, habet potiora iura l.si C.de edic.divi Adria.tol. & d.c. licet (...) sed si nullus ostendit titulum vel uterque ostendit titulum æqualem, in hoc est dubitatio inter doctores quidam vincit quæ iudex debet pronunciare uti possidetis ita possideatis(...) Sed certè non est bonum consilium, quia per hoc partes venirent ad arma (...) Alij dicunt quæ iudex debet facere sequestrari possessione apud alium ne partes veniant ad arma" (como fundamento cita en primer lugar a Jacobus de Arena). También en los *Consilia, questiones et tractatus*, Venetiis, 1590, Consilium CXII, n.1; BUTRIGARIUS, *Lectura super Codice...*, *ob.cit.*, Rub.Uti possidetis (fol.48); BALDUS de UBALDI: *In VII, VIII, IX, X & XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis, 1586, Lib.VIII, Rub.Uti possidetis, ns.17-21; Alexander TARTAGNUS (1424-1477): *Prima et secunda super Codice commentaria*, 1535, Rub.De edicto divi adriani tollendo, n.1 y ss.; ALBERICUS DE ROSATE, *Comentarii...*, *ob.cit.*, Rub.Uti possidetis, n.12, (fol.145); Ioannes de IMOLA, *Repertorium...*, *ob.cit.*, Tit.De acquir.vel amitt.posse., § Si servum, n.7 (fol.68); SOCINUS, Marianus *Commentaria in ff.Infort & Novum gravisima, atque utilissima...*, *ob.cit.*, Lib.43. Tit. de interdictis, Rub.Uti possid.; MARANTA, R.(+1540): *Praxis civilis, Novissime recognitum, ac miro ordine...*, Napoles, 1557, ; MENOCCHIUS, I.: *De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione*, Venetiis, 1606, Lib.De retinenda, Rem.III, n.720 y ss.; GOMEZ, A.: *Opus praeclarum et utilissimum super legibus tauri...*, Salamanca, 1608, Comentario a la ley 45, ns.178-79; CAROCIUS, V.: *Tractatus practicabiles de deposito, obligationibus, & Sequestro*, Venecia, 1603, Tractatus de sequestro, Pars I, Quaestio 6 (folio 210).

⁹¹⁸ SAVIGNY, *Tratado de la posesión*, *ob.cit.*, pág.259.

antigua trae causa de la segunda presunción placentina⁹¹⁹ -de claras resonancias germánicas-, que establece que del mismo modo que el dominio anterior hace presumir el dominio actual, la posesión anterior hace presumir la posesión actual⁹²⁰. Asimismo, se estima que la constatación de la posesión más antigua hace suponer que la otra posesión que se coteja es viciosa. Frente al derecho romano que calificaba una posesión como *vi*, *clam* o *precaria* en relación a la persona del despojado (configurándolo como un vicio relativo), en los escritos medievales se presume viciosa la posesión por el hecho de ser más reciente, aunque no lo sea respecto al sujeto anterior⁹²¹. De este modo y aunque la presunción admita prueba en contrario, el vicio se transforma en real⁹²².

El otro elemento de prueba que se incorporó al proceso fue el título. Para fundamentar su exhibición se cita la Decretal *Licet causam* y, fundamentalmente, la *Lex*

⁹¹⁹ Sobre las presunciones placentinas, RUFFINI, *ob.cit.*, pág.268 y ss.; KIEFNER, H.: "Qui possessor fuit, adhuc possidere praesumitur", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom.Abt.)*, 1962 y HEDEMANN, J.W.: *Las presunciones en el Derecho*, Madrid, 1931, pág.87 y ss. Asimismo, MIQUEL GONZALEZ, J.M.: "Presunción de propiedad y exhibición del título" en: *Libro de Centenario del Código civil*, Asociación de profesores de Derecho civil, t.II, Madrid, 1990, pág.1336, aunque se centra básicamente en la primera.

⁹²⁰ KIEFNER, *ob.cit.*, pág.244. La presunción da pie a diferentes interpretaciones: incluso se afirmó que la posesión anterior permitía presumir la propiedad actual. (Sobre las posiciones, MIQUEL, "Presunción...", *ob.cit.*, pág.1342) Partidas 3,15,10 la recoge expresamente: "E esto es porque sospecharon los sabios antiguos que todo ome que en alguna sazón fué señor de la cosa que lo és aun, fasta que sea probado lo contrario (...) mas si aquel que provó que fué tenedor en algun tiempo de la cosa sobre que es la contienda dice aún, e otorga que oy en día es tenedor della, sin falla devemos sospechar que lo sea hasta que el otro quel refierta la tenencia pruebe lo contrario".

⁹²¹ La prevalencia de la posesión anterior es criterio común. BALDUS, *Consiliorum, sive responsorum*, t.V, *ob.cit.*, Consilium 445, n.7: "Item praemittendum est ¶ antiquior possessio, quæ antiquius fuit pacifica, licet postea inceperit turbari, potior est novella inquietatione adversariorum: qui quanto antiquior, tanto iustior" -en el mismo volumen, Consilium 104, n.5-; Alexandrus TARTAGNIS: *Consiliorum seu responsorum*, Venetiis, 1597, Lib.I, Consilium 110, n.1: "Possessio antiquior seu anterior praesumitur iusta & possessio iunior praesumitur violenta, vel clandestina"; PLOTIUS, *Consiliorum...*, *ob.cit.*, Consilium 49, n.6.; CEPHALUS, *Consiliorum...*, *ob.cit.*, Consilium 441, n.5 (Vid.asimismo HUBNER, *ob.cit.*, pág.213 y BRUNS, "Das ältere Besitz...", *ob.cit.*, pág.176 y ss.,quien expone cómo inicialmente el recurso a la posesión más antigua se vinculó al interdicto de recobrar, pero luego derivó al de retener, al centrarse el primero en el despojo efectivo).

⁹²² Esa presunción -síntesis de la segunda y la tercera placentinas- surge de la creencia de que quien perdía la posesión natural conservaba la posesión civil, *solo animo*. Esa creencia lleva a defender el empleo del interdicto de retener en los casos de despojo no violento, pues se considera que el despojado mantiene la posesión civil, aun sin concurrir la natural. Así, por ej., MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De retin.posse., Rem.III, n.27: "Possessorem civilem turbat qui naturalem non restituit" o FABER, A.(1557-1624): *Codex Fabrianus forensium et rerum, auctore...*, 1640, lib.VIII, tit.III, Definitio IX.

Divi Adriano Tollendo (C.6,33,3), un texto citado por la práctica totalidad de juristas medievales al analizar el *u.p.*. Ello obedece a que prescribe que se entregará la posesión de los bienes hereditarios al sujeto que acredite una posesión de mejores características, apoyando la prueba -en última instancia- en un testamento que se aporta como documento, es decir, como título probatorio, siempre que no presentase un vicio visible y que no existiera otro sujeto que detentara los bienes con título legítimo⁹²³. En base a los dos textos, los juristas fundamentan la presentación del título, con la voluntad de tutelar la *possessio iustior et fortior*⁹²⁴.

En suma, la figura medieval experimenta sustanciales cambios en relación a la regulación romana, que obedecen a la conjunción de las influencias germánica y canónica⁹²⁵. Por ello, más adelante, algunos estudiosos considerarán que reconduce la tutela a la posesión superior a un año o a la posesión jurídica o bien identificarán la

⁹²³ Vid. VOCI, Pasquale: *Diritto ereditario romano*, 2 ed., Vol.I, Milán, Giuffrè, 1967, pág.615 nota 24; WEISS, Egon: v. «Missio in possessionem», en: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, t.15/2, Stuttgart, 1932, p.2061-62. La monografía de ARGELUS, Caesar: *De legitimo contradictore, ad l.fin C. de edic.D.Adria.toll. opus in quo omnes propemodum casus proponitur, atque explicantur, quibus in controversiam vocari potest*, Venetiis, 1616, es la referencia de los autores modernos sobre la cuestión (contempla el *duo in solidum...*, entre otros fragmentos, en la Quaest.V, art.2, 31 -fol.52). La atención a este instrumento es tal que los autores posteriores se sentirán en el deber de reubicarlo en su ámbito, de acotarlo (DE PAZ, Christophorus (1550/70-1615/35): *De tenuta, seu interdicto et remedio possessorio summariissimo... Tractatus primus*, Lugduni, 1621, cap.XXVI, n.46 y ss.)

⁹²⁴ BARTOLUS, *In Primam Digesti novi commentari...*, *ob.cit.*, Rub.De acquir.vel.amitte. (fol.153) "quia ille qui habet titulum habet potiora iura: ut.l.j.C. de edict.divi adria.toll. r.d.l.licet". Vid.asimismo, MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De retin.posse., Rem.III, n.734; GOMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus tauri, editum per egregium & subtilem...*, Salamanca, 1608, Ad legem XLV, n.139; BERIUS, *Consiliorum...*, *ob.cit.*, Cons.43, n.47.

⁹²⁵ RUFFINI, *ob.cit.*, pág. 273. Como señala HEILFRON-PICK, *Lehrbuch...*, *ob.cit.*, pág.91: "Seit dem Mittelalter erhielt das Verfahren des interdictum uti possidetis den Namen Possessorium ordinarium und wurde zu einer Klage aus älterem oder "titulierten" Besitz, also auf petitorischen Grundlage". KRELLER, H.: *Römisches Recht II. Grundlehren des gemeinen rechts (Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht)*, Wien, 1950, pág.176, explica cómo el *possessorium ordinarium* combinaba el *u.p.* con la tutela a la *Gewere* más antigua. Por último, HUBNER, *ob.cit.*, pág.214, estima que el *u.p.*, como *possessorium ordinarium*, "ging als solches nahe zu in eine Petitorische Klage aus dem besseren Besitzrecht über".

Sobre la influencia de las instituciones germánicas en los autores del *ius commune*, es muy ilustrativa la exposición de BRUNS, "Das ältere Besitz...", págs.151-159, quien contesta a Delbrück y otros germanistas, que las estimaban omnipresentes en las construcciones medievales. El resta valor científico a dichas tesis e intenta situar la influencia germánica en sus justos términos.

figura con la acción publiciana⁹²⁶.

4. El procedimiento *summarissimum*

4.1. Presentación

El procedimiento *summarissimum* nace en el s.XIII como respuesta a las demoras en la tramitación del procedimiento posesorio ordinario⁹²⁷. Ante el temor a que la excesiva lentitud indujese a las partes a decidirlo por las armas sin esperar el fallo judicial (el *timor armorum* de D.7,1,13 §3 que esgrimen sistemáticamente los juristas), se articuló el procedimiento *summarium*, también llamado *summarissimum*, aunque ambos conceptos no son necesariamente equivalentes.

No resulta fácil formular las características y función del *summarissimum* posesorio. Los tratados actuales no suelen siquiera mencionarlo y vinculan los interdictos a su precedente romano, sin revisar la enorme falla entre ambas épocas. Esa omisión acaso obedezca a la desdeñosa evaluación de SAVIGNY, para quien el *summarissimum* debía entenderse "como interdicto *uti possidetis* provisional, es decir, que se examina y decide exactamente la misma cuestión de derecho que en el interdicto *uti possidetis*, no habiendo entre ambos mas que una diferencia y es que la necesidad de una pronta decisión dominará a todas las consideraciones hasta á la de la certeza completa de los hechos"⁹²⁸.

⁹²⁶ Respecto a la primera hipótesis, GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, *ob.cit.*, pág.251. ROßHIRT, *ob.cit.*, pág.209, lo circunscribe a la posesión de más de un año y añade "ja im Laufe der Zeit wurde die unvordenkliche Zeit als praesumptio tituli geachtet". Por último, PUCHTA, *Pandekten*, *ob.cit.*, pág.187, nota k, constata que cabe considerarlo un procedimiento análogo a la acción publiciana. No podemos identificar ambas acciones, aunque a veces el *ordinarium* invadiese el objeto de la publiciana (no al revés como defienden otros autores, pues, como señala ROßHIRT, *ob.cit.*, pág.200: "Wo aber das *ordinarium* in Deutschland nicht vorkömmt, greist das römische Recht als Publicianischer Besitz ein").

⁹²⁷ Sobre los procedimientos sumario y ordinario existen sucintas exposiciones de todos los civilistas alemanes del s.XIX. Como referencias, PUCHTA, *Pandekten*, *ob.cit.*, pág.187; BRINZ, *ob.cit.*, pág.745; DERNBURG, *Lehrbuch...*, *ob.cit.*, pág.314 y ss.; KELLER, *ob.cit.*, pág.337 y ss.; WENDT, O.: *Lehrbuch der Pandekten*, Jena, 1888, pág.304; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, *ob.cit.*, § 162 a, pág.572 y, especialmente, BARON, *ob.cit.*, § 121, pág.230.

⁹²⁸ SAVIGNY, *Tratado de la posesión...*, *ob.cit.*, pág.257. Previamente apuntaba que: "solamente es necesario cuando el peligro de violencia es tan inminente que solo una sentencia provisional del juez puede impedirlo".

SAVIGNY parte de una premisa errónea. El declara su desinterés por el *possessorium ordinarium* porque "solo tiene esta denominación por oposición al primero (el *summarissimum*) y no es otra cosa sino el antiguo interdicto *uti possidetis*"⁹²⁹. Pero esa equiparación es inexacta. Desde su voluntad de recuperar el Derecho romano en su grado puro -sin interpolaciones justineanas o interpretaciones medievales-, SAVIGNY no tiene en cuenta que el interdicto *uti possidetis* que sirvió de referencia al nuevo procedimiento *summarissimum* distaba mucho de ser la figura romana⁹³⁰. Se había transformado en un procedimiento que no deslindaba claramente las situaciones posesoria y petitoria. En contraposición a esa figura compleja, el *summarissimum* se ocupa exclusivamente de los hechos. En realidad, la nueva figura guarda un mayor paralelismo con el *uti possidetis* romano, por cuanto tutela la posesión más reciente. Aunque en muchas ocasiones es una mera fase del "nuevo" *uti*, no cabe reducirlo a esa función. Como objetó IHERING, "en la Edad Media, el *summarissimum*, que era en su origen una disposición incidental del *ordinarium* (*portio interdicti uti possidetis*) se emancipaba de éste elevándose al rango de remedio legal independiente"⁹³¹. La figura aparece como fase preliminar de numerosos juicios, pero también como una figura autónoma.

⁹²⁹ SAVIGNY, *Tratado de la posesión, ob.cit.*, pág.259.

⁹³⁰ Como ha observado NANI, *ob.cit.*, pág.278, "E merito del Savigny di avere, col suo libro (...) ricondotta la dottrina romana del possesso alle sue origini, restituendole la fisionomia primitiva. Ma forse egli errò credendo di poter facere rivivere nella pratica la teoria quale era stata in antico. Egli, l'illustre fondatore della scuola storica, la quale insegna che la formazione del diritto è soprattutto un fenomeno storico, doveva avvedersi che un istituto è quale l'istoria l'ha fatto (...) non [cabe] mutarlo radicalmente nè quanto meno farlo retrocedere quasi per forza fino ai suoi principii, quando già è passato per una secolare evoluzione". También RUFFINI, *ob.cit.*, pág.397, en relación a la *actio spoli*. Sin embargo, la crítica más dura, por lo irónica, se debe a IHERING, R.: *Bromas y veras de la ciencia jurídica* (1ª ed. alemana de 1884) vid. Edición de Civitas, Madrid, 1987, pág.245 nota 31 y pág.278. Tras reconocer que "es una de aquellas muy raras obras que abren un capítulo nuevo en la historia de una ciencia", IHERING recuerda que está escrita "con un absoluto desentendimiento de la realidad que está tratando, y sin consideración a las reglas que desenvuelve (...) La total indiferencia por la función práctica de la posesión, que yo he señalado como error cardinal del libro, queda demostrada también por el hecho de que el autor mantiene una actitud de rechazo contra todo el desenvolvimiento moderno de la institución, que lleva a una tutela ampliada de la posesión (*actio spoli* y *summarissimum*). Ni siquiera se le ocurre pensar que su implantación puede haber respondido a una necesidad ineludible; rechaza la idea aduciendo que se trata de una institución que no es romana" (pág.278).

⁹³¹ IHERING, *La posesión, El fundamento de la protección posesoria...*, *ob.cit.*, pág.112. Vid. también BARON, *ob.cit.*, § 121, pág.230.

4.2. La configuración procesal de los juicios posesorios: la yuxtaposición plenario-sumario/sumarísimo

Por tanto, el *summāriissimum* nace como réplica a un juicio ordinario de trámites excesivamente lentos. Pero no se limita a reproducirlo acortando los plazos, de ahí que resulte clarificador examinar su configuración y diferencias procesales.

Las fases de los procedimientos judiciales aparecen descritas en los *Ordines iudiciorum*, uno de los principales géneros de la literatura jurídica medieval⁹³². Muy pronto la práctica demostró la necesidad de superar los rígidos formalismos procedimentales -necesidad sentida especialmente por los canonistas- y por ello se intentó eliminar o reducir determinados requisitos del *solemnis ordo iudiciarius*. A partir del siglo XII, existen indicios de procedimientos sumarios⁹³³, y, hacia 1286, aparece la obra de Johannes FASOLUS *De summariis cognitionibus*, primer tratado conocido sobre la materia⁹³⁴. No obstante, las primeras manifestaciones *oficiales* del procedimiento sumario se recogen en dos decretales de Clemente V (1305-1314): la Clementina Saepe (1306)⁹³⁵ y la Clementina Dispendiosam (1311) que aluden a una

⁹³² Son instrumentos especialmente valiosos porque abordan una materia que los textos del C.I.C. apenas contemplan de modo global (los juristas medievales desconocen el cuarto libro de las Instituciones de Gayo). Por tanto, recogen las construcciones que elaboran los glosadores sin el apoyo de los modelos usuales. (Vid. KANTOROWICZ, H.-W.W. BUCKLAND: *Studies in the Glossators of the Roman Law*, reedición -en 1969- de la Edición de Cambridge, 1938, pág.72).

⁹³³ WAHRMUND, en la introducción a LIGNANO, J. de: *Super Clementina "Saepe"*, en: *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Prozesses im Mittelalter*, reedición en 1962, de la edición de 1928, señala (pág.XIII, nota 1) que algunos autores encuentran una *summaria cognitio* en las Constitutiones Siculae de Federico II (1184-1250), de 1231, o en normas penales italianas que surgen de 1275 en adelante. Vid.asimismo SALVIONI, *ob.cit.*, pág.769 y ss., que repasa los diferentes estatutos.

⁹³⁴ FASOLUS, J. (+ 1286): *De summariis cognitionibus*, en: *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Prozesses im Mittelalter*, introducción de Ludwig WAHRMUND, reedición en 1962, de la edición de 1928. Señala su aparición hacia 1286, año de la muerte de su autor. No obstante, GIORDANENGO, Gérard: "Les feudistes (XII-XV s.)", en: *El Dret comú i Catalunya*, Actes del IIon. Simposi internacional, Barcelona, 1992, pág.113, señala que FASOLUS menciona en su *Summa feudorum*, datada en 1265, el *Tractatus de summaria cognitione*. (Ello comporta adelantar en unos veinte años su fecha de aparición).

⁹³⁵ "Saepe contingit, quod causas committimus, et in earum aliquibus simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii procedi mandamus; de quorum significatione verborum a multis contenditur, et qualiter procedi debeat, dubitatur. Nos autem dubitationem huiusmodi (quantum nobis est possibile) decidere cupientes, hac in perpetuum valitura constitutione sancimus, ut iudex, cui taliter causam committimus, necessario libellum non exigat, litis contestationem non postulet, in tempore etiam feriarum, ob necessitates hominum indultarum a iure, procedere valeat, amputet dilationum materiam, litem quanto poterit, faciat breviorum, exceptiones, appellationes dilatorias et frustratorias repellendo, partium, advocatorum et procuratorum contentiones et iurgia, testiumque superfluum multitudinem

cognitio summaria sin libelo, litis contestatio o excepciones dilatorias... El juicio se fundamentaba en el principio de oralidad, aunque sin excluir la posibilidad de promover actuaciones por escrito⁹³⁶.

Los juristas incorporan estas peculiaridades al explicar los procedimientos sumarios. Se señala que no requieren litis contestatio, no admiten la reprobación de testigos y su prueba es mínima. En general, dada la materia que contemplan, consideran que el fallo, aunque se revelase con posterioridad erróneo, no puede ocasionar graves perjuicios⁹³⁷. Por ello tampoco otorgan la *restitutio in integrum* a los menores y contemplan la apelación únicamente con efecto devolutivo. En definitiva, el criterio que preside su desarrollo es la conciencia de la posibilidad ulterior, en juicio ordinario, de replantearse la cuestión con la debida profundidad. Frente al juicio ordinario -sin limitación de pruebas ni recorte de plazos- que acaba definitivamente con el litigio⁹³⁸, el sumario concluye con una decisión provisional.

Desde su inicio, los juicios sumarios guardan relación con la materia posesoria, aunque el paralelismo debe matizarse porque siempre exigen prueba semiplena o incluso plena o completa, lo que ha llevado, en ocasiones, a designarlos como plenarios

refrenando (...) Sententiam vero diffinitivam (citatís ad id, licet non peremptorie, partibus) in scriptis, et (prout magis sibi placuerit) stans vel sedens proferat, etiam (si ei videbitur) conclusione non facta, prout ex petitione et probatione et aliis actitatís in causa fuerit faciendum. Quae omnia etiam in illis casibus, in quibus per aliam constitutionem..."

⁹³⁶ Aunque se perfila como una construcción de los canonistas, paralelamente se fundamenta en textos del Digesto que contemplan el *summatim cognoscere*. Vid. BIONDI, B.: "Intorno alla romanità del processo civile moderno" en: *Scritti giuridici*, II, Milan, 1965, pág.420 y ss.

⁹³⁷ Para su reconstrucción son clarificadores, MARANTA, *Praxis civilis, ob.cit.*, Pars.III, (Iudiciorum nona distinctio), n.43 y ss. (fol.48); MINDANUS, P.F.: *De Processibus, mandatis et monitoriis in Imperiali Camera extrahendis, & de Supplicationibus, quae pro ijs fiunt, rectè formandis: Notationes ad Praxim Forensem utilissimæ*, Frankfurt, 1597, cap.XLV; PELLEGRINUS, C.: *Praxis vicariorum, et omnium in utroque Foro Iusdicentium*, Venetiis, 1681, Pars II, Sect.I Subfect.I Intersec. unic., n.19; PEGUERA, L.(1550-1611/32): *Praxis civilis*, Barcinonæ, sin fecha, y fundamentalmente DE PAZ, Ch.: *De tenuta, seu interdicto et remedio possessorio summarissimo... Tractatus primus*, Lugduni, 1621.

⁹³⁸ Esta definición es rigurosamente actual. Los juicios plenarios impiden un nuevo juicio sobre el mismo objeto, y sólo admiten, excepcionalmente, los remedios extraordinarios de revisión. Vid. FAIREN GUILLEN, V.: *El juicio ordinario y los juicios plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, pág.53.

rápidos⁹³⁹. La primera alusión completa a esta materia se encuentra en un *Consilium* de PAULUS de CASTRO⁹⁴⁰:

"Iste processus non est ordinatus ad finem ut perveniatur ad definitivam sententiam super possessorio retinendae, et pronuntiatio habeat vim ut possessor defendatur quousque pars altera obtinuerit petitorio. Ordinatur iste processus ad finem, nec lite pendente super proprietate vel possessione, partes veniant ad rixas et arma turbanda se invicem; cum quilibet pars asserat se esse in possessione et ad se spectare ius; super qua necessario fuit summatin cognoscere, quae pars esset in possessione, et reperto quod altera sit, pertinet ad officium iudicis inhibere ei quae non est, ne alteri molestiam faciat, lite pendente. Et talis pronuntiatio erit interlocutoria et non habebit effectum, nisi quousque lis durabit super proprietate vel possessione; et sic in multis differt ab illa, quae fertur in possessorio. In illa principaliter agitur de possessione, et in consequentiam venit, ne possessor turbetur; in ista vero principaliter agitur, ne quis turbetur, secundario venit an possideat ille qui petit ne turbetur".

Este texto constituye la máxima referencia -excepto en la península itálica- para la teoría y la práctica, y para la evolución del sumarísimo⁹⁴¹. Para algunos, es la clave en la relación posesorio-sumario⁹⁴²; para otros, el punto de partida de una

⁹³⁹ FAIREN GUILLEN, *ob.cit.*, pág.56.

Como apunta DENTI, v.«Azione possessoria (Diritto intermedio e moderno)», *Novissimo Digesto italiano*, II, 1958, pág.100: "ove gli Statuti prevedono fra la ipotesi di procedimento sommario il processo possessorio, non si fa riferimento nella generalità dei casi alla sommarietà nel senso de semiplena probatio, ma alla accelerazione del procedimento, modificazione formale che non esclude la completezza della prova e conduce ad una decisione avente carattere definitivo" (el subrayado es nuestro). En suma, en los litigios posesorios el carácter sumario se deriva de la reducción de los plazos y de la supresión de formalidades más que de la aceptación de una prueba incompleta, acaso por la duda ante la importancia de los *commoda possessoria*. Para MARANTA, *Praxis civilis, ob.cit.*, Pars.III, n.43: "Nam quaedam est causa possessoriij, quæ est modici momenti, quæ potest de facili reparari in petitorio: & ista dicitur causa vilis, & modici præiudicii & in ista sufficeret semiplenæ probationes (...) Quaedam est causa possessoriij, quæ parat plenum præiudicium, quæ non est reparabilis per petitorium, vel quia est impossibile probationis: & ista dicitur causa magna & magni præiudicii, & in hac requiritur ordo iuris, & plena probatio"; DE PAZ, *De tenuta, seu interdicto et remedio possessorio summariissimo...*, *ob.cit.*, cap.III, n.6, apunta "Summariumque & momentaneum, idem est, quia absque iuris subtilitate, & eius summo & stricto rigore, sed solo facto, in prima iuris figura & inspectione proceditur".

⁹⁴⁰ PAULUS DE CASTRO: *Consiliorum sive responsorum praestissimi I.C.*, vol.I, Venetiis, 1580, Cons.II, 3.

⁹⁴¹ BRUNS, *Das Recht des Besitzes...*, *ob.cit.*, pág.265, afirma que este *Consilium* contiene "die ganze Lehre vom Summariissimum". No obstante, SAVIGNY, *Tratado de la posesión, ob.cit.*, pág.257, opina que el procedimiento se encuentra, sin denominación, en Ioannes Andrea y Durantis.

⁹⁴² PERTILE, *ob.cit.*, pág.191, nota 30.

figura diferente⁹⁴³. Pero lo que interesa resaltar es que recoge un procedimiento previo a controversias posesorias y petitorias, y admite la intervención de oficio del juez. De este modo está configurando un instrumento que se distanciará de los criterios sumarios entendidos como mero recorte de plazos y pruebas⁹⁴⁴.

Por otro lado, y en base a su probada eficacia, se produce una expansión generalizada de la noción de sumariedad a todo el engranaje procesal: el juicio posesorio complejo u ordinario se transforma a efectos procesales en sumario -en el que, paralelamente, se da mayor protagonismo al juez- y el precedente posesorio sumario se convierte en sumarísimo⁹⁴⁵. Al acotar un sumarísimo *estricto*, algún autor llegará a defender la existencia de tres juicios posesorios de retener distintos: ordinario, sumario y sumarísimo⁹⁴⁶; sus nombres no se ajustarán a sus denominaciones entendidas desde una perspectiva únicamente procesal.

5. Un caso clarificador: el sistema posesorio francés

Carece de utilidad examinar cómo repercute en cada territorio la confluencia de derechos. Sin embargo, la dualidad de procedimientos se advierte con gran claridad en Francia -con fronteras mejor delimitadas que, por ejemplo, en Italia, o en la península

⁹⁴³ DENTI, v. «Azione possessoria (Diritto intermedio)», *ob.cit.*, pág.101. El cree que el nuevo instituto no debe verse como una categoría procesal, sino como un medio de protección de una particular situación sustantiva, diversa de la reconocida a los otros remedios posesorios.

⁹⁴⁴ LANFRANCUS de ORIANO, *Commentarius in Clementina Saepe*, III, 9: "Iudicium possessorium esse summarium quod reum non autem quoad actorem quia ex parte actoris requiritur plena probatio, ex parte autem rei ideo dicitur summarium quod non potest opponi exceptio requirens altiorem indaginem, sicut contingit in omni causa summaria" (Cfr.LEVONI, *ob.cit.*, pág.359).

⁹⁴⁵ LEVONI, *ob.cit.*, pág.360: "Talché l'antico uti possidetis, per motivi di realistica constatazione processuale, mutò la propria effigie da ordinaria in sommaria, e il precedente possessorio summario divenne il sommarissimo".

⁹⁴⁶ Por todos, VOET, *Commentarius ad Pandectas. In quo praeter Romani Juris principia ac controversias illustriores...*, t.I, Coloniae Allobrogum, 1757, pág.71: "triplex est iudicium possessorium, summariissimum, summarium & plenarium". PERTILE, *ob.cit.*, pág.189 y ss., se hace eco de esta distinción e intenta explicar tres procedimientos diferentes, aunque de modo poco convincente, pues expone como tercer supuesto el conflicto que dio lugar a la Decretal Licet Causam. Como señala CICCAGLIONE, F.: *Manuale di Storia del Diritto italiano*, vol.II, Milan (s.f.), pág.362: "e qualcuno arrivò a credere che i remedio fossero tre, l'ordinario, il sommario ed il sommariissimo, senza però saperne dare le note differenziali".

ibérica⁹⁴⁷-. Creemos ilustrativo examinar su organización posesoria porque, si bien en un principio se multiplican remedios posesorios y pseudoposorios⁹⁴⁸, finalmente -y junto a los remedios contra el despojo- se ordenan dos figuras incardinables en ese *ordinarium* y *sumarissimum*: la *complainte* y la *récreance*.

5.1. La *complainte*

En sentido estricto⁹⁴⁹, la *complainte* aparece en 1283 en las Coutumes de Beauvoisis, de BEAUMANOIR⁹⁵⁰, con el fin de proteger la *saisine* frente a cualquier turbación -concepto difuso que incorpora la desposesión no violenta⁹⁵¹. La *saisine* - que guarda notorias semejanzas con la *Gewere*⁹⁵²- se predicaba de los bienes

⁹⁴⁷ Aquí no existen elementos claros para formular una construcción individualizable de la tutela posesoria. La posesión aparece regulada en las Partidas (P.3,30) que sólo contemplan, de refilón, el despojo. El dato más relevante es la existencia en los Fueros locales de la posesión superior a un año -deudora de las tesis germánicas-, (Vid.HERNANDEZ GIL, A.: "De nuevo sobre el art.464 del Código civil", RDP, 1945, pág.419 y ss.; GARCIA VALDECASAS, "La posesión incorporal del despojado..." *ob.cit.*, pág.413; VIADA LOPEZ-PUIGCERNER, *ob.cit.*, pág.801 y ss. y el apartado que PABLO CONTRERAS, *Prescripción de la acción reivindicatoria, ob.cit.*, págs.102-124, dedica a los fueros; él constata que el primero en recoger la institución es el de Jaca, que la toma del Derecho franco (pág.103)).

⁹⁴⁸ Como señalan OURLIAC -GAZZANIGA, *Histoire du Droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, 1985, pág.214, "chaque province a ses solutions propres", y dan una sucinta relación. BRUNS, *Das Recht des Besitzes...*, *ob.cit.*, § 42, pág.352, atribuye la complejidad del sistema a la coexistencia de provincias con *droit écrit* y con *droit coutumier*.

La otra gran acción posesoria es la *reintégrande*, que tutela el despojo violento. Se considera una acción de orden público cuyo estudio excede la finalidad de este apartado, OURLIAC, P.-MALAFOSSE, J.de: *Derecho romano y francés histórico*, t.II, Los bienes, Barcelona, 1963, pág.485 y ss.; PATAULT, *Introduction historique...*, *ob.cit.*, pág.118 y DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.63 y ss.)

⁹⁴⁹ En los textos más antiguos, el término *complainte* se empleó como expresión genérica que aglutinaba diferentes remedios posesorios. Vid.BAZENET, E.: *Les actions possessoires dans leurs rapports avec le droit civil et d'après la Jurisprudence de la Cour de Cassation*, París, 1923, pág.126, n.74 y, en general, sobre toda su evolución, ESQUIROU DE PARIEU: *Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires*, Paris, 1850.

⁹⁵⁰ ALAUZET, *Histoire de la possession et des actions possessoires en Droit français*, Paris, 1849, la sitúa por primera vez en 1315 en una Ordenanza de Luis X, vinculada a la jurisdicción eclesiástica.

⁹⁵¹ OURLIAC-MALAFOSSE, *ob.cit.*, pág.482;

⁹⁵² PATAULT, *Introduction historique au Droit des biens, ob.cit.*, pág.20 y ss. y 116 y ss. la define (pág.23) como "l'enveloppe juridique unique qui légitime uniformément les multiples possibilités de tirer profit de l'immuable". Vid. SCHUPFER, *ob.cit.*, pág.11; BRUNS, *Das Recht des Besitzes...*, *ob.cit.*, § 42, pág.353 y, específicamente, OURLIAC -GAZZANIGA, *Histoire du Droit privé français*

inmuebles y de los muebles que integran una universalidad y exigía una duración de un año y un día, requisito que llevaba a considerarla como justa en sí misma. El calificarla de justa conlleva que cada poseedor intente acreditar su mejor posesión, lo que aboca en la exhibición del título y a la multiplicación de las excepciones derivadas de la propiedad⁹⁵³. Consecuentemente, la *complainte* se revela como un procedimiento que mezcla elementos petitorios y posesorios⁹⁵⁴, y que en la práctica se revelaba interminable. En las Ordenanzas de 1347 señalaba Felipe VI, "lites maxime breves efficiuntur immortales"⁹⁵⁵.

Esas singularidades no impidieron una aproximación gradual entre la *complainte* y el *uti possidetis*⁹⁵⁶. En algunos territorios no se exige la duración del año y determinados Coutumiers excluyen la presentación del título lo que supone reordenar los ámbitos posesorio y petitorio⁹⁵⁷. No obstante, y para corroborar la falta de uniformidad, en otros lugares se mantiene el requisito de mostrar el título (Coutumes de Maine; Ordonnance de Moulins). Contribuirá a la confusión el empleo de la *complainte* para dirimir los conflictos sobre beneficios eclesiásticos, en que siempre se

de l'An mil au Code civil, Paris, 1985; KLIMRATH, H.: *Etudes sur les Coutumes*, Paris, 1867, pág.98 y ss. y CHENON, E.: *Histoire générale du droit français public et privé (Des origines a 1815)*, II, Paris, 1929, pág.220.

⁹⁵³ OURLIAC-MALAFOSSE, *ob.cit.*, pág.482; PATAULT, *Introduction historique...*, *ob.cit.*, pág.121.

⁹⁵⁴ Como recuerdan OURLIAC-GAZZANIGA, *ob.cit.*, pág.216: "elle doit être fondée sur une juste possession, ce qui conduit à apprécier les titres des parties et par conséquent non plus le fait mais le droit".

⁹⁵⁵ Vid.TARDIF, A.: *La procédure civile et criminelle aux XIII et XIV siècles ou prodédure de transition*, Paris, 1885 (ed.anast.1974), pág.41.

⁹⁵⁶ OURLIAC - MALAFOSSE, *ob.cit.*, pág.477.

⁹⁵⁷ El Grand Coutumier (a finales del s.XIV) afirma que "la possession usée et continue pendant an et jour... induit saisine sans autre titre". La separación de las instancias posesoria y petitoria se funda, asimismo, en la introducción de los plazos de prescripción romanos de la propiedad. La dilatación de los plazos a diez, veinte o treinta años, suponía deslindar definitivamente los parámetros petitorios del margen posesorio, que tenía, como referencia, el plazo de un año (Vid.VIOLLET, *ob.cit.*, pág.583).

discutían los títulos⁹⁵⁸, así como el reparto de jurisdicciones en un mismo territorio⁹⁵⁹. A pesar de los esfuerzos por adoptar los criterios romanos, en cuestiones de posesión los límites nunca quedan nítidamente perfilados.

5.2. La *récreance* o *recredentia*

La *récreance* o *recredentia* se integra en la categoría de los procesos posesorios sumarísimos⁹⁶⁰. Parece que inicialmente se empleó en litigios sobre beneficios eclesiásticos y después se amplió a materias profanas⁹⁶¹. Conllevaba la adjudicación, por parte del juez, de la posesión provisional a una de las partes, en caso de que sus derechos respectivos resultasen inciertos, hasta que se fallase el juicio posesorio o petitorio⁹⁶². Ante esa dilatoria duplicidad de instancias, la Ordenanza de 22 de septiembre de 1347 convirtió la *récreance* en una parte de la *complainte*, lo que obligaba al juez a pronunciarse dos veces, primero sobre la *récreance* y luego sobre

⁹⁵⁸ La decisión sobre los beneficios se reconoce en una bula de 1-mayo-1429 del papa Martín V que ulteriormente confirmó el art. 13 del Edicto de Crémieu de 10-junio-1536. Como señalaría DOMAT, *Les lois civiles...*, *ob.cit.*, pág.251, "on juge le possesseur des bénéfices, non sur la seule possession, mais sur les titres les plus apparents".

⁹⁵⁹ En base a la distinción entre posesorio y petitorio -recibida de los romanos- los jueces laicos asumen los conflictos sobre beneficios, materia atribuida a los eclesiásticos. Se afirmó que el fondo del litigio correspondía a la jurisdicción eclesiástica, en tanto que la posesión a los tribunales civiles. En la práctica, éstos resolvían atendiendo al fondo del asunto, y superando sus límites. (VIOLLET, *ob.cit.*, pág.579; ALAUZET, *ob.cit.*, pág.249 y ss.)

⁹⁶⁰ Se identificará con el *interín* hispánico, con el sumarísimo germano o con la *manutentio* italiana (MENOCCHIUS, *De acquir.posse.*, *ob.cit.*, Lib.De retinen.posse., Rem.Ultimo, ns.4 y 5), asimilación que se mantiene hasta el s.XIX (BOURCART: *Étude historique et pratique sur les actions possessoires*, Paris, 1880, pág.177 y MOLITOR, *La possession...*, *ob.cit.*, pág.139). En concreto, MICHELET, *ob.cit.*, n.57, pág.47 señala que "elle était l'équivalent du summariissimum canonique, auquel en a dû être fait l'emprunt".

⁹⁶¹ Así lo prueba MICHELET, *ob.cit.*, n.57 pág.47. Los juristas se pronunciaron recurrentemente sobre la cuestión: POTHIER la cree aplicable a cualquier objeto mientras que BELIME, *ob.cit.*, n.399, pág.431; DENISART, J.B.: *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives a la Jurisprudence actuelle*, 6 ed., Paris, 1768, la limitan a los beneficios; FERRIERE, C.de (1639-1715): *Nouvelle Institution coutumiere contenant les Regles de Droit coutumier, fondés sur les dispositions de toutes les Coutumes de France, & sur l'usage établi par les Arrests*, t.III, Reims, 1702, Lib.IV, Tít.V, "Des actions possessoires", art.VII (pág.494), observa que si se predicaba de los beneficios se denominaba *récreance*, y si de materia profana, *próvision*.

⁹⁶² MICHELET, *ob.cit.*, n.56, pág.46. CARRE, G.J.L.: *Les lois de la procédure civile*, t.I, Bruselas, 1840, pág.118, nota 1.; MOLITOR, *ob.cit.*, pág.139.

el reconocimiento definitivo en un mismo procedimiento⁹⁶³. En la práctica, no obstante, quien obtenía la *recreance* y se beneficiaba de los frutos, demoraba el proceso para prolongar su disfrute⁹⁶⁴, dotando de autonomía a la figura.

6. El desplazamiento de los caracteres del juicio ordinario y sumario: el *sumarissimum* en sentido estricto

6.1. Presentación

Los juristas de la Edad Moderna no proporcionan una descripción uniforme de los procedimientos posesorios, como se constata en los análisis del *uti possidetis*. Esta multivocidad obedece a varias razones. En primer lugar, aparecen nuevas corrientes metodológicas que desde el respeto escrupuloso a los textos romanos y su cronología contestan las construcciones medievales⁹⁶⁵. En segundo, se suceden los desajustes procedimentales. En ocasiones se identifican el juicio posesorio sumario y el sumarísimo⁹⁶⁶ mientras que en otras se desdoblán, yuxtaponiéndose a los plenarios, con el problema sobrevenido de establecer las diferencias entre ellos⁹⁶⁷, si bien, en

⁹⁶³ REBUFFUS, P. (1487-1557): *Commentaria in constitutiones, seu ordinationes regias*, Lugduni, 1613. (Tractatus de materiis possessoriis), Glosa I, n.10. (folio 714) señala: "Item notandum, quòd haec possess. retinendae cognitio duo habet capita primum & secundum. In primo traditur custodia rei contentiosa, quae si decernatur à iudice alteri partium, recredientia vocatur (...) Secundum caput est [12], in quo recipiuntur testes ab utraque parte super possessione, & instrumenta producuntur (...) Cui secundu capiti pulchrè convenit interdictum uti possidetis, ita possideatis. Cuius edicti verba nihil aliud sonant, quàm quod iudex profert in sententia huius pleni possessorii. Cum dicit, nous maintenos & gardons en possession & saisine".

⁹⁶⁴ MICHELET, *ob.cit.*, n.57, pág.47. La Ordenanza de Villers-Cotterets (1539) intentaría de nuevo corregir el abuso.

⁹⁶⁵ Sobre todo ello, CARPINTERO, F.: "«Mos italicus», «mos gallicus» y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica", *Ius commune*, VI, 1977, pág.126 y ss. y WIEACKER, Frank: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ªed., Göttingen, 1967, pág.167.

⁹⁶⁶ Por todos, RAMOS DEL MANZANO, F.: "De adquir. vel amittenda possessione", en Meerman, *Novus thesaurus iuris civilis et canonici...*, *ob.cit.*, pág.108, "Summarium autem, seu summarissimum, quod apud nos vocatur Juicio de interim".

⁹⁶⁷ Lo señala BEROIUS, *Consiliorum...*, *ob.cit.*, vol.III, Consilium n.43, n.47: "quod alia est probatio levis & debilis, quæ sit parte non citata, & illa sufficit in possessorio summarissimo (...). Alia est sumaria probatio, quæ sit parte citata, qualis et illa, quæ sit in causa meri possessorii summarii". La primera parte enlaza con la afirmación de PLOTUS, I.B.(1518-1570): *Consiliorum sive responsorum*, Novariæ, 1578, Consilium 77, n.19: "Quia spolians non auditur nisi prius integrè restitutus omnibus spoliato & turbato", que recogen otros muchos autores. La voluntad de superar esa característica que se prolonga hasta el s.XVIII, es, como veremos, una de las claves de las reformas procesales del s.XIX en nuestro país.

ocasiones se considera sumarísimo aquel procedimiento que se tramita con tanta celeridad que no se da audiencia al demandado -generalmente, en el interdicto de recobrar-. Además, la evolución de las estructuras procesales conlleva que los juicios posesorios calificados como plenarios/ ordinarios, se tramiten por un procedimiento sumario⁹⁶⁸.

Por tanto, el *uti possidetis* se presenta desde dos puntos de vista: Los integrantes del «mos gallicus» se ciñen a la fuentes romanas y no incorporan los criterios que presentó Jacobus de ARENA. Para ellos vence -ex D.43,17- quien acredita la posesión actual, y no mencionan la posibilidad de alegar la posesión anterior o el título⁹⁶⁹. Únicamente comprueban que no sea una posesión *vi, clam, vel precario*⁹⁷⁰. Con

⁹⁶⁸ PEGUERA, *Praxis civilis, ob.cit.*, n.: "Inter causas summarias (...) advertendum est possessorium duplex esse; aliud summarissimum, quod aliter interdictum interim appellatur, aliud verò plenarium".

⁹⁶⁹ ALCIATUS, *Opera omnia, in quatuor tomos legitimà Digesta*, Francofurti, 1617, Rub. De acquir.vel amitt.posse., Lex XII (Naturaliter § Nihil commune) columna 1220 (n.30) recoge las tesis de Bartolo, Alexand.Tartagnis, Socinus y Aretinus en sede de contienda posesoria, pero se limita a exponerlas, mientras parece considerar todo posesorio un preludeo del petitorio. Los humanistas posteriores las ignoran. Así, CUJACIUS, comentario al Lib.VIII del Código, Tít.VI Uti possidetis, en *Operum postumorum*, Neapoli, 1758; CONNANUS, F. (1508-1551) *Commentariorum Iuris civilis*, t.I, Paris, 1553, Lib.III, Cap.X; HOTOMANUS, F.(1524-1590): *Commentarius in quatuor Libros Institutionum iuris civilis*, 5 ed., Lugduni, 1588, Lib.III, tít.X al XV, (folio 509); GOTOFREDUS, Dyonissi *Corpus Iuris civilis romani...*, *ob.cit.*, Lib.43, Tít.XVII, Uti possidetis, fol.823 y *Digestum novum, seu Pandectarum iuris civilia*, t.III, commentariis Accursii, & Dyonisii Gothofredi lucubrationibus, Lugduni, 1627, D.41,tít.II, "De acquir.vel amitt. posse.", (fol.412) y D.43, tít.XVII, "Uti possidetis", fols.694-697 (Incluso Guilelmus BUDAEUS (1467-1540), en su particular acercamiento al Derecho romano (*Annotationes...*, in *quatuor & viginti Pandectarum libros*, Parisiis, 1585) se limita a mencionar como remedio posesorio el interdicto *unde vi* porque lo había estudiado CICERON en *Pro Cæcina*, eludiendo toda referencia a la posesión en *Conciliarii Regii, libellorúmque magistri in praetorio, altera editio Annotationum in Pandectas*, Parisiis, 1585).

Sólo DONELLUS, H.(1527-1591): *Opera omnia. Commentariorum de iure civili*, t.III, Florentiae, 1846, Ad.Tít.VI.Lib.VIIIC.Uti possidetis, n.23 (cols.1013-1014) expone los criterios citando a BARTOLO, pero para refutarlos, pues: "Non enim probandum est quod dicit, eum solum a iudice pro possessore habendum esse, qui antiquiorem possessionem habet, quasi posterior possessor clam possideat; nam scimus in hoc interdicto non quæri quamdiu quis, aut quam pridem possederit, sed an possideat tempore litis contestatæ; et eum qui eo tempore possideat, vincere hoc interdicto, § *sed interdicto. Inst.de interd.* Sed nec ad rem pertinet, si posterior clam possideat, dummodo non possideat ab adversario, ut interdicti verba ostendunt. Multo minus probandum est quod dicit, eum potioem esse debere, qui prohibetur cum titulo possidere".

⁹⁷⁰ El comentario de DUARENUS, *Opera omnia (II) quo in Quintam et Sectam partem Digestorum et in Justinianei Codicis Titulus...*, *ob.cit.*, Lib.XLIII, Tit.XVII, (fol.720), al interdicto u.p. sintetiza la postura general. Lo considera un proceso preliminar al petitorio: "Oritur controversia inter duos de proprietate, & dominio rei (...) primus cognoscendum est quis possidet" y luego distingue tres supuestos: 1."Cum unus ex litigatoris tantum possidet: hoc casu alter proculdubio vincitur &

posterioridad, los racionalistas se expresarán en parecidos términos⁹⁷¹. En contraposición, los prácticos continúan alegando los criterios en los litigios, como constatan numerosos Consilia y Tratados, tanto sustantivos como procesales⁹⁷².

La innovación -más aparente que real- en muchos textos de los estudiosos consiste en limitar todo juicio posesorio como prelude de un procedimiento petitorio. Esta función se fundamenta en Inst.4,15,4 invocada en detrimento de otros fragmentos del C.I.C.⁹⁷³, y no obsta para que, en la práctica, los litigios posesorios conserven la máxima autonomía⁹⁷⁴.

Aunque a menudo el *uti possidetis* designa los interdictos de retener como

condemnatur (...) Praeterea satisfatio ab eo, qui vincitur, exigitur, ut existimo, ne victori molestiam ullam inferat & inquietet eum in possessione, donec de proprietate iudicatum proprietatem fuerit..."; 2. "Secundus casus cum ambo possident: sed unus possidet ab alio vi, aut clam, vel precario, civiliter, vel naturaliter: is vincitur hoc interdicto..."; "Tertius casus, si uterque possideat, nec vi, nec clam, nec precario, ab adversario neuter vincitur (...) Neutro victo, iudex utrique adjudicabit possessionem rei controversæ pro parte dimidia pro indiviso".

⁹⁷¹ Los racionalistas, en su esfuerzo por mantener la esencia del derecho romano -que creen logro máximo de la razón- obvian las alusiones a la práctica. Así, ALTHUSIUS (1557-1638), *Dicæologica libri Tres, totum & universum Ius, quo utimur, methodicè complectentes*, Lib.I, cap.XIX "De possessione", Francofurti, 1649, fol.73; PUFFENDORF, *De Iure Naturæ et Gentium, ob.cit.*, Lib.IV, cap.IX, contempla la posesión en el capítulo "De translatione dominii" y analiza la *traditio* y las especies posesorias, ignorando los interdictos. Como acertadamente señala CICCAGLIONE, *ob.cit.*, pág.362, los juristas, incluso los del s.XVIII, no llegaron, a diferencia de los prácticos, a formular un concepto de los remedios posesorios de su tiempo, pues quieren reenviarlos a los principios de los interdictos romanos.

⁹⁷² Como ejemplo, FULGOSIUS (1367-1427), *Consilium* 144, n.3 (fol.180) "...qui de antiquore possessionem probat debet vincere. Aut si omnia undique in possessione paria sint is debet vincere quia suam possessionem titulo iustiore ostendit" y CUMANUS, *Consilium* 49, ns.1 y 3, en CUMANUS - FULGOSIUS: *Consilia utriusque Raphaelis nuperrime castigata*, Lugduni, 1548.

⁹⁷³ Por todos, BORCHOLTEN, Joannes (1535-1593): *Commentaria in quatuor Institutionum Iuris civilis libros*, Lugduni, 1615, Lib.IV, de Interdictis, Tít.XV, n.6: "...interdicta, quæ de possessione, vel quasi dantur, preparatoria esse, h.e., non finire totam questionem, totam rem, sed præparare duntaxat causa proprietatis, & ostendere, quis es futurus sit actor, qui onus probandi sustinere debeat. Interdictum, quod de possessione, vel quasi datur, prima est actio præparatoria".

⁹⁷⁴ OINOTUMUS, I.: *In quatuor institutionum Imperialium Justiniani Imp. Libros Commentarii... diligentissime emendati, nec non additionibus Dionisii Gothofredi*, Venetiis, 1757, Lib.IV, Tít.XV, De interdictis, explica los criterios que recogerá el art.445 (fol.535, n.80 y ss.) y acto seguido - § Retinendæ, n.4- recuerda que "non solum quando de proprietate quæstio moveri speratur, hæc interdicta intentare licet, sed etiam quando inter duos de sola possessione est contentio (...) sive uterque contendat se esse possessorem istius rei, sive turbans non prætendat se possidere".

categoría general que abarca el juicio plenario y el sumario /sumarísimo⁹⁷⁵, cuando se intenta situar con mayor precisión se opta por adjudicar la denominación romana a uno de los dos⁹⁷⁶. Así, en España se suele identificar con el plenario posesorio, mientras que en Italia se asimila al juicio sumario o sumarísimo -que se denomina *mandatum de manutenendo*⁹⁷⁷-, lo que no obstará para que en ocasiones éste -y por esa falta de uniformidad- incorpore caracteres que se predicaban del plenario. Por último, Francia, que como epicentro del «mos gallicus» parece que debería recuperar las figuras romanas originarias, mezcla en la práctica denominaciones y contenidos

⁹⁷⁵ RAMOS DEL MANZANO, "De acquir. vel amittenda posse.", *ob.cit.*, pág.108, n.X "Frequenter vero hoc retinendae possessionis, sive uti possidetis interdictum in duo veluti capita scindi solet, quorum scilicet aliud plenarium, aliud summarium, seu summarissimum vocatur"; CANCERIIUS, I. (1549-1629): *Variarum resolutionem iuris Caesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cathaloniae*, Lugduni, 1670, cap.XIV, n.1, fol. 195d: "Possessorium retinendæ duplex est, unum summarium, sive summarissimum, aliud plenarium". Como culminación de la multiplicación de procedimientos, SCACCIA, Sigismundo (hacia 1600): *Tractatus de appellationibus*, Venetiis, 1642, Limitatio VI: "Interdictum, seu iudicium possessorium in genere sumptum posse dividi in multas & multas species; tamen hic speciem non more dialecticorum, sed more legislatorum, qui capiunt speciem pro eo, quod quovis modo est diversum ab alio (...) Sed quia omnis bona divisio debet esse bimembris, vel saltem reducibilis ad eam (...) ideo possessorium iudicium divido in duas species principales: Prima species dicitur possessorium summarium quod semper est momentaneum, habetque locum tam in adipiscenda possessione, quam in retinenda, ... Secunda species dicitur possessorium ordinarium & hæc subdividitur in tres alias species: Prima species dicitur possessorium ordinarium momentaneum (...) Secunda dicitur possessorium ordinarium perpetuum (...) Tertia dicitur possessorium mixtum...".

⁹⁷⁶ La relación entre sumario/ordinario y *uti possidetis* se desglosa en este texto de PUCHTA, *Pandekten*, *ob.cit.*, pág.187, nota k: "Es kommt ein doppeltes System in Beziehung auf das Verhältnis das possessorium ordinarium und summarium vor: 1) Das poss. ordinarium ist das römische interdictum uti possidetis, das summarium ein bloßes Provisorium, in der im Text dasgestellten Art; dieß ist als die gemeinrechtliche Gestalt der Sache zu betrachten. 2) Das poss. summarium ist das eigentliche Possessorium, das interdictum retinendae possessionis, aus dem gegenwärtigen (jüngsten) einfachen juristischen Besitz; das poss. ordinarium dagegen setzt einen Titel zur den Besitz voraus, und ist also der actio publiciana analog, d.b. es ist gar kein interdictum retinendae possessionis mehr, sondern eine provisorische Vindication". No obstante, PUCHTA, buen discípulo de SAVIGNY, sitúa el *uti possidetis* en el primer sistema, porque ve la figura desde coordenadas romanas.

⁹⁷⁷ BREDERODUS, Cornelius (+1578): *Tractatus de Appellationibus singularis et utilissimus*, Franconfortiam Moenum, 1592, Pars I, Tit.XIX, p.276 S: "...in iudicio summarissimo interdicti, uti possidetis"; VERGINIUS DE BOCATIS de CINGULO: "De interdicto uti possidetis, sive de manutentione in possessione", en: *Tractatus Universi iuris, duce et auspice Gregorio XIII Pontifice maximo, in unum congesti additis quamplurimis antea nunquam editis...*, Venetiis, 1584, cap.II, 1. Uti possidetis interdictum vocatur in Curia Romana, mandatum de manutenendo, alij vocant summarissimum possessorium". Por el contrario, POSTIUS *Tractatus mandati de manutenendo, sive sumariissimi possessorii interim*, Ludguni, 1674, Observ.XVII, n.1 (fol.63), apunta que "mandatum de manutenendo ad instar retinendæ seu uti possidetis ordinari datur". (Más allá de las disidencias, BONFANTE, *Note...*, *ob.cit.*, pág.607, sitúa esta asimilación en el s.XVII. Vid.también SALVIONI, *ob.cit.*, § 574).

romanos y autóctonos⁹⁷⁸. Así se constata en los escritos de CUJACIO quien equiparó *complainte* y *uti possidetis* romano con la única salvedad de que aquélla requería una posesión superior a un año, mientras soslayaba aspectos tan característicos de la *complainte* como la aceptación de elementos petitorios⁹⁷⁹ -dato que llevaba a LOYSEL en el s.XVI a afirmar que los procesos posesorios contenían "du droit de propriété entremêlé"⁹⁸⁰-.

6.2. Dos referencias emblemáticas: MENOCCHIO y REIFFENSTUEL

Probablemente, el tratado continuista más conocido y de mayor utilidad sea el de MENOCCHIO, *De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione*⁹⁸¹. Con voluntad de agotar la materia, MENOCCHIO describía las diferentes acciones posesorios. En sede de los *retinendae possessionis* contemplaba ocho figuras (remedios). La principal era el *uti possidetis*, estudiado en el remedio III. Este es la figura que nos interesa, juntamente con el remedio *ex iudicis officio*, objeto del último capítulo.

⁹⁷⁸ Como señala BRUNS, *Das Recht des Besitzes...*, *ob.cit.*, pág.364: "Überhaupt romanisirte man die Klage so weit als irgend möglich" y añade que "man die complainte dem interdictio U.P. gleichstellte".

⁹⁷⁹ CUJACIUS, *Opera omnia in XI...*, *ob.cit.*, Commentarium Lib.LXII Pauli ad Edictum, pág.793, Además, para él, el interdictio momentaria possessionis juega un papel fundamental para entender los engranajes posesorios, dado que "Momentaria possessione, quae ex interdictio prætoris celeriter reformanda & restituenda est, non tantum si agatur interdictio unde vi, sed si alio quolibet interdictio adipiscendae vel retinendae possessionis" (C.VIII, Tít.LXIX).

⁹⁸⁰ LOYSEL (1536-1615/17) : *Institues coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses reigles, Sentences...*, 3 ed., Nueva ed. de M. Revlos, Paris, 1935, n.740. Aún así, se señalaba que el examen del título debía limitarse exclusivamente a colorear la posesión, lo que equivalía, según OURLIAC-MALAFOSSE, *Derecho romano y francés histórico*, *ob.cit.*, pág.486, "a hacer una justicia a medias".

Otra muestra de la asimilación entre ambas figuras la hallamos en FERRIERE, *Nouvelle Institution coutumiere...*, *ob.cit.*, t.III, Lib.IV, Tít.V, art.1, quien identifica la *complainte* con el *uti possidetis*, y también la *récreance* con el *uti possidetis* (es reseñable la continua alusión a la *récreance*, que no menciona la Ordenanza de 1667, pero que se mantiene en los Tratados prácticos hasta el s.XIX -ALAUZET, I.: *Histoire de la possession et des actions possessoires en Droit français*, Paris, 1849, pág.255-).

⁹⁸¹ MENOCCHIO (1532-1607) es considerado el iniciador de la escuela del Usus Modernus en Italia (Así, COING, H.: *Handbuch der Quellen und Literature der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II/1, Munich, 1977, pág.503 y SOLLNER, Alfred: "Zu den Literaturtypen des deutschen Usus modernus", *Ius commune*, II, 1969). De *De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione* se publicaron diecinueve ediciones entre 1576 y 1691; también existen ediciones particulares de cada uno de los interdictos (COING, *Handbuch...* *ob.cit.*, pág.350).

MENOCCHIO considera el interdicto *uti possidetis* el instrumento posesorio por excelencia y lo estima aplicable

«...cum ambo iuste & eadem ex causa possessione, & possessio in omnibus æqualis est, eo excepto, quod unus suam possessionem melioribus ac validioribus probationibus probavit, tunc is, qui melior probavit, obtinet.»⁹⁸²

A continuación, se pregunta por los mejores medios de prueba. Estima que, en primer lugar, deberán valorarse los testigos, teniendo en cuenta su número y sus cualidades personales. Si son iguales en número y en condiciones, se atenderá a la posesión más antigua⁹⁸³. Si ninguna de las partes puede demostrar que su posesión es más antigua que la de su adversario, se procede al examen del título⁹⁸⁴. Por último, si ambos presentasen título, se preferirá el más antiguo. En el caso de que todas las pruebas fueran equivalentes, MENOCCHIO recoge, entre otras soluciones, el secuestro⁹⁸⁵. En suma, él enumera las reglas que luego reproducirá el art.445 Cc.

Como último remedio, MENOCCHIO contempla el *retinendae possessionis remedium, ex iudicis officio*, que precede al juicio posesorio principal, y que se corresponde con el más estricto procedimiento summarissimum⁹⁸⁶.

Su influencia se observa especialmente en los juristas centroeuropeos y flamencos que se inscriben en el *Usus modernus Pandectarum*, quienes tienen presentes

⁹⁸² *Ibidem*, n.718.

⁹⁸³ MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De Retin.posse., Rem.III, n.724 (fol.219): "cum probationes omnes equales sunt, tam numero quam dignitate: tunc sin unus probat suam possessum esse antiquiorem illa adversarii, obtinebit".

⁹⁸⁴ MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De retinen.posse., Rem.III, Remed.III, n.733: "Decimus est casus, cum utriusque probationes sunt, & uterque etiam probavit possessionem æqualis temporis, sed unus probavit titulum, altero vero non: tunc iustum titulum ostendens obtinet (...) Ea est ratio, quia ille, qui [n.734] titulum habet, potiora iure habere dicitur, l.1.D de edict.divi.Adria.tollen. ".

⁹⁸⁵ MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De retinen.posse., Rem.III, ns.740-779, enumera ocho posibles soluciones al supuesto "cum omnino pares sunt utriusque probationes". Entre ellas cabe destacar la que afirma que el juez debía pronunciar de nuevo: "uti possidetis, ita possideatis, atq; ita neuter vincit, nec vincitur"; así como dividir la cosa entre las partes [n.755], absolver al reo (aunque MENOCCHIO subraya que ello presupone conocer exactamente cuál de ellos es el reo...), acudir a una instancia superior o secuestrarla.

⁹⁸⁶ MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De retinen.posse., Rem.Ultimum, n.3 (fol.265): "Hoc iudicii genus præparatorium iudicii possessorii principalis atque plenarii recte appellant" y se remite a Paulus de Castro.

los criterios de la posesión anterior y el título⁹⁸⁷, que asocian a un procedimiento posesorio ordinario⁹⁸⁸ y que oponen a un procedimiento posesorio sumarísimo que tutela la posesión reciente -presente-, frecuentemente como preludeo de los procesos ordinario/plenarios.

Asimismo en el ámbito eclesíastico, se mantiene el recurso a los criterios que bosquejara la Decretal «Licet causam» ubicados en la resolución del interdicto *uti possidetis*. Probablemente la presentación más completa se encuentra en el tratado de REIFFENSTUEL⁹⁸⁹, quien expone ordenadamente los criterios que reproducirá el art.445 Cc. Frente a la pretensión posesoria de dos litigantes, se tutela en primer lugar a quien prueba la posesión; si ambos lo hacen, se tutela al más antiguo, pues la posesión más reciente se presume "vi at clam, sicque injustam"⁹⁹⁰. La posesión más antigua no precisa el refuerzo del título, pues la sostiene su propia antigüedad. La presunción en favor del más antiguo se fundamenta, asimismo, en la imposibilidad del *duo in solidum*..., y ni siquiera la alegación de un título, si es posterior a la posesión

⁹⁸⁷ LEYSER, A. (1683-1752): *Meditationes ad Pandectas, quibus praecipua iuris capita ex antiquitate explicantur, cum iuribus recentioribus conferuntur atque...*, v.VII, Lipsiæ, Brunsvigæ et Guelpherbyti, págs.694-5: "Nempe possessorium summarissimum in locum interdicti uti possidetis surrogatum est, atque adeo, sicut illud, saltem ad retinendam possessionem tendit. Uti possidetis, ac presentem possessorem simpliciter tuetur, questionemque de iustiore & antiquiore possessione, si ea altioris indaginis sit, in aliud iudicium differt"; HUBERUS: En las notas de la pág.461 "Usus fori nostri sequitur Ius canonicum, ac in possessorio ordinario, quo de antiquiore et iustiore possessione agitur, processum solemnem ordinarium retinet (...), in possessorio autem, quo de præsentis et momentanea possessione quaeritur, quod summarissimum seu summarium vocant, summariam causae cognitionem tantum requirit". En el mismo sentido, OLDENDORP, J.: *Opera*, t.II, Basel, 1559, Actio IV, fol.123, n.II; HARPRECHTIUS, *Comentarios, in librum Quartum Institutionum Divi Imp.Iustiniani, ob.cit.*, De interdictis, n.36; KEES, *Commentarius ad D.Justiniani Institutionum imperialium, ob.cit.*, De interdictis (fol.717) y VINNIUS, *In Quatuor Libros Institutionum, ob.cit.*, Lib.IV, Tít.XV, Textus De Interdictis retinendæ.

⁹⁸⁸ LEYSER, *Meditationes ad Pandectas...*, *ob.cit.*, De possess. processu. in genere, pág.627-628: "Denn eben darinnen bestehen der Unterschied zwischen dem summario und ordinario, daß in jenen die præsens und ultima possessio, in diesem die antiquior und iustior possessio erweisen werden muß, gestalt eben derjenige, welcher in possessorio summario unterlegen, von dem Richter ad ordinarium verweisen wird, damit er dasjenige, was er vorigen Zeiten gehabt und in den letzteren unrechtmäßig..., wieder erhalte. Also irren dieselbige sehr, welche das possessorium ordinarium mit dem interdicto retinendæ possessionis uti possidetis confundiren".

⁹⁸⁹ REIFFENSTUEL, *Canonicum universum clara methodo juxta titulos quinque Librorum Decretalium...*, *ob.cit.*, Lib.II, Decr.Tít.XII, De causa possessionis, & cc., § VIII, De probatione possessionis, præsertim in interdicto: Uti possidetis (fol.117 y ss).

⁹⁹⁰ *Ibidem*, n.225.

más antigua sirve para enervar ésta, pues se mantiene la consideración del poseedor más reciente como injusto. No obstante, cabe que las dos posesiones tengan la misma duración, en cuyo caso se prefiere la que se apoye en un título, y si ambas los mostrasen el que parezca más ajustado⁹⁹¹. Si excluimos este último criterio, hallamos la sucesión exacta del futuro art.445 Cc.

6.3. Los caracteres del procedimiento sumarísimo en sentido estricto

El procedimiento *sumarium* se conoce en la Edad Moderna con diferentes denominaciones. En España se conoce como *interin* o *sumarísimo de interin*; en Francia como *recredentia* o *récreance*; en Italia es el *mandatum de manutenendo* y en Alemania se mantiene como *possessorium summariissimum*⁹⁹². Inicialmente persigue - como apuntaba el Consilium de Paulus de Castro- adjudicar el bien litigioso a una de las partes durante el litigio, sin prejuzgar el resultado del juicio definitivo⁹⁹³. La

⁹⁹¹ REIFFENSTUEL, *Ibidem*, n.230, da la siguiente síntesis: "Nec obstat, quod in possessorio retinendæ non sit necesse allegare, vel probare titulum: quia, ut *leg. Justa, ff. Ut possidetis*, dicitur quilibet *possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet*. Respon. enim, hoc dictum procedere tantum quando alter litigantium non possidet, prout loquitur citatus textus: secus tamen esse, quando uterque pari jam tempore fuit in possessione. Nam cæteris paribus superat ille, qui non solum parem possessionem ostendit, sed insuper probat titulum suæ possessionis, quæ alter non potest ostendere, vel saltem non tam bonum".

Paralelamente, la tutela posesoria de los beneficios se apoyaba en la presentación de los títulos, requisito congruente con la naturaleza del objeto poseído. Como señalaría VOET: *Commentariorum ad Pandectas*, Venetiis, 1828, Lib.XLIII, Tít.XVII, n.5: "Cæterum jure Canonico non tam is vincit, qui probationes suæ possessionis firmioris allegat, quam potius, qui antiquiorem docet possessionem, aut justiore titulo suffultam" y añade "Et in beneficialibus, veluti praebendis, canonicatibus, sacerdotii redditibus & c. si quis beneficia possideat, eun non vincere hoc interdicto, sed potius possessionem adjudicandam interim ei, qui firmiore titulo nititur". Vid.asimismo COVARRUBIAS, D.(1512-1577): *Practicarum Quæstionum*, t.II, Valentiae Edetanorum, 1775, cap.XXXV ("De rebus & negotiis Ecclesiasticis, quæ solent apus hujus Castellani Regni Prætoria frequenter examinari"), fol.280.

⁹⁹² COING, H.: *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800*,I, München, 1985, pág.287, da otras denominaciones: Provisionale Decretum, Salvaguarda, en España; Carta tuitiva, en Portugal. RAMOS DEL MANZANO, "De acquirenda vel amittenda possessione" en: MEERMAN, *Novus thesaurus iuris civilis et canonici*, *ob.cit.*, n.17, apunta que los germanos los denominaban *Decretum provisionale* y los italianos *nova provisio*; Vid.también MINDANUS, P.F.: "De judiciis possessoriis" en STRYK: *Dissertationum Juridicarum Francofurtensium*, vol.V, Florentiae, 1840, Disp.III, Cap.II, n.50; MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.Retinen.posse. Remed.Ult., n.5; OROZ, *De apicibus iuris civilis...*, *ob.cit.*, Lib.IV, cap.VII, n.2; POSTIUS, *Tractatus mandati de manutenendo*, *ob.cit.*, Observat.III, n.42.

⁹⁹³ GOMEZ, *Opus præclarum et utilissimum super legibus tauri*, *ob.cit.*, In legem XLV, n.126: "...an interim lite super possessorio pendente posit iudex ex officio vel ad patris petitionem sine preiudicio iuris ipsarum partiû summarie, breviter,& simpliciter recipere probationem super praedicta possessione, ut ille qui melius probet statim declaretur & mittatur in actualem possessionem &

provisionalidad de la decisión se constata en la facultad judicial de adjudicar la posesión a la otra parte si ésta lo acredita mejor, en cualquier momento previo a la resolución final⁹⁹⁴. En este caso, el sumarísimo no antecede exclusivamente a procesos posesorios sino también a los petitorios⁹⁹⁵, aunque de los textos parece deducirse que habitualmente precedía al posesorio ordinario⁹⁹⁶.

Sin embargo, en la práctica, el proceso no se limita a decidir la posesión *lite pendente* sino que resuelve sobre la posesión sin que necesariamente las partes acudan a otro juicio posesorio ordinario⁹⁹⁷. Esta circunstancia lleva a una progresiva

detentationem rerum, & in ea defendatur donec definitive lis super remedio possessorio plenarie decidatur".

⁹⁹⁴ FERNANDEZ de RETES, J.(1620-1678): "De interdictis et remediis possessoris", en: MEERMAN, *Novus Thesaurus juris civilis et canonici, continens varia et rarissim optimarum interpretum, imprimis hispanorum et gallorum, opera tam Edita antehac, quam Inedita, in quibus utrumque jus emendatur, explicatur, atque...*, ex collectione et museo..., t.VII, Hagæ-Comitum, 1751, folio 507, VI.

⁹⁹⁵ Por ello, algunos autores consideraron que su antecedente directo eran las *Vindiciæ*, -la figura romana que JHERING, *ob.cit.*, pág. 111, relacionaba con los interdictos para explicar su origen-. Así, GRAVINA, J.V. (1664-1718): *Opera, seu originum juris civilis...*, t.I, Venetiis, 1768, Lib.II, cap.LXXI (fol.180). MOLITOR, *ob.cit.*, pág.139, los vincula a la *fructus licitatio*, aunque en base a su conocimiento del procedimiento interdictal clásico, que desconocían los juristas que formularon el *summarissimum*.

⁹⁹⁶ SALGADUS DE SOMOZA, F.(1595-1664): *Tractatus de Regia Protectione vi oppressorum appellantium à Causis & Judicibus Ecclesiasticis*, Lugduni, 1759, cap.XII, n.3, señala que adjudica la posesión "durante interim, dum lis super plenario iudicio possessorio, vel petitorio diffinitivè terminatur" pero acto seguido incluye una afirmación común en la época: "Nam quemadmodum possessorium ordinarium est præparatorium iudicio petitorio, ut quis actor sit, cognoscatur, ita hoc possessorium summarium est præparatorium iudicio possessorio ordinario". Por contra BRUNS, *Das Recht des Besitzes...*, *ob.cit.*, pág.271, lo desvinculó del posesorio ordinario, al afirmar que "Das Summariissimum war im wesentlichen nichts anderes als ein eigenthümliches processualisches Institut". Vid.como síntesis, LEVONI, *ob.cit.*, pág.361.

⁹⁹⁷ CANCERIUUS, *Variarum resolutionum iuris Caesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cataloniae*, *ob.cit.*, Cap.XIII, n.1: "Istud possessorium summarissimo dupliciter intentatur, uno modo cum quis timens ne sibi inferatur vis, aut turbetur in possessione ab aliquo, etiam lite non contestata, nec parte citata, adit iudicem, (...)" y añade. n.4: "Altero modo intentatur dictum iudicium cum lite cæpta, super proprietate, seu possessorio plenario, & utraque pars possidere prætendit, litependente, ne partes veniant ad arma".

También se utiliza en otros supuestos. Básicamente, si existe controversia entre los diferentes herederos. Lo apuntan TIRAQUELLUS, Andreas (1488-1558), *Le mort saisit le vif*, en: *Tractatus varii* (n.2), Lugduni, 1587, pars 6, declaratio 9, (él lo fundamenta en la l.ulti C. de edicto divi Adria.toll.) y el propio CANCERIUUS, *Ibidem*, (n.5): "Habet etiam locum possessorium summarissimum, ubi possessio vacat, puta, quando mortuo possessore, utraque pars prætendit, vel se hæredem., & sic vult ingredi possessionem, vel saltim ad se pertinere apprehendere illius rei possessionem, & sic omnes

identificación terminológica con el interdicto *uti possidetis*, que continúa siendo considerado el remedio posesorio por excelencia. Además, cuando las partes acuden a un segundo proceso ya no buscan la tutela de la posesión, sino el reconocimiento de su derecho.

El summarísimo posesorio presenta las siguientes características:

1-. Es un procedimiento doble: cada parte es autor y reo al mismo tiempo. Esta característica enlaza a un tiempo con el inicial interdicto romano y con la finalidad perseguida por el instituto. Pero aquí acaban las similitudes⁹⁹⁸.

2-. Se atiende exclusivamente al hecho de la posesión, sin entrar a examinar si es justa o injusta, caracteres que pertenecen al posesorio plenario⁹⁹⁹. Este rasgo

properant ad possessionem, & dubium est, ne partes veniant ad arma", quien añade que se emplea incluso en aquellos supuestos en que, no existiendo temor a un futuro litigio, se persigue una decisión preventiva.

Sobre la autonomía del procedimiento, BRUNS, *Das Recht des Besitzes...*, *ob.cit.*, pág.273 y ss. y 398 y ss.

⁹⁹⁸ COVARRUBIAS de LEYVA, D.(1512-1577): *Practicarum questionum*, Valencia, 1775, Cap.XVII, : "Hæc verò interloquutio, licet similis videri possit interdicto: Uti possidetis: maxime tamen ad eo distat. Cujus rei datio consideratur ex hoc, quod interdictum Uti possidetis quandoque principaliter proponitur, quandoque lite pendente super proprietate in iudicium deducitur, ac vere possessionem respicit". FONTANELLA, I.P.(1576-1640): *Decisiones sacri regii senatus Cathalonie*, t.I, Lugduni, 1668, Dec.187, n.8: "Interdictum interim, quare non dicatur propriè retinendæ, sed similitudinem tantum habere cum eo". Vid.del mismo autor *De pactis nuptialis sive capitulis matrimonialis*. Tom. posterior, Geneve, 1659, Glosa III, Pars.X, n.14 (fol.543); DE PAZ, *De tenuta, seu interdicto et remedio possessorio summarissimo*, *ob.cit.*, Cap.II, n.20; POSTIUS, *Tractatus mandati de manutenendo*, *ob.cit.*, Observat.III, ns.9-14 t 22; VINNIUS, *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius...*, *ob.cit.*, t.II, Lib.IV, Tit.XV, Textus De Interdictis retinendæ, matiza: "et hoc possessorium summarissimum male vulgo comparant interdicto uti possidetis, quum tamen in illo non ut in hoc disceptetur de qualitate possessionis, vi ne quis possideat, an clam, an precario, sed tantum quaeratur, quis jam in præsentì possideat". Vid.también VALENZUELA VELAZQUEZ, I.B.: *Consilia sive responsa iuris*, t.II, Lugduni, 1671, Consilium 184.

⁹⁹⁹ ANSALDUS, F.: *Consilia sive responsa*, Lugduni, 1645, Consilium 89, n.47 "...contra possessorium summarissimum non admitti disputationem pro validitate, vel invaliditate possessionis, cum in eo sola possessio attendatur"; FONTANELLA, *De pactis nuptialis sive capitulis matrimonialis ob.cit.*, Glossa III, pars.X, n.74 (fol.549) y en sus *Decisiones...*, *ob.cit.*, Decis.CLXXXV, n.16: "Interdictum interim, solum respicit corporalem detentionem et facti insistentiam, etiam si iniusta sit", argumento que repite en la Decis.CLXXXVII, n.4; CAPONIUS, J.(1612-1673): *Controversiarum forensium, utriusque juris et fori*, Coloniae Allobrogum, 1732, Controversia XXIII, n.23 (folio 180) recuerda: "Imo etiam violentus possessor est manutenendus lite pendente". Asimismo, DE LUCA, J.B. (1614-1683): *Theatrum veritatis et iustitia sive Decisivi Discursus...*, Venetiis, 1726, T.IV, Lib.IV, Pars.I, Disp.XXXII (fol.37); BERIUS, *Consiliorum*, *ob.cit.*, Consilium 45, n.2; VINNIUS, *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius...*, *ob.cit.*, t.II, lib.IV, tit.XV. Por último, LEYSER, *Meditat. ad Pandect. ob.cit.*, SP DVIII (De iudicio possess. summarissimo), n.V: "Possessio etiam vi, clam, precario quaesita indistincte contra quem vis detenditur". Aún así, CANCERIUS, *Variar.Resolut.*, *ob.cit.*, Cap.XIV, n.54,

remite al principio romano "In summa possessionis non multus interest, juste quis an injuste possideat" (D.41,2,3§ 5) y a los interdictos originales.

3-. La legitimación activa integra -a diferencia del posesorio plenario- a los meros detentadores¹⁰⁰⁰.

4-. El juez puede declarar el procedimiento de oficio, de acuerdo con las características que situara PAULUS de CASTRO¹⁰⁰¹.

5-. El juez adjudica la posesión a quien tiene el bien en ese momento o poco antes¹⁰⁰².

6-. De acuerdo con su carácter sumario, la prueba es semiplena¹⁰⁰³; no se admite la reprobación de testigos¹⁰⁰⁴; no procede la *restitutio in integrum* contra los

matiza: "In interdicto (interim) manuteneri debere qui detinet, non attendendo iustitiam, vel iniustitiam possessionis intelligere debere, censeo, ubi esset opus disceptatione ad cognoscendum de dicta iustitia, aut iniustitia possessionis, secus autem ubi evidenter sine aliqua disceptatione, de iniustitia possessionis, apparet. Nam tali casu, non esse manutenendum, nec lite pendente arbitror".

Singularmente SAVIGNY, *Tratado de la posesión, ob.cit.*, pág.258, al analizar la figura negará la legitimación de los detentadores, en base a su concepto de la institución.

¹⁰⁰⁰ VALENZUELA VELAZQUEZ, *Consilia...*, *ob.cit.*, Consilium 184, n.120; GOMEZ, *Opus præclarum et utilissimum super legibus tauri...*, *ob.cit.*, In legem XLV, n.126; FONTANELLA, *De pactis...*, *ob.cit.*, Gl.III, Pars.X, n.53 y *Decisiones...*, *ob.cit.*, Decisio 185, n.16; MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De retinen.posse., Remed.ult. n.18, recuerda a Covarrubias, cap.XVII, n.5 e incluye al detentador porque este remedio "non tam veram & propriam possessionem respicit, quam statum illum rei, qui erat tempore motæ litis, vel paucio ante" (vid.también n.36).

¹⁰⁰¹ MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De retin.posse, Rem.Ult., n.21 (fol.266); MINDANUS, *De Processibus, mandatis et monitoriis...*, *ob.cit.*, Cap.XLV, n.45; SALGADUS DE SOMOZA, *Tractatus de regia protectione...*, *ob.cit.*, Cap.XII, ns.9 y 118; GOMEZ, *Opus præclarum et utilissimum super legibus tauri...*, *ob.cit.*, In legem XLV, n.126: "quo dicit se possessorem, & petit in ea defendi, & in consequentiam petit detentationem earundem rerum, & forte habet iudicium possessorium, moram,& longam dilationem habebit, an interim lite super possessorio pendente possit iudex ex officio vel ad patris petitionem sine preiudicio iuris ipsarum partiû summarie, breviter & simpliciter recipere probationem super prædicta possessione..."; BEROIUS, *Consiliorum...*, *ob.cit.*, Consilium n.45, n.22.

¹⁰⁰² MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De retin.posse, Rem.Ult.n.18 (fol.266); FONTANELLA, *Decisiones...ob.cit.*, Decisio 185, n.8; PEGUERA, *Praxis civilis, ob.cit.*, n.71.

¹⁰⁰³ MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De retinen.posse., Rem.Ult., n.34; SALGADUS DE SOMOZA, *Tractatus de regia...* *ob.cit.*, cap.XII, n.2. Señala DE LUCA, *Theatrum veritatis...*, *ob.cit.*, Lib.XV, Pars.I, Dec.XLIV, n.99 (fol.178) señala: "Quando agatur de illa manutentione, quæ petatur ex sola assistentia juris, absque necessitate alterius extrinsecæ probationis possessionis de facto".

¹⁰⁰⁴ MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De retinen.posse., Rem.Ult., n.41; COVARRUBIAS, *Practicarum quæstionum, ob.cit.*, Cap.XVII, n.7.

menores ni la apelación¹⁰⁰⁵.

7-. Finaliza con una sentencia interlocutoria por cuanto no dirime definitivamente la cuestión posesoria, ya sea por inscribirse en el marco de un procedimiento plenario -en cuyo caso regula la situación *lite pendente*-, o porque permite a la parte perjudicada acudir a otro juicio posesorio que resuelva definitivamente la cuestión¹⁰⁰⁶.

En definitiva, se preserva la situación fáctica más reciente (los textos suelen apoyarse en C.8,4,8 -el interdicto *momentariae possessionis*). Por ello, los juristas se preguntan si cabe hablar con propiedad de tutela de la posesión, y señalan que la parte preferida la mantiene en depósito, "de modo fiduciario"¹⁰⁰⁷.

6.4. La nueva metamorfosis del sumarísimo posesorio

Por tanto, la posesión, o mejor, el mero hecho posesorio, se concede en el

¹⁰⁰⁵ SCACCIA, *Tractatus de appellationibus*, *ob.cit.*, Quæstio XVII, Limit.VI, Memb.II, n.14; SALGADUS DE SOMOZA, *Tractatus de Regia Protectione...*, *ob.cit.*, cap.XII, n.61; BREDERODUS, *ob.cit.*, Pars I, Tít.XIX, p.276 /S; VALASCUS, A. (1526-1593): *Decisionum, Consultationum ac rerum iudicatarum in Regno Lusitanæ, Venetiis*, 1609, Consultat.79, n.18; PEGUERA, *Praxis civilis*, *ob.cit.*, n.69; también CAPONIUS, *Controversiarum forensium...*, *ob.cit.*, Controversia XXII, fol.175, n.12. DE LUCA, *Theatrum veritatis...*, *ob.cit.*, T.XV, Lib.XV, Pars I ("De iudiciis"), Decis.XLIV, n.4 (fol.170), matiza que no se admite la apelación suspensiva,

¹⁰⁰⁶ VALASCUS, *Consultationem...*, *ob.cit.*, Consultat.79, n.18; FERNANDEZ DE RETES, "De interdictis et remediis possessorii", *ob.cit.*, al distinguir entre el remedio plenario (el u.p.) y el summarissimo, señala: "forma sententiæ est diversa: quia in Interdicto sententia fertur per verbo fallo, quia est deffinitiva. In summarissimo vero est interlocutoria, & ita profetur: manuteneo illum sine præiudicio possessionis & proprietatis, donec lis finiatur..."; MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De Retine.posse., Remed.Ult., n.46: "Recte ergo interlocutoria, quæ non adfert præiudicium irreparabile per definitivam"; También CANCERIIUS, *Variar. Resolut.*, *ob.cit.*, cap.XIII, n.13 y DE LUCA, *Theatrum veritatis...*, *ob.cit.*, t.XV, Lib.XV, Pars.I, Dec.XLIV, n.97 (fol.177).

Los juristas que ven en todo proceso posesorio un preludio del petitorio creen que todo posesorio conlleva un perjuicio leve. Así, REBUFFUS, *Commentaria in constitutiones...*, *ob.cit.*, Art.7 Glosa I, n.26.

¹⁰⁰⁷ GEYL, A.(1526-1587): *Practicarum observationum tam ad processum iudicarium præentim imperialis camerae, quam causarum decisiones Perinentum...*, Colonia Agrippinæ, 1578, Observat.V, n.6: "Proinde rectè interim, aut fiduciaria, vel depositaria possessio, aut provisionales remedium appellatur (...)". Vid. también OROZ, *De apicibus...*, *ob.cit.*, Lib.IV, cap.VII, n.1.

Probablemente, la mejor síntesis se halla en KEES, *Commentarius ad D.Justiniani Institutionum imperialium*, *ob.cit.*, De interdictis (fol.713): "Vocatur etiam momentaneum; quia sententia in eo lata, non perpetuum, sed momentaneum, & ad tempus præiudicium affert, idque reparabile, quod in possessorio ordinario reparari possit; & interim, aut fiduciaria, aut depositaria possessio, aut provisionale remedium vocatur in quo probationes imperfectæ, & semiplenæ (quia modici præiudicii est) recipiuntur".

procedimiento sumarísimo a quien la detente en ese momento o poco antes de la lite. De ese modo, los procedimientos posesorios ordinario/plenario y sumario/sumarísimo atenderían a funciones específicas correlacionadas entre sí. Sin embargo, esa frontera se desdibuja porque en el procedimiento sumario reencontramos los criterios de JACOBUS de ARENA. Así se constata en los tratados que alcanzaron mayor difusión: las monografías de COVARRUBIAS, POSTIUS y Verginius de BOCCATTIS¹⁰⁰⁸.

COVARRUBIAS dedica el cap.XVII de sus *Practicarum quæstionum* al procedimiento de interín¹⁰⁰⁹ que define en relación a un remedio *uti possidetis* plenario. Al describir la figura, tras destacar el valor de la posesión actual, añade el criterio de la posesión anterior, en el caso de que ambas partes afirmen hallarse en posesión¹⁰¹⁰.

POSTIUS en su tratado sobre el *Mandatum de manutenendo* -que alcanzó ocho ediciones- reproduce ordenadamente todos los criterios del art.445¹⁰¹¹. A pesar de

¹⁰⁰⁸ La idea también se apunta en algunos textos generales. BEROIUS, *Consilium...*, *ob.cit.*, Consilium 45, n.22, al tratar del *possessorio summario* "ante quam negotium principale possessorii plenarii", señala que si ambas partes pretenden la posesión y "si verò non potest iudici liquere summariè, quis sit in actuali possessione, & dubitet, ne partes ad arma veniant, potest possessionem ad se advocare, & illam postea ei relaxare, & adiudicare, qui melius de possessione in iudicio ordinario probaverit" (el subrayado es nuestro).

¹⁰⁰⁹ El texto de Covarrubias (considerado por COING, *Handbuch...* *ob.cit.*, pág.503, un representante del u.m.p., y por CASTRO, F.de, *Derecho civil de España*, *ob.cit.*, pág.155, "el representante más brillante de la escuela humanista en España") goza de difusión internacional, como demuestran las constantes referencias de autores italianos, franceses e integrantes del *Usus modernus*: MENOCCIO lo cita como una de sus fuentes en su exposición del Último Remedio de los *Retinendæ posse*. (*ob.cit.*, ns.5, 10, 16, 18, 21, 24, 38 ó 38, entre otros); CANCER en el Cap.XIV de sus *Variarum resolutionem*, Lugduni, 1670; VALASCO, VALENZUELA VELAZQUEZ, OROZ, PELLEGRINUS, LEYSER etc. Para BRUNS, *Das Recht des Besitzes...*, *ob.cit.*, pág.350, constituyó "Die Hauptgrundlage für die spätern Darstellungen".

¹⁰¹⁰ COVARRUBIAS, *ob.cit.*, n.10, señala que el interdicto protege a "qui erat tempore motæ litis, aut paulo ante", pero en el n.12 se cuestiona: "...quid si agendum ubi uterque litigator probaverit, se possedisse tempore motæ litis, & possedisse? Oritur enim dubium, cui probationi sit standum, & sanè regulariter ille præferendus erit qui antiquiorem possessionem probaverit" y menciona a Bartolo, Baldo y Paulus de Castro para recordar que "Multa quæ sunt in hac quæstione consideranda, ut Judex consideranda, ut Judex percipiat quæ probatio sit potior ad hoc interdictum".

¹⁰¹¹ POSTIUS, L.(+ hacia 1655): *Tractatus mandati de manutenendo, sive sumariissimi possessorii interim*, Ludguni, 1674, Observat.71: «Inter plures quis præferendus in mandato de manutenendo», n.1: "Prælationis in materia quoad manutentionem possessione ab utraque parte probata multa sunt consideranda; n.2. Præferri debet in manutentione possessor, qui probavit primam, seu antiquiorem

su carácter sumarísimo, el juez puede atender a la posesión más antigua. También debe proceder, si duda, al examen del título, porque "titulus semper multum habetur in consideratione etiam in summarissimo possessorio manutentionis"¹⁰¹². Sin embargo, él justifica el empleo de esos criterios remitiéndose al tratado de MENOCCCHIO, pero no al capítulo en que éste describe el sumarísimo *strictu sensu* (el último remedio) sino al que dedica al *uti possidetis* plenario (III Remedio)¹⁰¹³.

Por último, Virginio DE BOCATIS de CINGULO -un jurista que, a pesar del peyorativo juicio de Savigny, fue muy difundido¹⁰¹⁴-, tras identificar el *uti possidetis* con el procedimiento sumarísimo, asume los criterios decisorios que conocemos¹⁰¹⁵.

7. La situación peninsular

Hasta aquí hemos expuesto las coordenadas generales de la tutela posesoria que sientan las bases de las acciones posesorias de los Ordenamientos jurídicos actuales. A partir de ahora ya no resulta útil mantener el ámbito general, pues se agudizan las particularidades nacionales y podríamos postergar nuestro objeto de estudio, esto es, la ubicación y finalidad de los criterios que finalmente se plasman en el art.445 Cc. Por ello, los siguientes apartados se centrarán en los caracteres de la tutela posesoria en

possessionem in concursu possessionis posterioris vel iunioris alterius, cum illa sit melior, et præsumatur iustus, seu ex causa iustiori, et hæc præsumatur improba, et iniusta, seu clandestina, et turbativa vel violenta (possessio anterior eo magis præferri debet in manutentione si sit auctoritate iudicis (...) n.3. possessio iunior præsumitur clandestina, nisi constet de titulo, vel sit diutina (...) n. 29 Præfertur anterior possessio sine titulo, etiam si posterior sit cum titulo".

¹⁰¹² POSTIUS, *Tractatus...*, *ob.cit.*, Observ.71, n.118.

¹⁰¹³ No debemos olvidar que MENOCCCHIO, al explicar el Último remedio señalaba (n.36): "in hoc iudicio tituli probationem nihil opitulari". La aplicación indiscriminada de las explicaciones de Menocchio a figuras posesorias diferentes es una constante en las obras prácticas de la época.

¹⁰¹⁴ BOCCATIIS de CINGULO, Virginius de (+1596): "De interdicto uti possidetis, sive de manutentione in possessione", en: *Tractatus Universi Iuris, duce et auspice Gregorio XIII Pontifice maximo, in unum congesti additis quamplurimis antea nunquam editis...*, Venetiis, 1584. SAVIGNY, *Tratado de la posesión, ob.cit.*, pág.202, inicia su exposición sobre los interdictos de retener mencionando este tratado y señala que "es muy malo, y se prescinde de él muy fácilmente".

¹⁰¹⁵ En primer lugar afirma -"De interdicto uti..."-, *ob.cit.*, cap.II, 1- que: "Uti possidetis interdictum vocatur in Curia Romana, mandatum de manutenendo, alij vocant summarissimum possessorium, in Gallis vocatur recredientia, vel casus novitatis, in Hispanis interim", para luego reseñar (Cap.II, n.93) que la "possessio antiquior manuteneri debet; quia iustior præsumitur, et posterior clandestina". Finalmente menciona el título como recurso subsidiario.

nuestro país desde la Edad Moderna, en un recorrido que desemboca, finalmente, en la LEC. de 1881.

En la Edad Moderna coexisten en España un procedimiento posesorio plenario y un juicio posesorio sumarísimo¹⁰¹⁶, así como un procedimiento sumarísimo especial -la tenuta- restringido a los mayorazgos.

7.1. El posesorio plenario

Como ya señalamos, los juristas españoles modernos identifican el interdicto *uti possidetis* con el plenario posesorio¹⁰¹⁷ y lo diferencian del sumarísimo porque agota definitivamente la vía posesoria¹⁰¹⁸. En este juicio -que principalmente resuelve el conflicto entre quienes se arrojan la posesión de una cosa- es preferida la posesión más antigua, sobre todo si va acompañada de título¹⁰¹⁹. El principal exponente de esta

¹⁰¹⁶ Una síntesis de cómo se organizan los procedimientos, -e incluso de sus fluctuaciones-, en HEVIA BOLAÑOS, J.de (1571-1623): *Curia philipica*, ts.1 y 2, Madrid, 1767.

¹⁰¹⁷ RAMOS DEL MANZANO, "De adquir. vel amitt.posse." en: MEERMAN, *Novus thesaurus iuris civilis et canonici...*, ob.cit., § XI; FONTANELLA, *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, ob.cit., Decisio 185, n.9: "idem sit in interdicto uti possidetis, id est, in possessorio plenario". COVARRUBIAS, *Practicarum Quaestionum*, ob.cit., Cap.XVII, n.4 (fol.620): "si de principali interdicto Uti possidetis: ageretur, esset adhibenda plenaria causæ cognitio"; VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, A. de (1550/70-1626): *Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, 1656, pág.199: "pleito sobre el plenario possessorio, uti possideti...". Como excepción, OROZ, *De apicibus iuris civilis*, ob.cit., quien al clasificar las especies de posesión (Lib.IV. Cap.VII, n.1) señala "Momentum ergo dicitur illud breve spatium temporis, intra quod possessorium plenum, vel petitorium in iudicio disputatur [...] Et ita interdicta uti possidetis, unde vi & similia, quæ plenum possessionis præiudicium non habent, momentariæ possessionis interdicta vocatur".

¹⁰¹⁸ FERNANDEZ de RETES, "De interdictis et remediis possessoris", en: MEERMAN, *Novus thesaurus iuris civilis et canonici...*, ob.cit., Prima (fol.507) V. Forma sententiæ est diversa; quia in Interdicto sententia fertur per verbum fallo, quia est definitiva. Menochius d.remedio 3, num 839. In summarissimo vero est interlocutoria, & ita profetur: manuteneo illum sine præiudicio possessionis & proprietatis, donec lis finiatur".

¹⁰¹⁹ FERNANDEZ DE RETES, De interdictis...", ob.cit., XIV: "Ex hoc textu elegantes regulæ deducuntur ad hunc tractatum. Prima est, eum, qui probat antiquiorem possessionem jugiter continuatam, maxime cum titulo, debere obtinere in hoc Interdicto". Resulta muy ilustrativa la explicación de PEREZ, A.: *Prælectiones in duodecim libros Codicis Justiniani*, t.II, Venetiis, 1738, Lib.VIII, Tit.VI, Uti possidetis, n.2: "Hodie tamen aliter observatur, nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem pertinet exequata est, nempe ut victor existat tam in rebus mobilibus quam immobilibus, qui nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, litis contestatæ tempore detinet, Instit.de interdict.§5. Novissime vero in praxi prævalet is qui, vel iustiore, vel antiquiorem possessionem probat". Sin embargo, algún autor presenta la figura tal y como la configuraron los romanos, así,

posición es Antonio GOMEZ, quien en sus Comentarios a las Leyes de Toro examina minuciosamente los criterios que luego habrá de recoger el art.445.2 Cc.

Para GOMEZ, el plenario posesorio procede cuando "uterque litigantium dicit & prætendit se possidere et probat possessionem, & petit ab alio non molestari vel inquietari" y añade que "iste articulus est valde subtilis, dubius, & quotidianus quo resolutione pone veras & magis communes conclusiones"¹⁰²⁰, que enumera acto seguido. El primer supuesto (*prima conclusio*) se produce "quod si uterque possidet iuste, diverso tamen titulo respectu possidenti, ut proprietarius & usufructuarius". El segundo contempla el caso que nos interesa: "si uterque probat se possidere in solidum eodemque, iure possidenti tanquam verus dominus rei". Entonces, se tutela al que prueba su posesión "per plures vel meliores testes" Y añade:

"(Tertia concl.) si uterque probat se possidere in solidum eodem iure possidendi tanquam verus dominus rei & uterque probat per testes æquale numero & dignitate, sed unus probat de possessione antiquiori quam alius, ibi debet obtinere: quæ secunda possessio præsumitur clandestina vel vitiosa, cum duo in solidum non possint possidere (...). Quarta concl. si uterque probat se possidere in solidum eodem iure possidendi tanquam verus dominus per testes æquales num dignitate, & similiter probant de æquali tempore possessionis, & tamen unus ostendit & probat titulum iustum suæ possessionis, alius non ille debet obtinere quia censetur habere potiora iura (...)"

Estamos, por tanto, ante un precedente de los criterios del art.445 Cc., como ha intuido CUESTA SAEZ¹⁰²¹. No obstante, se mantiene esa referencia a los parámetros petitorios, como se desprende de la expresión "iure possidendi tanquam

MOLINA, *Los seis libros de la justicia y el derecho*, ob.cit., Disputación XVI ("De los provechos de la posesión, y de las defensas jurídicas para adquirir, recuperar y proteger la posesión"), n.8, pág.320, quien remite a Instituta, de interdictis.

¹⁰²⁰ GOMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus tauri*, ob.cit., Ad legem XLV, n.178.

¹⁰²¹ CUESTA SAENZ, *La acción publiciana...*, ob.cit., pág.208, tras recoger la exposición de A.Gómez, observa, prudentemente, que "la solución guarda cierto paralelismo con nuestro artículo 445 del Código civil". Y es que, como apunta más adelante (págs.209-10), "Parece que pese a la conceptualización del uti possidetis como interdicto, que habría de tener lugar de modo sumario para bien cumplir las funciones que tiene atribuidas como tal, los juristas no lo concebían exactamente así". Esa es, añadimos, la peculiaridad a constatar en toda reconstrucción de la tutela posesoria: la transformación de las figuras romanas.

verus dominus"¹⁰²².

7.2. Los procedimientos sumarios

7.2.1. Sumarísimo de interín/ *mandatum de manutenendo*

Junto al plenario, existe el *possessorium sumarissimum*, que en Castilla es conocido como sumarísimo de interín y en Cataluña, como *mandatum de manutenendo*¹⁰²³. Dos juristas le prestan especial atención. En Castilla, COVARRUBIAS le dedica el capítulo XVII de sus *Practicarum quaestionum*, texto que, como ya hemos señalado, gozará de enorme difusión internacional¹⁰²⁴ y en Cataluña, CANCER lo estudia en el capítulo XIV de sus *Variarum resolutionem*¹⁰²⁵. Ya hemos visto sus caracteres en el apartado anterior, comunes en los procedimientos posesorios sumarísimos europeos más allá de la denominación de cada uno -si bien se ha observado que, a diferencia de otros países, en la península se utilizaba sin restringirlo a los casos de *timor armorum*¹⁰²⁶- y cómo, a pesar de su carácter

¹⁰²² Por último, GOMEZ, *Opus præclarum et utilissimum super legibus tauri*, *ob.cit.*, Ad legem XLV, n.179 y ss., se plantea qué hacer cuando fallen todos los criterios expuestos y da varias soluciones. En primer lugar cabe que el juez pronuncie únicamente "uti possidetis, ita possideatis" -es decir, la fórmula con que finalizaba la primera parte del procedimiento interdictal clásico-, lo que puede derivar en el recurso las armas. También puede abstenerse de emitir sentencia y reenviarlos al petitorio o determinar que ambos son poseedores y concederles "illius rei pro æqualibus portionibus pro indiviso: quia præsumuntur domini pro eisdem partibus".

¹⁰²³ También es figura común entre los portugueses. Vid. VALASCUS, *Decisionum, consultationum...*, *ob.cit.*, Consult.79; VALENZUELA VELAZQUEZ, *Consilia sive responsa iuris*, *ob.cit.*, Consilia 184 y 186 (en que lo denomina *mandatum de manutenendo*).

¹⁰²⁴ Lo demuestran las constantes referencias de autores italianos, franceses o lusos e incluso representantes alemanes del Usus modernus. Así, VALASCUS, *Decisionum, consultationum ac rerum iudicatarum...*, *ob.cit.*, Consult.79; MOLINA, *De hispanis Primogeniis*, cap.XIII, n.70; PELLEGRINUS, *Praxis vicariorum...*, *ob.cit.*, Pars.II, Sect.III, Subsect.III, Intersectio XX, n.4; FARINACCIUS, *Sacræ Rotæ Romanæ Decisionum recentiorum*, *ob.cit.*, Pars Tertia, Decissio 1, 129 ó 460.

¹⁰²⁵ También lo analizan con detenimiento FONTANELLA, *Decisiones...*, *ob.cit.*, Decisio 185 y CORTIADA, M. (+1691): *Decisiones reverendi cancellarii, et sacri regii Senatus Cathalonix*, Pars IV, Barcinonæ, 1689, Decisio 239 (POSTHIUS, *Tractatus mandati de manutenendo, sive sumariissimi possessorii interim*, *ob.cit.*, Observat.III, n.11, señala que "Mandatum de manutenendo in Cathalonia practicatur ad instar interdicti retinendæ".

¹⁰²⁶ BOURCART: *Étude historique et pratique sur les actions possessoires*, Paris, 1880, pág.177.

sumario, incorporaban deformadores elementos del plenario¹⁰²⁷. Como última precisión, cabe diferenciarlo del otro juicio posesorio sumarísimo, la tenuta, que ocupa a los juristas castellanos.

7.2.2. La tenuta

La institución de la tenuta se circunscribe a los mayorazgos¹⁰²⁸. Consistía en un juicio posesorio que se ventilaba en el Supremo Consejo de Castilla entre quienes alegaban derecho a algún Mayorazgo, o a bienes vinculados (o contra quien los detentaba)¹⁰²⁹. Aunque su tramitación era sumaria¹⁰³⁰ y perseguía únicamente la adjudicación de la tenencia por considerarse que el sucesor en el mayorazgo ya tenía la posesión natural y civil¹⁰³¹, se decía que era un procedimiento que tenía "anexa

¹⁰²⁷ Un último ejemplo. YBAÑEZ DE FARIA, D. (1615/1635-1688): *Enucleatus et auctus practicus in quaestionibus per...*, Lugduni, 1688, al explicar el sumarísimo, se apoya indistintamente en los Remedios Tercero y Ultimo del tratado *De retinenda possessione* de MENOCCIUS, cuando el tercero se correspondería con el *possessorium ordinarium* (donde incluyen los criterios que luego hallamos en el art.445) en tanto que el Remedio Ultimo es el sumarísimo más expedito, que se incoa incluso de oficio.

¹⁰²⁸ También se denominaba tenuta una institución propia del derecho civil catalán, referida a la situación de la viuda, en tanto no se le restituía la dote. Esta sucedía en la posesión civil y natural de los bienes del marido, adquiriéndolas automáticamente. FONTANELLA, *Decisiones...*, Dec.187, ns.17-18 diferencia ambas figuras (En la actualidad, la figura aparece en el art.38 de la Compilació de Dret Civil de Catalunya, vid.TORRELLES, Esther: *La possessió civilíssima i la possessió de l'hereu (sistemes d'adquisició de la possessió "mortis causa")*, Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1994, pág.75 y ss.). Por último, debemos recordar que SAVIGNY, *Tratado de la posesión...*, *ob.cit.*, pág.44 nota 4, aisladamente, constata una mención del término tenuta en un Diploma de 1252, que contempla la tradición de la "possessionem corporalem et tenutam".

¹⁰²⁹ Vid.DE PAZ, *De tenuta...*, *ob.cit.* ; Asimismo la definición de CORNEJO, A.: v.«Tenuta», *Diccionario histórico y forense del Derecho Real de España*, t.I, Madrid, 1779, págs.564-565 y ELIZONDO, F.A. de: *Practica universal forense de los Tribunales de España, y de las Indias*, t.I, quinta impresión, Madrid, 1783, pág.221, n.1, quien recuerda que se llamaba tenuta "porque los bienes sobre que se intenta, se suponen detentados. El que la introduce pretende ser intruso en la posesión del mayorazgo".

¹⁰³⁰ El procedimiento del juicio de tenuta está regulado en una Pragmática Real de 27 de febrero de 1543 (Nueva Rec.5,7,9/ Nov. 11,24,2) que fijaba que la demanda debía interponerse ante el Consejo en el término máximo de seis meses desde la muerte del último poseedor y establecía un plazo de cincuenta días para la alegación y prueba en la primera instancia y de cuarenta para la suplicación, ambos improrrogables.

¹⁰³¹ De ahí que se hable de una posesión civilísima, vid.CLAVERO, B.: *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla 1369-1836*, Madrid, 1974, pág.252, que recoge la posición doctrinal formulada en torno a la Ley 45 de Toro ("La posesión civil y natural de los bienes de mayorazgo, muerto su tenedor, se transfiera al siguiente en grado que deba suceder"). Según fijaba la Ley 8,Tít.7, Lib.5 de la Nueva Recopilación (posteriormente, Nov.R.: 11,24,1): "Mandamos que las cosas que son de Mayorazgos,

la causa de la propiedad" porque el demandante debía probar que era legítimo sucesor del mayorazgo¹⁰³². Finalizaba poniendo en posesión a uno de los litigantes, aunque el vencido podía acudir a un ulterior juicio sobre la posesión definitiva o sobre la propiedad. Las Cortes de Toledo de 1560 suprimieron el recurso a un nuevo juicio sobre la posesión, de modo que tras la declaración de tenuta sólo cabía el juicio ordinario de plena propiedad¹⁰³³.

La tenuta nunca fue acumulable con el sumarísimo de *interin*, porque atendían a objetos diferentes¹⁰³⁴. En realidad, la figura asimilable al *interin* era el denominado *artículo de administración*¹⁰³⁵, que consistía en la concesión, con carácter previo por parte del Consejo, de la tenencia provisional a quien parecía el más probable ganador de la tenuta, según el estado del proceso y en tanto no se declaraba la pertenencia de la posesión, o se ponían los bienes en secuestro¹⁰³⁶. Sin embargo, entre ambos existía un diferencia fundamental: el carácter provisional del *interin* no impedía que a menudo quedase como instancia única, pues las partes no instaban un proceso ulterior. Por el

agora sean villas o fortalezas, o de cualquier otra calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de posesion, se traspase la posesion civil y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion en mayorazgo debiere subceder en él, aunque haya otro tomando la posesion dellas en vida del tenedor del mayorazgo, o el muerto o el dicho tenedor le haya dado la posesion de ellas".

¹⁰³² ELIZONDO, *Practica universal forense...*, *ob.cit.*, pág.222 n.7. CLAVERO, *ob.cit.*, pág.147, nota 45, en base a una relación de pleitos sobre mayorazgos, observa que, por ser considerada un remedio extraordinario y no definitivo, sólo se empleaba en las contiendas sobre los mayorazgos más importantes.

¹⁰³³ N.R. 5,7,10 (Nov.R.11,24,3). Con esta supresión, señala CLAVERO, *ob.cit.*, pág.254, la tenuta adquirió mayor sustantividad.

Por último, la Pragmática de 1595 (N.R. 4,19,5 -Nov.R. 11,24,6) volvió a reformar el procedimiento con la pretensión de evitar demoras, de modo que prescribía que se terminasen tales juicios "con una sola sentencia, sin que de ella haya suplicacion, remedio o recurso alguno"; aunque se ampliaba el período de alegaciones a ochenta días.

¹⁰³⁴ LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, *ob.cit.*, pág.147; VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, *Instrucción política...*, *ob.cit.*, n.153. pág.200. Ello no le impide a YBAÑEZ de FARIA, *ob.cit.*, n.31 y ss., resaltar sus similitudes.

¹⁰³⁵ La Real Orden de 1750 de Fernando VI (Nov.R. 11,24,8) regula el procedimiento de los artículos de administración durante el juicio principal de tenuta.

¹⁰³⁶ TAPIA, E.: *Febrero Novísimo o Librería de jueces, abogados, escribanos y médicos legistas...*, t.IV, Valencia, 1837, Lib.II, Tít.III, Cap.VI, n.2. Sobre las peculiaridades en caso de no otorgarse el artículo previo de administración a ninguna de las partes, CLAVERO, *ob.cit.*, pág.254.

contrario, el *artículo de administración* se demandaba en el mismo auto del juicio principal de tenuta, sin que pudiera alcanzar una mayor autonomía.

7.3. El s.XVIII como prolongación de la confusión

El s.XVIII se caracteriza por el mantenimiento de opiniones dispares que sólo conseguirán erradicar los textos procesales del s.XIX. Creemos ilustrativo situar tres autores de la época. En primer lugar, José de ACEDO y RICO, conde de la Cañada, quien da una explicación completa del juicio sumarísimo de interín, aunque ampliándolo al expolio -es decir, incorporando el objeto del interdicto de recobrar, lo que supone desvirtuarlo¹⁰³⁷-. En segundo, ALVAREZ POSADILLA, quien, más acorde con la tradición, recuerda que el juicio posesorio puede ser plenario o sumario. En este último "se determina sobre la posesion interina, que en los mayorazgos se llama de tenuta" y en los restantes bienes "Sumario de interin, porque la sentencia es interina y solo aprovecha para poseer, interin se decide en plenario posesorio quien posee: este juicio sumario de interin se hace quando no consta quien posee, y ambos vienen intentando el remedio uti possidetis". Completa la construcción afirmando que el *uti possidetis*, que -como se desprende el texto- se corresponde con el plenario posesorio admite la *exceptio dominii*, afirmación que enlaza con la exhibición del título¹⁰³⁸. Por último, Josef FEBRERO -máxima referencia para los autores posteriores- defiende la posición contraria. El identifica el interdicto de retener con el *uti possidetis* que considera "que equivale en algun modo al artículo, que hoy llamamos de interim, ò de manuteniendo"¹⁰³⁹. Y añade que "lo explican bien

¹⁰³⁷ El conde de la Cañada (1760-1821): *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza: modo de introducirlos, continuarlos y determinarlos en los Tribunales reales superiores, por...*, t.II, 2 ed., Madrid, 1794, pág. 136, n.19 "al juicio sumarísimo, llamado de Interin, da justo motivo la turbación ó violencia, que causa alguno con mano y autoridad propia al que está en posesion. El objeto de este juicio es conservar al poseedor en ella" y añade (n.20): "se instruye con la información suficiente para probar la tenencia de los bienes al tiempo de la turbación y despojo, en la cual se el ampara, ó reintegra sin perjuicio de los derecho de las partes en los juicios plenarios de posesion y propiedad". Este criterio también se observa en ELIZONDO, *Práctica forense universal...*, ob.cit., t.VI, cap.IX, pág.145.

¹⁰³⁸ ALVAREZ POSADILLA, J.: *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas...*, por..., Madrid, 1796, págs.277-278.

¹⁰³⁹ FEBRERO, J.: *Librería de escribanos é instruccion juridica theorico práctica de Principiantes. Parte segunda, dividida en tres libros, trata de los cinco juicios de inventario, y particion de bienes del difundo, ordinario, ejecutivo, y de concurso, y prelacion de acreedores*, Lib.III, t.I, Madrid, 1790 (Ed.anastática de 1990), Lib.III, Cap.I, § VI, n.263 (pág.153).

Gomez en la ley 45 de Toro desde el numer.168 al 179. y el sr Covarr.Pract.cap.17)", con lo que está dado el mismo trato a lo que Gómez configuraba como posesorio plenario y al interín de Covarrubias¹⁰⁴⁰. Una prueba más de la falta de homogeneidad que preside la cuestión posesoria, pero asimismo la constatación de dos datos: por un lado, persisten las referencias a los criterios que luego recogerá el art.445 Cc.; por otro, la equiparación entre interdicto de retener y sumario de interín es recurrente.

7.4. El s.XIX: el camino a la unificación procedimental y conceptual de los interdictos

7.4.1. Introducción

El s.XIX español se caracteriza por el esfuerzo en elaborar un Código procesal que supere las imprecisiones y corruptelas de la práctica. Cuando en 1862 PANTOJA declaraba "lo pródiga que ha sido nuestra antigua jurisprudencia en conceder acciones tutelares de la posesion; pues además del juicio sumarísimo de ínterin, y de los interdictos de mantener y recobrar, habia tambien la accion ordinaria para reivindicar simplemente el derecho posesorio por medio de un juicio plenario"¹⁰⁴¹, estaba condensando todas las clasificaciones y confusiones de los juristas, que hemos visto perpetuarse durante siglos. El legislador del diecinueve pretende aparcar la pluralidad de denominaciones y contenidos y estructurar un sistema más claro y sencillo. Para ello tiene dos referencias: en primer lugar, la monografía de Savigny "Das Recht des Besitzes" (1803), cuya entusiasta difusión conlleva una revitalización de los interdictos romanos -y, paralelamente, la deformación o relegación de otras figuras¹⁰⁴²-; en

¹⁰⁴⁰ FEBRERO, *Librería de Escribanos...*, *ob.cit.*, pág.153. El presta mucha mayor atención al interdicto de recobrar, que considera una causa sumaria, como el de retener, pero privilegiada. El otro tema que le interesa (n.267 y ss.) es la relación entre causas posesorias y petitorias y la posibilidad de acumularlas (vid.específicamente pág.156).

¹⁰⁴¹ PANTOJA, J.M^a: "De la posesion, segun la nueva ley hipotecaria", *RGLJ*, t. XX, Madrid, 1862, pág.553. Esta enumeración se encuentra en un artículo publicado por esas fechas por el Boletín Judicial de Galicia, que él comenta.

¹⁰⁴² El texto fue el punto de partida de una nueva manera de abordar el Derecho. Savigny formula una construcción de la posesión que no era en sí misma novedosa, pero cuya metodología contrastaba con los trabajos anteriores, dado que intenta cimentar sus argumentos exclusiva y directamente en los textos de Derecho romano -de alguna manera, encontramos un paralelismo con las intenciones de DONELLO, de quien Savigny escribe numerosos elogios- (vid.BERGFELD, C.: "Savigny und Donellus", *Ius commune*, VIII, 1979). Señala WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, *ob.cit.*, pág.387, que "Die schnelle und weite Resonanz des Buches zeigt, daß es, seinen Absichten entprechend, als

segundo, las leyes civiles y procesales francesas, que merecen -por su importancia- una atención específica.

7.4.2. La regulación procesal francesa como referente próximo

El Code de Procedure francés, promulgado en 1806, recogió someramente los procesos posesorios en los arts.23 a 27. Se limita a proscribir cualquier interferencia entre las instancias posesoria y petitoria y a adjudicar a los jueces de paz el conocimiento de los litigios posesorios (como ya había fijado la ley de 24 de agosto de 1790), entendidos como procedimientos sumarios que resuelven sobre la posesión como paso previo a la contienda petitoria. Ese trato residual de la tutela posesoria se corresponde con la escasa atención que el Code Civil concede a la figura, regulada como un elemento de la prescripción adquisitiva (arts.2.228-2.235)¹⁰⁴³.

Frente a la breve regulación de los juicios posesorios, los comentaristas franceses siguen planteándose qué debe hacer el juez de paz si comparecen ante él dos sujetos demandando la tutela de su posesión y las pruebas que aportan parecen, en una

Muster einer neuen Rechtsdogmatik aus dem Geist der Wissenschaftslehre der Zeit verstanden wurde" (vid.asimismo KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, ob.cit., pág.30 y WOLF, E.: *Große Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963). La monografía fue referencia obligada de los juristas de toda Europa. Conticini la traduce al italiano en 1839 y Sir Erskine Perry al inglés en 1848 (vid. MAFFEI, D.-NORR, K.W.: "Lettere di Savigny a Capei e Conticini", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom.Abt.)*, 1980, pág.185 nota 9 y pág.205 ss. y LENEL, O.: "Briefe Savignys an G.A.Heise", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom.Abt.)*, n.36, 1915, pág.131). En Francia, Belime, Wodon, etc. lo copiaron con descaro. En 1845 aparece en España una traducción en castellano, que será citada por numerosos autores -basta recordar las recurrentes referencias de GUTIERREZ FERNANDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, ob.cit., pág.496 y ss. y tenida en cuenta en la redacción del Código civil. Como constataba ROMERO GIRON, en las discusiones parlamentarias (Actas del Senado, 29.enero.1889, n.32): "¿Es que por ventura ha preponderado en el ánimo de los redactores del Código la doctrina de Savigny? Pues sea en enhorabuena; será porque han creído que esa doctrina es superior a cualquier otra...".

¹⁰⁴³ En las discusiones sobre el Código apenas se prestó atención a la posesión (vid.*Recueil complet des travaux préparatoires du "Code civil" par A.FENET*, t.XV, 1827 -reimpresión de 1968-, pág.570 y ss.). Último Título del Código, fue presentado por Portalis ante el Consejo de Estado el 28 de enero de 1804; el 8 de marzo del mismo año, M.Bigot-Préameneu lo presentaba ante la Asamblea, y el 15 de marzo, antes de la aprobación, respondía el tribuno Goupil-Prefeln quien no hizo ninguna observación concreta. Prefirió felicitarse ante el final del trabajo emprendido pues estaban en trance de aprobar el último título del Code, "...celui qui terminera le Code civil des français, qui méritera la qualification de raison écrite de notre siècle" (FENET, ob.cit., pág.603). Consecuentemente, los comentaristas de la Escuela de la Exégesis tampoco intentaron un análisis completo (GAMBARO, A.: *La legittimazione passiva alle azione possessorie. Studio di diritto comparato*, Milan, 1979, pág.56 y ss. intenta una explicación histórica del porqué de tan escaso desarrollo, examinando la posición de los exégetas).

primera aproximación, iguales. La Cour de Cassation llegará a admitir hasta seis soluciones diferentes: secuestro, cotejo de los títulos, *récréance*¹⁰⁴⁴, abstención y remisión al procedimiento petitorio, declaración de coposesión pro indiviso... que no hacen sino reproducir las adoptadas en los siglos anteriores¹⁰⁴⁵ y que presentan claras semejanzas con las soluciones del art.445 Cc.

7.4.3. La dispersa regulación de la Novísima Recopilación y la normativa promulgada por las Cortes de Cádiz

Aunque la Novísima Recopilación, promulgada en 1805, contenía numerosas normas procesales, se trataba de una compilación asistemática que no proporcionaba una visión del *iter* procedimental de los juicios ni mucho menos de los procesos posesorios, contemplando únicamente el despojo en el Lib.X, Tít.34¹⁰⁴⁶ y la tenuta en el Lib.XI, Tít.24. Obsoleta para las necesidades del momento¹⁰⁴⁷, pronto se han

¹⁰⁴⁴ La *récréance* es específicamente empleada en Sentencias posteriores a la promulgación del Code de Procédure civile (vid.TROPLONG, *Commentario sulla prescrizione, ob.cit.*, Comentario al art.2.228, n.329, pág.200; CURASSON, *Traité des actions possessoires, du bornage et autres droits de voisinage*, Dijon/Paris, 1842, pág.390 y ss. y GARNIER, *Traité des actions possessoires*, Bruxelles, 1834, pág.29).

¹⁰⁴⁵ WODON, L.: *Traité théorique de la possession et des actions possessoires*, 2 ed., Bruxelles, 1877, t.III, n.704, recoge, en una síntesis de las opiniones de la época, los seis sistemas diferentes que "ont le privilège d'avoir reçu l'appui de la cour de Cassation de France". El primero consistiría en aplicar la máxima "actore non probante, reus absolvitur"; el segundo declara la posesión común a ambas partes; el tercero otorga la posesión a aquella de las partes que, en función de los títulos presentados, parecería tener un mayor derecho a la propiedad. El cuarto recupera la *récréance* y el quinto -"également une trace de l'ancienne législation", según WODON- prescribe el secuestro de la cosa hasta resolver el petitorio. Por último, como solución más radical (pág.271) se autoriza al juez a no determinar nada respecto a la posesión y reenviar a las partes pura y simplemente al petitorio. Enumeraciones paralelas en CARRE, G.J.L.: *Les lois de la Procédure civile, par...*, t.I, Bruselas 1840, pág.117 y ss.; DALLOZ, M.D.: *Répertoire méthodique et alphabétique de Législation, de doctrine et de Jurisprudence en matière de Droit civil...* t.II, París, 1846, n.684 y ss. ("Que faut-il décider lorsque les deux parties font également preuve d'actes de possession?") y BIOCHE: *Traité des actions possessoires*, Paris, 1865 (vid.asimismo los autores de la nota anterior). Por último MERLIN, M: *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, t.V, Bruxelles, 1825, v.«Complainte», pág.257, mantiene que "En combat de preuves sur le fait de la possession, on considère celle qui est la mieux circonstanciée ou la plus ancienne".

¹⁰⁴⁶ La Nov.Rec.11,34,1, recogía P.7,10,10: "Qué pena merece aquel que por si mismo sin mandato del juzgador entra ó toma por fuerza heredamiento o otra cosa ajena", en que al ejecutor de tal acción "decimos que si derecho o señorío alguno habia en aquella cosa que asi tomo, que lo debe perder...". La pena era la pérdida de la titularidad jurídica, aunque la práctica lo atemperó.

¹⁰⁴⁷ Vid.la crítica sistemática de MARTINEZ MARINA, F. (1754-1833): *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820. Sobre los aspectos procesales de la Nov.Recop. y su desorden, FAIREN GUILLEN, V.: "Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento de 1855", en: *Temas*

de articular nuevas normas procesales.

El 9 de octubre de 1812 las Cortes de Cádiz aprueban el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia que contiene en los artículos XLIII del Lib.I y XII del Lib.II la distinción entre juicios plenarios de posesión y juicios sumarísimos de posesión -en los que se equipara, curiosamente, perturbación y despojo-¹⁰⁴⁸, tras un debate en la Cámara sobre los recursos en los juicios posesorios¹⁰⁴⁹. Entre las intervenciones que se sucedieron, debemos destacar la de José Martínez, quien dio la siguiente definición de interdictos: "El interdicto, conocido en algunas partes con el nombre de firma de derecho, es un juicio sumarísimo, por el cual, constando sumariamente del nudo hecho de la posesión, se restituye en ella al despojado ó perturbado, sin citar a la parte que lo motiva, ni admitirle reclamacion, apelacion, ni otro recurso"¹⁰⁵⁰. El lo conceptúa en base al procedimiento, identificando el *sumarísimo* con aquel proceso en que sólo se oye a la parte actora. La escueta redacción del Reglamento parece avalar este criterio de modo que se daría una unificación procedimental entre los juicios de posesión, con independencia de su objeto¹⁰⁵¹.

del Ordenamiento procesal, Ed.Tecnos, Madrid, 1969, pág.54-59.

¹⁰⁴⁸ Art.XII (Cap.II): "(...) Todas las personas que en cualquiera provincia sean despojadas ó perturbadas en la posesion de alguna cosa profana ó espiritual, sea eclesiástico, lego o militar el perturbador, acudirán a los Jueces letrados de partido para que las restituyan y amparen, y estos conocerán de los recursos por medio del juicio sumarísimo que corresponda, y aun por el plenario de posesion si las partes lo promovieren...".

¹⁰⁴⁹ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, n.608, Sesión de 11.julio.1812. Destacan las opiniones del Sr.Gómez Fernández -pág.3428-, para quien "en el juicio posesorio no solo se busca quien posee, sino principalmente el título y causa de propiedad; es decir, no solo se trata del hecho, sino del derecho, esto es, de la justa causa que tenga para poseer. En una palabra, apenas hay pleyto en que no se verse el juicio de propiedad"; del sr.Sombiola, quien, de modo aislado en sesión de 14 de julio, (*Diario de Sesiones...*, n.610. pág.3436) defendió la supresión de los plenarios, basándose "en que son inútiles, y en que lejos de producir ventajas á los litigantes, son perjudiciales á los mismos. Son inútiles, porque en los pleitos de propiedad que les subsiguen se reproducen por lo regular las mismas razones, las mismas excepciones y las mismas pruebas que se utilizaron en los juicios plenarios de posesion" y la del sr.Martínez, transcrita en texto.

¹⁰⁵⁰ *Diario de Sesiones...*, 11 de julio de 1812, n.608, pág.3426.

¹⁰⁵¹ LASSO GAYTE, Juan Francisco: *Procedimiento civil, Crónica de la Codificación española*, t.II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1972, pág.4, señala que en su conjunto el Reglamento fue bastante desordenado, y recuerda que no llegó a tener vigencia, aunque sirvió de precedente al Reglamento provisional de 1835.

Esta intervención nos ayuda a situar la doble acepción que asumirá el término sumarísimo y que ya había sido puntualmente recogida: por un lado -y como supuesto más habitual- designa los litigios en que, con audiencia de ambas partes, se omitían muchos de los trámites en aras de una finalidad concreta (en este caso tutelar la paz social), así ocurría en los casos del "sumarísimo de interin": aquí los términos sumario y sumarísimo son equivalentes; por otro, se vinculaba a aquellos procedimientos tan expeditivos que no incluían audiencia al demandado, rasgo que caracterizaba los juicios de despojo¹⁰⁵².

7.4.4. El "Reglamento Provisional para la administración de justicia" de 1835.

El 26 de septiembre de 1835 se promulga el "Reglamento provisional para la administración de justicia en lo respectivo á la Real Jurisdicción ordinaria", cuyo art. 21 exceptuaba de la necesidad de conciliación, "los interdictos posesorios", denominación que no vuelve a utilizar y que suple por la de "juicio sumarísimo" (arts.44, 49 y 66¹⁰⁵³) que se antepone al "plenario". Aún así, del texto se deduce la

¹⁰⁵² Así se colige de la lectura de los textos procesales, tanto del s.XVIII, como del XIX, pero no podemos aventurar una uniformidad satisfactoria. Basta situar dos ejemplos. FEBRERO, *Librería de escribanos...*, ob.cit., Lib.III, Cap.I, § VI, pág.153, señalaba que ambas causas, de retener y recobrar eran sumarias, pero la de despojo privilegiada. Anteriormente (pág.148), recogía el principio de la no audiencia al despojante "...porque así como el despojador hizo el despojo de propio autoridad, sin dar lugar a que el despojado fuese oído, así también es justo que en pena de su delito, y atentado restituya sin que se le oiga, y que se le juzgue por la misma ley que juzgó". Asimismo DOU Y BASSOLS, R.L.(1742-1832): *Instituciones del Derecho público general de España con nota del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier estado*, t.VII, Madrid, 1802, Lib.III, Tít.V, Cap.V, secc.II, art.II, pág.267, señala que "a los insultados con tropelías de hecho se dan por lo que respecta al derecho privado y civil algunos beneficios, que llaman interdictos: con éstos, verificada la violencia, sin entrar en ningún examen se reponen todas las cosas en el primitivo estado, y se restituye al que ha sido despojado en su posesión: lo mismo es por derecho canónico o real". Estamos ante un sumarísimo estricto. Sin embargo, en t.VI, Lib.III, Tít.III, cap.I ("Del juicio sumario"), pág.384, sitúa "las causas criminales (...), las módicas, o que versan sobre módica cantidad (...) las de posesión (1.8. Cod.Unde vi)" -la mención al unde vi parece limitar las causas de posesión al juicio de despojo, que nomina sumario-.

¹⁰⁵³ 44. "No correspondiendo ya á las Audiencias en primera instancia los recursos de que algunas han conocido hasta ahora con el nombre de auto ordinario y firmas, toda persona que en cualquier provincia de la Monarquía fuere despojada ó perturbada en la posesión de alguna cosa profana ó espiritual, sea lego, eclesiástico o militar el despojante ó perturbador, podrá acudir al juez letrado de primera instancia del partido ó distrito para que la restituya o ampare: y dicho juez conocerá de estos recursos por medio del juicio sumarísimo que corresponda, y aun por el plenario de posesion si las partes lo promovieren con las apelaciones á la Audiencia respectiva; reservándose el juicio de propiedad á los jueces competentes, siempre que se trate de cosa ó de persona que goce de fuero privilegiado."

49. "En los juicios sumarísimos de posesión será siempre ejecutiva la sentencia del juez de primera instancia, sin embargo de la apelación, la cual no se admitirá sino solo en el efecto devolutivo: é

identificación entre ambos conceptos. Los tres artículos se limitan a tratar de la apelación, sin mencionar en qué consisten los procedimientos sumario y plenario, cuestión que queda para la Novísima Recopilación, todavía vigente. El art.44 equipara despojo y perturbación, en el que podría ser un criterio asimilable al del Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia de 1812, que vimos en el apartado anterior.

7.4.5. Las interpretaciones de los juristas: el *Febrero* de GARCIA GOYENA-AGUIRRE.

Los juristas de inicios del XIX prefieren apoyarse en referencias directas a las leyes romanas que en los textos de los autores anteriores¹⁰⁵⁴. SALA constata la existencia de causas posesorias plenarias y sumarias y en las segundas incluye el interdicto de retener¹⁰⁵⁵. De esta figura, señala que "se echa mano quando dos han de pleytear sobre la propiedad, y pretende cada uno de ellos que la posee, cuya discusion debe preceder al juicio petitorio, que no puede expedirse de otra manera, porque no puede instituirse sin que haya un cierto poseedor á quien debe convenir el actor" y afirma que "la sentencia que entoncés se da es interlocutoria, porque solo es de entretanto mientras se decide el pleyto principal sobre la propiedad de la cosa, ó aunque sea sobre la posesion plenaria". SALA se apoya en la *Pract.quaestio* n.17 de

interpuesta y admitida, hará el juez que, á eleccion del apelante, ó se remitan los autos a la Audiencia en compulsa á costa de este, ó se aguarde para remitir los originales á que sea plenamente ejecutada dicha sentencia; citándose siempre y emplazándose préviamente á los interesados para que acudan a usar de su derecho ante el tribunal superior."

66. "En los juicios sumarísimos de posesion, en los cuales debe ser siempre ejecutiva la sentencia de primera instancia, sin embargo de apelación, no habrá lugar á súplica de la sentencia de vista, conforme ó revoque la del juez inferior. En los plenarios se podrá suplicar en el solo caso de que la Sentencia de vista no sea enteramente conforme á la de primera instancia, y la entidad del negocio exceda de quinientos duros en la península é islas adyacentes, y de mil en Ultramar."

Sobre el Reglamento, GOMEZ BECERRA, Alvaro: "Memoria relativa a los principales actos del Exc.Sr.D.Alvaro Gómez Becerra como Ministro de Gracia y Justicia en 1835 y 1836, escrita por el mismo y encontrada después de su fallecimiento, ocurrido en 1855", *RGLJ*, 1876, pág.107 y ss.

¹⁰⁵⁴ Las referencias son escasas: Covarrubias, Antonio Gómez, Elizondo...

¹⁰⁵⁵ SALA, Juan (1731-1806): *Ilustración del Derecho Real de España*, t.II, Valencia 1803, pág.261, se fundamenta en la Lex del Codice "si de moment.poss." para decir que los "juicios sumarios de momentanea posesion, llamados así, porque se decide sobre la posesion con mucha celeridad, y como en un momento (...) se suelen llamar interdictos".

Covarrubias, es decir, en el sumarísimo de interín¹⁰⁵⁶. En suma, identifica los interdictos romanos y el sumarísimo de interín, criterio que comparten MARCOS GUTIERREZ y AZNAR en las redacciones del *Febrero*¹⁰⁵⁷. También ALVAREZ¹⁰⁵⁸ y TAPIA¹⁰⁵⁹, al estudiar los interdictos se remiten a SALA, aunque precinden de toda alusión al interín. Por su parte, GOMEZ y NEGRO diferencia juicio plenario posesorio, por el que "se solicita la possessio iuris" y "los de despojo, reintegro y sumarísimo de interín, en los cuales se disputa tan solamente la posesion de hecho"¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁶ Luego añade, como otro supuesto, que "no compete solamente este interdicto contra otro que pretenda la misma posesion, sino tambien contra aquel que sin pretenderla nos inquieta y molesta en la que tenemos".

¹⁰⁵⁷ Tanto MARCOS GUTIERREZ, J.: *Librería de escribanos, abogados y jueces que compuso don José Febrero y ha reformado de nuevo ...*, t.IV, Madrid, 1825, pág.220 nota (a) como AZNAR, M.: *El Febrero adicionado o librería de escribanos, abogados y jueces*; t.V, Madrid, 1825, n. 261, pág.339, sostienen que el interdicto de retener "equivale en algún modo al artículo que hoy llamamos de interín o de manuteniendo" -es ésa la transcripción de la frase del propio Febrero en su *Librería de escribanos...*, *ob.cit.*, pág.153-.

¹⁰⁵⁸ ALVAREZ, J.M^a: *Instituciones de Derecho real de España*, Madrid, 1829, pág.215, define los interdictos como aquellas "acciones extraordinarias con las cuales se entabla un juicio breve y sumario para discutir algun punto perteneciente a la posesión". Limita el interdicto de retener al supuesto en que "dos han de litigar sobre la propiedad de una cosa, y pretende cada uno de ellos que la posee" reproduciendo a SALA. También apunta que por medio de ellos se litiga exclusivamente sobre la posesion civil, ya que "es la que se debe llamar verdadera posesion y la que es digna de pelearse". Ello no le impide (pág.218) conceder el interdicto de retener al poseedor natural.

¹⁰⁵⁹ TAPIA, Eugenio de (1776-1860): *Manual de practica forense en forma de diálogo, con el correspondiente formulario de pedimentos*, 4 ed., Madrid, 1832, pág.254, señala que el interdicto de retener no corresponde al detentador y se usa "cuando otro nos inquieta (...) o bien siempre que otro pretende la misma posesion, v.g. cuando dos quieren litigar sobre la propiedad de alguna cosa, y cada uno de ellos solicita que se le declare antes poseedor (...) cada cual de los litigantes alega el derecho que tiene a la posesion momentanea y el juez por sentencia interlocutoria decide a quien corresponde la posesion interina". Luego cabe acudir al posesorio plenario. Vid.también TAPIA, E. de: *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados, escribanos y médicos legistas, refundida... por...*, t.IV, Valencia, 1837, pág.24, ns.4/6.

¹⁰⁶⁰ GOMEZ Y NEGRO, L.: *Elementos de práctica forense*, 4^a ed., Valladolid, 1838, pág.201. Al referirse al sumarísimo (pág.202) determina que "como en este juicio se trata de la posesion de hecho, es consiguiente mirarse á los últimos actos de posesion, y por lo mismo, si entre dos concejos o comunidades disputasen la posesion de algunos pastos, aguas etc, se falla ordinariamente en favor de quien poseia al tiempo de moverse el pleito, o poco antes. Llámase doble este juicio, porque piden las dos partes como actores en una misma cosa". En el ejemplo del proceso que incorpora, transcribe la siguiente sentencia (pág.204): "Fallamos que en el entretanto que se ve y determina en lo principal y sin perjuicio de las partes en posesion y propiedad, debemos de amparar y amparamos á F. en la posesión que ha estado, de aprovecharse de tal ó tal cosa, condenando en su consecuencia á que no le perturbe ni inquiete en dicha posesion, so pena de 500 mrs....". Respecto del despojo, explica que se falla, por tradición, sin audiencia al despojante.

Junto a esta posición, de nuevo hallamos defensores de la equiparación entre los interdictos de retener y recobrar, en base a un juicio sumarísimo en que no se concede audiencia al perturbador/despojador demandado¹⁰⁶¹. Se persigue consolidar la correlación entre juicio sumario, en que se concede audiencia a ambas partes y juicio sumarísimo, en que sólo se escucha al actor, y las pruebas de su pretensión¹⁰⁶². Sin embargo, este criterio, si bien encaja con el expolio -en el que, para los juristas, siempre subyace la fuerza, y el recuerdo del principio canónico *Spoliatus ante omnia restituendus...*- es más difícil de conjugar con la perturbación, más cuando ésta iba a menudo ligada a la creencia del perturbador de ser el poseedor efectivo¹⁰⁶³.

¹⁰⁶¹ ORTIZ DE ZUÑIGA, M. (1806-1873): *Biblioteca judicial o Tratado original y metódico de la organizacion y atribuciones de los Juzgados de 1 Instancia, de las Audiencias y del Tribunal Supremo de Justicia*, 2 ed., t.I, Madrid, 1840, pág.157: "Si el interdicto es de retener, basta igualmente presentar escrito, ofreciendo información sobre el hecho de estar poseyendo una cosa de que se teme ser desposeido o despojado; y admitida aquella, si se justifica este particular, la providencia debe ser la de que se ampare al poseedor en el disfrute en que se halle". En la pág.163 repite que se procederá sin citación de la otra parte y se reafirma en *El Libro de los jueces, abogados, escribanos y procuradores conforme a la legislacion y práctica vigentes por el autor del Código Civil español*, 2ª ed., Barcelona, 1846, págs.147-148. Su opinión es fruto de su concepto de los interdictos, que desarrolla en *Elementos de práctica forense*, 2 ed., t.I, Madrid, 1843, pág.42. Contrapone la acción posesoria plenaria, que se da "cuando se aspira, no á la propiedad, sino solo á la posesion", con la que "puede promoverse para que se conceda una posesion interina ó precaria, por un medio mas breve y sumario, sin perjuicio de la acción petitoria y de la posesion, y entonces dicha acción produce lo que se llama interdicto posesorio..." (asimismo, t.II, pág.80).

¹⁰⁶² SANPONTS y BARBA, I. (1795-1846), MARTI DE EIXALA, R. (1808-1857) y FERRER y SUBIRANA, J. (+1843), en *Las Siete Partidas...*, vertida al castellano y extensamente anotada con nuevas Notas y Comentarios... por... Barcelona, 1844, T.II, pág.516, en el comentario a Partida 3,22,2, «Que pro nace del Juyzio, e quantas maneras son del», hacen constar que el juicio sumario, "si bien más breve y menos solemne que el ordinario de propiedad y aun que el mismo plenario de posesion, no por esto deja de ser un verdadero juicio y habiendo en él legítima contradicción, debe suponerse dado con plena deliberacion y conocimiento de causa el fallo que en el mismo hibiere recaído. Antes (pág.513) han diferenciado con mayor claridad los juicios sumarísimo y sumario, pues "a veces, habiendo comenzado un espediente por la denuncia de un despojo o atentado, y debiendo sustanciarse sin citación del supuesto despojador, comparece este, antes de dictarse providencia, y alega la legitimidad de sus actos que se quieren calificar de atentatorios, ó niega que en realidad los haya perpetrado. Si el juez da oídos á semejante contradicción y el asunto se hace verdaderamente contencioso, y queda por el hecho mismo abandonada la via sumarísima o de apremio, y se convierte el juicio de sumarísimo en sumario". Debemos hacer notar que yuxtaponen "despojo" y "atentado", en un equivalente a despojar y perturbar, aunque antes han presentado un juicio sumario posesorio que se correspondería con el de retener tal y como se entendía en la época.

¹⁰⁶³ El *Febrero, arreglado á la legislacion y práctica vigentes, por una sociedad de abogados*, Barcelona, 1850 -que aparece entre las dos ediciones del *Febrero...* de GARCIA GOYENA-AGUIRRE (1845/1852) contempla el interdicto de retener en el t.VII, Tít.VIII, cap.III. Se afirma que "en los interdictos (...) no debe citarse para nada la persona contra la que se dirige el interdicto" (pág.284), pero luego matizan que "si ésta se presentase en juicio (...) deberá admitirse su oposición". Previamente han señalado que "puede el que se dice perturbador así que llega á su noticia, que el poseedor ha entablado

En el *Febrero* de 1845, GARCIA GOYENA y AGUIRRE¹⁰⁶⁴ intentan reconstruir la tutela posesoria de modo extenso y coherente. En primer lugar, distinguen entre el juicio plenario de posesion -en el que se siguen los trámites de un juicio ordinario- y los interdictos de retener y recobrar, que tutelan la posesión actual o momentánea. Los explican en el Título XXXVI, "De los juicios sumarios de posesion, o sea de los interdictos" (Título XXXVI)¹⁰⁶⁵ y precede a su exposición una breve síntesis de los juicios sumarios¹⁰⁶⁶ en la que, "como entre estos mismos hay algunos que son más rápidos que los demás en la sustanciación", diferencian entre juicios sumarios simplemente y sumarísimos; en los primeros "aun cuando se procede por trámites breves y sencillos, se oye sin embargo a ambas partes"; por el contrario, los segundos "se limitan a admitir la demanda y su justificación y á decidir sobre ella, sin audiencia ni conocimiento de la parte contraria. El juicio de despojo puede servir de ejemplo"¹⁰⁶⁷.

Ellos integran el interdicto de retener en los juicios sumarios simplemente y lo presentan como aquella figura que tiene por objeto "el amparo y retencion de la posesion perturbada" (n.1144). De acuerdo con los criterios tradicionales, niegan a los

contra él el interdicto de retener, comparecer en los autos por medio de un escrito impugnando lo alegado por aquel, ofreciendo contrainformación sobre los hechos sentados, y acompañando si los hubiere los documentos en que funda su derecho" y concluyen "en este caso, el interdicto será sumario, mas sino se presentase será sumarísimo". Por el contrario, el interdicto de recobrar (cap.IV), será siempre sumarísimo, pues "aunque el que ha cometido el despojo, comparezca en este interdicto y ofrezca justificar lo contrario que el autor, no se le oirá, ni reconocerá personalidad hasta que esté hecha la restitución".

¹⁰⁶⁴ GARCIA GOYENA, F. (1783-1855) -AGUIRRE, Joaquín (1807-1869): *FEBRERO o Librería de jueces, abogados y escribanos comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente...* 3ª ed. corregida y aumentada por J.Aguirre y J.M.Montalbán, T.VII, Madrid, 1845; el texto se reproduce íntegramente en la 4ª ed., Madrid, 1852.

¹⁰⁶⁵ GARCIA GOYENA-AGUIRRE, *ob.cit.*, n. 1138.

¹⁰⁶⁶ Como punto de partida (n.1133) recuerda que el juicio sumario o extraordinario es aquel "en que no es necesario guardar todos los trámites prevenidos por las leyes para los comunes ú ordinarios; de manera que la idea de juicio sumario no es absoluta sino relativa" y como tal, se falla "con la cláusula sin perjuicio de mejor derecho" (n.1137).

¹⁰⁶⁷ GARCIA GOYENA-AGUIRRE, *ob.cit.*, n.1133.

detentadores la legitimación activa y valoran el carácter vicioso frente a la otra parte¹⁰⁶⁸. Más adelante concretan una de sus funciones, vinculándolo a la determinación de la situación de posesión como paso previo a la acción reivindicatoria¹⁰⁶⁹. En este apartado, afirman:

"n.1151. Como el interdicto de poseer puede entablarse al mismo tiempo por dos ó más personas las unas con las otras, es preciso examinar con mucha reflexion y detenimiento los titulos de los unos y los otros, y las pruebas de hecho que presenten.

Si se presentasen dos en juicio considerándose uno y otro dueños de una misma cosa, pretendiendo ambos que se les ampare en el derecho de poseer, habrán de seguirse las reglas siguientes para la decisión:

1º. Si uno de ellos prueba la posesion y el otro no, la sentencia mantendrá a aquel.

2º. Si ambos la tienen, pero el uno prueba mejor, ó bien por el número de testigos, porque estos merezcan mas credito por su condición o calidad, se le declarará a este poseedor, y se le amparará.

3º. Si uno y otro probasen igualmente, se mantendrá en la posesion al que la acredite más antigua; puesto que la moderna no merece tanto crédito;

4º. Si las pruebas fuesen iguales por su calidad, y se refieren á posesiones de un mismo tiempo; se debe amparar al que tenga mejor derecho por razón de los títulos que presenten."

Por tanto, parece que los criterios del art.445 Cc. tienen al menos un precedente próximo anterior al Anteproyecto de 1882. No obstante, se incorporan al procedimiento de acuerdo a su concepción en ese momento: cuestión previa a una contienda petitoria¹⁰⁷⁰. Como señala el texto, procede cuando los contendientes se consideran "uno y otro dueños de una misma cosa pretendiendo ambos que se les ampare en el

¹⁰⁶⁸ GARCIA GOYENA-AGUIRRE, *ob.cit.*, ns.1144 y 1145.

¹⁰⁶⁹ N.1147: "Cuando se ha de litigar sobre la propiedad y el demandante y el demandado pretenden ser los poseedores, es de necesidad quien ha de poseer interinamente, porque realmente sin esta declaracion no pudiera establecerse la demanda vindicatoria, puesto que esta habia de dirigirse contre un poseedor y ninguno lo es".

¹⁰⁷⁰ Pero la exposición no se limita a esa función; más adelante, también se señalan las meras perturbaciones y se recuerda que (n.1153)" no es necesario que el perturbador pretenda tener derecho de poseer para que pueda demandársele por sus actos".

derecho de poseer¹⁰⁷¹". La idea de derecho de poseer -el "mejor derecho" del cuarto criterio- parece desviar el objeto del litigio al *ius possidendi* e inscribirlo en el ámbito de los juicios petitorios. No obstante, la valoración preferente de la posesión actual mejor probada y de la posesión más antigua, devuelve la cuestión al ámbito posesorio. El recurso en última instancia a los títulos se hace desde la posesión, porque los autores tampoco tienen un inquebrantable interés en proteger al ladrón, y el poseedor que no lo es ¿por qué ha de importarle exhibir un título?

Aunque los dos primeros subapartados del capítulo hablan de interdicto de retener, el tercero -y último- lleva por título "Del orden de sustanciación en el juicio sumarísimo de interin". Por tanto, para los autores, el interdicto de retener y el sumarísimo de interin son la misma figura¹⁰⁷², equivalencia que ya había sido mantenida antes y que de nuevo sostendrán otros juristas posteriores.

Este recorrido por los principales tratados procura varias conclusiones. En primer lugar, excepto GARCIA GOYENA y AGUIRRE ningún autor de la primera mitad del s.XIX recoge los criterios que habíamos visto repetirse ininterrumpidamente durante cinco siglos. Creemos que ello se debe al cambio de la concepción del interdicto de retener. Ahora no parece importante que el fallo declare la condición de poseedor porque los juristas suponen que las partes acudirán de inmediato a un juicio petitorio en que se resuelva definitivamente sobre el derecho. Se enfatiza que es una tutela provisional, interina, y siempre con carácter relativo, es decir, sin perjuicio de tercero. Es un mero paso preliminar al fallo sobre el *ius possidendi*¹⁰⁷³.

¹⁰⁷¹ TAPIA, *Febrero novísimo...*, *ob.cit.*, pág. 24, n.6, señalaba: "Usase este interdicto cuando dos tratan de litigar sobre la propiedad de alguna cosa, y cada uno de ellos pretende poseerla, cuya discusión debe preceder al juicio petitorio", aunque luego recuerda que comporta una sentencia "interina mientras se decide el pleito principal sobre la propiedad ó posesion plenaria de la cosa".

¹⁰⁷² Antes de detallar el procedimiento, recuerdan (n.1154) que "el interdicto de interin sobre amparo en la posesión se puede entablar ya como demanda o artículo de especial y previo pronunciamiento cuando se ha entablado juicio petitorio, ya también sola y separadamente la de amparo o manutención".

¹⁰⁷³ La síntesis se halla en FERNANDEZ de la HOZ, J.M. (1812-1887): *Código de procedimientos civiles*, Madrid, 1843, pág.126: "Art.608: Tendrá lugar el juicio de posesion para retenerla, siempre que el poseedor sea inquietado en ella por otro, ó cuando dos quieran pleitear sobre la propiedad de una cosa pretendan ambos su posesion".

7.4.6. La "Instrucción para arreglar el procedimiento en los negocios civiles con respecto á la Real jurisdiccion ordinaria" del Marqués de Gerona: un primer intento de unificación

El 30 de septiembre de 1853 se promulga la «Instrucción para arreglar el procedimiento en los negocios civiles con respecto á la Real jurisdiccion ordinaria», obra personal de José de Castro y Orozco -publicada a los 11 días de su nombramiento-, que será popularmente conocida como «Instrucción del marqués de Gerona»¹⁰⁷⁴. Aunque la norma pretendía, según consta en el Preámbulo, "la mejora del actual sistema de instrucción judicial..." para superar "las vejaciones del procedimiento ..., la punible inaccion, la mala fe, la avaricia...", no fue bien acogida por los diferentes sectores de la opinión pública¹⁰⁷⁵. Se objetó su excesiva premura, el haber soslayado los trámites parlamentarios, sus innovaciones gratuitas y sus carencias. Entre las múltiples críticas destacó la del Consejo de redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia¹⁰⁷⁶ y, especialmente, las "Observaciones...." sobre las reformas que la Junta de Gobierno y de ex-decanos del Colegio de Madrid elevó a

¹⁰⁷⁴ El 10.enero.1838 se había promulgado la Ley sobre sustanciación de los pleytos de menos cuantía, que no aporta datos de interés a nuestro objeto de estudio.

¹⁰⁷⁵ Sobre la Instrucción, MONTERO AROCA, J.: *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento civil en su centenario*, Madrid, 1982, pág.44 y ss. y PRIETO-CASTRO, Leonardo: "La instrucción del marqués de Gerona para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la Real Jurisdicción ordinaria", en: *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal, Ed.Rev.Derecho Privado*, Madrid, 1964, pág.869, quien hace constar que la Instrucción fue "un ensayo nobilísimo, en el que las ideas que lo inspiraron no tuvieron la asistencia de la técnica capaz de traducirlas en las fórmulas exactas, armónicas y completas que podrían haber hecho de ella un monumento jurídico, arreglo, en verdad, de la administración de la justicia civil". Ello no impide reconocer que la norma (pág.881) "inauguró la edad nueva de la legislación procesal en España".

¹⁰⁷⁶ Como señaló REUS: "Reforma del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción Ordinaria", *RGLJ*, t.II, 1853, págs.168-172.: "Reconocemos desde luego que con la Instrucción se han removido algunos abusos, se han cortado algunas dilaciones, y se han introducido algunas mejoras de importancia; pero hay tambien innovaciones peligrosas, cuyas consecuencias aun no pueden preverse; hay supresiones, tal vez perjudiciales para la buena defensa de los litigantes, y hay en fin otras disposiciones que necesariamente han de crear conflictos de la mayor trascendencia". La brevedad del período de prueba centró las críticas (ELIAS, *Derecho civil general y foral...*, *ob.cit*, n.1875 da una relación de plazos en primera y segunda instancia, demostrando que la pretensión era finiquitar los procedimientos en un plazo máximo de 10 meses). Sobre el clima adverso, FAIREN GUILLEN, *ob.cit.*, pág.91 y ss. y LASSO GAYTE, *Procedimiento civil, ob.cit.*, págs.52-55.

Isabel II, con una minuciosa relación de desacuerdos¹⁰⁷⁷.

En sede de juicios posesorios (arts.92-101), la Instrucción presentaba una innovación fundamental: la unificación y exposición sistemática de los procedimientos de los interdictos de retener y de recobrar. El art.92 prescribía:

"Admitido por el juez un interdicto de despojo ó de amparo en la posesion, interpuestos en forma legal, ó reclamada por tercero una posesion sin perjuicio, se mandará entregar al querellado ó reclamante la copia que debe acompañar al escrito del actor, y se citará a ambas partes para que comparezcan ante el juez á instruccion verbal".

Esta aparente simplificación de los procedimientos permitía al despojante ser oído, pero deformaba la estructura y funciones que hasta entonces había tenido el interdicto de retener. Las Observaciones de la Junta y ex-decanos del Colegio de Madrid, en una exposición que identifica el interdicto de retener con el sumarísimo de interín¹⁰⁷⁸, reseñaban:

"... bajo cierto aspecto el antiguo juicio de despojo se mejora con la citación y la audiencia que se da al demandado, no está asimismo conforme con la conveniencia de las otras variaciones que se han introducido, y menos con que el procedimiento del interdicto de despojo se haya hecho extensivo al de amparo y al de adquirir la posesion. En el de amparo no hay urgencia para la resolucion final de la posesion de hecho (...) no parece, pues, justo, atropellar el fallo, cuando no es absolutamente necesario (...) y en el angustioso término impuesto a lo litigantes y al juez, sentenciar quién es el poseedor de hecho, ó lo que es lo mismo, quién desde luego debe aprovecharse de los frutos de la heredad, quién debe ser considerado como demandante y quién como demandado en los juicios plenarios de posesion y de propiedad, quién está obligado a probar y quién en caso de duda debe salir vencedor en

¹⁰⁷⁷ "Observaciones sobre la Instruccion del procedimiento civil de 30 de setiembre de 1853", *RGLJ*, t. III, 1854. El Ilustre Colegio de Abogados de la Corte nombró una comisión integrada por los colegiados José María Monreal, Juan Manuel González Acevedo, Luis Díaz Pérez, Pedro Gómez de la Serna y Manuel Silvela, cuyo estudio, traducido en las "Observaciones..." fue aprobado por unanimidad por la Junta de Gobierno con asistencia de los ex-decanos.

¹⁰⁷⁸ "Observaciones...", *ob.cit.*, Tít."De los interdictos", pág.82: "(La instruccion) da a todos los interdictos posesorios la misma tramitacion, las mismas solemnidades. El interdicto de adquirir la posesion, el de retenerla y el de recobrarla deben segun aquella comenzar por un escrito del perjudicado, sustanciarse en juicio verbal y recibir el fallo instantáneamente. Así quedan reducidos a una sola fórmula el antiguo sumarísimo de interín, el de despojo y el interdicto de adquirir la posesión, á pesar de su naturaleza diferente, á pesar de su diverso origen".

los juicios ordinarios que se entablen"¹⁰⁷⁹.

La Instrucción no se pronuncia sobre si las partes pueden acudir al juicio plenario posesorio, tras el interdicto. Sin embargo, no parece que esa omisión se deba a la voluntad del legislador de convertirlo en instancia única (como prescribirá la LEC. de 1855). Se continúa pensando en un juicio ordinario que ventile definitivamente la cuestión posesoria¹⁰⁸⁰.

7.4.7. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855

La Instrucción del marqués de Gerona tiene una duración muy limitada: sólo está vigente hasta el 18 de agosto de 1854¹⁰⁸¹. Pronto se reanudan los trabajos para redactar una nueva ley procesal¹⁰⁸². En febrero de 1855, el nuevo Gobierno somete

¹⁰⁷⁹ "Observaciones...", *ob.cit.*, pág.83 (los subrayados son nuestros).

¹⁰⁸⁰ En su análisis, las "Observaciones...", *ob.cit.*, pág.82, constatan "que las acciones posesorias cuando no se trata del derecho de poseer, sino del hecho de estar poseyendo, exigen resolución urgente, es una verdad generalmente reconocida. (...) El orden público se interesa en que estos juicios sean sumarísimos (...)" y los interdictos "son preliminares de los juicios de la posesión de derecho y de propiedad...".

¹⁰⁸¹ El gobierno conservador presidido por Sartorius, conde de S.Luis, cesó el 18 de julio de 1854, como consecuencia del pronunciamiento de Vicálvaro, punto de partida del bienio progresista de Espartero y O'Donnell. El nuevo gobierno asoció la instrucción a las restantes normas del período conservador y lo derogó (vid.LASSO GAYTE, *Procedimiento civil, ob.cit.*, pág.44). Asimismo, hay que constatar las numerosas críticas que la Instrucción recibió desde los diferentes sectores, algunas de las cuales ya han sido expuestas. Durante las discusiones parlamentarias sobre la LEC. de 1855, el Sr.Zorrilla se hacía eco de ese descontento: "¿Cuánta indignación no causó esta Instrucción dada por el marqués de Gerona con la mejor intención y buena fe y la cual, sin embargo, todos los hombres inteligentes que conocían la situación y los negocios del foro creían que atacaba importantísimos derechos, que cada día produciría nuevos males y que si hubiera durado más hubiera llegado a crear un gravísimo conflicto? (*Diario de las sesiones de las Cortes*, 11.mayo.1855, n.151, pág.4669). Además, durante su vigencia se había producido un hecho puntual que anunció el poco respeto hacia la norma y la certeza de una próxima derogación. El Ministerio de Hacienda -con José Félix Doménech como su titular, quien además sería el sucesor del marqués de Gerona en la cartera de justicia tras la dimisión de éste el 16 de enero de 1854-, mediante Orden de 29 de noviembre de 1853 (publicada en el Boletín Oficial del Departamento el 22 de diciembre del mismo año), declaró que "en todos los litigios en que la Hacienda sea parte actora, demandada o coadyuvante siga rigiendo el sistema de procedimientos que estaba en observancia antes del Real Decreto de 30 de setiembre último, considerándose inaplicables por ahora las disposiciones de la Instrucción". (Vid.PRIETO-CASTRO, "La instrucción del marqués de Gerona...", *ob.cit.*, pág.884).

¹⁰⁸² MONTERO AROCA, *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento civil en su centenario, ob.cit.*, pág.44, señala que el fracaso de la Instrucción "precipitó el movimiento codificador". Para PRIETO-CASTRO, "La Instrucción del marqués de Gerona...", *ob.cit.*, pág.881, "sin ella no sabemos cómo ni cuándo hubiese aparecido la ley de Enjuiciamiento civil que inmediatamente le siguió en 1855 y fue el principio, casi inalterado, de la vigente de 1881". Vid., por último, LASSO, pág.55.

a las Cortes un proyecto de Bases¹⁰⁸³ que sólo se pretende punto de partida de una posterior redacción y que, a la vista de su contenido, no es sino una bienintencionada declaración de principios. No contempla ningún aspecto relacionado con la tutela interdictal, que es ignorada en las discusiones parlamentarias.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 -aprobada el 5 de octubre de 1855 y en vigor desde el 1 de enero de 1856- regula los interdictos posesorios en el Título XIV. Según se declara en la Exposición de Motivos -que redacta GOMEZ DE LA SERNA- "bajo la denominación de interdictos comprende la Comisión todos los juicios civiles, que reclaman con urgencia una medida que los termine (...) Vienen por lo tanto los interdictos á ser unos juicios sumarísimos y preliminares de otros en que con mas prendas se aleguen...."¹⁰⁸⁴. Por tanto, los interdictos de retener y de recobrar reciben el mismo trato: juicios sumarísimos, sin por ello designar el procedimiento expeditivo que se fallaba sin oír al demandado. Definitivamente, el texto opta por emplear de modo indistinto los términos «sumario» y «sumarísimo» para aludir a los litigios que, aun con trámites más breves y sencillos, daban audiencia a ambas partes.

La pretendida unificación es sólo parcial. En primer lugar, la legitimación activa del interdicto de retener se limita a los poseedores, en tanto que el de recobrar incluye poseedores y detentadores¹⁰⁸⁵. En segundo, el juicio de recobrar puede no ser

De hecho, la Instrucción será una reiterada referencia al discutirse las bases de la LEC. de 1855 (*Diario de las Sesiones de las Cortes*, de 5 de mayo de 1855, n.146, págs.4478 y 4482).

¹⁰⁸³ *Diario de Sesiones*, apéndice II al n.73, 1 de febrero de 1855, p.1811. Vid.también el Apéndice noveno al n.144 que contiene el "Dictamen de la Comisión sobre el Proyecto de ley para el Ordenamiento y compilación de las leyes y reglas del Enjuiciamiento civil". Sobre el proceso de discusión, LASSO GAYTE, *Procedimiento civil, ob.cit.*, págs.60-77.

¹⁰⁸⁴ GOMEZ de la SERNA, Pedro (1807-1871): "Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil" *RGLJ*, 1856, t.VIII, Tít. XIV. De los interdictos, pág.433. (También publicada como *Motivos de las variaciones principales que se han introducido en los procedimientos de la LEC.*, Madrid 1857, pág.148).

¹⁰⁸⁵ Vid.Respuesta -de la REDACCION- a la Consulta 42 "El arrendatario que por el solo acto de la voluntad de un tercero ha sido privado del uso y disfrute de la finca arrendada, ¿puede ejercitar válida y legalmente el interdicto de recobrar?", *RGLJ*, t.IX, 1857, pág.310. Tras señalar que el de recobrar se concede también a los supuestos de tenencia, añade: "¿Por qué en el interdicto de retener, tanto en el antiguo derecho como por la nueva ley (art.710), hay que justificar la posesion de la cosa para que proceda y no se le concede al mero tenedor de ella? ¿En qué puede fundarse esa diferencia? Consiste

contradictorio, dado que la audiencia a ambas partes no es una fase preceptiva: junto a la posibilidad de escuchar al despojante, se faculta al actor para que inste del juez la inmediata restitución, supliendo la audiencia por una fianza suficiente que garantice los posibles perjuicios (art.724¹⁰⁸⁶).

A pesar de su carácter sumario/sumarísimo, los interdictos constituyen en la LEC. de 1855 el único mecanismo tutelar de la posesión. Según determina el art.719: "Cualquiera que sea la sentencia, se agregará siempre la fórmula de *sin perjuicio*, y se reservará a los que por ella fueren condenados en el ejercicio de la demanda de propiedad que pueda corresponderles con arreglo a derecho". El siguiente paso es, pues, un procedimiento petitorio¹⁰⁸⁷. Ello obedece a la creencia de que el juicio interdictal presenta las garantías suficientes para agotar la discusión posesoria¹⁰⁸⁸.

precisamente en que en dicho interdicto la sentencia que se dicta declara que posee bien el que lo ha intentado, y por consiguiente se acuerda mantenerle en la posesion como legítimo tenedor de aquellos bienes (art.717)".

¹⁰⁸⁶ Art.724.- El que solicite que se le restituya la posesión de que haya sido despojado, debe ofrecer información sobre los hechos siguientes. 1º Hallarse él o su causante en posesión o tenencia de la cosa de que haya sido despojado. 2º Haber sido despojado de esa posesión o tenencia, designando al autor del despojo.- Deberá, además, expresar en la demanda si se conforma con que se dé audiencia al depojante. o si quiere que sin ella el Juez falle sobre el despojo. -En este último caso, al mismo tiempo que solicite la información, propondrá fianza a satisfacción del Juez para responder de cualesquiera perjuicios que puedan resultar de la restitución.

ESCRICHE, Juan (1784-1847): *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, nueva edición reformada...*, Madrid, 1875, pág.369, detalla los dos procedimientos: Procedimiento dando fianza y no oyendo al despojante y Procedimiento sin dar fianza y oyendo al despojante. Sobre la fianza, vid. "Consultas sobre la LEC.", *RGLJ*, 1857, Consulta 59, pág.373: "¿Dada que sea la informacion en el interdicto de recobrar, y no resultando comprobados los dos extremos referidos en el art.724 de la Ley Enjuiciamiento civil, el juez, si se hubiere ofrecido fianza á su satisfaccion, debe hacer que se preste, dictando despues el auto denegatorio?".

¹⁰⁸⁷ Señala la Exposición de Motivos (*RGLJ*, 1857, pág.438), que con la reforma del interdicto de retener se pretende que se "cierre la puerta al juicio plenario de posesion que actualmente se intenta por consecuencia de la pérdida del interdicto". La voluntad de la LEC. de eliminar el plenario posesorio se observa, asimismo, en la regulación del interdicto de adquirir, que se introduce "en lugar del juicio plenario de posesion, (...) con fórmulas abreviadas que, sin perjudicar á la mayor discusion á que pueda dar lugar el juicio de la peticion de la herencia, resuelva definitivamente la cuestion de posesion..." (pág.436).

¹⁰⁸⁸ GOMEZ DE LA SERNA, en respuesta a la Consulta "¿Es ó puede versar este juicio ordinario acerca de la propiedad, ó meramente sobre el despojo, para aducir pruebas y datos, que en el juicio sumario se le han negado?", *RGLJ*, t.XV, 1859, pág.382-85, señala que "en los interdictos de retener se otorgará solo al que hubiera sido vencido la accion de propiedad: aquí hay siempre un juicio, que si bien sumario dá bastante luz y suficientes garantías para que la cuestión se considere resuelta por lo que á la posesion toca, y que haga necesario otro juicio de posesion". No obstante, "no sucede lo mismo en

Por tanto, los interdictos, como juicios sumarios que contienen la posibilidad de acudir a un juicio ulterior, se vinculan a un juicio petitorio¹⁰⁸⁹, en una regulación diferente a la que establecerá el art.1.658-3 de la LEC de 1881.

Por otro lado, la regulación del interdicto de retener resulta incompleta en relación a cómo se había entendido hasta entonces. El art.709 señala que "el interdicto de retener la posesión sólo tiene lugar cuando ha habido conatos manifestados por algún acto exterior de turbar o inquietar en ella al que la tuviere". Sólo recoge las perturbaciones, sin explicitar el supuesto en que el presunto perturbador se considere a su vez poseedor¹⁰⁹⁰ o, al menos, su condición de paso previo a la contienda petitoria¹⁰⁹¹. Esta limitación posibilita el acercamiento entre ambos interdictos.

el interdicto de recobrar, especialmente cuando el despojado usa del derecho que le da la ley de ofrecer y dar fianza, cerrando a su contrario la entrada en el juicio en la primera instancia" y considera que en este supuesto sí puede "promoverse la cuestión, no solo sobre la propiedad, sino también sobre la posesión". Del mismo parecer, MANRESA NAVARRO, J.M^a.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada...*, t.VI, Madrid, 1895, pág.149.

¹⁰⁸⁹ Vid.ORTIZ DE ZUÑIGA, M.: *Práctica general forense, tratado que comprende la constitución y atribución de todos los Tribunales y Juzgados y los procedimientos judiciales*, t.II, 4^a ed., Madrid 1861, pág.158. Para NOUGUES SECALL, M. (1808-1872): *Tratado de práctica forense novísima según la LEC de 5 de octubre de 1855...*, t.II, Madrid 1856, pág. 222, las partes quedan privadas de instar el juicio plenario posesorio aunque pueden acudir al plenario si no utilizan el procedimiento interdictal. DEL VISO, S.: *Lecciones elementales de Derecho civil*, t.II, 4^a ed., Valencia, 1879, aún menciona el juicio posesorio plenario en los modos en que se pierde la posesión y "no puede ya recuperarse" (pág.57). También ESCRICHE, *ob.cit.*, pág.370, VIII, señala que tras los interdictos se puede acudir al plenario. Por contra, LASTRES, F.(1848-1918): *Procedimientos civiles y criminales con arreglo a la Novísima Ley de Enjuiciamiento Civil, compilación criminal y disposiciones vigentes...*, Madrid, 5^a ed.(1877) / 7^a ed.(1881), omite toda alusión.

¹⁰⁹⁰ Tradicionalmente se había señalado que tenía lugar cuando dos personas se disputaban la posesión, y también, cuando sin alcanzar el despojo, se inquietaba la posesión ajena sin reclamarla. HERNANDEZ DE LA RUA, V. (1808-1890): *Comentarios a la Ley Enjuiciamiento civil*, t.II. Madrid 1856, pág.447: "según este artículo (709), el hecho simple de demandar en juicio al que se encuentra en posesión, no produce el interdicto que se llamaba de interín, y que ahora se denomina de retener...".

¹⁰⁹¹ Así lo hará notar REUS, E.(+1891): *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3.II.1881, concordada y anotada con gran extensión... por la Redacción de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, bajo la dirección de..., Madrid, 1882, pág.594, "nuestros antiguos prácticos sostenían que procedía: 1. cuando el poseedor era inquietado por otro en la posesión 2. cuando habiéndose suscitado pleito sobre la propiedad de una cosa, cualquiera de los litigantes solicitaba en su consecuencia que se le mantuviera en el uso de la cosa (...) La ley de 1855 hizo variar esa inteligencia puesto que sus preceptos solo se referían claramente al primer caso (...)". Ciertamente, frente a la redacción, en 1837, de TAPIA, *Febrero novísimo...*, *ob.cit.*, pág.25, n.7: "No solo corresponde este interdicto contra otro que pretenda la misma posesión, sino también contra aquel que sin pretenderla nos inquieta y molesta en la que tenemos, no dejándonos usar de la cosa á nuestro arbitrio, v. gr., sembrar, cavar, labrar, edificar" que contemplaba la inquietación sin pretensión como una lesión de segundo orden, el art.709 LEC. de 1855

Paralelamente se presenta como un procedimiento sumario que sólo admite unas pruebas determinadas¹⁰⁹².

La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 no incorpora los criterios del art.445 Cc. que GARCIA GOYENA y AGUIRRE vinculaban al "interdicto de poseer". No podemos afirmar que los derogue, porque en ningún momento habían sido recogidos en un texto legal, aunque, ante las innovaciones que la ley presenta, cabría sostener que carecen de toda utilidad. Sin embargo, pronto se constata la disociación entre la norma procesal y los comentarios de los juristas -y, según parece, la realidad de la práctica-. Frente a la innovadora simplicidad del articulado, en 1858 VICENTE Y CARAVANTES reproduce los criterios de GARCIA GOYENA y AGUIRRE y presenta "las reglas á que deberá atender el juez para dictar su sentencia, cuando se entable el interdicto de poseer por dos o más personas, las unas con las otras, cuestion que se refiere al caso en que haya de decidirse sobre el derecho de posesión mas bien que sobre el hecho de esta"¹⁰⁹³. La referencia al derecho de posesion y al examen de los títulos implica que, o bien está pensando en las construcciones que la LEC. del 55 pretendía desplazar -el plenario posesorio-, o bien defiende la inserción de los criterios en ese sumarísimo juicio de amparo. Lo que sí resulta incontrovertido es que contempla y utiliza los criterios que recogerá el art.445 Cc.

se centra tan sólo en ésta.

¹⁰⁹² Art.716.- "Sólo son admisibles en este juicio las pruebas que tengan por objeto acreditar la posesión o no posesión del que haya promovido el interdicto, y la verdad o falsedad de los actos del demandado, que hayan podido revelar su propósito de inquietarlo en ella. Cualesquiera otras pruebas son inadmisibles, y si se adujeren no deberán ser tomadas en consideración, sin perjuicio del derecho del que las haya traído, que podrá ejercitar en el juicio correspondiente".

¹⁰⁹³ VICENTE Y CARAVANTES, J.(1820-1880): *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento, con sus correspondientes formularios*, t.III, Madrid 1858, pág.250, n.1044) escribe: "Segun dice Febrero, para ello es preciso examinar con mucha reflexion y detenimiento los títulos de los unos y los otros, y las pruebas de hecho que presenten". Reproduce al pie de la letra las reglas del FEBRERO del 52 (vid. apdo.7.4.5 y menciona también a DALLOZ.

Ello no obsta para que en esas mismas fechas, CADAVALCH y BUGUÑA, J. (+1883): *Prontuario de las acciones*, Barcelona, 1856, pág.7, afirme que son acciones sumarísimas "cuando se observan brevísimos trámites para la consecución de una posesión interina y precaria, que es el objeto á que terminan, como son los interdictos llamados también acciones extraordinarias. LEC. 1 parte. Tít.XIV". El unifica los interdictos y da un concepto de sumarísimo que no distingue la exclusión o admisión del demandado.

Tampoco GOMEZ DE LA SERNA está de acuerdo con la redacción de la LEC. respecto al interdicto de retener. En primer lugar, lo vincula al interín¹⁰⁹⁴; después señala que, en la actualidad, al interdicto de retener le da causa la perturbación que uno ocasione en la posesión que otro tiene, por lo que resulta claro que su origen es el delito o la culpa¹⁰⁹⁵. Considera necesario que la posesión del actor no sea viciosa, porque en tal caso el demandante debería ser condenado a restituir la cosa al demandado. Para él, ese interdicto pertenece á la clase de los juicios dobles, porque cada litigante puede tomar el carácter de demandante y de demandado, y porque son dos los juicios que simultáneamente se ventilan: uno en que sostiene el actor que él poseía y otro en que el contrario dice que fué turbado en su posesión¹⁰⁹⁶. Sus observaciones indican que piensa en un procedimiento más largo que el de la nueva LEC., pues admite la *exceptio vitiosae* y permite alegaciones de ambas partes¹⁰⁹⁷. Desde ese momento cabe la aplicación de los criterios de la antigüedad y el examen del título.

La práctica hizo caso omiso de las prescripciones de la LEC. Se mantienen las referencias a un juicio posesorio plenario una vez resuelto el interdicto¹⁰⁹⁸ y se

¹⁰⁹⁴ GOMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBAN, J.M. (1806-1889): *Tratado académico forense de los procedimientos judiciales*, t.I, 3ª ed., Madrid, 1861, pág.314. Recuerda que "el juicio en que entre nosotros se ventilaba se llamaba sumarísimo de interín, atendiendo a que en él no se prejuzga definitivamente ni la propiedad ni la posesion, sino que se trataba solo de una medida interina, para evitar la perturbacion del orden público...". GOMEZ DE LA SERNA, P.: *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, 3ª ed., Madrid, 1863, pág.682, repetirá la conexión entre ambas figuras al explicar las perturbaciones en los interdictos de retener: "el juicio en que esto se ventila se llama sumarísimo de interín, porque en él sólo se trata de una medida interina para decidir quién debe de ser el demandante y quién el demandado en los juicios de propiedad y plenario de posesión, que no quedan prejuzgados".

¹⁰⁹⁵ GOMEZ DE LA SERNA-MONTALBAN, *ob.cit.*, pág.314. Aquí se constata la no soterrada influencia de Savigny.

¹⁰⁹⁶ GOMEZ DE LA SERNA - MONTALBAN, *ob.cit.*, pág.315.

¹⁰⁹⁷ Presenta una exposición muy similar, RODRIGUEZ, J.M.: *Instituciones practicas ó Curso elemental completo de práctica forense*, 4ª ed., t.II, Sevilla, 1856, pág.185, n.252 y ss.

¹⁰⁹⁸ Lo demuestran, por ejemplo, las SSTs. de 16.diciembre.1860 (*El faro nacional*, suplemento al n.151, correspondiente al 29.XII.1860, pág.881) "es improcedente contra él el interdicto, sin que esto obste para que el particular que se estime agraviado pueda ejercitar en juicio plenario de posesión o propiedad las acciones que crea que le competan" y de 6.noviembre.1871 señalaba: "No es definitiva la Sentencia recaída sobre un interdicto de amparo de posesion, puesto que queda expedito á las partes

prescinde de la posibilidad que presentaba el interdicto de recobrar de dar audiencia al despojante, de modo que el litigio continuó resolviéndose del modo más expeditivo posible, con la salvedad del requisito de fianza¹⁰⁹⁹. La desprotección que suponía para el supuesto despojante -que a veces no era tal- motivó nuevas quejas y la voluntad de reformarlo. En 1869, BUENO enviaba una Proposición de Ley para modificar varios artículos de la Ley, la cual eliminaba la posibilidad de suplir la audiencia por una fianza en el interdicto de recobrar¹¹⁰⁰. En 1876, el ministro de Gracia y Justicia, MARTIN de HERRERA, señalaba que "muy importantes adelantos introdujo en el Enjuiciamiento civil la ley de 1855 (...) más al cabo de veinte años de experiencia, hánse notado defectos de alguna consideración"¹¹⁰¹, y destacaba la necesidad de reformas "sobre varios juicios sumarios y sumarísimos, en especial el de desahucio y el interdicto de recobrar", y respecto a este último, de incorporar "garantías que resguarden el estado posesorio, tan respetable y respetado por todas las legislaciones, contra las arterías del supuesto expoliado"¹¹⁰². Un año después, en una Proposición de ley enviada a las Cortes para proceder a la reforma de la LEC, MASPONS se pronunciaba en términos semejantes¹¹⁰³.

el juicio de propiedad y aun el de posesion plenaria" (Vid.PANTOJA, J.M^a: v.«Interdicto», en: *Repertorio de la Jurisprudencia civil española*, t.II, Madrid, 1887, pág.80).

¹⁰⁹⁹ Así, por ej., dos sentencias de 14.noviembre.1860 (Vid. *El faro nacional* de 15 de diciembre de 1860, -t.II-, pág.755).

¹¹⁰⁰ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, 8 de octubre de 1869. Apéndice Primero al Núm.135.

¹¹⁰¹ MARTIN DE HERRERA, Cristobal (1831-1878): "Estado de la legislación en España y sus reformas más urgentes. discurso leído por el Excelentísimo Sr. ..., en la apertura de los Tribunales el 15 de septiembre de 1876", *RGLJ*, vol.49, pág.151.

¹¹⁰² MARTIN de HERRERA, *ob.cit.*, pág.151.

¹¹⁰³ Proposición de ley, del sr. MASPONS, reformando la de Enjuiciamiento civil, Diario de las Sesiones de las Cortes, 21 de febrero de 1878, apéndice Quinto al n.5, pág.3: "en el interdicto de recobrar (...) se exige la citación de la persona que en su caso deba ser condenada. Una de las formas que para el interdicto de recobrar establece la actual ley (...) impiden a la persona contra quien se dirige el procedimiento el derecho de defensa. Tratándose, como se trata de verdaderos juicios, pugna esto con los principios de la ciencia procesal, y la práctica ha demostrado las funestas consecuencias que esta falta produce". Al presentar el interdicto de recobrar (base 32) señala que en todos los casos de demanda "luego de presentada, se mandará citar al demandado para que la conteste". En la *Crónica de la Codificación española. Procedimiento civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, pág.129, se señala que esta Proposición "dibujaba, con 155 bases, una LEC totalmente nueva y ciertamente orientada hacia la Instrucción del Marqués de Gerona".

Por tanto, la LEC. de 1855 no satisfizo en sede de tutela posesoria las expectativas creadas. Se criticó la excesiva sumariedad del interdicto de retener y simultáneamente se demandó una vía menos expeditiva para el de recobrar. Pero los reproches no se limitaron a las acciones posesorias. De modo global, la LEC. del 55 no mereció la aprobación de los diferentes grupos sociales. Por ello, el 21 de junio de 1880 las Cortes aprobaron una ley de Bases por la que autorizaron al gobierno - entonces presidido por Cánovas del Castillo con Alvarez Bugallal como ministro de justicia- a reformar la ley. La Base 16 determinaba: "Dar siempre audiencia al demandado en el interdicto de recobrar, asimilando la sustanciación de este juicio a la determinada por la ley vigente para los interdictos de retener"¹¹⁰⁴. Finalmente, por R.D.de 3.febrero.1881 se aprueba la nueva ley que entra en vigor el 1 de abril de ese mismo año.

7.4.8. La Ley de Enjuiciamiento civil de 1881

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 supone la unificación definitiva de los interdictos de retener y de recobrar¹¹⁰⁵. En esta ocasión ya nadie se pronuncia sobre la oportunidad de su asimilación ni sobre la conveniencia de devolver al interdicto de retener su tradicional espacio propio. Además, las referencias al sumarísimo de interín han sido definitivamente desterradas de los estudios jurídicos y a lo sumo se menciona - como vimos en SCAEVOLA- para asociarlo a un remoto procedimiento en desuso, sin relacionarlo con el interdicto de retener actual. Para los juristas posteriores a 1881, los interdictos de retener y recobrar son dos juicios paralelos que atienden a dos posibles

¹¹⁰⁴ Diario de Sesiones de las Cortes de 3 de enero de 1881, Apéndice 5 al núm.3. Recoge LASSO GAYTE, *Procedimiento civil*, vol.2, *ob.cit.*, págs.144-145, la preocupación de la Sección Primera de la Comisión de Códigos por reformar adecuadamente el interdicto de recobrar, pues como señaló ACEVEDO, se trataba de reparar un despojo consumado y no debía sustanciarse sin audiencia de la parte contra quien se dirigía.

¹¹⁰⁵ BROCA, G.M. de (1850-1918): *Novísima Ley de Enjuiciamiento civil, reformada con arreglo á la de 21 de julio de 1880, anotada con la doctrina del Tribunal Supremo que continúa teniendo aplicacion... por*, Barcelona, 1881), señala, en nota al epígrafe de la sección 2 del Título XX (Del interdicto de retener ó de recobrar): "Se equipara la tramitación de ambos interdictos, suprimiéndose el de recobrar en que no se prestaba audiencia al despojante"; REUS, *Ley de Enjuiciamiento civil...*, *ob.cit.*, pág.596, afirma: "se deduce claramente que la reforma es trascendental, pues de los dos interdictos citados se ha hecho uno sólo, y no han quedado en pié los efectos diferentes y el alcance distinto de cada uno de ellos. Ya no pueden definirse separadamente...". Por el contrario, para MANRESA NAVARRO, J.M.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada...*, t.VI, Madrid, 1895, pág.132, se sujetan a un mismo procedimiento, "pero sin refundirlos en uno solo".

lesiones de la posesión bastante similares (una priva de la posesión y la otra la entorpece) que se tramitan de modo especial, lo más rápidamente posible¹¹⁰⁶. Junto a ellos, y sin mencionar ninguna especificidad, el art.1.658.3 LEC. admite el posesorio plenario al contemplar un juicio que verse "sobre la posesión definitiva"¹¹⁰⁷.

8. Recapitulación

Iniciamos este recorrido histórico con la pretensión de situar la relación, desmentida por SCAEVOLA, entre un juicio *summarísimo posesorio* y el art.445 Cc. Hasta ahora podemos señalar las afirmaciones siguientes:

1-. Los criterios que recoge el art.445 Cc. no son una precipitada construcción del legislador de finales del s.XIX, sino que tienen su origen en los comentaristas del *ius commune* y responden a la voluntad de dirimir a quién corresponde la condición de poseedor, en el ámbito de los interdictos de retener.

2-. El recurso a la presentación del título se asocia a la permeabilidad entre las instancias posesoria y petitoria, que incluso se observa en los juicios *sumarísimos* modernos. Ello no impide que los Códigos civiles y procesales europeos del s.XIX releguen las construcciones medievales y modernas en aras de una aparente simplificación que aproxima los interdictos vigentes a sus homólogos romanos. Pero, colmando la fractura histórica entre ambas figuras, se sitúan como referencia más próxima los juicios *sumarísimos posesorios*¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁶ Afirma DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.135: "La primera y más importante innovación de la LEC consiste en hacer uno de los dos interdictos de retener y recobrar ya que en ella únicamente se distinguen por su objeto en función de la circunstancia que les provoca, y así será la perturbación o el despojo quien lo determine en cada caso, pero en lo demás son absolutamente idénticos". Vid,también REUS, *ob.cit.*, pág.597; GUASP, "Dictamen sobre la admisibilidad de la demanda alternativa de interdicto de retener o recobrar", *ob.cit.*, pág.1417 y ALBALADEJO, *ob.cit.*, pág.99.

¹¹⁰⁷ Aún así, LASSO GAYTE, *Procedimiento civil*, *ob.cit.*, pág.154, recoge que MANRESA y GUTIERREZ defendían que tras el interdicto de retener entraba la demanda ordinaria de propiedad, en tanto que tras el de recobrar, además de ésta, la de posesión.

¹¹⁰⁸ En el derecho prusiano, DERNBURG, *Lehburch*, *ob.cit.*, los considera el antecedente inmediato de las acciones posesorias. Por el contrario, por lo general los comentaristas del BGB. no se sirven de las figuras vistas -a pesar del recurrente análisis de los Pandectistas-. Singularmente, BIERMANN, *ob.cit.*, pág.16, afirma que la molestia se tutela mediante el "gemeinrechtlichen possessorium ordinarium, das possessorium summarissimum ist dem B.G.B fremd". Paralelamente, el Ordenamiento italiano es el más respetuoso con la tradición, pues conserva la distinción entre la acción de retener y recobrar y exige que la posesión haya durado al menos un año y que sea cualificada. Aún

3-. En España, el sumarísimo de interin se identifica o asimila con el interdicto de retener, aunque en la práctica, se emplea a menudo la primera denominación para acentuar la controversia posesoria y el carácter preliminar a otros procedimientos posesorios o petitorios mientras que con la segunda se atiende la mera perturbación, sin más pretensiones. En este procedimiento se utilizan los criterios que recoge el art.445 Cc.

así, adopta algunos de sus caracteres. Como señala RUGGIERO, *ob.cit.*, pág.833: "De la fusión, o mejor dicho, de la conmixión de los elementos propios del interdicto uti possidetis, de la *complainte* y del *mandatum de manutenendo* ha surgido la moderna acción de mantenimiento de nuestro sistema. Exigiendo requisitos más rigurosos que el interdicto uti possidetis, ha asumido el carácter fundamental de éste, pero ha tomando del Derecho germánico el requisito del año; en otro aspecto se relaciona con el *mandatum de manutenendo*, cuyo nombre recuerda". También BONFANTE, *Note...., ob.cit.*, pág.607, al estudiar la evolución de la figura considera el *possessorium summarissimum* el precedente histórico más inmediato de la acción de manutención moderna (entre los autores italianos, es recurso común cuestionarse la conveniencia de procedimientos parejos teniendo como referente la figura medieval, vid.DENTI, Vittorio: "Ritorno al *possessorium summariissimum*", *Rivista di Diritto Processuale*, 1963, págs.322-333).

CAPITULO III. EL INTERDICTO DE RETENER EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL VIGENTE

1. Introducción

La andadura histórica nos permite afirmar que los criterios del art.445 Cc. se emplearon en la resolución del interdicto de retener, tal y como se configuraba antes de la LEC de 1881. No obstante, cabe objetar que ya no tienen cabida a la vista de la actual regulación procesal. Por ello es necesario examinar las características del interdicto de retener, prestando especial atención a su *iter* procedimental (arts.1.651-1.662 LEC.) con el fin de averiguar si permite -y resulta de utilidad- el recurso a los criterios del art.445 Cc.¹¹⁰⁹.

El interdicto de retener procede "cuando el que se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle.." (art.1.651 LEC.). El procedimiento se inicia con la presentación de la demanda, para cuya admisión se han de examinar dos datos puntuales (art.1.652 LEC.) en una primera fase introductoria. Si se supera ese trámite, se convoca el juicio verbal propiamente dicho.

2. Presentación de la demanda. Información previa

En la demanda -que se ha de presentar ante el juez del lugar en que está sita la cosa (art.63.15 LEC.)- se ofrecerá información (art.1.652 LEC.) para acreditar:

- 1-. Hallarse el reclamante o su causante en la posesión o en la tenencia de la cosa
- 2-. Que ha sido inquietado o perturbado en ella, o tiene fundados

¹¹⁰⁹ Como bibliografía general utilizada -básicamente procesal-, BROCA, G.M- MAJADA, A.: *Práctica procesal civil...*, 21ª ed., t.VI, Barcelona, 1988; FERNANDEZ, M.A.-RIFA, J.Mª -VALLS, J.F.: *Derecho procesal práctico. Formularios y jurisprudencia sobre el proceso civil*, t.VIII, Madrid, 1995; CASTRO GARCIA, J. de: *Ley de Enjuiciamiento civil. Doctrina y Jurisprudencia*, t.III, 2ª ed., Madrid, 1994; MONTON REDONDO, A.: v.«Interdicto», *Enciclopedia jurídica básica*, III, Madrid, 1995; RAMOS MENDEZ, F.: *Derecho procesal civil*, t.II, 5ª ed., Barcelona, 1992; GUERRA SAN MARTIN, *Lecciones de Derecho procesal*, vol.II, Bilbao, 1989; GIMENO SENDRA, "Los juicios posesorios y análogos", en: *Derecho procesal, ob.cit.*; ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal, I,I, ob.cit.* y el clásico texto de PRIETO-CASTRO, L.: *Manual de Derecho Procesal civil*, t.II 1 parte, Madrid, 1961.

motivos para creer que lo será.

El escrito, que no ha de ajustarse estrictamente a los requisitos del art.524 LEC.¹¹¹⁰, lleva al juez a "recibir la información, si aparece presentada aquélla antes de haber transcurrido un año a contar desde el acto que la ocasionó" (art.1.653 LEC.). El plazo de un año es de caducidad, y el juez debe comprobar de oficio y como *prius* si ha transcurrido. De ser así, dictará un auto rechazando la petición (art.1.653.2 LEC.), que es apelable en ambos efectos (art.1.653.3 LEC.).

La ley no detalla los caracteres de la información, que tiene lugar cuando el juez determina, sin citación ni audiencia del demandado. Habitualmente se efectúa mediante testigos ofrecidos por el actor¹¹¹¹¹¹², aunque es posible aportar pruebas documentales¹¹¹³.

La información pretende determinar si existe una apariencia tal que lleve al juez a dictar providencia convocando a las partes al juicio verbal. No es asimilable a un período de prueba pues se practica a los solos efectos de admisión de la demanda, la cual, hasta la decisión preliminar del juez, es un mero escrito preparatorio¹¹¹⁴. Por

¹¹¹⁰ GARCIA de MARINA, *Interdictos, ob.cit.*, pág.244.

¹¹¹¹ Como apuntaba TROPLONG, *Commentario sulla prescrizione, ob.cit.*, n.279, pág.189: "Il possesso delle cose corporali, essendo res facti, si prova con testimoni meglio ancora che con titoli; dappoi chè non si consacra in titolo di esseri lavorato un campo, raccolta una vigna o fatte piantagioni".

¹¹¹² Se suele exigir un mínimo de dos testigos. Como observa GIMENO SENDRA, *ob.cit.*, pág.104, "ningún impedimento legal existe en obviarla si tan sólo pudiera prestar declaración un solo testigo"; en parecidos términos, GUERRA SAN MARTIN, *ob.cit.*, pág.155. No obstante, alguna sentencia aislada, como la S.A.P. de Bilbao de 3.diciembre.1976 estima que basta con uno (Vid.GARCIA DE MARINA, *Interdictos, ob.cit.*, pág.254).

¹¹¹³ MANRESA, *Comentarios a la LEC, ob.cit.*, pág.141: "Aunque en estos juicios sólo se ventilan los hechos de la posesión y de su perturbación (...) será conveniente al actor presentar algún documento, si lo tiene, que tienda directamente á justificar que se halla en la posesión o en la tenencia de la cosa". También PRIETO-CASTRO, *Manual de Derecho procesal civil, ob.cit.*, págs.72-73, observa que "la alegación y prueba del título, cuando sean factibles, son convenientes, aunque para la legitimación basta la prueba del hecho de la posesión" (vid.asimismo DE DIEGO LORA, *La posesión..., ob.cit.*, II, pág.322). Por contra, MIGUEL ALONSO, v.«Interdictos», *ob.cit.*, pág.203, habla exclusivamente de "información testifical".

¹¹¹⁴ PRIETO-CASTRO, *Manual de Derecho procesal civil, ob.cit.*, pág.73. DE DIEGO LORA, *La posesión..., II, ob.cit.*, pág.19, cree que antes de la verificación, "a pesar de que se ha llegado a actuar ante el órgano jurisdiccional con la pretensión ya expresada, sólo cabrá apreciar una simple actuación

ello, en este momento las alegaciones no han de probar ninguno de los extremos de forma irrefutable, sino sólo procurar una verosimilitud consistente¹¹¹⁵. Centrémonos en qué se examina.

2.1. La posesión o tenencia del actor

El actor ha de acreditar su posesión o tenencia. Esta distinción (arts.1.651 y 1.652.1 LEC.) pretende exclusivamente extender la tutela a los supuestos históricos de tenencia, anticipando la regulación del Código civil. La norma designa como legitimado activo a "todo aquel sujeto que respecto de la cosa o derecho se halla en una aparente situación jurídica exteriorizada y dotada de autonomía"¹¹¹⁶.

La posesión que demuestra el actor es una posesión actual, en el sentido de los arts.445, 459 y 1.960.1 y 2 Cc. Los arts.1.651 y 1.652.1 LEC. contemplan a un sujeto que acredita "hallarse en la posesión". Esta expresión integra tanto al poseedor actual que acciona el interdicto de retener como al poseedor que promueve el de recobrar, cuya posesión, incorporal, difiere de la posesión actual del actor del de retener¹¹¹⁷. Resulta indubitado que quien no acredite una injerencia efectiva deberá acudir a otros mecanismos y no le servirá demostrar un *ius possidendi* o una posesión anterior (entendida como *ius possessionis*)¹¹¹⁸. Como último dato, hay que tener presente que la condición de actual, -y así se desprende de la LEC.- ha de valorarse en el momento de iniciar el procedimiento.

de la parte activa ante el juez. No habrá nacido por ello el proceso; sólo se presencia una mera actividad de Jurisdicción voluntaria preparatoria del devenir procesal". Por el contrario, recientemente MONTON REDONDO, v.«Interdicto», *ob.cit.*, pág.3650, ha afirmado que "admitida la demanda, el proceso se estructura en dos períodos, uno informativo...", en una explicación que parece potenciar ese primer estadio.

¹¹¹⁵ BROCA-MAJADA, *ob.cit.*, pág.4159 y CABALLERO GEA, *ob.cit.*, pág.37. Como recuerda PRIETO-CASTRO, *Manual de Derecho procesal civil*, *ob.cit.*, pág.73: "Naturalmente, todos los extremos de la información, que no suministra pruebas sino mero acreditamiento *prima facie*, pueden ser combatidos por el demandado aportando pruebas contrarias".

¹¹¹⁶ DE CASTRO FERNANDEZ, *ob.cit.*, pág.71. Al subrayar la autonomía se pretende excluir al servidor de la posesión (aunque su falta de legitimación resulte hoy controvertida).

¹¹¹⁷ Vid.Cap.I.3.1 (1ª parte).

¹¹¹⁸ REDACCION de la Revista de los Tribunales y de Legislación universal: "Consulta (n.35): Improcedencia del interdicto cuando no se tiene la posesión de la cosa", *Revista de los Tribunales y legislación universal*, 1910, pág.767.

2.2. La perturbación o inquietación

Al estudiar la tutela de la coposesión ya formulamos un concepto de perturbación, que integraba toda lesión posesoria que no consiste en un despojo¹¹¹⁹. Sin embargo, entonces no desarrollamos el supuesto de contienda sobre la propia posesión de hecho, que varios sujetos se arrogan. Ese, como hemos visto en los antecedentes históricos, ha sido el objeto tradicional de la acción, tanto si se pretendía determinar quién era poseedor como si se ejercitaba con el fin de fijar las posiciones de actor y demandado con vistas a un proceso ulterior.

La perturbación implica una sucesión en el tiempo: no basta una conducta aislada, un acto saltuario¹¹²⁰. Aún así, el carácter esporádico pero reincidente sirve para apoyar una demanda interdictal pues puede dar lugar a esos "fundados motivos..." de los arts.1.652 y 1.658 LEC. y hace surgir la pretensión de "que en lo sucesivo se abstenga de realizar dichos actos, u otros que manifiesten el mismo propósito" (art.1.658 LEC.).

3. La segunda fase. El juicio verbal

Si resultan comprobados *prima facie* los extremos sobre los que versaba la información, el juez manda convocar a las partes a un juicio verbal que debe celebrarse en los ocho días a la información.

3.1. La citación a la otra parte

El demandado es convocado al juicio verbal mediante una citación que va acompañada de copia de la demanda (art.1.654 LEC.). Tiene un plazo mínimo de tres días para ordenar su defensa -y un máximo de ocho, en base al art.1.654-. En el interín no puede oponer ningún escrito "cuyo objeto sea impugnar la demanda, ni pretensión que dilate la celebración del juicio" (art.1.655 LEC.). Esta restricción pretende impedir

¹¹¹⁹ Vid. Cap.V.3.1 (1ª parte).

¹¹²⁰ BORRELL Y SOLER, *Derecho civil español, ob.cit.*, II, pág.43. En la "Consulta (n.31) "Interdicto de retener", la REDACCION de la *Revista de los Tribunales y legislación universal* (t.43, 1909, pág.681), ante la pretensión del poseedor de una finca abierta frente a quien ha cruzado su finca con leña a rastras, afirma: "Un solo acto de entrada ó cruce por la finca no puede dar fundamento al interdicto de retener, dados los términos del art.1.652.2 LEC, de los que se desprende la necesidad de actos repetidos que acusen la seriedad y el propósito de perturbar al poseedor". No cabe admitir lo contrario, "so pena de convertir en interdictos procedimientos que no deben tener tal alcance".

que conteste la fijación preliminar de la legitimación, es decir, como señala PRIETO-CASTRO, que "se quieran introducir elementos defensivos que la L.E.C. reserva para el juicio propiamente dicho"¹¹²¹. La oposición debe encauzarse hacia el juicio verbal contradictorio. Paralelamente, al proscribirse cualquier pretensión que demore el juicio se impide -aunque la LEC. no lo señale específicamente, como hacen otros Ordenamientos jurídicos- que el demandado pueda interponer una demanda reconventional en juicio petitorio.

3.2. La réplica del demandado mediante la interposición de un segundo interdicto: la acumulación de ambos procedimientos

La limitación del apartado anterior no impediría que a su vez el demandado iniciase, mediante la interposición de otra demanda, un segundo juicio interdictal en que acreditase verosímilmente -con el soporte, por ej., de otros testigos- ser el poseedor y haber sido inquietado por el sujeto que ostenta la cualidad de actor en el primer proceso. Paralelamente, ese sujeto solicitará la acumulación de autos (art.160.1 LEC.), mecanismo procesal que conlleva la celebración de un único juicio y que es plenamente válido en sede interdictal (arts.161 y, expresamente, 164 LEC.¹¹²²). Cabe

¹¹²¹ PRIETO-CASTRO, *Manual de Derecho Procesal civil, ob.cit.*, pág.73.

¹¹²² Art.164 LEC.: "Son acumulables entre sí los juicios ordinarios, los ejecutivos, los interdictos y, en general, los que sean de la misma clase, siempre que concurra alguna de las causas expresadas en el art.161".

Habitualmente se recurre a la acumulación alternativa, o subsidiaria de los interdictos, en base a las posibles dificultades para deducir si se trata de perturbación o despojo (vid.GUASP, J.: "Dictamen sobre la admisibilidad de la demanda alternativa de interdicto de retener o recobrar". *ADC*, 1948). Nosotros hablamos de acumulación de autos, es decir, de la reunión física de varios procesos por razones diversas (RAMOS MENDEZ, *ob.cit.*, pág.446). Como tal cuestión sólo se ha estudiado para oponer interdicto de recobrar y de retener. Así, ORTUÑO, J.: "Interdictos de retener y de recobrar", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1911, pág.434, "si se acumulan estas dos diferentes acciones resulta el contrasentido de que el demandante, á título de un interdicto de recobrar, carezca de la misma posesión conservada bajo el aspecto del de retener". En relación a la LEC.del 55, GOTARREDONA, P.: "¿Puede declararse la acumulación de un interdicto de retener á otro de recobrar que se haya intentado antes y deba sustanciarse sin audiencia del supuesto despojante, sobre la misma posesion", *El Faro Nacional*, 1863 (II), pág.246, lo niega categóricamente porque estima imposible acoplar las fases. En concreto, ARMENTA DEU, Teresa: *La acumulación de autos (Reunión de procesos conexos)*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1983, pág.85, defiende la acumulación de los interdictos del mismo tipo y menciona como ejemplo el auto de la Audiencia Territorial de Valladolid de 17 de octubre de 1960. Vigente la LEC. de 1855, MONER, J.M. de (+1907): RESPUESTA a la Consulta "La acumulación de un interdicto de recobrar la posesion de una finca á un juicio de menor cuantía en que se ventila su dominio ¿paraliza la ejecucion de aquel durante la discusion de éste, después de ser ejecutorias ambas sentencias interinas y ordinarias, dictadas las dos con reserva de derechos contra terceros designados?",

objetar que la admisión de la solicitud de acumulación atenta contra la exclusión de toda pretensión "que dilate la celebración del juicio" (art.1.655 LEC.)¹¹²³ puesto que introduce una nueva fase. En efecto, la acumulación provoca la citación de las partes en un plazo de ocho días (art.169 LEC.) a un acto en el que sus defensores se pronuncian sobre la cuestión; acto seguido, en el término de dos días, el juez debe dictar por medio de auto la resolución que estime procedente -que será apelable en ambos efectos (art.170 LEC.)-. En la práctica, los demandados solían presentarlo un día antes del juicio, o en el mismo acto de su celebración¹¹²⁴¹¹²⁵.

3.3. El acto del juicio verbal

El art.1.656 LEC. prescribe que en el juicio verbal se observa lo previsto en los arts.1.644 y siguiente, es decir, las reglas procedimentales de resolución del interdicto de adquirir¹¹²⁶. Las partes comparecen con el soporte, si así lo estiman,

RGLJ, 1868, págs.346-348, dió a entender la posibilidad de acumular un posesorio y otro petitorio, que no conculca la tradición histórica.

¹¹²³ En ese sentido, VEGA, A.de la: "Cuestiones sobre interdictos posesorios", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1890, t.20, pág.248.

¹¹²⁴ VEGA, *ob.cit.*, pág.248. Carecemos de estudios específicos sobre esta posibilidad, y cómo se desarrolla el procedimiento a partir de entonces. Sólo VEGA atiende la cuestión y considera que el demandado, por la preceptiva celeridad del interdicto, "no tiene tiempo de deducir eficazmente la acumulación" (pág.249). Para él, no cabe acumularlos en un mismo juicio verbal "sino sólo ponerles término por una misma y sola sentencia" que "no se podrá dictar al día siguiente de celebrado el último de aquellos, según lo previene la ley, refiriéndose no más que a uno, porque tendrá este término que quedar en suspenso hasta que se resuelva acerca de la acumulación".

¹¹²⁵ Cabría establecer un paralelismo con el ejercicio de la acción negatoria y el concurso de la acción confesoria. Señala LACRUZ, *Elementos...*, III,I, *ob.cit.*, pág.372, "Si el demandado que ejercita una servidumbre reconviene pidiendo que se declare la existencia del gravamen (acción confesoria), la Sentencia resolverá esta cuestión, suponiendo entonces el ejercicio alternativo de dos acciones. En cambio, no reconviniendo formalmente el demandado, aunque alegue la titularidad de una servidumbre la sentencia no podrá declarar la existencia de ésta y se limitará a desestimar la demanda" (también MARTIN- BALLESTERO, *La acción negatoria, ob.cit.*, pág.87).

¹¹²⁶ La práctica demuestra que esas reglas se muestran imperfectas para el desarrollo de los interdictos de retener y recobrar. PRIETO-CASTRO, L.: "Amplitud de los medios de prueba en los interdictos", *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, pág.350, afirma que la remisión "sólo está pensando en la marcha procedimental del mismo, en el desarrollo exterior de los diversos actos que lo componen"; GIMENEZ-ESPARZA LOPEZ, J.: "Sobre prueba en interdictos de retener y recobrar", *RGD*, 1960, pág.331, subraya que la remisión es sólo para el desenvolvimiento formal del juicio, no para problemas de su contenido.

de defensores profesionales¹¹²⁷. En primer lugar, presenta sus alegaciones el demandante; después el demandado; a continuación se da la proposición de pruebas, que se practica en el acto o en otra audiencia, de no ser posible esa concentración.

3.3.1. La limitación de las pruebas

El art.1656.2 LEC. limita las pruebas: sólo se admitirán las referidas a los dos extremos expresados en la información, repeliendo el juez, bajo su responsabilidad, las que no se concreten a ese objeto. Esta restricción no afecta a los mecanismos probatorios. El art.1.656 LEC. se ha remitido a los arts.1.644 y 1.645, el primero de los cuales enumera las pruebas "de posiciones, documentos y testigos". No menciona el reconocimiento judicial ni la prueba pericial pero ello se debe a que el procedimiento regulado es el del interdicto de adquirir. La limitación no puede extrapolarse a los interdictos de retener y recobrar¹¹²⁸, no en vano al juez le puede resultar útil

¹¹²⁷ Esta ha sido una de las principales disensiones entre los prácticos. El art.1.644 LEC. -al que se remite el art.1.656-, prescribe que "al juicio verbal podrán concurrir los defensores de las partes". El *podrán* no es preceptivo, lo que posibilita opiniones contrapuestas. La fijación del carácter preceptivo o dispositivo era importante porque conllevaba condenar o exonerar al perdedor del pago de los honorarios de los defensores del adversario. CHARRIN, A.: "Consulta: ¿El demandante, vencido en interdicto de retener, está obligado á pagar los honorarios del Abogado defensor del demandado, por su asistencia al juicio verbal de primera instancia?", *RGLJ*, 1880, pág.395, consideraba, respecto a la anterior LEC., que su participación era preceptiva, exponiendo los argumentos que se suscitan para la ley actual. En contra, OGAYAR y OÑAR, T.: "Comparecencia de las partes en los interdictos", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1932, pág.228. Vid.asimismo RIERA SOLIS, L.: "Interdicto de recobrar. Carácter de la intervención en el mismo de procurador y abogado", *RGLJ*, 1927, II, pág.232; MONTEMAR, F.de: "La condena en costas en los interdictos", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1932, pág.256; RUIZ-SALINAS, P.: "Comparecencia de las partes en los interdictos", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1932, vol.66, pág.259. Como referencia reciente, GARCIA de MARINA, *ob.cit.*, pág.249. En esta cuestión hay que tener presente la reforma de la LEC. por Ley 34/1984 de 6 de agosto, que suprimió el art.1.657.1 segundo inciso, que prescribía la condena en costas al apelante si se denegaba el interdicto (vid. ORTELLS RAMOS, M.: "De los interdictos", *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil (Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984)*, (coord.Valentín Cortés), Madrid, 1985, pág.780).

¹¹²⁸ Así lo entienden doctrina y Jurisprudencia. Vid.MIGUEL Y ALONSO, v.«Interdictos», *ob.cit.*, pág.204; GIMENO SENDRA, *ob.cit.*, pág.105; RAMOS MENDEZ, *ob.cit.*, t.II, pág.874. Por contra, GUERRA SANMARTIN, *ob.cit.*, pág.155, cuestiona su uso, dada esa omisión. Esta cuestión práctica se plantea tempranamente y siempre a favor de la no restricción. Sin embargo, la STS. de 11.junio.1948 adoptó el criterio contrario, lo que conllevó diversos artículos críticos sobre el tema (así, PRIETO-CASTRO, "Amplitud de los medios de prueba...", *ob.cit.*, pág.349 y LOIS ESTEVEZ, J.: "El problema de la prueba en los interdictos posesorios y otras cuestiones" *ADC*, 1949, 1, pág.296). Vid. también MIGUEL Y ROMERO, M.: "Las pruebas en los juicios de interdicto de retener y de recobrar", *RGLJ*, 1943, págs.412-413; AMIGO de BONET, J.: "Cuestiones procesales. Clases de prueba admitibles en los interdictos de retener o recobrar la posesión", *RJC*, 1953, págs.240-241, por el contrario, da un concepto restringido de prueba y propone, en caso de necesidad, recurrir a las diligencias de mejor

constatar si el demandado sembró el predio vecino, roturó parte del prado -cuyas huellas no ha podido ocultar-, estableció acueducto o introdujo vigas a más de la mitad de su espesor...

La restricción de los objetos de prueba es consecuente con el carácter sumario del procedimiento¹¹²⁹. Se pretende evitar que el demandado persiga probar su mejor derecho a la posesión mediante excepciones petitorias o afirmando que la posesión del demandante es viciosa¹¹³⁰; no deben interferir elementos petitorios.

Por tanto, la prueba del demandado se ciñe a contestar la perturbación y la posesión del actor¹¹³¹. La negación de la perturbación supone que, aún reconociendo la autoría de la conducta que se le imputa, existe alguna característica que la hace lícita e impide considerarla una perturbación tutelable.

Nos interesan especialmente las alegaciones del demandado contestando la

proveer. Vid.asimismo GIMENEZ-ESPARZA LOPEZ, J.: "Sobre prueba en interdictos de retener y recobrar", *RGD*, 1960. pág.331, quien avala la no limitación en base al art.1.611 LEC. (alimentos provisionales) que se remite a las normas del interdicto de retener o recobrar. Una relación de sentencias sobre la cuestión en GARCIA DE MARINA, *ob.cit.*, pág.262.

¹¹²⁹ Ello no impide que algún autor estime demasiado complejo el proceso para la función expedita de los interdictos. LOPEZ-MORENO: *Procedimientos civiles y criminales*, 1901, pág.387, creía "a todas luces innecesaria la información previa" o por el contrario (pág.388): "Si la información previa resulta bien comprobada, ¿para qué el juicio verbal?". PEREZ ARDA, E.: "Interdictos de retener y de recobrar", *RGLJ*, 1923 (n.142), pág.67, defendía "reducir el proceso vigente a su primera parte (...) con intervención de la parte demandada en vez de ser como hoy a sus espaldas; después de cuya información contradictoria se dictaría el correspondiente auto, con reserva de sus derechos a los litigantes". El se fija en la LEC. del 55 y aunque defiende la preceptiva audiencia, alaba su rapidez.

¹¹³⁰ Los interdictos de la LEC. no admiten la alegación de la posesión viciosa (vid.comentarios de DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.164; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *ob.cit.*, pág.544). No obstante, algunos autores mantienen que la posesión del actor no ha de ser viciosa. Para MIGUEL Y ALONSO, v.«Interdictos», *ob.cit.*, pág.201, la posesión del legitimado activo debe ser *nec vi nec precario*, por lo que "ni al ladrón ni al usurpador se les considera legitimados". También GIMENO SENDRA, *ob.cit.*, pág.102 y DE DIEGO LORA, *La posesión...*, *ob.cit.*, II, pág.222.

¹¹³¹ En contra, RIERA SOLIS, *ob.cit.*, pág.229, cree que "no existe litigio, pues si bien se le entrega al interdictado (...) la demanda, no es para que pueda contestarla e impugnarla, como ocurre en todo litigio, sino que solamente es para que conozca los hechos que se le imputan y pueda ser oído acerca de ellos" y añade (pág.232): "si el demandante presenta redactada en derecho su demanda, al interdictado le está prohibido impugnarla ni alegar derecho alguno".

posesión de hecho del demandante¹¹³². Tiene dos opciones:

- 1-. Puede limitarse a negarla e intentar demostrar únicamente que el demandante no posee o
- 2-. puede oponer que su posesión no es posible porque es él, el sujeto demandado, *el poseedor*.

De escoger la segunda opción, habrá de probar su propio hecho posesorio, aunque con esa actitud contesta simultáneamente la noción inicial de perturbación pues sólo cabe inquietar la posesión ajena. Este ámbito de actuaciones no obliga a convertir el interdicto en un juicio doble -aunque hemos defendido que es posible y así se desarrolló tradicionalmente-, porque la pretensión del actor es ser mantenido en su posesión y, de no estimarse la existencia de ésta porque las alegaciones del demandado son más consistentes, no podrá ser reconocido en la misma¹¹³³.

3.3.2. La alegación de los criterios del art.445 Cc.

3.3.2.1. La mejor prueba de la posesión actual

Cada sujeto acredita su posesión, pero uno de ellos lo hace con mayor fuerza y verosimilitud que el otro. Ello implica -y así lo prescribe el art.445 Cc.- que se

¹¹³² PRIETO CASTRO, *ob.cit.*, pág.7; MIQUEL Y ALONSO, v.«Interdictos», *ob.cit.*, pág.204; SEISDEDOS MUIÑO, "La concurrencia de un elemento intencional...", *ob.cit.*, pág.95. Entre los prácticos, MONTEMAR, "La condena en costas..", *ob.cit.*, pág.256, señalaba: "reconocido el derecho del demandado a que se le oiga, al evacuar esta audiencia habrá de ocuparse necesariamente de los hechos en que se funda la demanda para negarlos total o parcialmente o para alegar otros que los modifiquen o contradigan". Existe numerosa Jurisprudencia al respecto. La STS. de 29.octubre.1947, en relación al interdicto de recobrar, señala que "si bien el hecho motivador del interdicto que el demandante alega como constitutivo del invocado despojo, se halla, en lo esencial, reconocido por la demandada, no ocurre lo propio con el hecho de la posesión, igualmente invocada por la parte actora, y negado por la demandada, puesto que del estudio armónico y conjunto de todos los elementos probatorios aportados a los autos no encuentra la Sala los suficientes para formar su convicción al fin propuesto por el actor".

¹¹³³ La SAP. de Pamplona de 13.noviembre 1992 (*RGD*, 1992, pág.10740) sobre un interdicto de recobrar, reconocía la defensa del demandado que demostraba su posesión: "En el caso presente, la prueba obrante en autos, no acredita suficientemente la posesión sobre el huerto, que dice el actor le ha sido despojada. Tan sólo dos testigos ha presentado el actor, los mismos que ofrecieron la inicial información testifical, que se limitan a manifestar que el autor ha poseído como dueño un terreno colindante a la propiedad del demandado (...). Y a este respecto el resto de la prueba, demostrando un terreno inculto, sin visos de que el actor haya realizado en el mismo ningún tipo de actividad, y sí por el contrario de haber sido otros quienes han poseído el terreno en cuestión (vid.testifical de la parte demandada)...".

reconozca la posesión mejor cualificada y, por tanto, que se tutele ésta. Frente a ella, los actos posesorios del vencido (equiparables a los "actos relativos a la posesión" del art.463 Cc.) carecen de la fuerza suficiente para procurar a su actuante la cualidad de poseedor.

Como vimos en la evolución histórica, la resolución atiende a la fuerza de las pruebas iniciales. Priman las declaraciones de un mayor número de testigos, así como la naturaleza de los actos que demuestren los sujetos¹¹³⁴. Las declaraciones versan sobre la actualidad del ejercicio del poder de los sujetos. Asimismo, de presentarse pruebas documentales, éstas contribuirán a acreditar esa actualidad de la posesión que se defiende.

3.3.2.2. El examen de la posesión más antigua

Cabe que las pruebas aportadas no permitan dilucidar quién es el poseedor actual porque ambos sujetos estén efectivamente desarrollando actividades sobre el objeto. Se trata de ese primer estadio en que pueden concurrir una pluralidad de posesiones solidarias, en base a las características de la cosa y en tanto no exista un mutuo conocimiento de la existencia del otro poseedor. Enconces, para determinar quién es el poseedor, esto es, quién es la persona tutelada por el interdicto, se recurre al segundo criterio del art.445 Cc.: la valoración de la posesión más antigua.

Para algunos autores, este criterio supera el ámbito del procedimiento interdictal¹¹³⁵. Sin embargo, la atención a la duración del hecho posesorio no desvirtúa la acción ya que se está valorando la posesión como institución autónoma,

¹¹³⁴ Como prescribía BIOCHE, *ob.cit.*, n.885 (pág.278): "Parmi les actes de jouissance, ceux-là doivent l'emporter, qui sont en plus grand nombre et les plus appropriés à la destination de la chose qui en est l'objet. Le fait de la moisson prouve plus la possession que celui de la culture; le fait d'avoir coupé l'herbe d'un pré, que celui d'y avoir fait paître des bestiaux, à moins qu'il ne s'agisse de la possession non d'un pré, mais d'un pâturage. S'il s'agit d'un champ cultivé, planté d'arbres, celui qui a labouré le champ, qui l'a ensemencé et y a récolté les grains, sera préféré à celui qui a émondé les arbres, recueilli les fruits..."

¹¹³⁵ SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil, ob.cit.*, pág.453; DE LOS MOZOS, *Tutela de la posesión...*, *ob.cit.*, pág.240. Asimismo, la Sentencia 28.V.1965 (R.3085): la posesión como hecho "...ni puede reconocerse a dos personalidades distintas (art.445 Cc.), fuera de los casos de indivisión, ni la graduación y subsiguiente prevalencia es dable establecerla en una acción interdictal, pues ello supone la contienda y por ende el juicio declarativo".

como *ius possessionis*¹¹³⁶. Además, el recurso a la posesión más antigua no sustrae al poseedor de la prueba de su posesión actual; la antigüedad sólo se evalúa si ambos poseedores ya han demostrado una actividad posesoria. La regla "Olim possessor, hodie possessor præsumitur" desarrollada en el *ius commune*¹¹³⁷ ha quedado absolutamente superada¹¹³⁸. Esta interpretación es acorde con la trayectoria del interdicto de retener en que se atendía la posesión anterior una vez contrastadas las posesiones actuales.

La valoración de la posesión más antigua se complementa con los arts.459 y 1.960.2 Cc.¹¹³⁹: El poseedor actual que acredita una posesión anterior tiene a su favor la presunción de una posesión intermedia. Se valora la posesión anterior porque es uno de los extremos de la posesión que se prueba, de modo que si la otra parte demuestra una interrupción ulterior (arts.1.943-1.948 Cc.) ya no será tenida en cuenta. Cabría sostener que evaluar dicha interrupción excede la sumariedad que ha de caracterizar los interdictos, pero nada impide alegarla en la fase verbal, pues versa

¹¹³⁶ Compartimos la postura de COCA PAYERAS, "Comentario del art.445", en: *Comentario del Código civil, ob.cit.*, pág.1200, para quien en "la antigüedad de la posesión, al margen de su carácter lógico, parece subyacer el planteamiento interdictal". Asimismo, MARTIN PEREZ, "Comentario al art.446", en: *Comentarios al Código civil...*, ob.cit., pág.308.

En su tratado para los jueces de paz, BIOCHE, ob.cit., n.842, pág.264, observaba: "L'ancienneté de jouissance ne peut-être une fin de non-recevoir contre la compétence de ce magistrat". En parecidos términos, BELIME, ob.cit., n.124, pág.117 y GARNIER, *Traité des actions possessoires*, Bruxelles, 1834, pág.124.

¹¹³⁷ Como recogió ALCIATUS, *De præsumptionis tractatus*, en: *Opera omnia...*, ob.cit. t.II, reg.2 præsump.122: "Olim possessor, hodie possessor præsumitur; ex possessione de præterito arguitur possessio de præsentis et medio tempore, nisi contrarium probetur" (vid.la exposición de CESAREO-CONSOLO, ob.cit., n.158, pág.254 y ss. quien delimita las presunciones *probatitis extremis* y la denominada *de præterito ad præsens*, así como la diferente fortuna de cada una de ellas)

A menudo se fallaba en favor de quien no acreditaba actos efectivos actuales, siempre que la constatación de los últimos actos posesorios realizados en el pasado no indujese a suponer la intención expresa o tácita de renunciar a la posesión. Como paradigma, MENOCCHIUS, I.: *De præsumptionibus, coniecturis, signis & Iudiciis commentaria*, t.II, Venetiis, 1617, Lib.VI, Præsumpt.LXVI, n.u "animus, quo possessio retinetur, non præsumitur durare ultra decenium...". Se solía fijar un tope a esa posesión despojada de toda exteriorización (vid.CESAREO-CONSOLO, ob.cit., pág.265 y lo que expusimos en el Cap.II.3.1 (2ª parte)).

¹¹³⁸ Como señaló FERNANDEZ DE LA HOZ, *Código de procedimientos civiles, ob.cit.*, art.615: "Para que pueda accederse a la restitución es necesario probar la violencia o clandestinidad, pues si el que entabla el interdicto restitutorio sólo probase una antigua posesión, servirá la del momento al tenedor para defenderse y aquel para recobrarla tendrá que usar su derecho en juicio ordinario".

¹¹³⁹ Se trata de una de las presunciones más arraigadas en los Ordenamientos jurídicos europeos. La recogen el art.2.234 del Code français, el § 938 BGB. y el art.1.142 Cc. italiano vigente. En nuestro país, aparece en el art.1.951 del Proyecto de 1851.

exclusivamente sobre el hecho de la posesión (*ius possessionis*). Asimismo, para determinar la duración, cabe sumar la posesión del antecesor, con independencia de que la sucesión sea a título universal o particular (arts.440 y 1.960.1 Cc.)¹¹⁴⁰.

3.3.2.3. La aportación del título como elemento no distorsionador del proceso posesorio

A) El título como recurso subsidiario

Como último mecanismo recoge el art.445 Cc. el examen del título, que se ha de valorar en caso de idéntica duración posesoria o si ninguna de las partes acredita indubitadamente una posesión anterior¹¹⁴¹. Como tal criterio, es subsidiario en relación a los anteriores: la presentación del título por quien ostenta una posesión más reciente decae ante la duración temporal superior¹¹⁴².

B) La separación entre el ámbito posesorio y el petitorio

Aparentemente, el examen del título supone una incursión en el ámbito petitorio¹¹⁴³ pues de alguna manera incide en el *derecho a poseer*. Esa consideración lleva a negar su admisión en sede interdictal, pues los interdictos se caracterizan por tutelar el hecho posesorio o hecho de la posesión, obviando y rechazando cualquier

¹¹⁴⁰ Como había subrayado CAROCIUS, *De sequestro, ob.cit.*, Quæst.6, n.49: "Et possessio indicatur antiquior computato tempore autorum".

¹¹⁴¹ Esa fue una idea generalizada en la edad moderna. Por todos, GEYL, *De pignorat...*, *ob.cit.*, Lib.I, Observat.XXII, 8: "Quando uterque æqualiter probabit, nec constat de antiquiore possessione alterutrius: tunc si unus probet titulum alter non, pronuntiandum pro eo".

¹¹⁴² Así se estimaba en el *ius commune*, en base a que el poseedor titulado posterior podía haber adquirido viciosamente. Así, MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, *ob.cit.*, Lib.De retinen.posse., Rem.III, ns.727-29 y BOCCATIUS de CINGULO, "De interdicto uti possidetis", *ob.cit.*, n.97; CAROCIUS, *De sequestro, ob.cit.*, Quæst.sexta, n.6, observaba: "sola possessio antiquior prævaleat, præferatur, etiam si allegans, & ostendens possessionem iunioris alleget titulum, sive recentem, sive antiquiorem, & ratio est promptu, quia ille titulus stante possessione antiquiori adversarii censetur habitus ab iniusto authore, ita non habilitur, & egregiè admodum". No obstante, en ocasiones se defendió lo contrario. Así, ALEXANDER TARTAGNIS, *Consilium...*, *ob.cit.*, Consilium 76 n.1 o se mencionan de modo indistinto, como HARTPRECCHIUS, *Commentarios in Librum Quartum Institutionum...*, *ob.cit.*, De interdictis, n.36.

¹¹⁴³ Ya hemos visto cómo, entre los autores modernos, esa incursión era admitida. Baste recordar a GEYL, *De pignorat...*, *ob.cit.*, Observat.XXII, n.10: "Utile igitur in hoc interdicto articulare & probare dominium simul cum possessione, non ad eum finem ut principaliter super eo sententia feratur, quod propter repugnantiam fieri non potest, sed ad adiuuandum vestiendum & colorandum possessorium, nam data paritate probationum, is obtinere debet, qui dominium vel quasi pariter probatur".

alusión al derecho a poseer. Así se derivaría del art.1.658.3 *in fine* LEC. que alude a un eventual juicio posterior en que se dirima "la posesión definitiva". Se trata de la manifestación más clara de la yuxtaposición entre *ius possessionis* y *ius possidendi* y la prueba de la preceptiva independencia entre los juicios posesorio y petitorio¹¹⁴⁴. Parece la traducción actual del aforismo clásico "Nihil commune habet proprietatis cum possessione" -una declaración de principios que, como todas las máximas posesorias, recibió de inmediato significativas precisiones-.

¿Cómo se manifiesta exactamente la separación entre los ámbitos posesorio y petitorio? Nuestro Ordenamiento jurídico no incorpora ningún pronunciamiento expreso, aunque otros referentes permiten diferenciar dos cuestiones:

1-. La posibilidad o no de incorporar elementos petitorios en el procedimiento posesorio

2-. La posibilidad de desarrollar conjuntamente o incluso acumular los procedimientos posesorios y petitorios.

Estas proyecciones se plasman, con mayor o menor nitidez, en los Ordenamientos francés, italiano y alemán, lo que hace conveniente una breve exposición.

El Nuevo Code de Procedure civile francés recoge ambas cuestiones en los arts.1.265-1267¹¹⁴⁵. En concreto nos interesa el art.1.265:

"La protection possessoire et le fond du droit ne seront jamais cumulés.
Le juge peut toutefois examiner les titres à l'effet de vérifier si les conditions de la protection possessoire sont réunies.

Les mesures d'instruction ne peuvent porter sur le fond du droit"¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁴ GARCIA VALDECASAS, *La posesión*, *ob.cit.*, pág.82.

¹¹⁴⁵ La nítida separación ya aparecía en la Ordonnance de 1667, aunque no se respetara en la práctica. (Vid.FERRIERE, *Nouvelle Institution...*, *ob.cit.*, Lib.IV, Tít.V (Des actions possessoires), Arts.V y VI, pág.493 y BIOCHE, *ob.cit.*, pág.XVI) y fue recogida en los originarios arts.23-27 Code de Procédure civil (vid.Cap.II.7.4.2 (2ª parte)).

¹¹⁴⁶ El proceso legislativo que conduce a este artículo es complejo. El Decreto 28 de marzo de 1979 (Décret n.79-259) derogó los originarios arts.23-27. El art.3 del Decreto contiene ese art.1.276, aunque como tal sólo se incorpora al Nouveau Code de Procédure (y no con la numeración originaria) mediante Decreto 81-500, de 12 de mayo de 1981).

Existe una alusión específica al título en el marco de un juicio posesorio¹¹⁴⁷. No obstante, al circunscribirlo a la comprobación de determinadas condiciones y teniendo presentes los caracteres de la protección posesoria en Francia, cabría defender su inexportabilidad a nuestra explicación¹¹⁴⁸.

En Italia no existe un precepto equivalente al art.1.265 francés, aunque el art.705 Codice de Procedura civile contempla la otra vertiente de la separación entre posesorio y petitorio¹¹⁴⁹. Este artículo ha recobrado actualidad a raíz de la sentencia de la Corte Constitucional italiana n.25 de 3 de febrero de 1992, que declaró inconstitucional el inciso final de la norma y autorizó la alegación de elementos petitorios en un juicio posesorio si de una resolución en sentido contrario pudiera seguirse un perjuicio irreparable al demandado¹¹⁵⁰.

Previamente, la Ley 75-596, de 9 de julio de 1975, había plasmado la siguiente redacción del art.2.282 del Code civil: "La possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace".

¹¹⁴⁷ Alusión acorde con el criterio que ha desarrollado la doctrina desde el s.XIX. AUBRY- RAU, *Cours...*, *ob.cit.*, pág.142; ZACHARIAE- CROME: *Manuale del Diritto Civile Francese*, vol.I, Milan, 1907, pág.446, nota 5; CURASSON, *Traité des actions possessoires...*, *ob.cit.*, págs.241-242; BIOCHE, *ob.cit.*, n.842, pág.264.

¹¹⁴⁸ La otra vertiente de la no acumulación se plasma en los arts.1.266: "Celui qui agit au fond n'est plus recevable à agir au possessoire" y 1.267: "Le défendeur au possessoire ne peut agir au fond qu'après avoir mis fin au trouble". En suma, de la conjunción de los tres preceptos obtenemos que la prohibición de la acumulación se impone tanto al juez como a las partes. Para el primero supone que ni las medidas de instrucción ni su sentencia pueden llevarle al fondo de derecho aunque puede examinar los títulos para verificar las condiciones de la protección posesoria; para las partes implica que el actor en un juicio petitorio no puede interponer una acción posesoria, salvo si la posesión es perturbada después de haber promovido la instancia petitoria y que el demandado en el posesorio sólo puede acudir al petitorio una vez que ha puesto fin a la perturbación (LARGUIER, J.: *Procédure civile. Droit judiciaire privé*, 12 ed., Paris, 1991, pág.62; Notas de NORMAND, J.- WIEDERKEHR, G.- DESDEVISES, Y. al *Nouveau Code de Procédure civile*, 87 ed., Paris, 1995, arts.1.265-1.267, págs.652-654).

¹¹⁴⁹ Art.705: "Il convenuto nel giudizio possessorio non può proporre giudizio petitorio, finchè il primo giudizio non sia definito e la decisione non sia stata eseguita". Apunta VASCELLARI, M.: "Sulla tutela possessoria dei limiti legali di vicinato", *Rivista di Diritto civile*, 1970, I, pág.243, que se trata de una proscripción que funciona de manera análoga al *solve et repete*.

¹¹⁵⁰ Publicada en *Foro italiano*, 1992, I, 616, con comentario de PROTO PISANI, A.: "La Corte costituzionale fa leva sull'irreparabilità del pregiudizio per attenuare il divieto di cumulo del petitorio col possessorio". Sobre toda la cuestión, BECCARA, G. a: "La Corte costituzionale ridimensiona la portata del cosiddetto "divieto del cumulo" tra possessorio e petitorio", *Quadrimestre, Rivista di Diritto privato*, 3, 1993, pág.594 y ss. CHIARLONI, S.: "Note minime sui procedimenti possessori", *Riv.Trim. di Diritto e Procedura civile*, 1994, pág.70 y ss. y CABRINI, F.: "Il petitorio nel possessorio: luci e ombre

También el derecho alemán articula diferentes relaciones entre los procesos. Los §§ 861 y 862 avalan un procedimiento de tutela de la posesión *en estado puro*. Sin embargo, el § 863 permite que el demandado haga valer un derecho a la posesión o a realizar el acto perturbador para afirmar que la privación o perturbación que se le imputan no constituyen un acto de fuerza propia prohibida¹¹⁵¹. Este precepto pretendía ratificar la independencia entre las instancias impidiendo cualquier excepción petitoria, pero en realidad ha complicado el procedimiento. Se interpreta afirmando que el demandado que contesta debe probar no ya que le asiste un *ius possidendi* -lo que resulta improcedente-, sino un derecho a realizar por su propia autoridad aquella conducta, nacido de la autorización del actor o de la ley¹¹⁵²; en la práctica, los límites del supuesto devienen confusos¹¹⁵³. Por otro lado, el derecho alemán permite que el demandado en juicio posesorio reaccione mediante la interposición de una demanda en el petitorio¹¹⁵⁴. En suma, la separación entre juicios posesorios y petitorios sufre numerosas excepciones en la práctica¹¹⁵⁵.

dal palazzo della Consulta", *Riv.Trim. di Diritto e Procedura civile*, 1995, pág.391 y ss. Como texto previo pero clarificador, TOMMASI, "Rapporti tra giudizio possessorio e petitorio", *ob.cit.*, pág.828 y ss.

¹¹⁵¹ § 863 [Einwendungen des Entziehers oder Störers] "Gegenüber den in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüchen kann ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei".

¹¹⁵² WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, § 19, pág.115; BIERMANN, *ob.cit.*, § 863, pág.25.

¹¹⁵³ BECCARA, *ob.cit.*, págs.618 y 620.

¹¹⁵⁴ Sobre la admisión existe disparidad de criterios. WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, § 19, pág.115, nota 14, consideraba inadmisibile la presentación de una contrademanda petitoria -apoyándose en el § 33 ZPO.-, aunque daba una relación de autores a favor y en contra. Los pronunciamientos más recientes se inclinan por la posición contraria (BECCARA, *ob.cit.*, pág.619), intentando no mermar las ventajas de la decisión rápida que se deriva de los §§ 861 y 862 BGB. Avala esta teoría la trayectoria del derecho alemán, pues si bien el § 232.2 del ZPO. vetaba el ejercicio conjunto de un derecho posesorio y otro petitorio -imitando al derecho francés, subraya WOLFF-, fue expresamente derogado en 1889. En concreto, SPIESS, "Die Auswirkung der petitorischen Widerklage auf die Besitzklage", *Juristenzeitung*, 1979, pág.718.

¹¹⁵⁵ GAMBARO, *ob.cit.*, pág.161. Paralelamente, el § 864.2 BGB. establece que si el demandado en un juicio posesorio obtiene en el interín sentencia petitoria a su favor sobre su derecho al estado posesorio, desaparece la pretensión posesoria: *petitorium absorbet possessorium* (vid. WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, § 19, pág.116; BIERMANN, *ob.cit.*, § 864, pág.27).

C) El ámbito de la consulta: la *possessio ad colorandam*

Por tanto, los límites procesales en sede interdictal son permeables en los diferentes ordenamientos jurídicos. Paralelamente, y atendiendo al derecho sustantivo, en algunos supuestos resulta incontrovertido que alegar el título no conculca el ámbito de la acción. Así sucedía con las servidumbres discontinuas -con carácter previo¹¹⁵⁶- y en los conflictos entre coposedores para tutelar el «estatuto copositorio». La referencia a cómo opera el título en esos juicios proporciona un indicio sobre la presentación del título en cualquier juicio posesorio. En la resolución del interdicto que regula la LEC., cabe presentar un título -el título del art.445-, porque éste equivale a instrumento, a documento¹¹⁵⁷; no ha de entenderse como el acto o negocio jurídico en virtud del cual se posee. Consecuentemente, no hay que cuestionarse su validez ni analizar su forma o caracteres intrínsecos -materias propias de los juicios petitorios-. Basta con *presentarlo*. Con el título se persigue exclusivamente proporcionar un último apoyo a la situación posesoria que se aduce¹¹⁵⁸.

Ciertamente, la tutela del hecho de la posesión -o de la posesión «como hecho»- en nuestro Ordenamiento jurídico difiere de los derechos francés e italiano. Estos exigen una serie de requisitos cuya averiguación se simplifica mediante la aportación de título. En ambos casos se debe acreditar una posesión superior al año y

¹¹⁵⁶ CESAREO-CONSOLO, *ob.cit.*, pág.564. En estas servidumbres, la alegación del título no pretende *colorear* la posesión, sino demostrar la existencia de la propia servidumbre. Vid.RUGGIERO, *ob.cit.*, pág.836 y RUFFOLO, "Tutela possessoria delle servitù non apparenti...", *ob.cit.*, pág.366 y ss. Es idea común en el derecho francés, vid.RAYNAUD, *ob.cit.*, pág.223 y las anotaciones de NORMAND, WIEDERKEHR, DESDEVICES al *Nouveau Code de Procédure civile*, *ob.cit.*, art.1.264, n.9, pág.650.

¹¹⁵⁷ BADOSA, v.«Justo título», *ob.cit.*, pág.661; HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.136.

¹¹⁵⁸ Como señalara en la Edad Moderna -entre otros autores- PELLEGRINUS, *Praxis Vicariorum...*, *ob.cit.*, Pars.II, Sect.III, subsect.III, Intersect.XX, n.16: "sextus est, quando testes sunt pares numero, et qualitate, et quilibet probet de pari, et simili possessione eiusdem temporis, sed tamen unus probat de possessione, et titulo simul, alter verò de possessione tantum, et tunc primus obtinebit, quia eius possessio fortior, et cum sit iustificata titulo (...) Adversarius opponere potest, quod tales articuli impertinentes fuerint, quia agitur iudicio possessorio, non petitorio. Nam respondetur, quod in hoc casu, cum in paritate probationum is obtineat quia fortia iura provabit".

legítima¹¹⁵⁹ y en el caso italiano en concepto de poseedor -y no de detentador-¹¹⁶⁰. Pero esa incursión no desplaza el objeto de la acción. Se trata, sencillamente, de *colorear* la posesión¹¹⁶¹.

Se puede objetar asimismo que el art.448 Cc. exige al poseedor actual de mostrar su título¹¹⁶². Pero, dado que ambos contendientes ya han demostrado la

¹¹⁵⁹ Es una exigencia que se formula taxativamente en el s.XIX, LEDRU-ROLLIN: *Répertoire général du Journal de Palais, contenant la Jurisprudence de 1791 à 1845, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs, par...*, t.IV, Paris, 1846, v.«Complainte», n.42: "lorsque des faits de pacage sont appuyés d'un titre, ils perdent leur caractère de precarité: en consequence, le juge de possession n'encourt pas le reproche de cumuler le possessoire et le pétitoire en appréciant, dans ce cas, le titre sous le point de vue de la possession". Y señalaba WODON, *Traité théorique de la possession...*, ob.cit., t.III, n.692, pág.243: el juez "pouvait puiser dans les titres, par cela seul qu'ils renferment des éléments propres à caractériser l'animus, à fortifier la preuve des conditions de fait requises pour l'obtention des interdits".

¹¹⁶⁰ GRECO, *Della proprietà*, ob.cit., págs.28 y 421; PACIFINI-MAZZONI, E.: *Instituzioni di Diritto Civile italiano*, 3 ed., v.III, Florencia 1884, pág.85; CESAREO-CONSOLO, ob.cit., pág.174: "se il giudice dell' possessorio sarà costretto ad esaminare titoli, ciò non sarà mai per giudicare del merito, ma per qualificare il possesso come esercitato animo domino" -vid.también pág.564-. Recientemente, SACCO, ob.cit., pág.262, ha dado una síntesis exacta: "Il convenuto, per far valutare la propria situazione possessoria, può inoltre «colorarla» mediante la invocazione del titolo, spesso indispensabile per qualificare il possesso, o per acquistare elementi di prova circa l'esistenza del possesso. Questa rilevanza del titolo, con le discussioni che la sua interpretazione potrà comportare, implica una certa «compensazione di elementi del giudizio petitorio e di quello possessorio», svolta -s'intende- ai fini di accertare se sia intervenuta un'invasione nella sfera possessoria dell'attori, fuori da ogni accertamento del diritto di possedere del convenuto".

¹¹⁶¹ Como observa ZENATI, F.: "Actions possessoires. Jurisprudence", *Révue trimestrielle de Droit civil*, 1992, pág.150: "L'incursion fentrée dans le pétitoire que nécessite le traitement d'une question possessoire ne doit pas dépasser la zone périphérique des attendus". Entre los autores italianos, TOMMASI, ob.cit., pág.859, diferencia entre la alegación del título *ad colorandam possessionem*, para determinar mejor los contornos de una posesión ya demostrada y el recurso al título *ad demonstrandam possessionem*, con el fin de demostrar la propia posesión, si el juez deduce en las cláusulas contractuales una voluntad de las partes dirigida a consumir la *traditio*. Esta segunda proyección, que aparece en varias sentencias italianas, desborda nuestro objeto de estudio (Vid.asimismo VASCELLARI, ob.cit., págs.242-3). La doctrina italiana también trae a colación el título para fijar los perjuicios que debe pagar el causante de la lesión posesoria. En esta materia se discute si se resarce al poseedor que posee porque posee, o sólo al que lo hace en determinado concepto (fundamenta esta segunda opción SACCO, ob.cit., pág.306) y en general, se valora la presentación de título como prueba de la envergadura del perjuicio ocasionado. Apunta LEVONI, ob.cit., pág.300, que se consulta para demostrar que se ha poseído *como* propietario o usufructuario, no para discutir sus vicios: "non per sostituire ma per colorare la prova del possesso, *nulla quaestio*".

¹¹⁶² Como recordaba MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz...*, ob.cit., § 34, pág.173, tras el análisis histórico de la figura: "Die Frage, ob schon die Klage auf Schutz im Besitz die Angabe eines Titels erforderte, wird häufig erörtert, von den meisten aber für die regelmäßigen Fälle des Besitzschutzes verneint. Man motivierte dies damit, daß der Titel, d.h. das Recht zum Besitz, aus dem Besitz selbst zu präsumieren wäre".

actualidad de sus respectivas posesiones la presunción se neutraliza: los sujetos "no están obligados" en ningún caso a presentar el título, pero si lo hacen, en esta disputa, experimentarán un beneficio.

En suma, creemos que el título puede valorarse en el interdicto de retener siempre que previamente se hayan sopesado otros elementos¹¹⁶³. Presentado tras la demostración de actos posesorios en el pasado, sirve como prueba del supuesto de hecho que origina la posesión (art.438 Cc.). No se limita a fijar su posible fecha de inicio¹¹⁶⁴, porque, según se deduce de la redacción del art.445 Cc., se valora "si las fechas de las posesiones fueren iguales" -ergo se sabe cuáles son, o las pruebas aportadas las sitúan en el mismo tiempo-. De modo general, el título constituye un elemento más para proteger la posesión que parece mejor fundamentada. La resolución del interdicto de retener, en su vertiente declarativa, mantiene a quien ha demostrado su posesión con unos mayores índices de credibilidad¹¹⁶⁵. Ciertamente, la esencia de la protección posesoria es que confiere su tutela a todo poseedor violento, clandestino, en precario (art.446 Cc.) - y, desde luego, al indebido - pero, en un conflicto que

¹¹⁶³ Señalaba la SAP. de Barcelona, de 21 abril 1969: "sólo en el juicio petitorio el título jurídico es necesario, en el posesorio le sirve solamente ad colorandam y su falta no excluye la protección" (Vid.GARCIA de MARINA, *Interdictos*, ob.cit., pág.155); en su día había afirmado PACIFINI-MAZZONI, *Instituzioni...*, ob.cit., pág.85, que el juez puede examinar el título para colorear la posesión, "considerando i titoli quali estrinchese testimonianze dei fatti allegati come atti di possesso".

¹¹⁶⁴ Esa es, en el derecho francés, la posición de BELIME, *Traité du Droit de possession...*, ob.cit., n.396, pág.429: "celui qui allègue un titre ancien, antérieur aux premiers actes de possession prouvés par son adversaire, peut aussi, lorsqu'il en 'establit de pareils de son côté, être presumé posséder depuis la date de son contrat d'acquisition y LAURENT, *Principes...*, t.XXXII, n.340, pág.356.

Esta postura enlaza con la presunción del art.1.143 Cc. italiano: Presunzione di possesso anteriore. «Il possesso attuale non fa presumere il possesso anteriore, salvo che il possessore abbia un titolo a fondamento del suo possesso; in questo caso si presume che egli abbia posseduto alla data del titolo». La doctrina italiana presta escasa atención a esta presunción. BARASSI, *Il possesso*, ob.cit., pág.380, le concede importancia en relación a la acción de manutención, ya que el actor ha de probar una situación posesoria superior al año; SACCO, ob.cit., pág.207, se limita a cuestionarse la naturaleza del título. Vid.también CESAREO-CONSOLO, ob.cit., n.160, pág.257; PROTETTI, ob.cit., pág.581-582 o MONTEL-SEGRÉ, *Il possesso*, ob.cit., pág.95.

¹¹⁶⁵ Señala MIQUEL GONZALEZ, J.M.: "Comentario a la STS 27.I.1984", *CCJC*, n.4: "en principio parece que para resolver si ha existido posesión o no, tomar en consideración la existencia de un título es improcedente, ya que la posesión (al margen de que produzca efectos jurídicos) es un hecho respecto del que el título no sirve más que para darle existencia. Sin embargo (...) ante dos posesiones de dudosa existencia, los actos de quien tenga título que funde un ius possidendi, siempre adquirirán una significación posesoria más segura que los de quien carezca de tal título" (el subrayado es nuestro).

requiere decidir cuál de las dos manifestaciones posesorias es reconocida jurídicamente como posesión, cabe aducir otros elementos, aunque parezcan muy próximos a los criterios petitorios, sin desvirtuar por ello el objeto del conflicto.

3.3.2.4. La conexión entre los títulos

Históricamente se empleó un ulterior criterio que consistía en cotejar los títulos que cada parte aportaba. La comparación pretendía situar la posesión más antigua aunque también la que parecía mejor fundamentada¹¹⁶⁶. El Código civil no recoge este criterio sino que da paso al depósito o la guarda judicial a la espera de resolución definitiva¹¹⁶⁷. La no inclusión del mismo ratifica la voluntad de no exceder los parámetros del juicio posesorio, ya que su examen y comparación podría abocar en una indagación efectiva sobre sus caracteres y contenido que desdibujaría definitivamente la autonomía de la figura. No obstante, aún en la actualidad, se ha defendido su cotejo limitado a una cuestión concreta: el examen de las fechas¹¹⁶⁸.

4. La sentencia judicial

¹¹⁶⁶ Alexandrus TARTAGNUS IMOLENSIS: *Prima et secunda super Codice commentaria*, 1535, Rub.De edicto divi Adria.toll., n.2.; GOMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri...*, *ob.cit.*, In *Legem XLV*, n.178; CAPONIUS, Julius (1612-1673): *Disceptationum forensium ecclesiasticarum, civilem et moralium*, t.V, Colonia Allobrogum, 1, *Disceptat.*367, n.14: "Et in omnibus titulum habentibus, ille praefertur, qui titulum antiquiorem, vel meliorem habebit". Como síntesis, MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz*, *ob.cit.*, § 34, pág.173.

¹¹⁶⁷ No obstante, en las únicas menciones que encontramos en el s.XIX (GARCIA GOYENA-AGUIRRE y VICENTE Y CARAVANTES, vid. Cap.II.7.4.5 (2ª parte)) sí se incluye la presentación de dos títulos y su comparación.

¹¹⁶⁸ MANRESA, *ob.cit.*, t.IV (1891), págs.192-193, quien observaba "aunque los dos presentasen títulos representativos de igual derecho ¿por qué no había de preferirse, antes de llegar a ese depósito, el título más antiguo? (...) No parece sino que el art. 445 va huyendo de la justicia". Por el contrario, señalaba SCAEVOLA, *ob.cit.*, t.VIII, (1893) pág.351, "imaginemos (..) que que el título de uno estuviese consignado en escritura pública y el del otro en documento privado, ó que el del primero fuese de fecha anterior al del segundo. ¿Podrán estimarse para la resolución de la contienda estas ventajas y preferencias de los títulos? Opinamos negativamente. El carácter sumarísimo de la cuestión impide tener en cuenta otro hecho que el de la existencia material de los títulos, sin que sean lícitas apreciaciones sobre el valor y densidad jurídica de los mismos" (vid.en derecho francés, BELIME, *ob.cit.* n.397)

No obstante, MORALES MORENO, *ob.cit.*, pág.266, nota 187, al estudiar el conflicto de intereses que suscita la doble venta, parece deducir que el art.445 posibilita el cotejo de títulos, pues señala que, en relación a los bienes "respecto de los que falta no ya la posesión sino la certeza de qué adquirente los poseyó primero, se protege al que siendo de buena fe presente título de fecha más antigua (cfr.art.445 Cc.)". También TRAVIESAS, "Extinción y reivindicación del derecho de propiedad", *ob.cit.*, pág.205, apunta la posibilidad de evaluar los títulos.

4.1. El contenido de la resolución

El juez dicta sentencia en el día siguiente a la terminación del juicio y declara "haber lugar o no al interdicto" (art.1.657 LEC.). Esta sentencia, apelable en ambos efectos (art.1.659 LEC.), ha de contener la fórmula "sin perjuicio de tercero", reservándose a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o la posesión definitiva, que podrán utilizar en el juicio correspondiente (art.1.658 LEC.)¹¹⁶⁹.

El art.1.658 LEC. prescribe que "En la sentencia que declare haber lugar el interdicto por haber sido inquietado o perturbado el demandante en la posesión o en la tenencia, o por tener fundados motivos para creer que lo será, se mandará mantenerle en la posesión y requerir al perturbador, para que en lo sucesivo se abstenga de cometer tales actos, u otros que manifiesten el mismo propósito, bajo el apercibimiento que corresponda con arreglo a derecho, y se impondrán todas las costas al demandado". Por tanto, la sentencia declara el mantenimiento de una posesión -la que ha sido *reconocida* como tal- y prohíbe al vencido nuevas actuaciones de índole semejante, o por el contrario, declara no haber lugar el interdicto, lo que supone avalar las actuaciones que el actor estimaba perturbadoras. Si el interdicto no es *duplex*, se limitará a declarar que no ha lugar, si sí lo es, con la denegación de la solicitud de una parte, se declara el mantenimiento de la posesión de la otra¹¹⁷⁰. Prescribe el art.1.659 LEC. que la resolución es apelable en ambos efectos, después de practicadas las actuaciones que para mantener al demandante en la posesión se hayan acordado, aplazando la ejecución de los demás extremos -costas y devolución de frutos, daños y perjuicios- "para después que haya adquirido dicha sentencia el carácter de firme".

¹¹⁶⁹ Observa RAMOS MENDEZ, *ob.cit.*, II, pág.881, que la preceptiva inclusión de esta fórmula, acorde con la trayectoria de los interdictos, es, no obstante, innecesaria en relación a la teoría de la cosa juzgada, porque ésta impone -entre otros requisitos- la identidad de personas, de modo que los terceros que no hayan litigado en ningún momento van a quedar vinculados por la resolución judicial. Paralelamente, los eventuales juicios declarativos que se promuevan con posterioridad a un interdicto tienen en todo caso un objeto litigioso distinto, por lo que no existe quebranto para la doctrina de la cosa juzgada, que se respeta en todos sus extremos.

¹¹⁷⁰ El art.1.658.1 LEC. no incluye la indemnización por daños y perjuicios, a diferencia de la sentencia del interdicto de recobrar (art.1.658.2 LEC.). Se justifica este trato diferente por la consideración del superior perjuicio que supone el despojo (por todos, MIGUEL Y ALONSO, v.«Interdictos», *ob.cit.*, pág.205). Singularmente, ANGULO LAGUNA, D.: "De los daños y perjuicios en el interdicto de retener", *RGLJ*, 1906, t.108, pág.266, considera que es general, en base al art.1.661 LEC., siempre que el poseedor pruebe los daños y perjuicios en el juicio verbal.

4.2. El recurso al depósito o guarda judicial

La posibilidad de ubicar el art.445 Cc. en el procedimiento del interdicto de retener ha recibido una última objeción: si la enumeración de criterios no permite dilucidar quién es el poseedor, el juez decreta el depósito o la guarda judicial ¿De qué modo se puede conciliar esta decisión, de naturaleza cautelar, con la necesidad del fallo -la sentencia del art.1.657 LEC.- que declare haber lugar o no el interdicto?¹¹⁷¹.

En realidad, el posible depósito o guarda judicial sólo tendrá lugar en caso de juicio *duplex*, porque constituye la decisión provisional que adopta el juez cuando no puede reconocer ninguna de las pretensiones aducidas por las partes y "mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes" (art.445 in fine). El "mientras se decide" implica una concatenación entre el procedimiento anterior y el siguiente: existe depósito en tanto que las partes están inmersas en los juicios declarativos que corresponden. La redacción difiere de la del art.1.658 LEC., que reconoce que "se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva...", pero una vez ha recaído sentencia porque el juez conoce quién es el poseedor, y por tanto a quién tutela. Si en este caso las partes tienen la opción de acudir a otro juicio, en el supuesto del art.445 Cc. se ven compelidas a ello porque ninguna ha visto satisfecha su pretensión.

Se ha afirmado que el juez deberá recurrir al secuestro no sólo si existe igualdad de condiciones -actualidad, antigüedad, dualidad de títulos...- sino también cuando éstas no resultan acreditadas, por ejemplo, si se justifica la actualidad en los dos que pretenden la posesión y no llega a determinarse cuál es la de fecha más antigua¹¹⁷². Lo que resulta claro es que no puede dictaminar que poseen *pro indiviso*.

El artículo distingue entre depósito y guarda judicial, de modo que parece vincular la custodia de los bienes muebles al depósito y la de los inmuebles a la guarda

¹¹⁷¹ Así lo recalca SCAEVOLA, *ob.cit.*, t.VIII, pág.351, para quien: "El interdicto de retener y recobrar, como quiera que se encamina a reintegrar al poseedor en el goce tranquilo de su posesión, termina cuando prospera por sentencia restitutoria". Por contra, el sumarísimo del art.445 Cc. "puede terminar cuando las condiciones de los poseedores fuesen iguales por auto, decretando el depósito o guarda....".

¹¹⁷² HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.136.

judicial¹¹⁷³. No obstante, el concepto *depósito* no se corresponde necesariamente con el "depósito propiamente dicho" (Cap.II del Tít.XI del Lib.IV del Código civil), sino que también podría englobar el depósito judicial o secuestro (art.1.785 C.c.), dado que la figura atiende a los bienes litigiosos -y el precepto menciona el "embargo", pero también el "aseguramiento"- . La Ley de Enjuiciamiento civil no contiene una regulación general del depósito, que ha sido cubierta con el Decreto de 14 de octubre de 1971, de depósitos judiciales, texto que se revela inútil para determinar las pautas del *depósito* del art.445. En realidad, se debe vincular al art.1.786 Cc., al que tradicionalmente se recurría mientras se dirimía sobre la titularidad de un bien¹¹⁷⁴.

5. La mera disputa sobre la posesión ¿integra el objeto del interdicto?

Existe un caso extremo cuya ubicación en el ámbito y función del interdicto de retener actual es, o puede ser, discutible. Hemos visto cómo, históricamente, se acudía al interdicto de retener con el fin de ser reconocido en la posesión, es decir, con la voluntad -ya fuera con carácter previo a un juicio petitorio o de modo autónomo- de superar un estado de controversia y que uno de los sujetos litigantes fuera declarado poseedor ¿es posible en la actualidad recurrir a este interdicto en caso de disputa entre dos sujetos que se arrojan la posesión?. Numerosos autores han considerado que quien discute la posesión, no la inquieta por ello¹¹⁷⁵. Apuntaba WINDSCHEID que la mera disputa sobre la posesión, sin acusación recíproca de perturbación o sin petición de inhibición de perturbaciones futuras, no se resuelve en un procedimiento de tutela interdictal, sino mediante una acción ordinaria de constatación -una acción prejudicial-

¹¹⁷³ HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág.137.

¹¹⁷⁴ Prescribía el art. 1.692 del Proyecto de 1851: " El secuestro convencional es el depósito de una cosa litigiosa que voluntariamente hacen los litigantes en manos de un tercero, el cual se obliga a devolverla, terminado el pleito, à la persona que, segun la sentencia, deba obtenerla". GARCIA GOYENA, *ob.cit.*, pág.882, al comentar el art.1.693, apuntaba que "esta especie de secuestro tiene casi siempre lugar cuando se litiga sobre la misma posesion". El asume el art.1.961.2 Code francés ("La justice peut ordonner le séquestre:... 2. D'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes". Este precepto recogía un criterio de los autores franceses que ya hallamos en DOMAT, *Les lois civiles...*, *ob.cit.*, t.II, pág.165.

¹¹⁷⁵ WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, § 17, pág.104.

¹¹⁷⁶. Sin embargo, la solución no es tan fácil. Cualquier contravención de la posesión puede ser considerada turbación, de modo que se pretenda, mediante su mecanismo específico de tutela, su reconocimiento íntegro.

5.1. Primer indicio: la *turbatio verbis*

Tradicionalmente entre las diferentes inquietaciones se situaba la *turbatio verbis*, esto es, aquella perturbación que consiste únicamente en palabras. En la actualidad se discute si por sí sola constituye perturbación¹¹⁷⁷ o si sólo puede ser considerada como tal si va acompañada de algún acto concreto, o cuando si ha sido proferida en circunstancias tales que existe motivo serio de que lleguen a realizarse, según el sentir general¹¹⁷⁸. De hecho, los autores la contemplan parcialmente porque se preguntan de qué modo las palabras pueden afectar a la posesión, qué tipo de amenaza puede constituir una perturbación posesoria, imaginando que éstas actúan directamente sobre la cosa, como amenazar con talar un árbol de la finca del poseedor con un hacha al cinto. Sin embargo, la *turbatio verbis* no se limita a unas declaraciones que se incardinarían en el "tener fundados motivos para creer que lo será" (art.1.658 LEC.)¹¹⁷⁹ sino que se valora porque supone una contestación a la posesión de la otra parte¹¹⁸⁰. Como señalara BARTOLO, "nam dicendo me possidere turbo te"¹¹⁸¹:

¹¹⁷⁶ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, *ob.cit.*, § 159, pág.561. En nota 11 reconoce que "ma nel diritto romano essa veniva parimente esaurita coll'applicazione degli interdicta retinendae possessionis". WOLFF, *Derecho de cosas*, *ob.cit.*, pág.104, también se remite a la acción de constatación. (sobre la acción de constatación en nuestro derecho, la S.A.T. de Las Palmas de 13.diciembre.1974 (RGD, 1975, pág.1266) y como exposición completa -referida al ordenamiento italiano-, SALARIS, "La azione a difesa della proprietà", en: *Tratatto di Diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, t.VII (Proprietà), Torino, 1982).

¹¹⁷⁷ DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal...*, *ob.cit.*, pág.236; DOMINGUEZ DE MOLINA, J.: "Protección posesoria del derecho arrendaticio" *RGLJ*, 1946, pág.200.

¹¹⁷⁸ GIMENO SENDRA, *ob.cit.*, pág.101; CASTRO FERNANDEZ, *ob.cit.*, pág.144. HERNANDEZ GIL, *ob.cit.*, pág. 632; CASTRO GARCIA, *ob.cit.*, pág.308.

¹¹⁷⁹ Ese es el criterio de PRIETO-CASTRO, *Manual de Derecho procesal civil*, *ob.cit.*, pág.70.

¹¹⁸⁰ ZACHARIAE- CROME, *ob.cit.*, pág.44: "basta che il convenuto molesti il possesso dell'attore verbalmente -coll'affermazione di un proprio possesso...". RODRIGUEZ, *Instituciones practicas...*, *ob.cit.*, pág.185, n.255, contemplaba al perturbador como "alguno que se diga dueño de la cosa, o que sostenga que no le pertenece á él [al actor] , ó haga cualquier otro acto que indique perturbación de la posesión en que se halla". Entre los alemanes, BIERMANN, *ob.cit.*, § 862, pág.23.

es el supuesto extremo que demuestra que el interdicto de retener era concebido prioritariamente como una controversia sobre la posesión¹¹⁸², y, como tal, no puede considerarse ajeno a nuestro Ordenamiento jurídico¹¹⁸³. Ciertamente, el art.1.658.1 LEC. habla de "cometer tales actos", pero en esa locución pueden incluirse esas amenazas cuando por su envergadura puedan repercutir negativamente en la posesión

¹¹⁸¹ BARTOLUS DE SASSOFERRATO: *Consilia, quaestiones et tractatus...*, novissime accesserunt additiones Iacobi Menochii, Venetiis, 1590, Consilium CXII, n.2: "vel verbi denotetur actus turbativus nam prohibitus, & illicitus" y añade "Nam ista sunt paria turbare & possidere & contendere". Fue idea corriente entre los juristas del *ius commune*. AFFLICTIS-CAPYCIUS, *Decisiorum Sacri Regnii Consilii Neapolitani*, ob.cit., Decisio 394 [De probatione in interdicto uti possidetis]: "Aliud est dicere, tu non possides, aliud est dicere, ego possideo: quia per prima verba non inducitur turbatio: sed per secunda verba inducitur turbatio"; Para MENOCCHIUS, *De adipiscenda...*, ob.cit., Lib.De retinen.posse., Rem.III, n.471, el primer modo -de los veintiocho que detalla- de turbar la posesión "procedat, cum quis negat adversarium possidere & se solum possidere".

¹¹⁸² IHERING, *La posesión. El fundamento...*, ob.cit., pág.127, daba este ejemplo: "Dos personas se disputan la posesión de una cosa detenida por un tercero. Este último (supongamos, por ejemplo, que es el heredero del tenedor originario, que sólo sabe que su autor ejercía la posesión en nombre de una de las dos partes, pero ignora cual); este último, repito, está dispuesto a entregarla a aquel de los dos que establezca su posesión. No se puede pretender en absoluto obligarle a sostener un proceso contra esas dos personas, corriendo el riesgo de sucumbir frente a una de ellas y tener que pagar los gastos del proceso. Entonces no hay otro camino que dejar a las dos partes terminar el debate entre sí, ahora bien, ¿qué otra forma hay para ello más que el interdicto uti possidetis o utrobi? ¿dónde está aquí la perturbación (...)? ¿es que acaso hay perturbación de hecho desde el momento en que se presente respecto de la posesión una pretensión que impida al adversario realizar la suya? ¿si eso es cierto, la condición de perturbación se reduce (...) a muy poca cosa: a simples palabras! Pero entonces (...) que se diga: la condición del interdicto uti possidetis no es la perturbación o la violación de la posesión; es la pretensión de poseer formulada por el adversario, y esta pretensión puede ser probada hasta por palabra sólo. De ordinario se repugna llegar a este extremo de reconocer la posibilidad de una perturbación posesoria por medio de simples palabras; pero en la literatura anterior a Savigny, que no estaba influida por el punto de vista del delito, se encuentra siempre enunciada".

¹¹⁸³ Basten tres últimas referencias. En primer lugar, MONER, J.M.de: "¿Existe el antiguo juicio llamado de jactancia despues de la publicacion de la ley de Enjuiciamiento civil?", *RGLJ*, 1876, t.49, pág.371, recordaba -en relación a la LEC. del 55, dato irrelevante para esta supuesto- que ese juicio "daba acción á todo el que veia lesionado su derecho, por voces o fama de otro que alega tenerlo" y observaba que el derecho procesal vigente no daba pie a mantenerlo, "concedidos los medios más a proposito para su defensa. En efecto, si se trata del derecho de posesion, tenemos el interdicto de retener, en cuyo art.71 (sic), num.2, hallamos el precepto y la indicacion del juicio de jactancia, por ser esta el hecho de inquietar de palabra en la posesion que se halla el que desea conservarla" (no obstante, aquí habríamos de reconocer que precisamente ALONSO MARTINEZ, en los trabajos preparatorios de la LEC.1881, manifiesta su voluntad de distinguir el interdicto de retener de la acción de jactancia - LASSO GAYTE, *Procedimiento civil, Crónica de la Codificación española*, ob.cit., vol.2, pág.145-). En segundo, PEREZ y ALGUER, *Notas...*, ob.cit., pág.107, admiten las simples amenazas, pues estiman que en esta materia el derecho español tiene un ámbito mayor al que fija WOLFF. Por último, la SAP. de Santa Cruz de Tenerife de 22.septiembre (*RGD* 1992, pág.2550), incluye expresamente la *turbatio verbis*, ya que el presupuesto objetivo de la acción viene condicionado "a la existencia de actos que manifiesten la intención de inquietar en el hecho posesorio, y no cabe desconocer que una perturbación de palabra puede comportar igualmente ese resultado" (antes, la SAP. de Salamanca de 10 de enero de 1979, vid.CABALLERO GEA, ob.cit., pág.58).

del sujeto.

5.2. Segundo indicio: la distinción en la doctrina italiana y francesa entre perturbación de hecho y turbación de derecho

Las tradiciones francesa e italiana diferencian entre perturbación de hecho y perturbación de derecho. Esta distinción, aunque no recogida en sus legislaciones, ha sido ininterrumpidamente mantenida por sus juristas. Frente a la perturbación de hecho, entendida como cualquier injerencia sobre la cosa, la turbación de derecho suele definirse como aquel acto judicial o extrajudicial por el que se contesta la posesión de otro¹¹⁸⁴. El ámbito posesorio de la turbación de hecho resulta más visible entre los autores italianos, pues los franceses acentúan la diferencia entre ambas perturbaciones en base a la naturaleza extrajudicial o judicial de la conducta¹¹⁸⁵. Acaso ello obedezca a que, para los franceses, *toda* inquietación de la posesión implica una

¹¹⁸⁴ SACCO, *ob.cit.*, pág.234. El especifica: "La molestia può iniziare là dove il dichiarante contesti «il possesso» (e non il diritto) altrui, o pretenda il rispetto di un proprio (preteso) possesso. Y da el siguiente ejemplo (pág.235): Un tercero extraño afirma ser el poseedor, notificando esta afirmación al poseedor: "siamo di fronte ad una mera contestazione, suscettibile peraltro di creare equivoci; a questa figura compete il nome di molestia di diritto".

TRABUCCHI, A.: *Istituzioni di Diritto civile*, 30 ed., Padova, 1989, pág.445, da como ejemplos de perturbación de hecho, el tercero que corta árboles o pasa con carro por mi fundo y como ejemplo de perturbación de derecho, un tercero reclama al arrendatario de mi fundo que le pague a él la renta.

¹¹⁸⁵ DALLOZ, *ob.cit.*, n.60, diferencia en la *complainte* "le trouble de fait, résultant de tout obstacle apporté à la continuation de notre possession, en tout ou et en partie; et le trouble de droit, qui a lieu lorsque, dans un acte judiciaire ou extrajudiciaire, notre possession est méconnue et contestée"; MAZEAUD-MAZEAUD, *ob.cit.*, pág.184, asume la distinción y define el de derecho como "la négation, notamment en justice, de la possession; le défendeur à la complainte, auquel on rapproche des troubles matériels qui ne sont pas suffisamment établis, sera considéré comme ayant apporté un trouble de droit s'il a dénié, dans l'action en justice, la qualité de possesseur du demandeur". Vid.también GARSONNET, E.: *Traité théorique et pratique de Procédure*, t.I, Paris, 1882, pág.553 y ss. Especialmente, la monografía de STEINER, A.: *Le trouble de Droit dans les actions possessoires*, Chambéry, 1938.

La reforma del Code civil de 9 de julio de 1975 podría acarrear una reubicación de los conceptos. GUARNERI, A.: "Una legge francese sulle azioni possessorie", *Rivista di Diritto civile*, 1980, I, pág.321, se cuestiona si los nuevos legitimados podrán actuar contra las molestias de derecho - él da una interpretación del alcance de la ley demasiado generosa-. MARTY-RAYNAUD, *ob.cit.*, pág.269, mantienen, sin otras precisiones, la división entre las dos perturbaciones. NORMAND, WIEDERKEHR, DESDEVICES, notas al *Nouveau Code de Procédure civile*, *ob.cit.*, art.1.264, pág.651 n.18, continúan definiendo -en 1995- la perturbación como "tout fait matériel ou juridique qui (...) implique une prétention contraire à la possession d'autrui".

contestación de la posesión¹¹⁸⁶.

Esta división no ha sido recogida en nuestra doctrina aunque, *ab initio*, los arts.1.559 y 1.560 Cc. presentan una clasificación que podría asimilarse¹¹⁸⁷. Sin embargo, estos preceptos, que responden a la transformación histórica del concepto de posesión, enlazan sólo parcialmente con la tutela posesoria. Si art.1.560 Cc. legitima al arrendatario frente a las lesiones posesorias sin recurrir al arrendador es porque aquél era tradicionalmente conceptualizado como un detentador -la tenencia del art.1.651 LEC.-, y como tal no podía utilizar los interdictos¹¹⁸⁸. En la actualidad el precepto ha perdido su relevancia al ser el arrendatario un poseedor a todos los efectos.

Por el contrario, con la expresión "usurpación o novedad dañosa", el art.1.559 Cc. alude a las perturbaciones de derecho, entendidas como aquellas inquietaciones que contestan el derecho del propio arrendador. Situadas en el ámbito de los derechos, se

¹¹⁸⁶ Observa BAZENET, *Les actions possessoires...*, *ob.cit.*, n.80, pág.138, que "Le trouble possessoire suppose un conflit portant sur la possession envisagée en elle-même". Como habían señalado AUBRY-RAU, *Cours...*, *ob.cit.*, § 187, pág.154: "Les faits dommageables qui, de leur nature et d'après les circonstances dans lesquelles ils ont eu lieu, n'indiquent, de la part de leur auteur, ni prétension à un droit ni contestation de la possession au préjudice duquel ils ont été commis, ne constituent pas des troubles de possession. De pareils faits peuvent bien donner lieu à une action en dommages-interêts, mais n'autorisent pas la plainte" (Vid.asimismo BELIME, *ob.cit.*, n.315 y ss. y específicamente STEINER, *Le trouble de Droit...*, *ob.cit.*).

¹¹⁸⁷ Art.1.559.1: "El arrendatario está obligado a poner en conocimiento del propietario, en el más breve plazo posible, toda usurpación o novedad dañosa que otro haya realizado o abiertamente prepare en la cosa arrendada."

Art.1.560: "El arrendador no está obligado a responder de la perturbación de hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador.

No existe perturbación de hecho cuando el tercero, ya sea la Administración, ya un particular, ha obrado en virtud de un derecho que le corresponde".

¹¹⁸⁸ Los arts.1.559 y 1.560 tienen como precedente los arts. 1491 y 1490 del Proyecto del 51. GARCIA GOYENA, *ob.cit.*, pág.786, explica la perturbación de mero hecho de la siguiente forma: "Mientras el ataque no se dirija contra la propiedad misma de la cosa y judicialmente...". Esta tesis se basa en el art.1725 del Code Napoleonico, que mencionaba les "voies de fait (...) sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée". La expresión "voie de fait" ya aparecía en Las Ordonnances de 1667 en la réintégrande (Tít.18, art.2), ejercitable par "celui qui aura été dépossédé par violence ou voie de fait". Como ejs., GARCIA GOYENA menciona si se introdujeran rebaños ajenos en el prado en arredamiento, o el arrendatario fuera violentamente expulsado de su casa. Pero no especifica qué mecanismos de defensa podrá utilizar -en ese momento el arrendatario no era considerado poseedor (vid.pág.222)-. Vid. asimismo Respuesta de la REDACCION a la "Consulta 42", *RGLJ*, 1857, t.IX, pág.305: "El arrendatario que por el solo acto de la voluntad de un tercero ha sido privado del uso y disfrute de la finca arrendada ¿puede ejercitar válida y legalmente el interdicto de recobrar?".

vinculan a la obligación del arrendador del art.1.554.3 Cc.¹¹⁸⁹. Por tanto, desbordan los interdictos y será el arrendador el único legitimado para contestarlas. De hecho, el art.1.559 Cc. debe relacionarse con los arts.511 y 1.502 Cc. que también presentan perturbaciones de derecho entendidas como contestación al derecho de poseedor superior. Como menciona el art.502, se trata de "cualquier acto de un tercero.. capaz de lesionar los derechos de propietario"¹¹⁹⁰.

En suma, estos artículos no procuran indicios satisfactorios para defender la dicotomía perturbación de hecho/perturbación de derecho en nuestro Ordenamiento jurídico. No obstante, la distinción resulta útil si mantenemos la disputa sobre la posesión en términos de *ius possessionis*, sin reconducirla al *ius possidendi*. Esa es la diferencia que nos interesa resaltar entre las dos categorías: en una se invade el territorio, se impide el uso de la cosa, se entorpece la recogida de frutos etc..., sin que el perturbador alegue que el sujeto al que perturba no es el poseedor efectivo... En la segunda esas actuaciones traen causa de la propia posesión que se pretende, o, incluso, desde la inactividad -ese supuesto límite-, se pretende deslegitimar al sujeto que actúa sobre la cosa, cuya cualidad de poseedor se niega. En este caso, los sujetos que litigan persiguen que se declare su posesión, es decir, que son -al menos frente a su adversario- los titulares *in solidum* del *ius possessionis*: pretenden ver reconocida esa cualidad¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁹ Señala LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil, Derecho de obligaciones*, III, II, 2ª ed., Barcelona, 1986, pág.196, que la responsabilidad del dueño en estos casos "equivale a la obligación de saneamiento en caso de evicción (...). La evicción se puede producir en el arrendamiento de dos maneras: a) sin ser demandado el arrendatario, al impugnar alguien la titularidad del arrendador (reivindica la cosa arrendada); b) discutiendo el demandante el derecho del mismo arrendatario (aparece un titular antecedente de derecho real o personal de goce concedido por el mismo auctor)". Vid.asimismo BELTRAN DE HEREDIA, P.: "La obligación de sanear en el arrendamiento", *RDPPr*, 1964, pág.377.

¹¹⁹⁰ Paralelamente el art.1.502 se centra en las perturbaciones que pueden consistir en el ejercicio de una acción reivindicatoria, de una acción declarativa de dominio, del procedimiento del art.41 LH., o incluso de una acción de retracto. Como observa GARCIA CANTERO, G.: "Comentario al art.1.502 Cc." en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo*, t.XIX, Madrid, 1980, pág.415, "no parece que [esa perturbación] deba ser necesariamente de hecho, pues frente a ella está suficientemente protegido el comprador (el título de adquisición unido a la entrega de la cosa le legitima para utilizar los interdictos posesorios...)".

¹¹⁹¹ Como había señalado HOTOMANUS, *Commentarius in quatuor Libros Institutionum iuris civilis*, *ob.cit.*, Lib.III, tit.X al XV, (folio 508) en relación al interdicto de retener: "uterque adversarius non tantum proprietatis, verum etiam possessionis dominium se esse contendit".

6. La alegación de los criterios del art.445 en un juicio no interdictal

Hemos defendido la ubicación de los criterios del art.445 Cc. en el interdicto de retener desde la convicción de que es su destino *natural*, avalado tanto histórica como teleológicamente; sin embargo, eso no nos impide reconocer que pueden tener cabida en otros juicios que tengan por objeto la posesión, ya se trate de un posesorio plenario (sobre la "posesión definitiva" ex. arts.445 *in fine* Cc. ó 1.658.3 LEC.) -que fue donde se utilizaron por primera vez- o en esa acción de tutela posesoria que presenta ALBALADEJO en base al art.1.968 Cc.¹¹⁹². Asimismo, ha sido alegado en una acción reivindicatoria, aunque respecto a un objeto especial¹¹⁹³. Este reconocimiento podría hacer pensar que, tras la defensa enconada de su ubicación en el interdicto de retener, no discrepamos tanto de quienes abogan por su empleo en cualquier procedimiento. Pero debemos hacer dos precisiones: en primer lugar, lo ubicamos en el núcleo del procedimiento, no como un incidente anterior; en segundo, su función específica, referida al reconocimiento de un *ius possessionis* entre varias situaciones posesorias en conflicto, se corresponde con el objeto del interdicto de retener; los otros procedimientos en que pueda tener cabida -carentes, además, de esa vinculación a lo largo de la historia- precisan algún tipo de adaptación.

¹¹⁹² ALBALADEJO, M.: "El plazo de la acción para recobrar la posesión ¿es de prescripción o de caducidad?", *RDP*, 1990, pág.552, propone una acción defensiva de la posesión no interdictal, dirigida no ya a tutelar la posesión por tener eventualmente derecho a poseer, sino simplemente proteger la posesión de hecho". Reconoce (pág.559) que "en la vida real no se dará ni la defensa de la posesión mediante el ejercicio de acción protectora que no sean los interdictos...", pero la ve útil para las perturbaciones posesorias ocultas.

¹¹⁹³ MIQUEL GONZALEZ, "Comentario a la STS. de 27 de enero de 1984", *ob.cit.*, ns.3 y 4.

CONCLUSIONES

PRIMERA PARTE

1-. La proscripción de una pluralidad de posesiones solidarias no se deriva de principios lógico-conceptuales, sino que es un criterio estrictamente jurídico. El art.445 Cc. contempla la existencia de una pluralidad de sujetos que se arrojan la posesión *in solidum* y que reciben los efectos que la institución genera en un estado previo al *reconocimiento* jurídico de la posesión de uno de ellos. La posibilidad de esa concurrencia pre-reconocimiento se anuda a las características del objeto que se posee.

2-. El art.445 Cc. yuxtapone la posesión solidaria entendida como posesión exclusiva y la coposesión *pro indiviso*, sin contemplar aquellos otros supuestos de coposesión en que no juega la cuota como criterio distributivo (la coposesión en mano común).

3-. La coposesión *strictu sensu* tiene como presupuesto el reconocimiento de cada sujeto poseedor de la existencia de otros poderes equivalentes al suyo -lo que se traduce en otras legitimaciones equivalentes-. Se configura como el resultado de la concurrencia de una pluralidad de sujetos sobre un objeto único en igual concepto posesorio -que integra la existencia de esa pluralidad- y en el mismo nombre, lo que la diferencia de la denominada "coposesión analítica o impropia". La homogeneidad de los poderes que concurren no es elemento suficiente para configurar la coposesión *strictu sensu*, por ello los supuestos de comunidad de goce no constituyen propiamente coposesión.

4-. La coposesión se estructura como una pluralidad de poderes autónomos e independientes (*ius possessionis*) que convergen sobre un mismo objeto, desechando para su explicación las teorías deudoras de la cotitularidad de derechos.

5-. La concurrencia de varios poderes obliga a arbitrar unos mecanismos de ordenación, que se obtienen de la regulación de la comunidad como institución que -en el ámbito de los derechos- determina los criterios de coordinación de una pluralidad de sujetos. En concreto, se atiende a la cuota para las magnitudes divisibles y a los límites del art.394 Cc., para las magnitudes no divisibles. Asimismo, la convergencia de los diferentes poderes de hecho aboca en la constatación de un interés común, que

no difiere del de los particulares, que también modula el ámbito de poder individual (ex art.398 Cc.).

6-. A cada comunidad posesoria, desde el reconocimiento de la concurrencia, le es inherente un «estatuto coposesorio» que recae sobre el bien poseído. Como régimen jurídico del bien, este «estatuto coposesorio» tiene carácter objetivo -no le afectan las identidades de los coposeedores- y relativo -opera en las relaciones entre los coposeedores y la comunidad, sin afectar a terceros.

6.1-. En un primer estadio -correspondiente al «estatuto coposesorio mínimo»-, el régimen integra aquellas normas garantistas dirigidas a sustentar la autonomía del *ius possessionis*: legitima la realización de actos de conservación sobre la cosa común (art.395 Cc.) incluso frente a la oposición de los restantes, así como los actos de uso y disfrute de la cosa -incluido el derecho a la percepción de los frutos- que no conculquen el art.394 Cc.. También integra el derecho a participar en las decisiones que afecten a la colectividad y la facultad de instar la división de la cosa, que se traduce en la extinción del «estatuto».

6.2-. Dentro de ese «estatuto coposesorio», cada comunidad, en base al reconocimiento de un interés común que les lleva a la cooperación, articula unas reglas de conducta en relación al modo de poseer, que se plasman en el «estatuto coposesorio convencional» y que individualizan cada situación de coposesión. Referidas a la administración y mejor disfrute (art.398 Cc.) -habitualmente a ordenaciones del uso- y a la realización de alteraciones materiales sobre la cosa (art.397 Cc.), estas normas, si han sido adoptadas por las mayorías preceptivas, se integran en el «estatuto» y regulan las conductas ulteriores de los coposeedores.

7-. La tolerancia preside las relaciones entre los coposedores, de modo que las extralimitaciones del «estatuto coposesorio» no implican necesariamente una infracción. La contravención del «estatuto coposesorio» tiene lugar cuando, tras la oposición de uno de los partícipes, el infractor mantiene y reproduce su conducta. De prolongarse los actos lesivos durante el período de un año (ex art.460.4 Cc.), darán lugar a una modificación de ese «estatuto».

8-. Aunque determinadas conductas de cada poseedor tienen efectos para los restantes, ello no obedece a la existencia de un mandato recíproco tácito ni cabe considerar al coposeedor un gestor de negocios ajenos. La repercusión -que actúa de modo reflejo- se funda en los caracteres de su relación: al ser idénticos todos los poderes y converger sobre un mismo objeto se produce una propagación de determinados efectos.

9-. La buena o mala fe posesoria, como situación personalísima de cada individuo, no repercute en las posesiones de los restantes, y así se observa en caso de prescripción adquisitiva o de liquidación posesoria.

10-. Cualquier coposeedor está legitimado para repeler individualmente las lesiones posesorias derivadas de un tercero que afecten a la cosa común. Por el contrario, las inquietaciones que se dirijan contra uno de los sujetos y que no repercutan en los restantes ni supongan una modificación del «estatuto coposeedor» del bien, no procuran a éstos legitimación activa para intervenir.

11-. Los coposeedores están legitimados activa y pasivamente entre sí en los procedimientos interdictales de recobrar y retener. Negarles el ejercicio del interdicto de retener -como propugnan otros ordenamientos y avalan numerosos juristas- para las cuestiones de uso y disfrute, supondría entender el *ius possessionis* como generador de una ordenación que, paradójicamente, pertenecería al ámbito petitorio. Así como la sujeción a la normativa que conforma el «estatuto coposeedor» fija el ámbito de legitimación de cada sujeto, su extralimitación voluntaria -con *animus turbandi*-, determina el concepto de perturbación, contra la cual puede actuar cualquier coposeedor.

12-. La presentación del título como mecanismo de prueba de la sujeción al «estatuto coposeedor» no supone una incursión en el ámbito petitorio, pues se dirige exclusivamente a probar la adecuación al «estatuto coposeedor» preexistente. De hecho, la referencia al título abarca no sólo el documento que funda el origen de la situación coposeoria sino cualquier instrumento que recoge las sucesivas decisiones que dan forma al «estatuto». El coposeedor que actúa sujetándose a esos parámetros puede

alegar, frente a la pretensión contraria, la excepción *feci, sed iure feci*.

13-. Los coposeedores pueden alcanzar la cotitularidad del bien mediante la usucapión, que presenta dos manifestaciones en relación a una pluralidad de sujetos: la usucapión conjunta y la usucapión que se apoya en la posesión material de un único comunero (art.1.933 Cc.) En el primer caso, resulta irrelevante las variaciones cuantitativas del número de comuneros durante el período preciso para usucapir, y cada coposeedor *ad usucapionem* responde de su buena o mala fe, lo que puede llevar a la coexistencia de una pluralidad de posesiones *ad cousucapionem* vinculadas a usucapiones ordinarias y extraordinarias. En el segundo, los poseedores inactivos se benefician de los efectos derivados de la posesión material del coposeedor que actúa reconociendo la pluralidad, si bien esa propagación no se extiende a la condición psicológica, en que, de acuerdo con las normas generales, se atiende a la situación individual de cada sujeto.

14-. En el concepto de interrupción de la posesión *ad usucapionem* del art.450 Cc., se integran la interrupción natural, la civil y el reconocimiento. No se produce interrupción natural en tanto uno de los coposeedores mantiene el contacto con la cosa. En el caso de la civil, dado su carácter relativo, es preciso emplazar a todos para que se produzca efectivamente la interrupción, excepto en el supuesto límite del art.1.933 Cc, en que basta interrumpir la única posesión efectiva. Por último, el coposeedor que reconoce una posesión superior (art.1.948 Cc.), sólo vincula su *ius possessionis*, pues no puede disponer (arts.399 y 450 Cc.) de los de los restantes copartícipes.

15-. Los dos supuestos específicos de extinción de la coposesión y del correlativo «estatuto coposesorio» se producen por concentración de la pluralidad de poderes y por división del objeto. La concentración puede odedecer a los supuestos del art.460.1, 2 ó 4. En caso de despojo -que se traduce en la interversión del concepto posesorio y la negación del «estatuto coposesorio», se debe atender a la naturaleza incontrovertida de los actos del poseedor.

SEGUNDA PARTE

1-. Los criterios del art.445 *in fine* Cc. no constituyen una invención reciente sin referentes conocidos y explicable por aproximación recurriendo a la acción publiciana - y al § 372 ABGB.-, a una raíz germánica relacionada con el art.448 Cc., al derecho portugués o considerándolos un juicio preliminar de los juicios posesorios o petitorios, sino que deben situarse en el objeto del interdicto de retener. Por ello es acertada la conjetura que los vinculó al *sumarísimo de interin*, dado que éste es una manifestación del interdicto de retener.

2-. La mención del art.445 Cc. en el art.41 de la LH., tras la reforma de la LH. de 1909 por R.Decreto de 13 de junio de 1927 no facilita una interpretación del precepto. Se pretendía -por circunstancias políticas- incorporar excepciones a la presunción posesoria que otorgaba la norma hipotecaria (precedente del art.38 LH. vigente), de modo que ésta decayese si se probaba la existencia de un poseedor de mejor derecho ex art.445 Cc. En la práctica apenas tuvo aplicación y siempre en base a una interpretación analógica, y parcial, del precepto, que no fue tenido en cuenta al elaborar la LH. vigente.

3-. Los criterios del art.445 Cc. aparecen en la Edad Media como mecanismo para solventar el conocimiento fragmentario del procedimiento interdictal romano clásico. En su formulación confluyen los textos romanos recibidos y las decisivas aportaciones de la *Gewere* germánica -la atención a la duración en el tiempo y a la investidura- y del derecho canónico -la voluntad de tutelar la *possessio iustior*-. El resultado es el *uti possidetis* medieval, conocido como *possessorium ordinarium*, que presenta importantes diferencias con su antecedente romano. En este procedimiento, al que se acude cuando varias personas se disputan la posesión, se examina en primer lugar la posesión actual, después la más antigua y por último la titulada, en un claro precedente de los criterios que plasmará el art.445 Cc.

4-. Paralelamente al *possessorium ordinarium* -y para solventar sus dilaciones-, surge un *possessorium summarium* o *sumarissimum* en el s.XIII, que tutela la posesión más

reciente, sin analizar si es debida o indebida, y que recupera el espíritu de los interdictos romanos. En la Edad moderna, este procedimiento, a pesar de su carácter expeditivo, incorpora frecuentemente alguno de los criterios que antes se predicaban del *ordinarium*. Presenta una doble finalidad: tutela de las perturbaciones y dirime, con carácter preliminar a otros procedimientos -aunque también con carácter autónomo-, a quién se le adjudica la posesión -aspecto que enfatiza el *sumarísimo de interín*-.

5-. La voluntad de aproximar la regulación de los interdictos de retener y recobrar durante el s.XIX obedeció al propósito de extender al interdicto de recobrar el procedimiento del de retener en que se daba audiencia preceptiva al demandado. Sin embargo, supuso una deformación del interdicto de retener cuyo objeto pasa a definirse a partir del de aquél, como toda lesión posesoria que no supone despojo, olvidando que se caracterizaba por resolver aquellos conflictos no violentos en que, ya fuera con carácter previo a un juicio petitorio, o bien de modo autónomo, dos sujetos litigaban con el propósito de que se declarase cuál de ellos era considerado el poseedor.

6-. Los criterios del art.445 Cc. tienen cabida en la regulación vigente del interdicto de retener (art.1.651 y ss. LEC.). La alegación de la posesión más antigua y, subsidiariamente, del título, no exceden el ámbito del procedimiento interdictal pues ambos criterios se vinculan al *ius possessionis* de los sujetos, y sirven para resolver -en el orden prefijado- aquellos supuestos en que el demandado niega al demandante la condición de poseedor, arrogándosela él mismo.

BIBLIOGRAFIA*

*No se incluyen las obras utilizadas de forma circunstancial, especialmente los textos de Historia del Derecho, cuando no se relacionan directamente con la posesión. Estas obras se detallan en las notas del texto.

ACCURSIUS, Franciscus (1185-1263): *Pandectarum, seu Digestorum iuris civilis*, t.III, Venetiis, 1569.

AFFLICTUS, M. de (1443/8-1523/8)- CAPYCIUS, A.: *Decisiorum Sacri Regni Consilii Neapolitani*, Lugduni, 1566.

ALAUZET, Isidore: *Histoire de la possession et des actions possessoires en Droit français, précédée d'une introduction sur le droit de propriété*, Imprimerie National, Paris, 1849.

ALAS, Leopoldo- DE BUEN, Demófilo- RAMOS, Enrique: *De la usucapión*, Madrid, 1916.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel:

- "Concepto, estructura y clases de posesión". *R.D.P.*, 1962.
- "Adquisición y pérdida de la posesión", *R.D.P.*, 1963.
- *Derecho civil, III,I*, 5ª ed., Ed.Librería Bosch, Barcelona, 1983.
- "El plazo de la acción para recobrar la posesión ¿es de prescripción o de caducidad", *R.D.P.*, 1990.
- "Comentarios a los arts.1.940-1.960", en: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart*, t.XXV, vol.I, EDERSA, Madrid, 1993.

ALBERICUS de ROSATE (+1354): *Comentarii in secundam Digesti veteris partem*, Venetiis, 1585 (ed.anastática 1977).

ALBERTARIO, Emilio: "Actiones e interdicta", en: *Studi di Diritto romano*, IV, Milan, 1946.

ALCIATUS, Andreas (1492-1550): *Opera omnia, in quatuor tomos legitimà Digesta*, Francofurti, 1617.

ALDAMA ELORZ, Mariano: *La Reforma hipotecaria. Antecedentes históricos y texto de la Ley de 21 de abril de 1909, concordada y comentada por...*, Librería de Fernando Fe, Madrid, 1909.

ALEXANDRUS TARTAGNUS -Imolenses- (1424-1477):

- *Prima et secunda super Codice commentaria*, Venetiis, 1535.
- *Consiliorum seu responsorum*, Lib.I, Venetiis, 1597.

ALMAGRO NOSETE, José: *Derecho procesal*, I,I, Parte general, Proceso civil, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

ALONSO PEREZ, Manuel:

- "Las relaciones de vecindad", *A.D.C.*, 1983.
- "Meditaciones sobre la esencia y funciones de la posesión", *La Ley*, 16.IX.1986.

ALTHUSIUS, Joannes (1557-1638): *Dicæologicæ Libri III, Totum et Universum Jus*

quo utimur methodicè complectentes, Frankfurt, 1649 (ed. anastática 1967).

ALVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo: "Protección interdictal de la coposesión", *R.D.P.*, 1950.

ALVAREZ POSADILLA, J.: *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones mas modernas que en el dia rigen...*, Imprenta de la viuda de Ibarra, Madrid, 1796.

AMAT LLARI, M^a Eulalia: "La regulación de las inmisiones en el CC." en: *Centenario del Código civil*, Asociación de Profesores de Derecho civil, I, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

AMBROSINO, R.: "«Usus fructus» e «communio» (profilo storico dell'usufrutto)", *SDHI*, 1950.

AMIGO de BONET, Jaime: "Cuestiones procesales. Clases de prueba admitibles en los interdictos de retener o recobrar la posesión", *R.J.C.*, 1953.

ANGULO LAGUNA, Diego: "De los daños y perjuicios en el interdicto de retener", *R.G.L.J.*, 1906 (t.108).

ANGELUS de UBALDIS PERUSINUS (1328-1407): *In Primam Digesti novi partem, adnotationibus Francisci Curtius*, Augustæ Taurinorum, 1580.

ARAGONES Y CARSI, Pascual: *Modificación de algunos artículos de la Ley Hipotecaria vigente por la de 22 de abril de 1909*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1909.

ANSALDUS, Franciscus: *Consilia sive responsa*, Lugduni, 1645.

APPLETON, Charles: *De la possession et des actions possessoires*, A. Durand et Pedone-Lauriel, libraires-éditeurs, Paris, 1871.

ARANA de la FUENTE, Isabel: "Comentario a la STS de 17 de mayo de 1988", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, 1988, n.447.

ARCO TORRES, M.A del.-PONS GONZALEZ, M.: *Régimen jurídico de las servidumbres*, Ed.Comares, Granada, 1989.

ARCHAMBAULT, Charles - SENLY, René: *Dictionnaire pratique des actions possessoires et du bornage, contenant avec l'exposé des principes de la matière le texte entier des documents de Jurisprudence et des lois spéciales cités dans le corps de l'ouvrage*, t.I, Chevalier-Marescq et Cie., Editeurs, Paris, 1890.

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: "Comentario del art.548", en: *Comentario del Código civil*, t.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

ARNDTS, L. (1822-1880): *Lehrbuch der Pandekten*, 7 ed., Verlag der J.G. Cotta'schen Buchhandlung, Stuttgart, 1872.

ARRETS DU GRAND CONSEIL DE S.M.I et R., *recueillis par feu mesure Jean-Alphonse comte de Coloma, ...auxquels sont ajoutées diverses pièces intéressantes, ainsi que les arrêts recueillis par Messier Jean-Baptiste Hony*, t.I, A, Malines, 1781.

ATARD GONZALEZ, Rafael: "La posesión en la legislación hipotecaria española", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t.III.

APATHY, Peter: "Der possessorische Schutz gegenüber Eigenmächtigkeiten eines Miteigentümers", *Juristische Blätter*, 9.juli.1977.

ATAZ LOPEZ, Joaquín: "Sobre la interversión posesoria (notas al art.436 del Código civil)", *Homenaje al profesor Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989.

AUBRY, Charles (1803-1883) - RAU, Frédéric Charles (1803-1877): *Cours de Droit civil français*, 4ª ed., Imprimerie et librairie générale de Jurisprudence, Paris, 1869.

AZNAR, Miguel: *El Febrero adicionado o librería de escribanos, abogados y jueces*, t.V, Madrid, 1825.

AZO (1150-hacia 1235):

- *Ad singulas leges XII Librorum Codicis Iustiniani, commentarius*. Paris 1577 (ed.anastática 1966)

- *Summa super Codicem*, Augustæ Taurinorum (ed.anastática 1966)

BACHOVIUS, Reinhardus (1573-hacia 1640): *Notæ et animadversiones ad volumen posterius disputationum Hieronymi Treutleri Jci ita ex opinionibus priscorum maximè Interpretum & veris Jurisprudentiæ principiis concinnatarum...*, Frankfurt, 1619.

BADOSA COLL, Ferran:

- v.«Justo título», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t.XIV, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1971.

- *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

- *Dret d'obligacions*, Publicacions Universitat de Barcelona/ Barcanova, Barcelona, 1990.

- "La multipropietat com a «règim jurídic immobiliari»", en: *Materials IV jornades de Dret Català a Tossa*, PPU, Barcelona, 1988.

BÄHR, D.: "Zur Besitzlehre", *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 26 (1888).

BALBUS, Joannes (+1480): "Tractatus foecundus et perutilis de præscriptionibus", en: *Octavum volumen tractatum è variis iuris interpretatibus collectorum*, Lugduni, 1546.

BALDUS de UBALDIS PERUSINUS (1327-1400):

- *Consiliorum, sive responsorum*, vol. V, Venecia 1575, (Ed. anastática 1970)
- *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis Libros Commentaria.*, Alexandr.Imol.Andre.Barbosa Celii, *Decij adnotationibus illustrata*, Venetiis, 1586.
- *In Decretalium volumen commentaria*, Venetis, 1595.

BALLARIN MARCIAL, Alberto: "Titularidad solidaria", *AAMN*, 13 (1962).

BARASSI, Lodovico:

- *Il possesso, (Diritto reale i possesso)*, Giuffrè-Editore, Milán, 1952.
- *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè-Editore, Milan, 1951.

BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José: *El interdicto de obra nueva*, Serlipost, Barcelona. 1993.

BARBOSA, Petrus (1530/35-1606): *Comentarii ad rubricam, et legem, Codice de praescriptionibus*, Ulyssipone, 1627.

BARNI, Gianluigi: v.«Possesso (Diritto intermedio)», *Novísimo Digesto italiano*, t.XIII, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, Torino, 1966.

BARON, J.:

- *Pandekten*, Verlag von Ducker & Humblot, Leipzig, 1893.
- "Noch einmal der Besitzwille", *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 30 (1891).

BARTOLUS de SAXOFERRATO (1314-1357):

- *In secundam Digesti vet. partem Commentaria: quibus prater Alex.Barb.Seisell.Pom.Nicelli & aliorum adnotationes & contrarietatum Conciliationes*, Augustæ Taurinorum, 1574.
- *In Primam Digesti novi Partem Commentaria, quibus....* Augustæ Taurinorum, 1574.
- *Consilia, quaestiones et tractatus...., novissime accesserunt additiones Iacobi Menochii*, Venetiis, 1590.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.-TISSIER, A.: "De la prescription", en: *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3^a ed., Lib. de la Soc.du Recueil J.B.Sirey, et du Journal du Palais, Paris, 1905.

BAUR, Fritz (1911-1992):

- "Gestufte Mitbesitz am Brief bei Teilgrundpfandrechten", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967.
- *Sachenrecht*, en: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Sachenrecht*, t.4, Stuttgart- Berlin-Köln-Mainz, 1968.
- *Lehrbuch des Sachenrechts*, 13^a ed., C.H.Beck, Munich, 1985.

BAZENET, Edgar: *Les actions possessoires dans leurs rapports avec le droit civil et d'après la jurisprudence de la Cour de Cassation*, Librairie des Annales des justices de Paix, Paris, 1923.

BECCARA, Gabriele a: "La Corte costituzionale ridimensiona la portata del cosiddetto "divieto del cumulo" tra possessorio e petitorio", *Quadrimestre, Rivista di Diritto privato*, 3, 1993.

BEKKER, Ernst Immanuel (1827-1916):

- *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, t.II, Berlin, 1873 (Ed.anastática, 1970).
- "Zur Reform des Besitzrechts", *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 30 (1891).
- "Der Besitz beweglicher Sachen", *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 34 (1895).

BELIME, W.: *Traité du droit de possession et des actions possessoires*. Jouvert, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1842.

BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La comunidad de bienes en derecho español*, Ed.Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

BELLAPERTICA, Petrus de (1210/15-1296):

- *Comentaria in Digestum Novum videlicet ad XLIII, XLVIII, XLVI et XLIX*, Frankfurt, 1571, (Ed. anastática 1968).
- (en realidad IACOBUS de RAVANIS): *Lectura Super Codice*, (ed.anastática 1967).

BEROIUS, Augustinus (1474-1554): *Consiliorum Augustini*, vol.III, Augusta Vindelicorum, 1601.

BERGER, A.: "Miscellen aus der Interdiktenlehre", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom.Abt.)*, 36, 1915.

BERMEJO PUMAR, María M.: "Algo sobre la posesión de derechos a que se refiere el Tít.V del Lib.II del Cc.", *A.D.C.*, 1992.

BIERMANN, J.: *Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1903.

BIOCHE: *Traité des actions possessoires contenant l'exposé complet de la jurisprudence, l'opinion des auteurs suivi de formules*, Bureau des justices de paix-Auguste Durand, Libraire, Paris, 1865.

BIONDI, Biondo: *Scritti giuridici*, II, Dott A.Giuffrè-Edit., Milán, 1965.

- "La legittimazione processuale nelle azione divisorie romane"
- "Il proceso civile giustineano (Metodo e spunti di ricostruzione)"
- "Intorno alla romanità del processo civile moderno"
- "Summatim cognoscere"
- v. «Comunione (Diritto romano)», en *Novissimo Digesto italiano*, t.III, UTET, Torino, 1959.
- *Las servidumbres*, con anotaciones de Derecho español común y foral, por J.M.González Porrás, Ed.Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

BISEGNA, Ulderico: "Tolleranza (atti di)", *Novissimo Digesto italiano*, XIX, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1973.

BLESA, Diego: "La cuasi posesión", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1932.

BLUNTSCHLI, Johann Caspar (1808-1881): *Deutsches Privatrecht*, München, 1853, Literarisch-artistisch Anstalt, (Ed. anastática, 1983).

BOCCATIIS de CINGULO, Verginius de (+1596): "De interdicto uti possidetis, sive de manutentione in possessione", en: *Tractatus Universi Iuris, duce et auspice Gregorio XIII Pontifice maximo, in unum congesti additis quamplurimis antea nunquam editis...*, Venetiis, 1584.

BOILEAUX, J.M.: *Commentaire sur le Code civil*, t.III, 4 ed., Jouvert, Libraire-éditeur, Paris, 1838.

BOLOGNETUS, Ioannes (1506-1575): *In eam Pandectarum partem quam Primam Digesti Veteris vicant, Commentariorum, seu Repetitionum*, Venetiis, 1572.

BONEL y SANCHEZ, León: *Código civil español, comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados...*, t.II, A.López Robert, impresor, Barcelona, 1890.

BONFANTE, Pietro (1864-1932): *Scritti giuridici varii*, III, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1926.

- "Il «ius prohibendi» nel condomino"
- "Le convenzione fra condomini e l'esercizio dei diritti da parte dei singoli"
- "Il «ius adcrendi» nel condominio"
- "L'azione autonoma del condomino"
- "Premese critiche sull'ordinamento positivo del condominio"

- *Note al Diritto delle Pandette de B.Windscheid*, t.V., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1926.

- *Las relaciones de vecindad* (traducción, prólogo, concordancias y apéndice de Alfonso García Valdecasas), Ed.Reus, Madrid, 1932.

- *Corso di Diritto romano*, Milán, Dott.A. Giuffrè Editore, v.II, t.II (*La proprietà*), 1968; v.III, (*Diritto reali*), 1972.

BORCHOLTEN, Joannes (1535-1593): *Commentaria in quatuor Institutionum Iurid civilis libros*, Lugduni, 1615.

BORNEMANN, F.W.L. (1798-1864): *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung des Materialien des Allgemeinen Landrechts*, I, 2 ed., Jonas Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1842 (ed.anastática 1987).

BORRELL Y SOLER, Antoni Maria (1864-1956):

- *El dominio según el Código Civil español*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1948.

- *Derecho civil español*, II, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955.

BOURCART: *Etude historique et pratique sur les actions possessoires*, A. Durand et Pedone-Lauriel, Editeurs, Paris, 1880.

BRANCA, Giuseppe:

- "Il regime degli atti di disposizione materiale nel condominio romano classico" (1 y 2 parte), *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, 1931 y 1932.
- "Condominio e pre-uso", *Riv. Trim. Diritto e Procedura civile*, 1958.
- "Comentario Sentenza de 6.abril.1966", *Il Foro italiano*, 1966, I.
- "Modo di godimento e amministrazione della cosa comune", *Rivista di Diritto Civile*, XIV, 1968.
- *Comunione*, Commentario del CC a cura di A.Scialoja-G. Branca, III, 6 ed., Zanichelli Editore, Bologna/Il Foro italiano, Roma, 1982.

BREDERODUS, Cornelius: *Tractatus de Appellationibus singularis et utilissimus*, Franconfortiam Moenum, 1592.

BRINZ, Alois (1820-1887): *Lehrbuch der Pandekten*, 2ª ed., Verlag von Andreas Peichert, Erlangen, 1873.

BROCA, Guillermo María (1850-1918): *Novísima Ley de Enjuiciamiento civil, reformada con arreglo á la de 21 de julio de 1880, anotada con la doctrina del Tribunal Supremo que continua teniendo aplicacion... por...*, Imprenta "La Renaixensa", Barcelona, 1881.

BROCA, Guillermo María- MAJADA, Arturo: *Práctica procesal civil, adaptada a la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la de Enjuiciamiento civil y demás disposiciones civiles y procesales complementarias*, 21ª ed., t.VI, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1988.

BRODMAN: *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, (bisher herausgegeben von E.Strohal), t.III, 4 ed., Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, Berlin und Leipzig, 1920.

BRUNS, Carl Georg (1816-1880):

- *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, 1848.
- *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar, Hermann Böhlau, 1874.
- "Der ältere Besitz und das Possessorium ordinarium", en: *Kleinere Schriften*, t.I, Hermann Böhlau, Weimar, 1882.

BUDAEUS, Guilelmus (1467-1540): *Annotationes...*, in *quatuor & viginti Pandectarum libros*, Parisiis, 1585.

BÜFF: "Haben Mitbesitzer unter einander possessorische Interdicte?", *Archiv für praktische Rechtswissenschaft aus dem Gebiete des Civilrechts, Civilprozesses und Criminalrechts*, 1866.

- BÜHL, Bernardo: "La indivisibilidad de las servidumbres prediales", *R.C.D.I.*, 1931.
- BUONAMICI, F.: *La storia de la procedura civile romana*, vol.I, Pisa, 1886, (ed.anastática 1971).
- BUSI, B.: *La successione nel possesso negli atti tra vivi*, Torino, 1895.
- BUSI, Emilio: *La formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto comune (Diritti reali e diritti di obbligazione)*, Cedam, Padova, 1937.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique: "El objeto protegido en la acción publiciana", *R.D.P.*, 1991.
- BUTRIGARIUS, Jacobus (+1308):
 - *Super Codicem hanc subtilissimam edidit lecturam*, (ed. anastática 1973).
 - *In Primam e Secundam veteris Digesti Partem*, t.I, Romae, 1556 (ed.anast.1978).
- BUTRIUS, Antonius (1338-1408): *Super Secunda Secundi Decretalium Commentarii*, t.IV, Venetiis, 1578.
- CABALLERO BONALD, Rafael: "Problemática de los interdictos de retener y recobrar (Concurrencia de poseedores)", *Revista de Derecho judicial*, II, 1961.
- CABALLERO GEA, José-Alfredo: *Los interdictos de retener o de recobrar y de obra nueva: problemática judicial. Síntesis y ordenación de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias provinciales*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1984.
- CABELLA PISU, Luciana: v.«Azioni possessorie», *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, 4ª ed., t.II, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, 1988.
- CABRINI, Federica: "Il petitorio nel possessorio: luci e ombre dal palazzo della Consulta", *Riv.Trim.Diritto e Procedura civile*, 1995.
- CADAFALCH Y BUGUÑA, Joaquín (+1883): *Prontuario de las acciones*, Imprenta de Antonio Brusi, Barcelona, 1856.
- CANCERIUS, Jacobus (1549-1629): *Variarum resolutionum iuris Caesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cathaloniae*, Lugduni, 1670.
- CAPILLA RONCERO, Francisco: "Comentario al art.1.695" en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo*, t.XXI, EDESA, Madrid, 1986.
- CAPONIUS, Julius (1612-1673): *Controversiarum forensium*, Coloniae Allobrogum, 1732.
- CARAZONY LICERAS, F.: "El artículo 41 de la ley Hipotecaria en lo procesal y en la Jurisprudencia", *R.C.D.I.*, 1942.

- CARCATERRA, Antonio: *Possessio. Recherche di storia e di dommatica*, Roma, 1938 (ed.anastática 1967).
- CAROCIUS, Vincentius: *Tractatus practicabiles de deposito, obligationibus, & Sequestro*, Venecia, 1603.
- CARRASCO PERERA, Angel: "Restitución de provechos", *A.D.C.*, 1987 (I).
- CARRE, G.-J.-L: *Les lois de la procédure civile, nouvelle édition, refondu par A. CHAUVEAU*, t.I, Société typographique belge, Bruselas, 1840.
- CASTRENSIS, Paulus (1391-1441):
- *In secundam Digesti veteris Partem Patavine praelectiones*, Lugduni, 1553.
 - *In Primam Digesti novi Partem*, Lugduni, 1553.
 - *Consiliorum sive responsorum praestissimi I.C.*, vol.I, Venetiis, 1580.
 - *Repetitionum seu commentariorum*, vol.I, Lugduni, 1553.
- CASTRO FERNANDEZ, Jaime Manuel de: *La protección interdictal: amplitud*, Ed.Colex, Madrid, 1986.
- CASTRO GARCIA, Jaime de: *Ley de Enjuiciamiento civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigida por José Luis Albácar López, t.III, 2ª ed., Ed.Trivium, Madrid, 1994.
- CEPHALUS, Joannes (1510-1579): *Consiliorum seu Responsorum Iuris*, Lib.III, Venetiis 1582.
- CERRILLO QUILEZ, Francisco: *Manual de interdictos*, Editorial Jurídica española, Barcelona, 1953.
- CESAREO-CONSOLO, Giovanni: *Trattato teorico-pratico del possesso e delle azioni possessorie*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1901.
- CHARRIN, A.: "Consulta: ¿El demandante, vencido en interdicto de retener, está obligado á pagar los honorarios del Abogado defensor del demandado, por su asistencia al juicio verbal de primera instancia?", *R.G.L.J.*, 1880.
- CHENON, Emile: *Histoire générale du droit français public et privé (Des origines a 1815)*, II, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929.
- CHIARLONI, Sergio: "Note minime sui procedimenti possessori", *Riv.Trim.Diritto e Procedura civile*, 1994.
- CIAPESSONI, Pietro: "Apunti sul testo edittale degli interdetti «uti possidetis» e «utrubi»", en: *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, II, Cedam, Padova, 1937.
- CICCAGLIONE, Federico: *Manuale di Storia del Diritto italiano*, vol.II, Dottor Francesco Vallardi, Milan (s.f.)

CLAVERO, Bartolomé: *Mayorazo. Propiedad feudal en Castilla 1369-1836*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1974.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe: *Instituciones de Derecho civil español*, nueva edición revisada y puesta al día por A. de Cossío y Corral / Gullón Ballesteros, t.I, Madrid, 1959.

COCA PAYERAS, Miguel: "Comentario de los arts.430 a 445" en: *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

COCCEJJI, Samuel (1679-1755): *Iuris civilis controversi*, Francofurti et Lipsiæ, 1753.

COING, Helmut: *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800*, I, Verlag C.H.Beck, München, 1985.

COLIN, Ambrose-CAPITANT, Henri: *Curso elemental de Derecho civil, traducción con notas de Derecho civil español de DE BUEN*, 2ª ed., revisada por OSSORIO, t.II, v.II, Instituto editorial Reus, Madrid, 1942.

COLMET DE SANTERRE, E.: *Cours analytique de Code Civil*, VIII, París, Librairie Plon, 1884.

El CONDE de la CAÑADA (Juan Acedo y Rico): *Instituciones prácticas de los juicios civiles así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan y acaban en los Tribunales Reales, por...*, Madrid, 1794.

CONNANUS, Franciscus (1508-1551): *Comentariorum Juris civilis Tomus Prior*, Parisiis, 1553.

CORDON MORENO, Faustino: "Sobre el ámbito de la protección posesoria", *La Ley*, 1983, II.

CORNEJO, Andrés: *Diccionario histórico y forense del Derecho Real de España*, por d. Joaquin Ibarra, Impresor de Cámara de SM., Madrid, 1779.

CORTIADA, Michaele (+1691): *Decisione reverendi cancellarii, et sacri regii santus Cathaloniae, pars quarta...*, Barcinonae, 1689.

COSACK, K.-MITTEIS, H.: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, 7-8 ed., Jena, Verlag von Gustav Fischer, 1924.

COVARRUBIAS de LEYVA, Didacus (1512-1577): *Practicarum quæstionum... in duobus tomis divisus, cum locupletissimo indice elaborato A.D.D Joseph Berní et Catala*, Valencia, 1775.

CRESPO ALLUE, Fernando: *La división de la comunidad de bienes*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1993.

CUESTA SAENZ, José María de la:

- *La acción publiciana*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1984.

- "La usucapión de la nuda propiedad", *A.D.C.*, 1987.

- "El esquema básico de protección posesoria en el Código civil español", *R.D.P.*, 1995.

CUJACIUS, Jacobus (1522-1590): *Opera omnia in tomos XI distributa*, ts.I y III, Venetiis, 1758; ts.IV y V, Mutinæ, 1777; t.VI, Mutinæ, 1778; t.VIII, Mutinæ, 1780.

CUMANUS, Raphael - FULGOSIUS, Raphael (1367-1427): *Consilia utriusque Raphaelis nuperrime castigata*, Lugduni, 1548.

CURASSON: *Traité des actions possessoires, du bornage, et autres droits de voisinage, relatifs aux plantations, aux constructions, a l'élagage des arbres et des haies, au currage des fossés et canaux*, Lagier (Dijon) - Jouvert (Paris), 1842.

CYNUS PISTORIENSIS (1270-1336): *In Codicem, et aliquot titulos primi Pandectorum Tomi, id est, Digesti Veteris doctissima Commentaria*, Frankfurt a.M. 1578 (reimp. 1964).

DALMAU y DE OLIVART, Ramón de: *La posesión. Apuntes y fragmentos de una nueva teoría posesoria. Noción en el derecho abstracto*, Imprenta de Jaime Jepús, Barcelona, 1884.

DALLOZ, D.: *Répertoire méthodique et alphabétique de Législation, de doctrine et de Jurisprudence en matière de Droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit de gens et de droit public* t.II, Bureau de la Jurisprudence générale du Royaume, Paris, 1846.

DANIELS, A. v.: *Lehrbuch des gemeinen preußischen Privatrechtes*, Verlag von Grobe, Berlin, 1851.

DARMSTAEDTER, Friedrich: "Der Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs", *Archiv für civilistische Praxis*, 151.

DECIUS, Philippus (1454-1536/7): *Clarissimi Commentaria in Digesti vet. et Cod. aliquot titulos*, Lugduni, 1579.

DEGENHART, Max: *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, t.7, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1972.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: "Adquisición y restitución de frutos por el poseedor", *A.D.C.*, 1975.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis:

- *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, Ed.Rev.Derecho Privado, 1962.

- "Notas para la reconstrucción del concepto de animus posesorio en el Derecho Moderno", *R.G.L.J.*, 1965, II.

- "De nuevo, sobre la acción publiciana en el Derecho español", *R.D.P.*, 1989.
- *El Derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica*, EDERSA, Madrid, 1993.

DE LUCA, Iohannes Baptista (1614-1683): *Theatrum veritatis et iustitia sive Decisivi Discursus per materias*, ts.IV y XV, Venetiis, 1726.

DE MARTINO, F.: *Del possesso*, en: *Commentario del Codice Civile a cargo de A.SCIALOJA-G.BRANCA*, Lib.III, Nicola Zanichelli Editore (Bologna)-Soc. Ed. del Foro Italico (Roma), 1951.

DEMOLOMBE, Jean Charles F. (1804-1887):

- *Traité des servitudes ou services fonciers*, t.II, 4ª ed., Durand-Hachette, Paris, 1868.
- *Traité des successions*, t.III, 4ª ed., Durand-Hachette, Paris, 1870.

DENISART, J.B.: *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives a la Jurisprudence actuelle*, 6ª ed., t.I y III, Chez Desaint, Paris, 1768.

DENTI, Vittorio: v.«Azione possessoria (Diritto intermedio e moderno)», *Novissimo Digesto italiano*, t.II, UTET, Turin, 1958.

DE PAZ, Christophorus (1550/70-1615/35): *De tenuta, seu interdicto et remedio possessorio summariissimo... Tractatus primus*, Lugduni, 1621.

DERNBURG, Heinrich (1829-1907): *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts*, I, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, 1875.

DIEGO DE LORA, Carmelo: *La posesión y los procesos posesorios*, Vol.I y II, Ediciones Rialp, Madrid, 1962.

DIEZ-PICAZO, Luis:

- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, 2ª ed., Ed.Tecnos, Madrid, 1983 (reimpr.1986).
- "Posesión y contrato de obra", *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Edersa, Madrid, 1978.

DIURNI, Giovanni:

- *Le situazioni possessorie nel medioevo. Età longobardo-franca*, Dott.A. Giuffrè Editore, Milan, 1988.
- v.«Possesso (dir.intermedio)», *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, Giuffrè Ed., 1985, pág.486 y ss.

DOMAT, Jean (1625-1696): *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t.I, Erasme Kleffer, éditeur, Paris, 1777.

DOMINGUEZ DE MOLINA, Joaquín: "Protección posesoria del derecho arrendaticio", *R.G.L.J.*, t.179 (1946, I)

- DONDERIS, L.: *La copropiedad*, Ed. Reus, Madrid, 1933.
- DONELLUS, Hugo (1527-1591): *Opera omnia. Commentariorum de iure civili, t.I (cum notis Osualdi Hilligeri)*, Florentiæ, 1840.
- DORAL GARCIA, José Antonio: "Liquidación de la gestión posesoria", *R.D.P.*, 1977.
- D'ORS, Alvaro-BONET CORREA, J.: "El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)", *A.D.C.*, 1952.
- DOSSETTO, Mario: v. «Comunione (Diritto civile)», en: *Novísimo Digesto italiano*, III, UTET, Turin, 1959.
- DOU Y BASSOLS, Ramón Lázaro (1742-1832): *Instituciones del Derecho público general de España con nota del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier estado*, ts.VI y VII, Oficina de Benito García y Cia, Madrid, 1802.
- DUARENUS, Franciscus (1509-1559): *Opera omnia diligenter emendata & aucta opportunis notis, vol.I, quo in Digestorum priores quatuor partes et in Justinieanei Codicis Titulus aliquot comentarii continentur*, Typis Josephi Rocchii, Luca, 1765.
- DURANDUS, Gulielmus: *Speculum juris, cum Io. and Baldi de Ubaldis...*, Venetiis, 1585.
- DYNUS MUXELLANUS (+1298): *In regulas Iuris Pontificii, cum additionibus Nicolai Boerii...*, Coloniae, 1617.
- EGEA FERNANDEZ, Joan: *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- EHRENZWEIG, A.: *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, sechste Auflage des von Prof. dR. L. Pfaff aus dem Nachlasse des Prof. Dr. J. Krainz herausgegeben, I, (2 parte), Manzsche Verlags und Universitäts-Buchhandlung, Viena, 1923.
- EICHLER, H.: "La idea de copropiedad", *A.D.C.*, 1961.
- EISELE, F.: "Zur Lehre vom Miteigenthum", *Archiv für civilistische Praxis*, 63.
- ELIAS, José Antonio: *Derecho civil general y foral de España, o sea resumen ordenado de las leyes vigentes en los varios territorios que forman la monarquía española y de las decisiones del Tribunal supremo que establecen Jurisprudencia, con un apéndice sobre las disposiciones de derecho civil que rigen en las provincias de Ultramar*, Madrid (Librería de Saturnino Gómez), Barcelona (Librería de Gaspar y Homdedeu), 1875.
- ELIZONDO, Francisco Antonio de: *Practica universal forense de los Tribunales de*

España, y de las Indias, t.I, quinta impresión. Madrid, 1783.

ENDEMANN, F.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, (II, I Sachenrecht), Carl Henmanns Verlag, Berlín, 1905.

ENTWURF eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachlen nebst allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichnis, Druck und Verlag der Königl. Hofbuchdruckerei von C.C. Meinhold & Söhne, Dresden, 1860.

ERMAN, Walter -WESTERMANN, Harm Peter: *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung Münster Westf., 1972.

ESCRICHE, Joaquín (1784-1847): *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, nueva edición reformada y considerablemente aumentada por los doctores J.Vicente y Caravantes y L.Galindo y De Vera*, t.III, Madrid, 1875.

ESPIAU ESPIAU, Santiago: *La vivienda familiar en el Ordenamiento jurídico civil español*, PPU, Barcelona, 1992.

ESPIN, Diego: "La sucesión en la posesión y la unión de posesiones en la usucapión", *R.D.P.*, 1943.

ESQUIROU DE PARIEU: *Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires*, Jouvert, Libraire-Editeur, Paris, 1850.

FABER, Antonio (1557-1624): *Codex Fabrianus. Definitionum forensium et rerum in Sacro Sabaudiae Senatu Tractatarum, Ad ordinem titulorum codicis Justiniani...*, auctore..., Genovæ, 1640.

FAIREN GUILLEN, Vicente: *El juicio ordinario y los juicios plenarios rápidos*, Ed. Casa Bosch, Barcelona, 1953.

FARINACCIUS, Prosperus (1544-1618): *Sacrae Rotae Romanae Decisionum recentiorum*, Pars Tertia, Venetiis, 1697.

FASOLUS, J. (+1286): *De summaris cognitionibus*, en: *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Prozesses im Mittelalter*, introducción de Ludwig WAHRMUND, reedición en 1962, de la edición de 1928.

FEBRERO, Josef: *Libreria de escribanos é instruccion juridica theorico práctica de Principiantes. Parte segunda, dividida en tres libros, trata de los cinco juicios de inventario, y particion de bienes del difundo, ordinario, executivo, y de concurso, y prelacion de acreedores*, Lib.III, t.I, Madrid, 1790 (Edición anastática de 1990).

FEDELE, Alfredo:

- *Possesso ed esercizio del Diritto*, Ed. Giappicelli, Torino, 1950.

- *La comunione*, en: *Trattato di Diritto Civile dirigido por G.Grosso-F.Santoro-Pasarelli*, Casa Editorial Francesco Vallardi, Milán, 1967.

- "Divisione del godimento della cosa comune e poteri della maggioranza e del giudice", en: *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, vol.VI, Giappichelli-Edit., Torino, 1974.

FEENSTRA, Robert: "Les origines du dominium utile chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani)", en: *Fata Iuris Romani*, Presse Universitaire de Leyde, Leyde, 1974.

FERNANDEZ, Miguel Angel -RIFA, José María -VALLS, José Francisco: *Derecho procesal práctico. Formularios y jurisprudencia sobre el proceso civil*, t.VIII, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.

FERNANDEZ DEL POZO, L.: "Derecho real de uso y poder de disposición", *R.C.D.I.*, 1988.

FERNANDEZ de la HOZ, José María (1812-1887): *Código de procedimientos civiles*, Imprenta de Eugenio Aguado, Madrid, 1843.

FERNANDEZ DE RETES, José (1620-1678): "De interdictis et remediis possessoriis", en: MEERMAN, *Novus thesaurus iuris civilis et canonici, continens varia et rarissim optimarum interpretum, imprimis hispanorum et gallorum, opera tam Edita antehac, quam Inedita, in quibus utrumque jus emendatur, explicatur, atque..., ex collectione et museo...*, t.VII, Hagæ-Comitum, 1751.

FERNANDEZ-ELIAS, Clemente (+1897): *Novísimo Tratado histórico-filosófico del Derecho civil español, precedido de una introducción acerca del método para su estudio...*, 2ª ed., Librería de Leocadio López, editor, Madrid, 1880.

FERNANDEZ VILLAVICENCIO, Francisco: "La facultad de disposición", *A.D.C.*, 1950.

FERRIERE, Claude de (1639-1715): *Nouvelle Institution coutumiere contenant les Regles de Droit coutumier, fondés sur les dispositions de toutes les Coutumes de France, & sur l'usage établi par les Arrests*, t.III, Imprimerie de Barthelemy de Multeau, Reims, 1702.

FERRINI, Contardo: *Manuale di Pandette*, 4ª ed., complementada por G.Grosso, Società Editrice Libreria, Milano.

FINZI, Enrico: *Il possesso dei diritti*, Giuffrè Ed., Milan, 1968.

FLOREZ de QUIÑONES, Vicente: "Comunidad o servidumbre de pastos", *R.D.P.*, 1933.

FONTANELLA, Joannes Petrus (1576-1640):

- *De pactis nuptialis sive capitulis matrimonialis*, Tom. posterior. Geneve, 1659.

- *Decisiones sacri regii senatus Cathalonix*, t.I, Lugduni, 1668.

FRAGALI, Michele: *La comunione*, t.II, en: *Trattato di Diritto civile e Commerciale*, dirigido por A. CICU- F.MESSINEO, Giuffrè Editore, Milán, 1978.

FÜRSTENHAL, J.A.: *Das Preußische Civilrecht nach Anleitung um der Titelfolge des Allgemeinen Landrechts, mit Berücksichtigung der neueren Gesetze, der Doctrin, der Praxis und das Römischen Rechts*, Theodor Theile, Königsberg, 1842 (ed.anastática 1970).

FUNAIOLI, Carlo Alberto: *La tradizione*, Cedam, Padova, 1942.

GALLO, Paolo: "Possesso (Sintesi di informazione)", *Rivista di Diritto civile*, 1989.

GAMBARO, Antonio: *La legittimazione passiva alle azioni possessorie. Studio di diritto comparato*, Dott.A.Giuffrè Editore, Milan, 1979.

GARCIA AMIGO, Manuel: "Condominio pro diviso o propiedad separada", *R.D.P.*, 1974.

GARCIA GARCIA, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t.I, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

GARCIA GOYENA, Florencio (1783-1855) -AGUIRRE, Joaquín (1807-1869): *FEBRERO o Librería de jueces, abogados y escribanos comprensiva de los Códigos civil. criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente...*, 3ª ed. corregida y aumentada por J.Aguirre y J.M.Montalbán, t.VII, Imprenta de D.Ignacio Boix Editor, Madrid, 1845 y 4º ed., reformada y aumentada por José de Vicente y Caravantes, Madrid, 1852.

GARCIA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho civil de Zaragoza, Zaragoza, 1974.

GARCIA-GRANERO FERNANDEZ, Juan: "Cotitularidad y comunidad. Gesamte Hand o comunidad en mano común", *R.C.D.I.*, 1946.

GARCIA DE MARINA, Manuel: *Interdictos*, Ed.Serlipost, Barcelona, 1992.

GARCIA ROMERO de TEJADA, José (+1908): "De la prescripción entre comuneros", *R.G.L.J.*, 1902 (101).

GARCIA VALDECASAS, Guillermo:

- "La posesión incorporal del despojado y la posesión de año", *R.D.P.*, 1946, tom. XXX.

- "La acción publiciana en nuestro derecho", *A.D.C.*, 1948.

- "La doble naturaleza de la posesión", *A.D.C.*, 1954.

- *La posesión*, Ed.Comares, Granada, 1987.

GARNIER, F.X.P.: *Traité des actions possessoires*, Librairie de Jurisprudence de

H.Tarlier, Bruxelles, 1834.

GARSONNET, E.: *Traité théorique et pratique de Procédure*, t.I, L.Larose et Forcel, Libraires-éditeurs, Paris, 1882.

GAUDEMET, Jean: *Etude sur le régime juridique de l'indivision en Droit Romain*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1934.

GAYOSO ARIAS, Ramón: "Naturaleza y desarrollo procesal de la «actio communi dividundo»", *R.D.P.*, 1920.

GENTILE, Francesco Silvio:

- *Il possesso nel diritto civile*, 1956.

- *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1958.

GEYL, Andrea (1526-1587): *Practicarum observationum tam ad procesum iudicarium praesentim Imperialis Cameræ, quam causarum decisiones pertinentum, Libri II ... De pignorationibus*, Liber I, Coloniae Agrippinae, 1578.

GIERKE, Otto v. (1841-1921):

- *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Verlag von Ducker & Humblot, Leipzig, 1889.

- *Deutsches Privatrecht, II (Sachenrecht)*, Verlag von Ducker & Humblot, Leipzig, 1905.

GIERKE, Julius v.: Bürgerliches Recht (Sachenrecht), en la Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaft, IX, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1925.

GIL RODRIGUEZ, Jacinto: *El usufructo de acciones (aspectos civiles)*, Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1981.

GIMENEZ ARNAU, Ernesto: *Tratado de Legislación Hipotecaria*, Ediciones Españolas, S.A., Madrid, 1941.

GIMENEZ-ESPARZA LOPEZ, José: "Sobre prueba en interdictos de retener y recobrar", *Revista General de Derecho*, 1960.

GIMENO SENDRA, V.: "Los juicios posesorios y análogos", en: *Derecho procesal*, T.I, vol.II (Proceso civil, 2), por V.Cortés Domínguez, V.Moreno Catena, J.Almagro Nosete y V.Gimeno Sendra, 6ª ed., Ed. Tirant los Blanch, Valencia, 1992.

GIRARD, Paul Frédéric: *Manuel élémentaire de Droit romain*, 8ª ed., Paris, 1929.

GLÜCK, Frederick (1755-1831): *Commentario alle Pandette*, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del Regno d'Italia..., continuación de A.UBBELOHDE, Società Editrice Libreria, Milan, 1907.

GOLDSCHMIDT, Levin: "Grundlagen der Besitzlehre", *Vermischte Schriften*, I, J.Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1901 (ed.anastática 1978).

GOMEZ, Antonius (1501-1562/72):

- *Opus praeclarum et utilissimum super legibus tauri, editum per egregium & subtilem....*, Salamanca, 1608.

- *Variæ resolutiones iuris civilis, communis et regii, Tomis Tribus distinctae*, t.II, Lugduni, 1761.

GOMEZ BECERRA, Alvaro: "Memoria relativa a los principales actos del Exc.Sr.D.Alvaro Gómez Becerra como Ministro de Gracia y Justicia en 1835 y 1836, escrita por el mismo y encontrada después de su fallecimiento, ocurrido en 1855", *R.G.L.J.*, 1876.

GOMEZ Y NEGRO, Lucas: *Elementos de práctica forense*, 4 ed., Imprenta de don Julián Pastor, Valladolid, 1838.

GOMEZ de la SERNA, Pedro (1807-1871):

- "Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil" *R.G.L.J.*, 1856, t.VIII, (También publicada como *Motivos de las variaciones principales que se han introducido en los procedimientos de la LEC.*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857.

- Respuesta a la Consulta "¿Es ó puede versar este juicio ordinario acerca de la propiedad, ó meramente sobre el despojo, para aducir pruebas y datos, que en el juicio sumario se le han negado?", *R.G.L.J.*, t.XV, 1859.

- *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, 3 ed., Madrid, 1883.

GOMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel (1806-1889): *Tratado académico forense de los procedimientos judiciales*, t.I, 3ª ed., Madrid, 1861.

GONZALEZ GARCIA, J.: *La facultad de exclusión del propietario*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1986.

GONZALEZ Y MARTINEZ, Jerónimo: "La reforma de la Ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400 en 1927", en: *Nuevos Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1948.

GORDILLO, Antonio: "Servidor de la posesión e interdictos: datos para un replanteamiento crítico del tema" en: *Estudios en homenaje a Beltran de Heredia*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.

GOTARREDONA, Pedro: "¿Puede declararse la acumulación de un interdicto de retener á otro de recobrar que se haya intentado antes y deba sustanciarse sin audiencia del supuesto despojante, sobre la misma posesion", *El Faro Nacional*, 1863 (II).

GOTHOFREDUS, Dionysius (1549-1622): *Corpus Iuris civilis romani in quo Institutiones, Digesta ad Codicem Florentinum emendata*, ... Lipsiae, 1719.

GRAVINA, Janus V. (1664-1718): *Opera, seu originum Iuris civilis libri tres, recensuit & anotationibus auxit Gotefridus Mascovius*, t.I, Venetiis, 1758.

GRECO, Francesco: *Della proprietà*, Lib.III, t.III, Commentario del Codice civile, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1958.

GRECO, Fernanda: "Appunti su diritto e processo nella tutela possessoria", *Il Foro italiano*, 1989.

GREGORIUS THOLOSANUS, Petrus (1540-1597): *Syntagma iuris universi atque legum pene omnium gentium, et rerum publicarum*, 1a parte, Lugduni, Sumptibus Ioannis Pillehotte, 1609.

GROSSI, Paolo: "Dominia e servitutes", en: *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milan, 1992.

GUARNERI, Attilio: "Una legge francese sulle azioni possessorie", *Rivista di Diritto civile*, 1980, I.

GUARINO, Antonio: v.«Comunione (dir.civile)», *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Giuffrè Editore, Milan, 1961.

GUASP, Jaime: "Dictamen sobre la admisibilidad de la demanda alternativa de interdicto de retener o recobrar". *A.D.C.*, 1948.

GUERRA SAN MARTIN, José: *Lecciones de Derecho procesal*, vol.II, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.

GULLON BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho civil, contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Ed.Tecnos, Madrid, 1968.

GUTIERREZ FERNANDEZ, Benito: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t.II, 2ª ed., Madrid, 1868.

HANSENNE, J.: *La servitude collective. Modalité du service foncier individuel ou concept original?*, Faculté de Droit, Lieja-Martinus Nijhoff, La Haya, 1969.

HARPPRECHTIUS, Johannes (1560-1639): *Commentarios in Librum Quartum Institutionum Divi Imp. Justiniani*, Ed.II, Joannis Bayeri, Hanoviae, 1657.

HEDEMANN, Justus Wilhelm:

- *Las presunciones en el Derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1931.

- *Tratado de Derecho civil, II*, Madrid, 1955.

HEILFRON, E.- PICK, G.: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, t.III (Sachenrecht), Speyer & Peters, Berlín, 1907.

HEINECCIUS, Johann Gottlieb (1681-1741): *Elementos del derecho romano según el orden de las instituciones*, Madrid, 1842.

HERNANDEZ DE LA RUA, V. (1808-1890): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, t.II, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, Madrid, 1856.

HERNANDEZ GIL, Antonio: *La posesión como institución jurídica y social*, en: *Obras completas*, t.II, Ed.Espasa-Calpe, Madrid, 1987.

HEVIA BOLAÑOS, J. de (1571-1623): *Curia philipica*. Primero y segundo tomo. Madrid 1767.

HEYSSLER, Moriz: "Das possessorium summasissimum und das possessorium ordinarium des österreichischen Rechts", *Zeitschrift für das und öffentlichen Rechts*.

HOCHE, Ulrich: *Palandt bürgerliches Gesetzbuch*, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, t.VII, 35 ed., München, 1976.

HOTOMANUS, Franciscus (1524-1590): *Commentarius in quatur Libros Institutionum iuris civilis*, 5 ed., Lugduni, 1588.

HUBER, Ulricus (1639-1694): *Praelectionum Iuris Civilis Tomi Tres secundum Institutiones et Digesta Justiniani*, accedunt Christiani THomasii J.C. additiones, T.I, Maceratae, 1838.

HÜBNER, Rudolf (1864-1945): *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 4^a ed., Leipzig, 1922.

HUMMEL, Jörg-Dieter: "Mitbesitz und Besitzkonstitut bei Grundschuldteilabtretungen ohne Briefübergabe", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965.

HUNNIUS, Helrico-Ulrico (1583-1636): *Encyclopedia Iuris universi*, Colonia Aggripinae, 1675.

IGLESIAS, J.: *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*, 7^a ed., Barcelona, 1982.

IHERING, Rudolph v. (1818-1892):

- "Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen", *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 10.

- *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, t.IV, versión española con la autorización del autor y notas, por Enrique Príncipe y Satorras, Librería Editorial de Carlos Bailly-Bailliere, Madrid, 1891.

- *La posesión (I.El fundamento de la protección posesoria. II. La voluntad en la posesión con la crítica del método reinante)*, versión española de Adolfo Posada, 2^a ed., Ed.Reus, Madrid, 1926.

- *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Marginalia, Ed.Civitas, Madrid, 1987.

IOANNES ANDREÆ (+1348): *In secundum Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetiis, 1581.

IRNERIUS (+ hacia 1140): *Summa Codicis*, con introducción de Hermann Fitting, Berlin, J.Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1894 (ed. anastática 1977).

JACOBUS DE ARENA (+ hacia 1296): *Commentarii in Universum Ius civile*, Lugduni, 1541 (ed.anastática 1971).

JASON de MAYNO (1435-1519): *In Primam Digesti Novi Partem Commentaria*, Augusta Taurinorum, 1576.

JOANNIS DE IMOLA (+ hacia 1436): *Repertorium alphabeticum cunctarum, in Commentariis domini Ioan.Imolemsis, Iuris utriusque doctoris, super Infortiato & Digesto Novo contentarum, cum Allegationibus Titulorum & numeris Sumariorum: quo cuique quod cupit facule sit obvium, nunc denuo diligentissim ad studiorum utilitatem in lucem exit*, Lugduni, 1549.

JORDANO BAREA, Juan B.:

- "Una relección sobre la posesión", *A.D.C.*, 1986.

- "El cuasiusufructo como derecho de goce sobre cosa ajena", *A.D.C.*, 1948.

JÖRS, Paul-KUNKEL, Wolfgang: *Derecho privado romano*, Ed.Labor, Barcelona, 1965.

KASER, Max: *Das römische Privatrecht*, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1955.

KEES, Johanm Georg (1663-1754): *Commentarius ad D.Justiniani Institutionum imperialium*, Iv libros, Laussannæ Helvetiorum, 1769.

KELLER, Friedrich Ludwig von (1799-1860): *Pandekten*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1866.

KIEFNER, Hans: "Qui possidet dominus esse praesumitur", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom.Abt.)*, 1962.

KLIMRATH, H.: *Etudes sur les Coutumes*, Paris, 1867, Cotillon, Editeur.

KOHLER, Joseph (1849-1919): *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II,II, Carl Heumann Verlag, Berlin, 1919.

KOLLHOSSER, Helmut: "Grundfälle zu Besitz und Besitzschutz", *Juristische Schulung (JuS)*, 1993, ns.3 / 5 / 7.

KOZIOL, Helmut-WELSER, Rudolph: *Grundriß des bürgerlichen Rechts*, vol.II, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Viena, 1991.

KREITTMÄHR, Wiguläus Xaverius Aloysius von (1705-1790): *Anmerkungen Über den Codicen Maximilianicum bavaricum civilem, worinn derselbe sowohl mit dem Gemein als ehemalig Shur=Banrischen Land//Recht genau collationiert , sohin der Interscheid zwischen dem alt und neueren Recht...*, Jacob Wotter, Munich, 1761.

KRELLER, Hans: *Römisches Recht II. Grundlehren des gemeinen rechts (Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht)*, Springer Verlag, Wien, 1950.

KRÜGER, Joachimus: *De compossessione*, en: STRYK, Samuel (1640-1710): *Dissertationum juridicarum francofurtensium*, vol.II, (Disput.XVII), Florentiæ, 1837.

KUHLENBECK, Ludwig: *Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einführung in das Studium des Bürgerlichen Rechts*, II, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1899.

LABRUNA, Luigi: *Vim fieri veto*, Jovene editore, Pubblicazioni della Scuola di perfezionamento... di Camerino, Camerino, 1971.

LACRUZ BERDEJO, José Luis:

- *Elementos de Derecho civil (Derechos reales)*, III, I- II y III bis (Derecho inmobiliario registral), 3ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1990, 1991 y 1984.

- "Contribución a una pedagogía de la posesión", *Estudios de Derecho privado común y foral*, t.I, Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles, Centro de Estudios Registrales, Zaragoza, 1979.

LAFAILLE, Héctor: *Curso de Derecho civil (Derechos reales)*, 3a. ed., t.I, Biblioteca jurídica argentina, Buenos Aires, 1929.

LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique: "Sobre el concepto y las clases de posesión", en: *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, v.VII, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.

LANDSBERG, Ernst: *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre von Eigenthum*, F.A.Brockhaus, Leipzig, 1883.

LARGUIER, Jean: *Procédure civile. Droit judiciaire privé*. Mémentos Dalloz, 12 ed., Paris, 1991.

Las SIETE PARTIDAS del sabio rey d.Alonso el IX, con las variantes de mas interés, y con la glosa del Lic.Gregorio López, vertida al castellano y estensamente adicionada con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado, por D.Ignacio SANPONTS Y BARBA, Ramon MARTI DE EIXALA y d.José FERRER Y SUBIRANA, Imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, 1844.

LASTRES, Francisco (1848-1918): *Procedimientos civiles y criminales con arreglo a la Novísima Ley de Enjuiciamiento Civil, compilación criminal y disposiciones vigentes, seguidos de un Manual de Formularios para facilitar la aplicación de la teoría a la*

práctica forense, 7 ed., Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1881.

LAURENT, François (1810-1887): *Principes de Droit civil français*, ts.VII (Bruselas-Paris, 1872) VIII y XXII, Paris, 1873.

LEDRU-ROLLIN: *Répertoire général du Journal de Palais, contenant la Jurisprudence de 1791 à 1845, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs, par...*, t.IV, Bureau du Journal du Palais, Paris, 1846.

LEICHT, P.S.:

- *Il diritto Privato Preirneriano*, Bolonia, 1933.

- *Storia del Diritto italiano. Il diritto privato*, 2 parte, Milan, 1943, Giuffrè editore.

LENT, Friedrich: *Sachenrecht*, 6 ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich-Berlin, 1957.

LEONE, F.: "La prescrizione del coerede e del condomino e l'intervensione del possesso", *Rivista di Diritto Civile*, 1921, t.13

LENER, Angelo: *La comunione, Trattato di Diritto civile diretto da Pietro Rescigno*, 8,II, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1982.

LEVONI, Alberto: *La tutela del possesso*, vol.I, Dott. Giuffrè Editore, Milán, 1979.

LEYSER, Augustin (1683-1752): *Meditationes ad Pandectas, quibus praecipua iuris capita ex antiquitate explicantur, cum iuribus recentioribus conferuntur atque...*, v.VII, Lipsiae, Brunsvigae et Guelpherbyti.

LEYVA DE LEYVA, Antonio: "La propiedad cuádrimensional: Un estudio sobre la multipropiedad", *R.C.D.I.*, 1985.

LEZON, Manuel: "Materia interdictal", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1912.

El LIBRO de los jueces, abogados, escribanos y procuradores conforme a la legislación y práctica vigentes por el autor del Código Civil español, 2 ed., Imprenta de José Torner, Barcelona, 1846.

LIGNANUS, J. de: *Super Clementina "Saepe"*, con introducción de WAHRMUND, en: *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Prozesses im Mittelalter*, reedición en 1962, de edición de 1928.

LIOTTA, Giuseppe: *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Jovene Editore, Napoli, 1983.

LOIS ESTEVEZ, José: "El problema de la prueba en los interdictos posesorios y otras cuestiones (Sentencia 11 junio 1948)", *A.D.C.*, 1949, 1.

LOPEZ, Gregorio: vid. *Las Siete Partidas...*

LOPEZ FRIAS, Ana: "La posesión con título y la prescripción *contra tabulas* como causas de oposición a la acción real registral, *R.D.P.*, 1995.

LOPEZ de HARO, Carlos:

- "«El ius usus inocui»", *R.D.P.*, 1920.

- "La reforma del art.41 de la L.H", *R.D.P.*, 1927.

- "La tradición y el tracto en el Registro", *R.D.P.*, 1929.

LOPEZ-MORENO: *Procedimientos civiles y criminales*, 1901.

LOYSEL (1536-1615/17): *Institues coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses reigles, Sentences...*, 3 ed., Nueva ed. de M. Revlos, Paris, 1935.

LUNA SERRANO, Agustín: "Comentario de los arts.1.943-1.948", en: *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

LUZZATTO, Giuseppe Ignazio: "In tema di origine nel processo «extra ordinem»" en: *Studi in onore di Volterra*, II, Milán, 1971.

LLAMAS Y MOLINA, Sancho de (1744-1829): *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro 3ª ed., ilustrada con notas y adiciones histórico-crítico-doctrinales...* por J. VICENTE Y CARAVANTES, t.II, Imprenta y librería de Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1853.

MALAFOSSE, J.de: *L'interdit momentariae possessionis. Contribution a l'histoire de la protection possessoire en Droit romain*, Toulouse, 1947 (ed.anastática, 1967).

MANDRIOLI, D.: "Molestia fra conlocatarii", *Rivista di Diritto civile*, 1921.

MANRESA NAVARRO, José María:

- *Comentarios al Código Civil español*, ts.IV y XII, 1ª y 6ª ed. -revisada por Pou de Avilés-, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1895 y 1951.

- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada conforme a las Bases aprobadas por la ley de 21.julio.1880*, t.VI, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1895.

MARANTA, Robertus (+1540): *Praxis civilis, Novissime recognitum, ac miro ordine...*, Napoli, 1557.

MARCADE, V. Napoleón (1810-1854): *Explication du Tít.XX, Liv.III du Code Napoléon (De la prescription)*, Librairie de Jurisprudence de Cottillon, Paris, 1854.

MARCOS GUTIERREZ, José: *Librería de escribanos, abogados y jueces que compuso don José Febrero y ha reformado de nuevo ...*, t.IV, Imprenta de d.Fermín Villalpando, Madrid, 1825.

MARIN GARCIA de LEONARDO, Teresa: "Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario", *A.D.C.*, 1989.

MARIN PEREZ, Pascual: *Derecho civil, (Derechos reales y Derecho registral)*, III, Ed.Tecnos, Madrid, 1984.

MARTI MIRALLES, Juan (1866-1949): "Spoliatus ante omnia restituendus", *R.J.C.*, 1911.

MARTIN-BALLESTERO HERNANDEZ, Luis: *La acción negatoria*, Ed.Tecnos, Madrid, 1993.

MARTIN CARRAMOLINO, J.: *Método actual de la sustanciación civil y criminal en la jurisdicción real ordinaria*, Imprenta del Colegio de Sordo-mudos, Madrid, 1839.

MARTIN PEREZ, Antonio: "Comentarios a los arts.430 a 466", en: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Diaz Alabart, 2 ed., puesta al día por Miguel COCA PAYERAS, EDERSA, Madrid, 1993.

MARTIN RETORTILLO, Cirilo: "La posesión en montes públicos", *R.G.L.J.*, 1943.

MARTINEZ CORBALAN, J.: "La reforma de la Ley Hipotecaria. Examen del artículo 41 en relación con sus predecesores", *R.C.D.I.*, 1946.

MARTY, G.-RAYNAUD, P.: *Droit civil (les biens)*, 2 ed., Sirey, Paris, 1980.

MASI, Antonio: *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto, Trattato di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno*, vol.8, t.II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turin, 1982.

MASUCCI, L.: "Ancora sull'intervensio possessionis nella prescrizione del coerede", *Il foro italico*, 1927.

MAYNAR BARNOLAS, Manuel: "¿Interdicto de recobrar o interdicto de obra nueva?", *R.G.L.J.*, 1951 (t.189).

MAZEAUD, Henry y Léon -MAZEAUD, Jean: *Leçons de Droit civil*, t.II, v.II, 5 ed., Editions Montchrestien, 1976.

MEDICUS, Dieter: "Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz", *Archiv für civilistische Praxis*, 165 (1965).

MEISCHEIDER, E.: *Besitz und Besitzschutz. Studien über alten Probleme*, Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1876 (Ed. anastática de 1970).

MENOCCHIUS, Iacobus (1532-1607):

- *De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione*, Venetiis, 1606.

- *De præsumptionibus, coniecturis, signis & Iudiciis commentaria*, t.II, Venetiis, 1617.

MERLIN, M: *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, t.V, H.Tarlier, Libraire-éditeur, Bruxelles, 1825.

MESSINEO, Francesco:

-*Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milan, 1947.

- "Costituzione di pegno, mediante compossesso fra creditore pignoratizio e datore, e suoi effetti", *Banca, Borsa e Titoli di credito*, t.I, 1949.

MEYNIAL, E.: "Notes sur la formation de la théorie du domaine divise (domaine direct et domaine utile) du XII au XIV siècle dans les romanistes. Etude de dogmatique juridique", en: *Mélanges Fitting*, t.II, Montpellier, 1908.

MICHALSKI, Lutz: "Inkongruenz von § 933 und § 934 BGB", *Archiv für civilistische Praxis*, 181 (1981).

MICHELET, Elisabeth: *La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire*, Paris, Librairie générale de Droit et Jurisprudence, 1973.

MIESCHER, Karl: "Die Besitzinterdikte unter Mitbesitzer", *Archiv für civilistische Praxis*, 59 (1876).

MIGUEL Y ALONSO, Carlos: v. «Interdictos», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Barcelona, 1968.

MIGUEL Y ROMERO, Mauro:

- "El sentido común y los interdictos", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1927.

- "Las pruebas en los juicios de interdicto de retener y de recobrar", *R.G.L.J.*, 1943.

MINDANUS, Petrus Fridericus:

- *De Processibus, mandatis et monitoriis in Imperiali Camera extrahendis, & de Supplicationibus, quae pro ijs fiunt, rectè formandis: Notationes ad Praxin Forensem utilissimae*, Frankfurt, 1597.

- "De judiciis possessoriis" en *Dissertationum Juridicarum Francofurtensium*, vol.V, Florentiae, 1840.

MIQUEL GONZALEZ, José María:

- *Comentarios al código Civil y las Compilaciones forales, dirigidos por M. Albaladejo*, t.V, vol.II, EDERSA, Madrid, 1985.

- "Presunción de propiedad y exhibición del título" en: *Libro del Centenario del Código civil, Asociación de profesores de Derecho civil*, t.II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

- "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1984", en: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, n.4 (enero/marzo 1984)

- "Comentario de los arts.446-466", en: *Comentario del Código civil*, t.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

- v. «Posesión. Derecho civil», *Enciclopedia jurídica básica*, t.III, Ed.Civitas, Madrid, 1995.

- v.«Usucapión», *Enciclopedia jurídica básica*, t.IV, Ed.Civitas, Madrid, 1995.

MOLINA, Ludovico de (1535-1600): *De primogenitorum hispanorum origine ac natura*, Lugduni, 1727.

MOLINA, Luis de (1535-1600): *Los seis libros de la Justicia y el derecho*, traducción, estudio preliminar y notas de M.Fraga Iribarne, t.I, vol.I, Imprenta de José Luis Cosano, Madrid, 1941.

MOLITOR, J.P.: *La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en Droit Romain...*, Auguste Durand, libraire, Paris, 1852.

MON PASCUAL, J.: "La nueva reforma de la ley Hipotecaria", *R.C.D.I.*, 1927.

MONER, Joaquin Manuel de (+1907):

- "La acumulación de un interdicto de recobrar la posesion de una finca á un juicio de menor cuantía en que se ventila su dominio ¿paraliza la ejecucion de aquel durante la discucion de éste, después de ser ejecutorias ambas sentencias interinas y ordinarias, dictadas las dos con reserva de derechos contra terceros designados?", *R.G.L.J.*, 1868.

- "¿Cuáles son los límites que separan las acciones restitutorias de los interdictos de retener y recobrar?", *R.G.L.J.*, 1868.

- "¿Existe el antiguo juicio llamado de jactancia despues de la publicacion de la ley de Enjuiciamiento civil?", *R.G.L.J.*, 1876, t.XLIX.

MONTEL, Alberto:

- "In tema di c.d. costituzione di pegno mediante compossesso fra creditore pignoratizio e datore", *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1951, I.

- v.«Condetenzione», *Novissimo Digesto italiano*, t.III., UTET, Torino, 1959.

- v.«Compossesso», *Novissimo Digesto italiano*, t.III., UTET, Torino, 1959.

- v. «Detenzione (Diritto civile)», *Novissimo Digesto italiano*, t.V, UTET, Torino, 1960.

- "A proposito di possesso del nudo proprietario", *Riv.Trim.Diritto e Procedura civile*, 1959.

- "In tema di possesso esclusivo, di compossesso e di «animus spoliandi»", *Nuovi scritti in materia di possesso*, Torino, 1958.

MONTEL, Alberto -PROTETTÌ, Ettore: *Possesso e azioni possessorie nella giurisprudenza*, Padova, 1970.

MONTEMAR, Félix de: "La condena en costas en los interdictos", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1932.

MONTON REDONDO, Alberto: v.«Interdicto», *Enciclopedia jurídica básica*, t.III, Ed.Civitas, Madrid, 1995.

MONTERO AROCA, Juan: *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento civil en su centenario*, Ed.Civitas, Madrid, 1982.

MONTES PENADES, Vicente: "Comentario a los arts.348 y 349" en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo*, EDERSA, Madrid, 1980.

MORALES MORENO, Antonio Manuel:

- *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español*, Consejo Superior de Investigaciones científicas, Madrid, 1972.

- "Abuso de derecho y estado de necesidad como posibles límites al interdicto de recuperar la posesión (Comentario a la sentencia de la Audiencia provincial de Bilbao de 27 de noviembre de 1985), *Poder Judicial*, 2.

MORELL Y TERRY, José: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t.II, 2 ed., Editorial Reus, Madrid, 1927.

MORENO QUESADA, Bernardo:

- "El usufructo de la nuda propiedad", *A.D.C.*, 1959.

- "Régimen jurídico de los frutos pendientes", *R.C.D.I.*, 1967.

MORETTI, Carola: "La domanda di risarcimento del danno da lesione del possesso", *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, III.

Spezielle MOTIVEN und Publications = Verordnung zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, Dresden, 1861.

MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, III (Sachenrecht), Berlin-Leipzig, 1888 (Ed. anastática).

MOURLON, Frédéric: *Répétitions écrites sur le Code civil*, Garnier Frères, libraires-éditeurs, Paris, 1883.

MÜHL, O.: *SOERGEL-SIEBERT Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Sachenrecht*, t.4, W.Kohlhammer Verlag, Stuttgart/Berlin/Köln, Mainz, 1968.

MÜNDERLOH, H.W.: "Zur Geschichte der Besitzklagen", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Rom.Abt.)*, IV, 1883.

MURGA, José Luis: *Derecho romano clásico. El proceso*, Zaragoza, 1980.

MYNSINGERIUS A FRUNDECK, Ioachim (1517-1587): *In IV libros Institutionum civilium D.Iustiniani*, s.f.

NANI, Cesare: *Storia del Diritto Privato italiano*, Fratelli Boca Editori, Turin, 1902.

NATUCCI, Alessandro: "Titolo e «animus» nella disciplina del possesso", *Quadrimestre. Rivista di diritto privato*, 1989, 3.

NAVARRO Y CARBONELL, J.: "El art. 41 de la ley Hipotecaria (Impresiones sobre

su reforma)", *R.C.D.I.*, 1927.

NOUGUES SECALL, Mariano (1808-1872): *Tratado de práctica forense novísima según la Ley de Enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855, con el texto literal de sus artículos, con las notas, explicaciones, referencias y comentarios oportunos, para su mejor inteligencia y exacta aplicación; con los formularios correspondientes a cada juicio, y un prontuario alfabético de las palabras, términos y objetos que comprende dicha ley*, t.II, Imprenta de M. Sanz y Gómez, Madrid, 1856.

NOODT, Gerardus (+1725): *Operum Omnium, t.II. Commentarium in D. Justiniani, L. XXVII Digestorum, sive Pandectarum*, 3 ed., Lugduni Batavorum, apud Theodorum Haak, 1767.

Nouveau Code de Procédure civile. Code de procédure civile. Code de l'organisation judiciaire, annotations de jurisprudence et bibliographie par NORMAND, Jacques - WIEDERKEHR, Georges - DESDEVISES, Yvon, 87 ed., Dalloz, Paris, 1995.

NUÑEZ LAGOS, Rafael: "Realidad y Registro", *R.G.L.J.*, 1944.

O'CALLAGHAN, Xavier: "La multipropiedad", *Actualidad civil*, 1987-2 (n.530).

ODOFREDUS (+1265):

- *In Secundam Codicis partem, Praelectiones (quae Lecturae appellantur)*, Lugduni, 1552 (Ed. anastática 1968)

- *Praelectiones in postremum Pandectarum Iustiniani Tomum, vulgo Digestum novum, nunc primum in lucem emissa* (Ed. anastát.)

OGAYAR y AYLLON, Tomás: "Comparecencia de las partes en los interdictos", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1932.

OINOTOMUS, Ioannis: *In quatuor institutionum Imperialium Justiniani Imp. Libros Commentarii... diligentissime emendati, nec non additionibus Dionisii Gothofredi*, Venetiis, 1757.

OLDENDORPIUS, Ioannes (hacia 1480-1567):

- *Opera*, t.II, Basel, 1559, (ed. anastática, 1966)

- "De usucapio et praescriptionibus" en: *Octavum volumen tractatum è variis iuris interpretatibus collectorum*, Lugduni, 1546.

OROZ, Hyeronimus de: *De apicibus iuris civilis. Libri Quinque in quibus fere duo millia textum eiusdem Iuris, vel ex professo noviter explicantur, vel ex aliqua speciali nota obiter illustrantur*, Lugduni, 1661.

ORTELLS RAMOS, Manuel: "De los interdictos", *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil (Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984)*, (coordinador Valentín Cortés), Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel (1806-1873):

- *Biblioteca judicial o Tratado original y metódico de la organizacion y atribuciones de los Juzgados de 1 Instancia, de las Audiencias y del Tribunal Supremo de Justicia*, 2ª ed., t.I, Madrid, Imprenta de la viuda de Jordán e hijos, 1840.

- *Elementos de práctica forense*, 2ª ed., t.II, Imprenta de la viuda de Jordán e hijos, Madrid, 1843.

- *Práctica general forense, tratado que comprende la constitución y atribución de todos los Tribunales y Juzgados y los procedimientos judiciales*, t.II, 4ª ed., Imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1861.

- *El Libro de los jueces, abogados, escribanos y procuradores conforme a la legislación y práctica vigentes por el autor del Código Civil español*, 2ª ed., Barcelona, 1846.

ORTUÑO, José: "Interdictos de retener y de recobrar", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1911.

OURLIAC, Paul- MALAFOSSE, J.de: *Derecho romano y francés histórico (Los bienes)*, t.II, Barcelona, 1963.

OURLIAC, Paul- GAZZANIGA, J.L.: *Histoire du Droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, 1985.

PABLO CONTRERAS, Pedro de: *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Ed.Tecnos, Madrid, 1992.

PACCHIONI, Giovanni: *Manuale di Diritto romano*, 3ª ed., Turin, 1935.

PACIFINI-MAZZONI, Emidio: *Instituzioni di Diritto Civile italiano*, 3ª ed., vol.III, Eugenio e Filippo Cammelli, Florencia, 1884.

PALAZZO, Antonio: v.«Comunione», en: *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, III, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, Torino, 1988.

PALOPOLI, Nicola: v.«Possesso», en: *Nuovo Digesto italiano*, t.X, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, Torino, 1939.

PANTOJA, José Mª:

- "De la posesión, segun la nueva Ley hipotecaria", *R.G.L.J.*, t.XX, 1862.

- v.«Interdicto», en: *Repertorio de la Jurisprudencia civil española*, T.II, Imprenta de los hijos de J.A.García, Madrid, 1887.

PARRA LUCAN, Mª Angeles: *La protección al medio ambiente. Orientaciones de la Jurisprudencia civil*, Ed.Tecnos, Madrid, 1992.

PASETTI, Giulio: "Limiti di estensione dell'azione di spoglio", *Riv.Trim.dir.priv.*, 1947.

PATAULT, Anne Marie:

- "La propriété non exclusive au XIX siècle: histoire de la dissociation juridique de

- l'immueble", *Revue historique de droit français et étranger*, 1983.
 - *Introduction historique au droit des biens*, Presses Universitaires de France, París, 1989.
- PATERNI, L.-CASTELLO DI BICOCCA: *La comunione dei beni nel cc italiano*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1895.
- PATTI, Salvatore: *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978.
- PAU PEDRON, Antonio: "Configuración jurídica de la multipropiedad en España", *R.C.D.I.*, 1988, I.
- PECCHIUS, Franciscus Maria (1618-1693): *Tractatum de servitutibus in genere*, t.I, Apud Fratres de Tournes, Genovæ, 1698.
- PEGUERA, Ludovicus (1550-1611/32): *Praxis civilis*, Barcinonæ, sin fecha.
- PELLEGRINUS, Carolus: *Praxis Vicariorum, et omnium in utroque Foro Iusdicentium*, Venetiis, 1681.
- PENICHE y LUGO, Francisco: "De los juicios de interdicto", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1907, t.41.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel: *Derechos reales. Derechos hipotecario*, 2 ed., Madrid, 1986, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- PEREZ ARDA, Enrique: "Interdictos de retener y de recobrar", *R.G.L.J.*, 1923 (n.142)
- PEREZ VICENTE, S.: "Ortodoxia del art. 41 de la Ley Hipotecaria", *Información Jurídica*, 1949.
- PEREZIUS, Antonius (1583-1673): *Praelectiones in duodecum Libros Codici Iustiniani Imperatoris*, T.II, Venetiis, 1738.
- PERNICE, Antonio: *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Keiserzeit*, t.2, parte 1, Halle, Max Niemeyer, 1895.
- PERTILE, Antonio: *Storia del Diritto italiano dalla caduta dell'Imperio romano alla Codificazione*, 2ª ed., vol.IV (Storia del Diritto Privato), Bologna, Arnaldo Forni Editori.
- PETER, Hans: "Zur Regelung des Besitzes im Französischen Code civil", *Festschrift für Heinz Hübner*, Walter de Gruyter, Berlin, 1984.
- PETIT SEGURA, Miguel Angel: *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Ed. Signo, Barcelona, 1990.

PRIETO-CASTRO, Leonardo: *Estudios y Comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, vol.I, Ed.Reus, Madrid, 1950.

- "Interdictos de recobrar la posesión"
- "Autotutela y defensa posesoria contra el propietario"
- "Amplitud de los medios de prueba en los interdictos",

- *Manual de Derecho Procesal civil*, t.II 1ª parte, Madrid, 1961.

PIRES DE LIMA, F.A., ANTUNES VARELA, J.de M.: *Código civil anotado*, III, Coimbra, 1972.

PLACENTINUS (+ hacia 1192): *Summa Codicis*, Moguntiae, 1536 (ed.anastática 1962).

PLANIOL, Marcel-RIPERT, G.: *Traité pratique de Droit Civil français, III (les biens)*, Lib. générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952.

PLANITZ, Hans: *Principios de Derecho Privado germánico*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1957.

PLOTUS, Ioannes Baptista (1518-1570): *Consiliorum sive responsorum*, Novariae, 1578.

POLLICE, Paolo: *Contributo allo studio del compossesso*, Jove Editore, Napoli, 1993.

PORRAS IBÁÑEZ, Pedro: "Preferencia posesoria", en: *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, v.VII, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.

PORTALE, Giuseppe B.:

- "Osservazioni sul contratto al terzo detentore del pegno", *Studi in onore di Biondo Biondi*, IV, Dott.Giuffrè-Editore, Milán, 1965
- "Note in tema di compossesso e usucapione", *Riv.Trim.Diritto e Procedura civile*, 1966.

POSTIUS, Ludovicus (+ hacia 1655): *Tractatus mandati de manutenendo, sive sumariissimi possessorii interim*, Ludguni, 1674.

POTHIER, Robert Joseph (1699-1772):

- *Traité de la prescription*, en: *Oeuvres*, t.X, Pichon-Béchet, successeur de Béchet Aimé, Paris, 1821.
- *Traité de la procédure civile*, en: *Oeuvres*, Pichon-Béchet, successeur de Béchet Aimé, Paris, 1825.
- *Traité du contrat de société*, en: *Oeuvres*, t.III, Pichon-Béchet, successeur de Béchet Aimé, Paris, 1827.
- *Traité du contrat de louage*, en: *Oeuvres*, t.III, Pichon-Béchet, successeur de Béchet Aimé, Paris, 1827.
- *Pandectes de Justinien, mises dans un nouvel ordre*, t.XVII, traduites par M.De Bréard-Neuville, Imprimerie de Dondey Dupré, Paris, 1823.

POZO CARRASCOSA, Pedro del: *El derecho de retener en prenda del depositario*, PPU, Barcelona, 1989.

PRACTICA FORENSE, sus leyes, doctrina y formulario completo. Juicios extraordinarios, por D.F.S. y B., t.III, Barcelona, Imprenta de F.Vallés Calle del Pino, 1836.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: *Deslinde y reivindicación. Criterios distintivos en la doctrina y la jurisprudencia*, Ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

PROTETTI, Ettore: *Le azioni possessorie. La responsabilità e il procedimento in materia possessoria*, 7 ed., Giuffrè Editore, Milán, 1989.

PROTO PISANI, Andrea: "La Corte costituzionale fa leva sull'irreperabilità del pregiudizio per attenuare il divieto di cumulo del petitorio col possessorio", *Il Foro italiano*, 1992, I.

PROTOKOLLE der KOMMISSION für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, III, Sachenrecht, Berlin, 1899.

PROVINCIALI, Renzo: "Pegno mediante concustodia", *Scritti Giuridici in onore di Antonio Scialoja*, III, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1953.

PUCHTA, Georg Friedrich (1798-1846):

- *Pandekten*, Verlag von Johann Ambrosius Barth, Leipzig, 1845 (Ed. anastática de 1982)

- *Cursus der Institutionem (System und Geschichte des römischen Privatrechts)*, 10 ed., (nach dem Tode des Verfassers befoigt von Paul Brüger) Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1893.

- «Besitz», en: *Kleine civilistische Schriften. gesammelt und herausgaben von A.A.F.Rudorff*, Verlag von Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1851 (ed.anastática 1970).

PUFFENDORF, Samuel (1632-1694): *De Iure Naturae et Gentium, libri octo, cum integris commentariis (...) Hertii atque Barbeyraci*, Frankfurt, 1749 (Ed.anastát. 1967).

PUGLIESE, Giuseppe:

- *La prescrizione acquisitiva*, 3 ed., Unione Tipográfico-Editrice Torinese, Torino, 1911.

- *Usufrutto, uso e abitazione*, Unione Tipográfico-Editrice Torinese, Torino, 1956.

QUACK, F.: Sachenrecht, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1986.

RAMOS DEL MANZANO, Franciscus (1604-1683): "De acquirenda vel amittenda possessione", en MEERMAN, Gerardus: *Novus thesaurus iuris civilis et canonici, continens varia et rarissim optimarum interpretum, imprimis hispanorum et gallorum, opera tam Edita antehac, quam Inedita, in quibus utrumque jus emendatur, explicatur, atque..., ex collectione et museo...*, t.VII, Hagæ-Comitum, 1751.

RAMOS MENDEZ, Francisco: *Derecho procesal civil*, t.II, 5 ed., J.M.Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992.

RAMPONI, Lamberto: *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Eugenio Marghieri-Unione Tipografico-Editrice Torinese, Napoli-Torino, 1922.

RANDA, Anton: *Der Besitz nach österreichischem Rechte, mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und sächsischen Gesetzbuches*, Leipzig, 1865, Verlag von Beritkopf und Härtel (ed. anastática de 1985).

REBOLLEDO VARELA, Angel:

- "Interdicto de obra nueva y posesión", *La Ley*, 1985, I.

- "Comentario a la STS. de 6 de diciembre de 1985", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, 1986.

REBUFFUS, Petrus (1487-1557): *Commentaria in constitutiones, seu ordinationes regias (Tractatus de materiis possessoriis)*, Lugduni, 1613.

REDACCION de la REVISTA JURIDICA de CATALUÑA, "Interdictos (Jurisprudencia monográfica)", *R.J.C.*, 1958.

REDACCION de la REVISTA de DERECHO INTERNACIONAL: *Texto y comentarios del Código civil español con exposición de motivos, precedentes en nuestra legislación, comparación crítica..., por la... con un resumen crítico por el exc.Sr.D. Manuel Pedregal y Cañedo*, I / II, Imprenta de Enrique Maroto y Hermano, Madrid, 1889.

REDACCION de la REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

- Respuesta a la Consulta "El arrendatario que por el solo acto de la voluntad de un tercero ha sido privado del uso y disfrute de la finca arrendada, ¿puede ejercitar válida y legalmente el interdicto de recobrar?", *R.G.L.J.*, t.IX, 1857 (Consulta 42).

- Respuesta a la Consulta "¿Dada que sea la informacion en el interdicto de recobrar, y no resultando comprobados los dos extremos referidos en el art.724 de la Ley Enjuiciamiento civil, el juez, si se hubiere ofrecido fianza á su satisfaccion, debe hacer que se preste, dictando despues el auto denegatorio?", *R.G.L.J.*, 1857 (Consulta 59).

REIFFENSTUEL, Anacletus (1642-1703): *Canonicum universum clara methodo juxta titulos quinque Librorum Decretalium, in quæstiones distributum, solidisque Responsionibus, & Objectionum solutionibus dilucidatum*, t.II, Venetiis, 1760.

REINO CAAMAÑO, J.: "Sobre la aplicación del artículo 445 del Código civil", *R.G.L.J.*, 1924.

REUS, Emilio (+1891): *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3.II.1881, concordada y anotada con gran extensión... por la Redacción de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia, bajo la dirección de...*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1882.

REYES MONTERREAL, José María: "La protección interdictal en los derechos privados", *R.J.C.*, 1954.

RIERA SOLIS, Luis: "Interdicto de recobrar. Carácter de la intervención en el mismo de procurador y abogado", *R.G.L.J.*, 1927, II.

RIPA, Ioannes Franciscus (1480-1535): *In Primam, & Secundam ff. Novi; Secundam ff.vet.Primam & Secundam Codicis commentaria*, Venetiis, 1586.

ROCA JUAN, Juan:

- *El depósito y la garantía real mobiliaria (notas para un concepto genérico del depósito)*, Publicaciones del Seminario de Derecho privado de la Universidad de Murcia, Murcia, 1946.

- "La renuncia liberatoria del comunero", *A.D.C.*, 1957.

- "Comentario al art.548", en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Edersa, Madrid, 1978.

ROCA-SASTRE, R.M.^a: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1942.

ROCA TRIAS, Encarna:

- "Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad", *R.C.D.I.*, 1979.

- "Lecciones 7 a 11 (posesión)", en: *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral (coordinados por Montes Penedes-Lopez Lopez)*, Ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

RODRIGUEZ, Juan María: *Instituciones practicas ó Curso elemental completo de práctica forense*, 4^a ed., t.II, Francisco Alvarez y Compañía, Impresores y librerías, Sevilla, 1856.

RODRIGUEZ MARIN, Concepción: *Liquidación de gastos con ocasión de la tenencia de una cosa*, J.M.Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994.

RODRIGUEZ MORATA, Federico: "Comentarios a los arts.1.930 a 1.940", en: *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz-Alabart*, EDERSA, Madrid, 1993.

RODRIGUEZ-SOLANO ESPIN, Federico:

- "El interdicto de recobrar y las relaciones arrendaticias", *R.D.P.*, 1944, pp.921-933.

- "La posesión como objeto de los interdictos de retener y recobrar", en: *Estudios jurídicos varios, por el Centenario de la Ley del Notariado*, v.II, Madrid, 1962.

ROHDE, Ernst: *Studien im Besitzrecht*, Marburg, 1913, Kommissionsverlag der N.G. Elwertschen Buchhandlung, 1913. (ed.anastática)

ROMERO CERDEIRIÑA, A.: "La inscripción de la posesión y la inmatriculación registral", *R.C.D.I.*, 1934.

ROMERO GUINZO, Joaquín: *Sala Novísimo ó Nueva ilustración del Derecho real de*

España, t.I, Madrid, 1841.

ROSELLI, Federico: *Il possesso e le azione di nunciazione*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1993.

ROBHIRT, Konrad Franz: *Dogmen-Geschichte des Civilrechts*, Heidelberg, 1853.

ROTONDI, Mario: "La funzione recuperatoria dell'azione di manutenzione e la dottrina del possesso «solo animo»", *Rivista di Diritto Civile*, 1918.

RUBIO TORRANO, Tomás: *La doble venta y la doble disposición*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994.

RUBIO TORRANO, Enrique - "Comentarios a los arts.430-466" en: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia dirigido por José Luis Albácar López*, t.II, Ed.Trivium, Madrid, 1991.

RUFFINI, Francesco: *L'actio spoli. Studio storico-giurifico*, Torino, 1889 (Ed. anastática, 1972)

RUFFOLO, Ugo: "Tutela possessoria delle servitù non apparenti ed «atti di tolleranza» nel quadro delle teoriche (e ideologie) del possesso", *Rivista di Diritto Civile*, XX, 1974.

RUGGIERO, Roberto de: *Instituciones de Derecho civil*, traducción de la 4 edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Súñer y José Santa-Cruz Teijeiro, I, Editorial Reus, Madrid, 1929.

RUIPEREZ, Francisco: "Cuestión interdictal", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1925.

RUIZ-SALINAS, Pascual: "Comparecencia de las partes en los interdictos", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1932, vol.66.

RÜMELIN, G.: "Zur Lehre von der Theilung der Rechte", *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 28 (1889)

SACCO, Rodolfo: *Il possesso*, en: *Trattato di Diritto civile e Commerciale, dirigido por A.Cicu-F.Messineo*, vol.7, Giuffrè Editore, Milán, 1988.

SALA, Juan (1731-1806): *Ilustración del Derecho Real de España*, t.II, Imprenta de Joseph de Orga, Valencia, 1803.

SALARIS, "La azione a difesa della proprietà", en: *Tratatto di Diritto privato diretto da Pietro Rescigno*, t.VII (Proprietà), Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1982.

SALEILLES, Raymond (1855-1912): *La posesión de bienes muebles. Estudios de*

Derecho alemán y de derecho francés, notas de CASTAN TOBEÑAS, J., Madrid, 1927.

SALGADUS DE SOMOZA, Franciscus (1595-1664): *Tractatus de Regia Protectione vi oppressorum appellantium à Causis & Judicibus Ecclesiasticis*, Lugduni, 1759.

SALIS, Lino: "Il godimento turnario nel condomino", *Rivista giuridica dell'edilizia*, t.II, 1967.

SALVADOR CODERCH, Pablo/ SANTDIUMENGE, Josep: "La acción negatoria (Comentario a la S.T.S. de 3 de diciembre de 1987)", *Poder Judicial*, n.10.

SALVAT, R.: *Tratado de Derecho civil argentino, Derechos reales*, 4 ed., I, Tipográfica Editora argentina, Buenos Aires, 1951.

SALVIOLI, Giuseppe: *Storia della procedura civile e criminale*, en *Storia Diritto italiano*, dirigida por Pasquale del Giudice, Vol.III, Parte 2, Sauer & Auvermann KG / Libreria O. Gozzini, Frankfurt/ Florencia, 1969.

SANCHEZ DE MOLINA BLANCO, José: *El Derecho civil español (en forma de Código). Leyes, no derogadas, desde el Fuero Juzgo hasta las últimas reformas de 1870: Jurisprudencia del Tribunal supremo de justicia en 1.500 sentencias) y opiniones de los jurisconsultos...*, Imprenta de D.J.L. Vizcaino / Imprenta de d.Manuel Minuesa, Madrid, 1871.

SANCHEZ ROMAN, Felipe: *Estudios de Derecho civil, según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales...*, y *el Código civil e Historia general de la legislación española, por...*, t.III, 2 ed., Est.Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1900.

SANPONTS Y BARBA, Ignacio - MARTI DE EIXALA, Ramon y FERRER Y SUBIRANA, José: Vid. *Las Siete Partidas...*

SANTOS BRIZ, Jaime:

- *Derecho civil. Teoría y práctica, t.II (Derecho de cosas)*, EDERSA, Madrid, 1973.

- *Código civil. Doctrina y jurisprudencia dirigido por José Luis Albácar López*, t.IV, Ed.Trivium, Madrid, 1991.

SAVIGNY, Friedrich Carl von (1779-1861):

- *Tratado de la posesión, según los principios del Derecho romano*, Imprenta de la sociedad literaria y tipográfica, Madrid, 1845.

- *Vermischte Schriften*, III, Berlin, 1850.

SCACCIA, Sigismundus (hacia 1600): *Tractatus de appellationibus*, Venetiis, 1642.

SCAEVOLA, Q.M.: *Código civil, comentado y concordado extensamente...*, ts.VIII y IX, 2ª ed., Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1893 (t.VIII, 5ª edición, Madrid, Instituto Ed.Reus, Madrid, 1948, a cargo de Pedro de Apalategui); t.X, 5ª ed.,

(revisado por F.Ortega Lorca), Instituto Ed.Reus, Madrid, 1947; t.XXXII, concordado y redactado por Reyes Monterreal, Madrid, 1965.

SCHUPFER, Francesco: *Il Diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III (Possessi e Dominii), 2ª ed., Città di Castello/ Roma, 1915, Casa Editrice S. Lapi = E.Loeschner E.C.

SCHUPPE, Wilhelm: *Das Recht des Besitzes zugleich Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Verlag von W.Koebner, Breslau, 1891 (ed.anastática de 1970).

SCIALOJA, Vittorio:

- *Teoria della proprietà nel diritto romano*, vol.I, Roma, 1928.

- *Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos*, Ediciones jurídicas Europa-América, Chile, 1970.

SEELER, Wilhelm von: "Zur Lehre vom Mitbesitz", *Iherings Jahrbucher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 44 (1902).

SEGRE, Gino:

- "Divisione. Compossesso. Scioglimento per divisione" (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Casación de 31 de diciembre de 1906), *Il foro italico*, vol.32, 1907.

- "Contributo alla teoria della divisibilità delle cose e dei diritti", en: *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di Diritto romano*, G.Giappichelli, Torino,

- "Sulla natura della comproprietà", en: *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano*, G.Giappichelli, Torino.

SEGRE, Gino - MONTEL, Alberto: *Il possesso*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1956.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana:

- "La concurrencia de un elemento intencional en el perturbador o despojante como requisito de los interdictos de retener y recobrar", *R.G.L.J.*, 1987.

- "Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en el derecho español", *R.C.D.I.*, 1990, I.

SENTIAS BALLESTER, César: *Tratado práctico de interdictos*, actualizado, completado y revisado por Alejandro Rodríguez Seguí, Ed.Serlipost, Barcelona, 1978.

SENTIS MELENDO, Santiago: "El sentido común y los interdictos", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1928, t.62.

SEUFERT, Günther: "Sachenrecht": *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Schweitzer Verlag, Berlín, 1956.

SINTENIS, C.F.: *Das practische gemeine Civilrecht, I (Das Allgemeinenlehren und das sachenrecht)*, 3 ed., Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1868.

SOCIEDAD de ABOGADOS: *Febrero, arreglado a la legislación y práctica vigentes, por una...*, Madrid, 1850.

SOCINUS, Bartholomaeus (1436-1507): *Ad Digestum novum, et liquod codicid titulos*, Lugduni, 1573.

SOCINUS, Marianus (Junior) (1482-1566): *Commentaria in ff. Infort & Novum gravissima, atque utilissima...*, Augusta Taurinorum, 1576.

SOHM, Rudolf (1841-1917): *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Mejico, 1951.

SOKOLOWSKY, Paul: *Die Philosophie im Privatrecht, tom.II: Der Besitz im Klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Gesetz*, Max Niemeyer, Halle, 1907 (ed. anastática 1959).

SOLANO Y POLANCO, José: "El interdicto de recobrar", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1916, t.50.

STARK, E.: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Berna, 1976.

STEINER, André: *Le trouble de Droit dans les actions possessoires*, Imprimerie Chamberiënne, Chambery, 1938.

STROHAL, E.: "Der Sachbesitz nach dem B.G.B", *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 38 (1897).

TAPIA, Eugenio de (1776-1860):

- *Manual de práctica forense en forma de diálogo, con el correspondiente formulario de pedimentos*, 4ª ed., Madrid, 1832.

- *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados, escribanos y médicos legistas, refundida, ordenada... por...*, t.IV, Imprenta de Ildefonso Mompié, Valencia, 1837.

TARDIF, A.:

- *La procédure civile et criminelle aux XIII et XIV siècles ou prodédure de transition*, Paris, 1885 (ed. anastática, 1974).

- *Histoire des sources du droit civil français*, Paris, 1890.

THIBAUT, Anton Friedrich Justus (1772-1840): *System des Pandektenrechts*, 7 ed., Friedrich Manke, Jena, 1828.

TIRAQUELLUS, Andreas (1488-1558): "Le mort saisit le vif", *Tractatus varii*, Lugduni, 1587.

TOMMASI, Antonio: "Rapporti tra giudizio possessorio e petitorio", *Rivista di Diritto Processuale*, 1990.

TRABUCCHI, Alberto: *Istituzioni di Diritto civile*, 30 ed., Cedam, Padova, 1989.

- TRAPANI, Giuseppe: *Il c.d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossamento*, Milan, 1963.
- TRAVIESAS, Miguel: "Extinción y reivindicación del derecho de propiedad", *R.D.P.*, 1920.
- TROPLONG, Raymond Theodor (1795-1896): *Comentario sulla prescrizione*, versión italiana de A. Sterlich, Gabrielle Rondinella Libraio-editore, Napoli, 1859.
- TZERMIAS, P.: "Zur Regelung des Gebrauchs beim Miteigentum", *Archiv für civilistische Praxis*, 157.
- UBBELOHDE, August: "Das Bürgerliche Gesetzbuch", *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 39 (1898).
- VALASCUS, Alvarus (1526-1593): *Decisionum, Consultationum ac rerum iudicatarum in Regno Lusitanae, Venetiis*, 1609.
- VALENTIA, Melchior de (1594/5-1657): *Illustrium iuris tractatum*, lib.III, Lugduni, 1695.
- VALENZUELA VELAZQUEZ, Ioannes Baptista: *Consilia sive responsa iuris*, t.II, Lugduni, 1671.
- VALERI, Giuseppe: "Possesso del partecipante ad una comunione", *Rivista di Diritto Commerciale*, 1926, II.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans:
 - "La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble", en: *Estudios sobre derecho de cosas*, Ed.Montecorvo, Madrid, 1973.
 - "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública", en: *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1973.
 - "Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento de posesión", *Estudios sobre garantías reales*, Ed.Montecorvo, Madrid, 1973.
- VALPUESTA FERNANDEZ, María Rosario: *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho civil español*, t.II, 4 ed., Valladolid, 1936.
- VASCELLARI, Marcello: "Sulla tutela possessoria dei limiti legali di vicinato", *Rivista di Diritto civile*, 1970, I.
- VEGA, A.de la: "Cuestiones sobre interdictos posesorios", *Revista de los Tribunales y de legislación universal*, 1890, t.20.

VENEZIAN, Giacomo: *Usufructo, uso y habitación*, anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas por J.Castán Tobeñas, t.II, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos: "Legitimación activa y pasiva en los interdictos de retener y recobrar la posesión", *A.D.C.*, 1955.

VICENTE Y CARAVANTES, José (1820-1880): *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento, con sus respectivos formularios*, t.III, Imprenta y librería de Gaspar y Roig, Editores, Madrid, 1858.

VIGELIUS, Nicolaus (1529-1600): *Methodus universii Iuris civilis absolutissima*, Frankofurti, 1628.

VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, Alfonso de (1550/70-1626): *Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno*, Imprenta de Melchor Sánchez, Madrid, 1656.

VILLAGOMEZ RODIL, Alfonso: "Multipropiedad", *Cuadernos de Derecho judicial*, IX (Protección del derecho de propiedad), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

VINNIUS, Arnoldus (1588-1657): *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus & Forensis*, Jo.Gottl.Heineccius Jc., recensuit & praesationem Notulasque adjecit., t.II, Venecia, 1747.

VIOLLET, Paul: *Histoire du Droit civil français*, Librairie du Recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, Paris, 1893.

VISO, Salvador del: *Lecciones elementales de Derecho civil, que con arreglo al programa de enseñanza compuso...*, t.II, 4 ed., Valencia, 1879.

VITALEVI, Marco: *Della comunione dei beni*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turin, 1884.

VOET, Johannis (1647-1713): *Commentarius ad Pandectas. In quo praeter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus etiam hodiernum, & praecipuae Fori Quaestiones excutiuntur*, t.I, Fratres Cramer, Coloniae Allobrogum, 1757.

VOIRIN, Pierre: *Manuel de Droit civil*, t.I, 21 ed., par Gilles GOUBEAUX, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984.

WÄCHTER, Karl Georg (1797-1880): "Ueber Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte", *Archiv für civilistische Praxis*, 1844.

WASCHKE, R.: *Das Eigenthum im Civil und Strafrechte. Untersuchungen zur organischen Structur der Sachenrechte*, Verlag von G.Wattenbach, Berlin und Leipzig,

1895 (ed.anastática 1970).

WENDT, Otto:

- "Besitz und Inhabung. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Drittes Buch. Zweiter Abschnitt", *Archiv für civilistische Praxis*, 74, (1889)
- "Das Faustrecht oder Besitzverfolgung und Besitzvertheidigung", *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 21, (1883)
- *Lehrbuch der Pandekten*, Verlag von Gustav Fischer, Jena, 1888.

WESTERMANN, Harry: *Sachenrecht*, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1960.

WIELING, Hans: "Voraussetzungen, Übertragung und Schutz des mittelbaren Besitzes", *Archiv für civilistische Praxis*, 184 (1984).

WINDSCHEID, Bernard (1817-1892): *Diritto delle Pandette. Traduzione dei professori Carlo Fadda y P.E.Bensa, con note e riferimenti al Diritto Civile italiano*, vol.I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1925.

WODON, Leon : *Traité théorique de la possession et des actions possessoires*, 2^a ed., Bruxelles, Lib. F.Larcier, 1877.

WOLFF, Christian (1679-1754): *Ius naturae methodo scientifica per Tractatum. Pars secunda in qua agitur de dominio...*, Halæ Magdeburgicæ, 1742 (ed.anastática 1968).

WOLFF, Martin (1872-1953):

- "Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich", *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 44 (1902).
- *Derecho de cosas*, traducción de la 32 edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por B.PEREZ GONZALEZ y J. ALGUER, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1936 (vol.I) y 1944 (vol.II).

YAÑEZ PARLADORIUS, Ioannes (1530/50- hacia 1604): *Rerum cotidianarum*, Matriti, 1604.

YBAÑEZ DE FARIA, D. (1615/1635-1688): *Enucleatus et auctus practicis in quaestionibus per...*, Lugduni, 1688.

ZACHARIAE- CROME: *Manuale del Diritto Civile Francese*, vol.I, Milan, 1907.

ZACHIUS, Carolus (s.XVII): *Tractatus de societate. Universam societatis materiam complectens...*, Apud Antonium Fulgonium, Romæ, 1786.

ZASIVS, Ulricus (1461-1535): *Commentaria, seu Lecturas eiusdem in titulos tertiae partis Pandectarum (quod vulgo Digestum novum vocant) complectens*, III, Lugduni, 1550 (ed.anastát. 1965).

ZENATI, Frédéric: "Actions possessoires. Jurisprudence française en matière de droit civil", *Révue Trimestrielle de Droit civil*, 1992.

ZITELMANN, Ernst (1852-1923): "Uebereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen", *Iherings Jahrbucher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 70 (1921).

ZOESIUS, Henricus (1571-1627): *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum, iuris civilis libros L., Opus novum*, Ed. Lovaniensis Quarta, Lovanii, 1718.