

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXV

Diciembre 1949

Núm. 259

Objeto de los interdictos posesorios

S U M A R I O

- I. El problema sobre la amplitud del objeto.
- II. Legislación histórica y Derecho comparado. A) Legislación histórica:
 - a) Derecho romano; b) Derecho germánico; c) Derecho canónico.—B) Legislación comparada: a) Textos legales: a') Francia; b') Italia; c') Alemania. b) Opiniones doctrinales: a') Francia; b') Italia; c') Alemania.—C) El problema en la legislación y doctrina españolas:
 - a) Textos legales; b) Opiniones doctrinales; c) Criterios judiciales:
 - a') Tribunal Supremo; b') Audiencias y Juzgados.
 - III Solución sustentada: a) Clasificación de los derechos: a') Clasificación por el fin; b') Clasificación en derechos absolutos y relativos; c') Sobre la naturaleza del poder jurídico. b) Determinación de los derechos susceptibles de protección posesoria.

I.—EL PROBLEMA SOBRE LA AMPLITUD DEL OBJETO.

La cuestión de la mayor o menor amplitud del objeto de los interdictos posesorios es un problema que en la práctica de los Tribunales se ve frecuentemente planteado y resuelto con criterios dispares.

El problema no es sólo de estos tiempos, sino que en general se puede afirmar que a través del examen del Derecho histórico y de las legislaciones extranjeras, puede observarse igualmente la falta de un criterio concreto y determinado que resuelva el trámite de aplicación de los interdictos posesorios. Unas veces se ve mantenido el criterio de una gran amplitud respecto del objeto de protección posesoria ampliándolo a la posesión de las cosas y de toda clase de derechos; otras veces, por el contrario, se trata de limitar la aplicación de los interdictos posesorios a los casos de posesión de cosas y derechos reales; y dentro de estos dos límites extremos de amplitud y restrictivo se encuñtran una serie de posiciones intermedias que extienden la aplicación de los interdictos

posesorios a una u otra clase de derechos, sin que, a nuestro juicio, se haya llegado hasta el momento actual a una solución definitiva.

Las razones de las dudas que sobre este punto existen son, a nuestro juicio, principalmente, las dos siguientes:

1.^a La imprecisión terminológica. Frecuentemente se habla de posesión de un derecho, de posesión de estado, cuando realmente no existen posesiones en sentido técnico, sino más bien estados posesorios y que por falta del empleo adecuado de otro término más preciso da lugar a las dudas respecto al alcance que debe darse a la palabra posesión en los casos indicados.

2.^a Otra razón, tanto en España como en el extranjero e igualmente en el Derecho histórico, que ha dado lugar a las exageraciones a nuestro juicio respecto de la aplicación de los interdictos posesorios, es el deseo de los litigantes y de sus defensores de evitar las atenciones y dispendios de los juicios ordinarios. Con esta finalidad, de seguir una línea más rápida para lograr el fin interesado, suele patrocinarse y defenderse la extensión de la protección posesoria a toda clase de derechos, y frecuentemente también por los Tribunales es aceptado dicho criterio. Sin embargo, creemos que la extensión a toda clase de derechos de la protección posesoria no es admisible, ya que hay que determinar qué clase de derechos son susceptibles de posesión.

II.—LEGISLACIÓN HISTÓRICA Y DERECHO COMPARADO.

Como decimos, el problema no es sólo de la vida judicial actual española, sino que en otros tiempos y lugares se ha planteado con la misma gravedad. Por esta razón estimamos conveniente el estudio comparativo, entendido éste, tanto en su aspecto histórico como en su aspecto territorial, por lo que vamos a hacer un breve resumen histórico y de alusiones a las legislaciones actuales de los países de mayor relieve jurídico.

A) LEGISLACIÓN HISTÓRICA.

a) DERECHO ROMANO.—El objeto de las acciones posesorias en el Derecho romano se limitaba, salvo algunas excepciones, a las cosas inmuebles. No obstante, y ya al parecer desde la época clásica, se admitía la posesión de derechos en algunos casos. La idea no les resultó, pues, completamente extraña a los juristas de aquella época, como se deduce del Edictum Claudio. La institución de la cuasi posesión fué

acogida de manera clarísima, según se desprende de un pasaje de Gayo, IV-39, en el que se considera el caso "cum de possessiones, vel quasi possessione contenditur", y de un fragmento de Jaboleno, donde se admite que el uso de un derecho debe equipararse a la "tradictio" como "quo tradictio", y finalmente de numerosos textos en los que se menciona la "quia possessio". Se trataba realmente de una institución relativamente nueva que no fué desenvuelta plenamente en la época clásica y que, por tanto, no logró alterar la verdadera estructura de la posesión romana, que es posesión de cosa. Esto explica que la tutela de la "quia possessio" no haya sido uniforme. Al usufructuario y al usuario se le concedieron "utiliter" los interdictos "uti possidetis" y "unde vi". Se acepta la "quia-possessio", con relación a las servidumbres (1).

A los titulares de servidumbres rústicas, de paso y de aguas se les concederán interdictos especiales, con alcance y requisitos propios. En cuanto a las servidumbres urbanas, no se deduce estuvieran defendidas por interdictos especiales, por lo cual la doctrina romana estuvo siempre muy dividida, admitiendo algunos para todas o, al menos, para ciertas categorías de estas servidumbres la "uti possideti" y el "unde vi" y negando otros toda clase de tutela cuasi posesoria en estos casos (2).

En realidad, en Derecho romano, como hemos dicho, la única posesión reconocida y regulada fué la de cosas públicas; de la de derechos o cosas incorpórales se habla sólo por incidencia o, como decía el marqués de Olivart (3), sólo para significar el estado o la existencia actual del ejercicio del derecho o como sinónimo de uso o costumbre.

b) DERECHO GERMÁNICO.—En general, en Derecho germánico puede afirmarse que sólo se regula la posesión respecto de las cosas y de los derechos reales. Sin embargo, en una época más avanzada aparecen algunos casos de protección posesoria de derechos de carácter patrimonial. Así vemos reconocidos como derechos susceptibles de protección posesoria el derecho de caza en alguna legislación, el derecho de nicho, etc. Podemos afirmar también que no aparecen textos concretos que extiendan la protección posesoria en el Derecho germánico a toda clase de derechos. Se trata de una evolución probablemente derivada de el deseo de obtener la realización de un derecho por vía rápida, lo que da

(1) Ruffin: *Actio spolit*, pág. 189.

(2) Actione Pacchioni: *Derecho romano*. Traducción, Martín Martínez. Valladolid, 1942; págs. 352 y sigs.

(3) Ramón D'Almau-Olivart (Marqués de Olivart): *La posesión*. Barcelona, 1884; págs. 54 y sigs.

lugar a la evolución en el sentido indicado de ampliar la protección posesoria a derechos de carácter patrimonial.

c) En el Derecho canónico es donde, como ya vimos al principio del trabajo, existe una tendencia marcada a extender la protección posesoria a toda clase de derechos, como los honoríficos y los de familia. Se extiende así la posesión en este Derecho desde las cosas corporales a las incorpóreas. El uso de la designación *quasi-possessio* indicó primero una cierta duda de aquella extensión, después la asimilación se hizo clara. Los primeros "iura in possessione" fueron el uso y el usufructo, después las servidumbres y, por último, se aplicó la posesión a los "status personarum", y se habló de una posesión de la libertad, de la ciudadanía, etc., asimilación no puramente verbal, pues también con el ejercicio continuado de cierta facultad se presumía el título y se admitía la adquisición por prescripción (4).

Y aunque es lo cierto que no puede decirse categóricamente que exista una plena admisión de la posesión de derechos, sí puede asegurarse dicha tendencia (5).

Así vemos que se amplía a los oficios, dignidades eclesiásticas, diáconos y estado matrimonial (6).

B) LEGISLACIÓN COMPARADA.

Sentados estos principios, como resumen histórico, se plantea en el Derecho moderno el problema del objeto de la posesión, que no ha sido resuelto con criterio unánime ni por la doctrina ni por los Códigos de los distintos países. Solamente, y a efectos de orientación, vamos a examinar la solución dada por los textos legales más importantes (Francia, Italia y Alemania) y la opinión de sus intérpretes o tratadistas más destacados que se ocupan de la materia para concluir exponiendo la que creemos solución más acertada dentro de nuestro Derecho.

a) TEXTOS LEGALES.

a') Francia.—El Código francés habla de la tenencia o disfrute de cosa o derecho (art. 2.228). "La détention ou la jouissance

(4) Enrico Besta: *El diritti sulle cossa nella storia del Diritto italiano*. Padova, 1933.

(5) Melchiorre Roberti: *Svolgimento storico del Diritto privato in Italici*. Padova, 1935.

(6) J. Brisaud: *Manuel d'histoire de Droit privé*. París, 1935; pág. 252.

d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons para nous mêmes ou par autre qui la tient ou que l'exerce en notre nom". (La tenencia o disfrute de una cosa o de un derecho que tenemos o ejercemos por nosotros mismos o por otro que la tiene o que lo ejerce en nuestro nombre.)

b') *Italia*.—En el Código italiano de 1865 se hablaba de la posesión de derechos en su artículo 685: "Il possesso a la detenziones 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 una cosa o deserciti el diritto in nome de lui." (La tenencia de una cosa o el goce de un derecho que uno tiene por sí mismo o por medio de otro que la tiene o lo ejercita en su nombre.) Por el contrario, en el Código de 1942 se dice en el artículo 1.140 lo siguiente: "Il possesso e il potere sulla cosa che si manifesta in un attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale.—Si puo possidere direttamente o por mezzo de otra persona, che ha la detenzione della cosa." (La posesión es el poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad de otro derecho real. Se puede poseer directamente o por medio de otra persona que tiene la tenencia de la cosa.) Como vemos, se habla sólo de la posesión de la cosa referida a la propiedad y derechos reales y se prescinde del concepto del disfrute del derecho.

c') *Alemania*.—En el Código civil alemán la protección posesoria se limita a las servidumbres prediales (parágrafo 1.029) Wird der Besitzer eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit gestört, so finden die für den Besitzschutz geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soveit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahre vor der Störung, sei es auchnur einmal, ausgeübt worden ist. (Si el poseedor de un fundo es perturbado en el ejercicio de una servidumbre (rústica o predial) inscrita en el Registro a nombre del propietario, tendrán aplicación las prescripciones para la protección de la posesión, siempre que dentro del año anterior a la perturbación haya sido ejercitada aunque sea sólo una vez.) En los territorios no regidos por el Código civil, es posible la posesión de derechos cuando se trata de aquellos derechos considerados como cosas inmuebles, como son los privilegios de farmacia, los derechos derivados de las concesiones fluviales (derechos de pesca, de barcas o balsas de travesía, de conducción de maderas o almadias); estos derechos pueden ser objeto de posesión que,

en defecto de normas de derecho territorial, se rigen por las prescripciones del Reich sobre la posesión de cosas. En otros derechos privados, por ejemplo, derechos de caza, regalías, derechos de asiento en la Iglesia, derechos de nicho o sepulcro, etc., es posible también una "iuris possessio" a tenor del derecho territorial; pero falta una regulación de tipo general, pues la mayor parte de las normas antiguas fueron abolidas. Existe alguna disposición aislada como, por ejemplo, el artículo 254 de la *Olge* ("Rechtsprechung der oberlandesgerichte", editada por Mugdan y Falkmann. Administración de Justicia del Tribunal Superior), según el cual no basta el contrato de arrendamiento de un coto de caza para que el arrendatario sea poseedor del derecho de caza, sino que para ello es necesario también el ejercicio de la caza. Es también interesante el artículo 16 de la Ley de Pesca Bávara, de 15 de agosto de 1908, el cual se inspira totalmente en el parágrafo 1.029 del Código civil. También existe una especie de posesión de derechos en virtud de ejercicio, durante diez años, en la Ley de Aguas Prusiana de 7 de abril de 1913 (7).

Como vemos, en alguno de los Códigos precitados se habla de posesión de derechos sin hacer distinción de ninguna clase; ahora bien, cuando se trata de determinar qué derechos pueden ser objeto de estas acciones posesorias, los autores se dividen, no existiendo conformidad.

b) INTERPRETACIONES DOCTRINALES.

a') Francia.—En Francia, Pothier extiende la "quasi-possessio" a toda clase de derechos incorporales, especialmente, por ejemplo, los derechos de diezmo, de feudo, servidumbre, jurisdicción, etc., por lo que la define diciendo que es "el goce que se tenga de cualquier derecho, es una quasi-posesión (8).

Laurent reconoce que la palabra quasi-possessio debe ser desterrada del Derecho francés, desde el momento que todo derecho puede ser poseído (9).

Colin y Capitant afirman que la posesión puede referirse a las cosas, derechos reales, derechos de crédito y derechos referentes al estado personal, y citan los artículos 195 a 197, referentes a la posesión de estado de cónyuge, y los artículo 320 y 321, referentes a la posesión

(7) Citados por Pérez y Alguer: *Anotaciones a Enneccerus, Kipp y Wolff*, tomo III. *Derecho de cosas*; Martín Wolff.

(8) Pothier: *Traité de la possession*, tomo II, parágrafo 38.

(9) Laurent: *Droit civil*, tomo XXXII, parágrafo 262.

de estado de hijos. Sin embargo, esta posesión produce sólo efectos especiales y restringidos y refieren la teoría de la posesión a la de cosas y derechos reales (10).

b') *Italia*.—En Italia, Ruggiero, con referencia al Código de 1865, decía: "Si bien pueden ser objeto de la posesión tanto las cosas como los derechos, sin embargo, no todas las cosas corporales ni todos los derechos son susceptibles de posesión. Entre las cosas se excluyen las que están fuera de comercio, entre los segundos se excluyen los que no figuran en la categoría de los reales. Cuando en la posesión háblase de posesión de estado familiar, condición de herederos, se habla en un sentido muy diferente a la posesión técnica, a la que se confiere la tutela posesoria. La posesión verdadera y propia de un derecho de obligación implicaría, si se admitiese, que quien tiene el disfrute del mismo, exigiendo desde cierto tiempo las prestaciones periódicas del deudor, tuviera acción para ser mantenido en el goce del mismo y podría continuar exigiendo, cuando el deudor, apercibido de que no era deudor, suspendiese el pago. Sobre un caso muy interesante de posesión de créditos, cita Ruggiero (tomado de Gianturco: "Diritti Riali", pág. 99 y siguientes) en la antigua legislación napolitana un Decreto de 30 de enero de 1817 para asegurar a las instituciones benéficas el pago de sus créditos, no obstante la pérdida de los títulos relativos (11).

También Maroi cita casos importantes en los que se puede ofrecer la cuestión, como son los del suministrador de energía eléctrica, de agua potable, de gas, etc., que interrumpen el suministro; del que concede el derecho a excavar en el subsuelo, que impide la accesión al inmueble del concesionario y otros (12).

Chironi, para el que posesión es el ejercicio de un derecho independientemente de la existencia real de éste, sostiene que puesto que todos los derechos son susceptibles de ejercicio, todos lo son de posesión. Ahora bien, como la posesión parece referirse al ejercicio reiterado del derecho y de éste sólo son susceptibles algunos derechos, pueden ser objeto de aquélla algunos, no todos (13).

(10) Colin y Capitant: *Curso elemental de Derecho civil*. Trad. por la Redac. de la Rev. Gen. de Legisl. y Jurisp., con notas sobre el Derecho civil español, por Demófilo de Buen; tomo II, vol. II, 1923; pág. 886.

(11) Ruggiero: *Derecho civil*. Trad. española de Serrano Súñer.

(12) Maroi: *Il contratto di concessione mineraria e la tutela possessoria*, citado por Ruggiero. Riv. Sc. Comm., tomo X, 1920.

(13) Chironi: *Riv. Dir. civ.*, VIII, págs. 253 y sigs.

c') Alemania.—En Alemania, Windscheid, dice: "A la pregunta sobre en qué derechos a más de los reales puede ser reconocida la posesión, debe contestarse que la posesión no debe excluirse, en general, de ningún derecho que admita un ejercicio permanente." (14).

Hedemann niega la "quasi-possessio", cuya noción, dice, es completamente falsa, pues no goza de interdictos ni de usucapión (15).

De la misma opinión es Elvers, que llega a negar que la "quasi-possessio" romana fuese conocida de los jurisconsultos antiguos, y dice que fué Ulpiano quien la introdujo (16).

Bruns admite la posibilidad de la posesión acerca de los derechos personales, porque comprende la correspondiente posibilidad de su ejercicio, ya se refiera a otra persona, ya lleve el de ser igual o superior a la misma, por ejemplo, en las relaciones entre padre e hijo; soberano y súbdito (17).

C) EL PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA ESPAÑOLAS.

a) *Textos legales*.—Nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, en el artículo 1.651, se refiere al interdicto de retener o recobrar, cuando el que se halle en posesión o tenencia de una cosa haya sido perturbado, pero el Código civil, de fecha posterior a la Ley, dice en el artículo 430, que la posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona ; el 431, que la posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que la tiene y la disfruta. ; el artículo 432 habla de la posesión en los bienes y derechos, puede tenerse en uno de dos conceptos .

Como se ve, pues, parece en principio bien concreto el deseo del Código civil de extender la posesión a los derechos, por lo que la protección posesoria interdictal, en principio, ha de referirse también a los derechos.

b) Ahora bien, para determinar en España a qué clase de derechos debe referirse, se han expuesto por los tratadistas distintas opiniones.

(14) Windscheid: *Lehrbuch der Pandecten*, 5.^a ed., segunda tirada.

(15) Hedemann: *Ueber den Erwerb und Schutz der servituten mit besond. Verrücksicht d. q. «possessio» und «longa quasi-possessio» nach Röm. Rechte*. Berlin, 1864.

(16) Elvers: *Archiv für praktischen rechtswissenschaft*. En colaboración con Ihering, Weber y Hoffman. Leipzig.

(17) Bruns: *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und der Gegenwart*.

Podemos hacer tres grupos, en atención a los tres puntos de vista indicados al principio de este trabajo, según se siga un criterio de absoluta amplitud, criterio restrictivo o soluciones intermedias.

Dentro del primer grupo, de la mayor amplitud, podemos incluir la opinión de Caravantes, que ya con referencia a la Ley de Enjuiciamiento civil de 1885, decía que los interdictos se refieren no sólo a la posesión de cosas, sino a la cuasi posesión de derechos o cosas incorporales, y, por lo tanto, proteger a poseedores de toda clase de derechos. Sin embargo, no aclara ni da el fundamento de su opinión.

Dentro del mismo criterio de amplitud puede exponerse la opinión de Manresa. Dice este autor que la ambigüedad de expresión del Código civil se presta a distintas interpretaciones sobre este punto, pero en definitiva opina que la posesión de derechos que no son reales producen, sin embargo, efectos y el poseedor debe ser mantenido en la misma mientras no se pruebe que aquellos derechos o aquel estado de posesión no corresponden al poseedor. Dice que no se puede, sin embargo, negar la superior importancia y los mayores efectos que producen la posesión de los derechos reales y sobre todo la del dominio y la de las cosas. El hecho de que muchos derechos que pueden ser objeto de posesión no pueden ser prescritos, no altera, en su opinión, la idea de que la posesión de los derechos es verdadera posesión y debe, por tanto, ser protegida por los medios legalmente establecidos (18).

Dentro de este grupo podemos incluir la opinión de Valverde, que sobre la base del artículo 437 del Código civil, que dice que pueden ser objeto de posesión todas las cosas que lo son de apropiación, deduce que todos los derechos reales o de obligación pueden ser poseídos (19).

Entre los modernos, Prieto Castro, aun considerando que cuando se trate de créditos únicamente el título material es lo que se posee, y por lo tanto, solamente los derechos reales sobre bienes inmuebles, como, por ejemplo, las servidumbres, son susceptibles de posesión, cree que es oportuno extender la protección interdictal al mayor número de situaciones jurídicas y de hecho (20).

Dentro del segundo grupo, o sea de aquellos que siguen un criterio más restrictivo, podemos citar la opinión de De Diego, que dice que la

(18) José María Manresa Navarro: *Comentarios al Código civil*, tomo IV, 5.^a edición, págs. 113 y sigs.

(19) Valverde: *Tratado de Derecho civil*, tomo III, parte especial, página 296.

(20) Prieto Castro: *Derecho procesal civil*, tomo II.

posesión en sentido generalísimo puede ser aplicable a todos los derechos, cualquiera que sea la índole de éstos, en cuanto que aquélla significa el ejercicio de un derecho. Sin embargo, de esta idea deben ser excluidos aquellos derechos cuyo ejercicio en modo alguno puede ser destacado de su verdadero titular: el derecho a la vida, en su acepción técnica y precisa, no es aplicable sino a los derechos patrimoniales y de estos, principalmente, a los reales de cierta estabilidad y permanencia, siendo, pues, incompatible con el ejercicio fugaz de la mayoría de los derechos de crédito; la posesión implica un cierto estado de hecho en que alguien ocupa el puesto del verdadero titular. Entre los derechos reales dice que hay algunos que no son susceptibles de posesión, como los de hipoteca, prenda y las servidumbres que no sean continuas y aparentes (21).

Igualmente Pérez y Alguer, después de examinar y analizar el precepto del Código civil referente a la posesión, opinan que no todos los derechos son susceptibles de posesión protegida. Resuelven esta cuestión sobre la base de los dos criterios siguientes: 1.º La consideración del concepto de la posesión. 2.º El criterio sistemático del Código civil sobre la misma.

Desde el primer punto de vista dicen que el concepto de posesión supone una relación de ejercicio estable y de hecho, según lo revelan los modos de adquisición de la posesión. Por ejemplo, no es posible la ocupación material del derecho poseído de que habla el artículo 438, sino en el sentido de que la ocupación material recaiga sobre la cosa objeto del derecho. De un crédito, en cambio, no puede decirse que esté sometido a la ocupación material, sino cuando se trata de un crédito incorporado a un documento, pero en este caso lo poseído es el documento, o sea una cosa corporal. Concluyen estos autores diciendo que lo más correcto y ajustado a la lógica del concepto de la posesión es entender que no es susceptible de la misma un derecho que no tenga por objeto una cosa material.

Desde el punto de vista del criterio sistemático del Código civil sobre la posesión, argumentan en el sentido de que sólo cabe la posesión sobre los bienes y derechos reales, por estar esta institución incubada en el Libro III del Código civil, que trata "De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones". Dicen, acertadamente, que si bien el

(21) De Diego: *Curso de Derecho civil*, tomo III, tercera parte especial, páginas 398 y sigs

Código civil emplea la expresión de posesión en otros preceptos que ninguna relación guardan con la propiedad, como en el caso de posesión de estado (artículos 54, 116, 117 y 135) y de posesión de crédito (art. 1.164), estas situaciones no tienen en el orden positivo consecuencias comparables a las que engendra la posesión de los artículos 430 y siguientes, pues estas posesiones no pueden adquirirse por ocupación material, ni por representante legal o voluntario, ni pueden dar lugar a la prescripción adquisitiva (22).

Dentro del tercer grupo citado o de posiciones intermedias, podemos citar la opinión de Moner, según la cual, la quasi posesión lo es de cosas incorpórales y de derechos enajenables, pero no de derechos facultativos. La quasi posesión estará dedicada al uso, a la habitación y a los derechos personales de toda clase no menos que a los que constituyen el dominio. Limita, pues, este autor la extensión de la quasi posesión y, por lo tanto, la protección posesoria a los derechos enajenables (23).

Para Sánchez Román esta cuestión debe plantearse en el sentido de que si bien todo el que ostenta un derecho tiene posesión jurídica en el sentido más lato de la palabra, sin embargo no debe estimarse que toda clase de derechos pueden poseerse, en consideración precisamente a la excesiva latitud de la palabra posesión en este sentido. La cuestión, pues, debe concretarse a saber si todos los derechos tienen aptitud objetiva para el derecho posesorio, mediante una actualidad más o menos permanente de los mismos. La posesión en este sentido concreto estima este autor que es aplicable sólo a los derechos de trato sucesivo continuo (24).

Ocupa también una posición intermedia Scevola, quien después de exponer las dudas a que da lugar la redacción del Código civil, ya que por una parte el artículo 430 inclina a una interpretación expansiva; por otro lado el 431 parece imponer un criterio restrictivo, ya que la posibilidad de que la posesión se ejerza en las cosas y en los derechos por la misma persona que los tiene y disfruta o por otra en su nombre, implícitamente restringe la posesión de los derechos de la personalidad.

(22) Pérez y Alguer: *Anotaciones al tratado de Derecho civil de Ennecerus, Kipp y Wolff*, tomo III. *Derecho de cosas*, por Martín Wolff.

(23) Joaquín Manuel de Moner: *Cuasi posesión*, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XIX, págs. 367 y sigs.

(24) Sánchez Román: *Estudios de Derecho civil*, tomo III, 2.^a edición. Madrid, 1900; págs. 412 y sigs.

¿Es lícito—se pregunta—imaginar que un derecho político, por ejemplo, el de sufragio, o un derecho civil como la patria potestad o la autoridad marital puedan ser ejercidos por una persona distinta del elector, del padre o del marido? Enunciar la hipótesis es antijurídico; ratificárla con una afirmación rayaría en lo grotesco.

Más adelante añade este autor que el que posee una cosa corporal, cuando puede traducir su poder por actos reiterados, tiene verdadera posesión, pero por estos motivos los derechos de obligaciones que se extinguen en virtud de un solo acto, no son susceptibles de protección posesoria (25).

c) CRITERIOS JUDICIALES.

a') *Tribunal Supremo*.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo, sólo incidentalmente ha tenido ocasión de ocuparse de este problema. Dos sentencias tienen especial interés sobre el particular, si bien las dos son anteriores al Código civil y referentes al derecho real de servidumbre únicamente. "Bajo el nombre de posesión—dice la primera—se entiende comprendida la posesión a efectos del interdicto de recobrar en los cuales se resuelve una cuestión de orden público, que del propio modo se afecta privando a uno por mano propia de la cosa corporal que posee, como de un derecho de servidumbre que ejercita o quasi-posee." (Sobre posesión de una servidumbre de carro durante treinta y cinco años sin interrupción.) (26).

Dice la segunda: "Conforme a la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, fundada, entre otras Leyes, en la 1.^a, título XXX, Partida III, el interdicto de recobrar es procedente siempre que se prive a cualquiera de cosas muebles o raíces, o del ejercicio de un derecho, pues que resolviéndose en esta clase de juicios sumarísimos cuestiones de orden público, lo mismo se afectan privando a uno con violencia o clandestinamente de una cosa corporal que poseía como de un derecho que quasi-poseía." (Caso de servidumbre de aguas.) (27).

En cambio, no se ha establecido, que sepamos, doctrina sobre la procedencia del interdicto para reintegrarse en la posesión de derechos de naturaleza no real, pues en el único caso resuelto por el Tribunal Supremo, referido al derecho de ostentar la cualidad de socio, se decretó la nulidad de la Sentencia restitutoria, no porque se estimase vicioso el

(25) Mucius Scevola: *Comentarios al Código civil*, tomo «Posesión».

(26) Sentencia del Tribunal Supremo de 31-12-1879.

(27) Sentencia de 11-7-1881.

ejercicio de la acción interdictal en aquel supuesto, sino porque discutida en el juicio plenario la cuestión de la existencia de la Sociedad, se decretó su inexistencia y quedó con ello privado el acto del carácter que se le atribuía (28).

b') *Audiencias y Juzgados.*—Por el contrario, las Audiencias han dictado resoluciones que extienden el interdicto a derechos de naturaleza personal. Beceña citaba el caso del socio a quien se había privado del ejercicio de los derechos de tal y el del empresario contra la tiple que se negaba a cantar. También aparecen citadas con frecuencia dos Sentencias del Juzgado de Burgos de 9 de julio de 1942, estimando interdicto por despojo a una Compañía de viajeros, y de 9 de mayo de 1935, estimando interdicto de retener por perturbación en el ejercicio de la profesión de cirujano en un determinado sanatorio.

Pero de las Sentencias dictadas por los Juzgados, quizá la que más resonancia alcanzó es la dictada por el Juzgado de la Latina, de Madrid, con fecha 9-1-1932, por la que se daba lugar al interdicto de recobrar formulado por la Junta Directiva del "Touring Club Español". Es de notar que en el Suplico de la demanda se solicitaba "haber lugar al interdicto y ordenando se ponga en posesión del demandante y de los Señores . . . , como Presidente y Directivos, respectivamente, del "Touring Club Español" y en representación legal de éste, todos los muebles y efectos, enseres y documentos que se encuentren en el que sea domicilio social de la Asociación . . . , practicándose a dichos efectos todos los requerimientos necesarios para reponer en la posesión al demandante". Posteriormente, en el Acta del juicio, folio 5, se reclamó la reposición a la Directiva de la Asociación "Touring Club" en la posesión de sus cargos y de los muebles y enseres pertenecientes a la misma. La parte demandada se opuso a esta ampliación; no obstante, en la sentencia se declaró haber lugar al interdicto, y transcribimos a continuación los Considerandos fundamentales de aquélla: "Considerando—se dice—que si bien dentro del campo especulativo es interesante la discusión mantenida por aquellos tratadistas como Gianturco, Bianchi, Venzi, etc., que defienden la inaplicación de la acción de despojo a los derechos reales, tales opiniones podían mantenerse con referencia al Código civil italiano, pero ante "las claras y concisas definiciones de los artículos 430 al 432 del Código civil, que hace

(28) Sentencia del Tribunal Supremo de 3-1-1893.

posible la acción de reintegración a los bienes y derechos de aquella "clase" más tanto en los Códigos extranjeros como en el de España, la cuestión apasionada surge cuando se contempla el ejercicio de la tutela posesoria contra el despojo de otros derechos no reales, como los de crédito y de familia, ya que civilistas tan autorizados como Sánchez Román y Segís, defienden la negativa, llegándose a sostener por Dernburg que la protección posesoria sólo abarca, tratándose de la quasi-posesión a la de los derechos representativos del disfrute de una porción de bienes garantizados a cada individuo, o sea un interés garantido, y Finzi, concluye que las palabras *disfrute de un derecho* "godimento de un diritto" incluidas en las definiciones de la posesión de los Códigos italiano y español, no puede significar sino el disfrute de una cosa corporal cuyo contenido corresponde a un derecho (*Il possesso dei diritti*, pág. 141 y siguientes); también el Código alemán y el suizo niegan conocimiento a la posesión de derechos en general y especialmente a los de crédito y familia". En el segundo Considerando dice: "Que llevada la tesis al campo de nuestro derecho positivo encontramos como primer jalón el artículo 430 del Código civil, que inspirado más en la doctrina canónica que en el romanismo, reconoce como susceptible de posesión el disfrute de derechos, sin distinción, siguiendo aquella doctrina de la ley 1.^a, Título XXX de la Partida III, que comprendía en la quasi-posesión no sólo los derechos reales de toda suerte, mas también los de crédito y personales "porque demanda un amo sus deudas", llegando los tratadistas más distinguidos, como Sánchez Román y Manuel de Moner, a sostener que la quasi-posesión, comprenderá, no sólo el usufructo, el uso y la habitación, sino los derechos personales de toda clase no menos que a todos los que desmembran el dominio, y como el primero de aquéllos plantea en su obra fundamental el tema de si los derechos de todas clases son susceptibles de posesión jurídica, se resuelve francamente por la afirmativa, propugnando porque todo el que ostenta un derecho tiene una verdadera posesión jurídica en el sentido más lato de la palabra, en cuya posesión ha de ser mantenido por la ley, mientras que por medios también legales no sea eficazmente contradicho. Si de la interpretación magistral de la ley, pasamos a la más auténtica de la jurisprudencia, el fallo dictado por el Tribunal Supremo el 31-12-1879, aunque recaído con motivo del ejercicio en una servidumbre de la acción de reintegración, requerido especialmente nuestro Tribunal de Casación sobre aquella tesis, en el primero de los

motivos del recurso declaró aplicable aquella acción a la quasi-posesión de derechos; la sentencia de 11-7-81 corrobora la doctrina con más amplios horizontes, ya que declaró en su primer Considerando que, conforme a la jurisprudencia constante de este Tribunal Supremo, fundada entre otras leyes en la 1.^a, Título XXX, Partida III, el interdicto de recobrar es procedente siempre que se prive a cualquiera de cosas muebles o raíces o del ejercicio de un derecho". El fallo dice: "Haber lugar a la demanda formulada por Don ... debo mandar y mando que se reponga a éste y a Don ... en la posesión de los cargos de Presidente y Directivos del "Touring Club" y de los muebles, efectos y enseres, etc. (folio 139)." Sentencia que fué revocada en 26-10-32.

El criterio mantenido por esta sentencia nos parece exagerado. La opinión de Sánchez Román que se acepta en el sentido, es interpretada, sin embargo, en el sentido lato que Sánchez Román da a la palabra posesión. En nuestra opinión no puede admitirse este criterio expansivo y de amplitud a los interdictos posesorios. Más acertado nos parece el criterio mantenido en otra sentencia restringiendo el criterio indicado.

Se dice en esta sentencia que, considerando que la posesión o mera tenencia de la cosa o derecho por parte del demandante, exigida en los artículos 446 del Código civil y 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ha de ser de un derecho real susceptible de apropiación personal, no de los de naturaleza distinta, puesto que si en nuestro ordenamiento jurídico se habla de posesión de estado civil de hijo natural de crédito (artículos 116, 135 y 1.164 del Código civil), se alude, según autorizadas opiniones modernas, a situaciones de hecho en el ejercicio de derechos llamados estados posesorios por extensión del lenguaje y en sentido analógico o figurado desprovistas de garantías de verdadera posesión relativas al dominio o demás derechos reales apropiables por su esencia (posesión técnica) en cuanto éstos son defendidos "ad interdicta", ya que para que la justicia no se haga por propia mano (que pudiera recordar la fase de la venganza privada), ya también para proteger al propietario que posee por medios sencillos sin constreñirle a la prueba de su título de tal propietario y ser, en definitiva, la posesión la exteriorización de la propiedad en la mayoría de los casos (29).

Criterio análogo se ha sostenido por la Audiencia de Madrid en sentencia de 14 de marzo de 1947, comentada por Prieto Castro (30).

(29) Sentencia del Juzgado núm. 13, de Madrid, de fecha 7-11-1941.

(30) *Revista de Derecho procesal*, año 1947, págs. 502 y sigs.

Se trataba de la construcción de una marquesina en un establecimiento de un lugar céntrico de Madrid, que, en opinión de los actores del interdicto, quitaba visualidad a los anuncios existentes en el piso superior. Este problema, planteado ya repetidas veces en otros casos, ha sido resuelto, a nuestro juicio, acertadamente, en la citada sentencia de la Audiencia. Se estima que el derecho a que sus anuncios fueran vistos con mayor amplitud, que se alegaba poseer en el momento de la construcción de la marquesina, no constituían derechos susceptibles de protección posesoria, ya que, estando éstos abiertos sobre la vía pública, no podía aceptarse el criterio de que existiera un predio sirviente ni, por lo tanto, se hubiesen constituido ni adquirido servidumbres ni ningún otro derecho real o personal de carácter civil. Se decía que, habiéndose construido la marquesina referida en virtud de autorización del Ayuntamiento y no cabiendo contra la Administración y sus concesiones la vía interdictal, así como siendo ésta inadmisible contra el particular, que obra en el ejercicio de un derecho que le corresponde, procedía revocar la sentencia del inferior que dió lugar a la acción interdictal. Interesantísima también la sentencia de la Audiencia de Pamplona de 25 de enero de 1947, asimismo comentada por Prieto Castro en la *Revista de Derecho Procesal*: A continuación de la anterior se trataba de que Don E. P. era arrendatario de la plaza de toros de X, y al fallecer, la empresa propietaria, después de haber realizado actos de reconocimiento de la posesión de la misma a los herederos de aquél, con la alegación de que el contrato tenía carácter personalísimo, lo dió por terminado, concluyendo seguidamente otro con Don P. M., al cual se entrega ese lugar de espectáculos taurinos. Los herederos de Don E. P. interponen demanda de interdicto recuperatorio contra la empresa propietaria y Don P. M., que el Juzgado no admite; pero la Audiencia revoca esa resolución, mandando que sea instituída la posesión, absolviendo a Don P. M. (Remitimos al lector al interesantísimo comentario del Dr. Prieto Castro.)

En resumen, puede observarse de lo expuesto que tanto en la opinión de los tratadistas como en las resoluciones judiciales, dentro y fuera de España, se observa la preocupación de concretar la clase de derechos a que debe extenderse la protección posesoria, pues ni es admisible excluir toda clase de derechos, ni tampoco extenderlos a todos los derechos.

III.—SOLUCIÓN SUSTENTADA.

Para tratar de exponer el criterio que debe presidir respecto de la protección interdictal, tenemos que partir de la base de determinar qué derechos son susceptibles de posesión y, por lo tanto, de la consiguiente protección posesoria, y para ello conviene hacer un breve examen de la clase de derechos existentes y a cuáles debe atribuirse dicha protección posesoria. Vamos a exponer para ello, en resumen, las clasificaciones de derechos que en atención a diversos puntos de vista se exponen en el Tratado de Enneccerus.

a) CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS.

a') *Clasificación por el fin.*—La clasificación más importante de los derechos es en atención a su fin. En este sentido se distinguen los derechos de las personas, derechos de familia y derechos patrimoniales. Los derechos de las personas y derechos de familia son susceptibles de posesión en el sentido amplio de estados posesorios de esos mismos derechos, pero en modo alguno susceptibles de posesión en sentido técnico y de consiguiente protección interdictal.

Respecto a los derechos patrimoniales, que son aquéllos que deben servir a la satisfacción de las necesidades de la persona y no como los derechos de familia, simple medio para el cumplimiento de un deber ético hacia otra persona, hay que distinguir, a su vez, entre derechos reales, derechos inmateriales, derechos de crédito y derechos hereditarios. De esta clase de derechos patrimoniales habría que excluir no sólo los derechos de crédito, sino determinados derechos reales llamados derechos de adquisición, por lo que habría que hacer un estudio uno por uno de la clase de derechos patrimoniales y excluirlos o incluirlos sin un criterio determinador concreto.

b') *Derechos privados, absolutos y relativos.*—Ciertos se dirigen únicamente contra personas singularmente determinadas los obligados (derechos relativos), otros no se dirigen contra persona determinada, sino que dan un señorío absoluto que se dirige contra todos (derechos absolutos, derechos de exclusión). Podría en principio pensarse que sólo los derechos absolutos son susceptibles de posesión, ya que, desde luego, no pueden incluirse los derechos relativos, pero puede hacerse la objeción de que, como dice Enneccerus, esta distinción no es omni comprensiva. Los derechos de familia tienen un aspecto relativo,

por cuanto obligan a la persona determinada a una cierta conducta, por ejemplo, a la mujer a seguir al marido, pero además tiene un aspecto absoluto en cuanto está prohibido a todos el atacar el señorío jurídico familiar (31).

c') *Clasificación de los derechos por la naturaleza del poder jurídico.*—La diversa naturaleza del poder jurídico, o sea las facultades que se conceden en un derecho son diversas y dan lugar a una clasificación establecida por el citado Enneccerus, a nuestro juicio de gran importancia para el tema que nos ocupa. La clasificación o categoría de los derechos en atención a este criterio son: los derechos de dominación, las pretensiones y los derechos a la modificación jurídica.

Los derechos de dominación, o sea el poder jurídico, de influir o de excluir la influencia ajena sobre un objeto determinado (cosa, persona, producto de espíritu, derecho, patrimonio). Las pretensiones son los derechos a exigir de otro sujeto determinado una acción u omisión. Los derechos de modificación jurídica o derechos de formación consisten en el poder jurídico, en virtud del cual puede producirse por ellos o a nuestro favor, aun sin nuestra voluntad una modificación jurídica, o sea el nacimiento, la extensión o la modificación de derechos subjetivos.

b) DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS SUSCEPTIBLES DE PROTECCIÓN POSESORIA.

De la clasificación expuesta creemos que los llamados derechos de dominación son realmente aquellos derechos susceptibles de protección posesoria. En verdad que el Código civil, en el artículo 437, al decir "sólo pueden ser objeto de posesión las cosas o derechos que sean susceptibles de apropiación", a nuestro juicio mantiene el criterio que acabamos de exponer. Sólo aquellas cosas o derechos susceptibles de apropiación o de dominación son los que deben ser objeto de protección posesoria. Los derechos de señorío sobre la cosa o sobre los derechos son dos, como dice Enneccerus en otro lugar: la plenamente eficaz fuente de ellos, o sea la propiedad, y una relativamente más débil, la posesión. Todo aquello que no sea susceptible de apropiación o que esté fuera del comercio, como decía ya Ruyero, no debe ser susceptible de posesión.

En conclusión, creemos que los problemas siempre difíciles del

(31) Enneccerus: *Tratado de Derecho civil, parte general*, vol. I, página 320.

ámbito de aplicación de los interdictos giran siempre sobre tres puntos fundamentales:

1.º El del problema de legitimación activa y pasiva, o sea el de si está legitimado todo tenedor o está excluido el detentador, así como si puede ejercitarse el cesionario, subarrendatario, etc., y contra qué personas puede dirigirse (32).

2.º El de la determinación de si concurren los requisitos de la posesión, o sea si ésta es posesión verdadera y no se trata de actos clandestinos o meramente tolerados que no afecten a la posesión, y, por último,

3.º El de si existe verdadero objeto susceptible de protección posesoria.

Creemos que, unas veces por excepción de amplitud en cuanto al criterio para la determinación de la legislación activa o pasiva o del objeto, se está desvirtuando en el momento actual en España (como ya advertimos ha ocurrido en otros momentos históricos en otros países) la aplicación de la protección posesoria. EN NUESTRA OPINIÓN SOLAMENTE SON OBJETO SUSCEPTIBLE DE PROTECCIÓN POSESORIA AQUELLOS DERECHOS QUE SON SUSCEPTIBLES DE DOMINACIÓN O APROPIACIÓN.

CARLOS VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER.

Secretario judicial. Profesor adjunto de Derecho Procesal de la U. C. Secretario general del Instituto Español de Derecho Procesal.

(32) Problemas éstos de los que nos ocupamos en trabajo publicado en la *Revista de Derecho privado*.