

Algo sobre la posesión de derechos a que se refiere el Título V del Libro II del Código Civil

MARIA MERCEDES BERMEJO PUMAR

Notaria

INTRODUCCION

La gran mayoría de los estudiosos de la posesión se rinden ante una evidencia: cualquiera que sea la significación originaria de ese vocablo, hoy, bajo él, se unen diferentes representaciones. Pero pese a su multiplicidad, puede comprenderse en un sólo conocimiento: la no privación.

Referido a un sujeto, en este amplio sentido, el término posesión, adquiere, incluso, un valor existencial, y, desde luego, predicativo (esencial, propio o accidental), o atributivo. En cualquiera de estos casos (aun en los de cualidades inherentes), se alude a una relación entre el que posee y lo poseído.

Algunas de estas conexiones se presentan en Derecho como hechos físicos indiferentes (color de la piel, por ejemplo); otras son cualidades estructuradas como consecuencias jurídicas, que se extraen de supuestos que en Derecho se valoran como condicionantes de aquéllas (nacionalidad, filiación, sujeción de voluntades concretas...), sin que en estos supuestos condicionantes figure la simple ostentación de hecho.

Pero, en ocasiones, el encontrarse en posesión de algo es valorado como elemento primordial para reconocer en ese simple hecho, alcance jurídico.

Tal es el caso de la posesión regulada en los artículos 430 y siguientes del Código Civil, que integran el Título V de un Libro (el II), que lleva por epígrafe: «De los bienes, la propiedad y sus modificaciones».

La frase que rotula el Libro II supone algunas delimitaciones de la noción de posesión de la que se ocupa:

— La primera se produce al fijar el objeto de las relaciones jurídicas que regula (Título I: «De la clasificación de los bienes»).

Así, en el Libro II se contempla la posesión de cosas y derechos, que deben entenderse referidos a lo que señala el Título I.

En él se dice:

Artículo 333: «Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles.»

No es la palabra cosa la que conduce a una primera reducción (ya que la significación genérica de esta palabra designa todo aquello de lo que pueda tenerse referencia de alguna manera), sino lo que se predica respecto de la misma: ha de ser o poder ser objeto de apropiación, es decir, susceptible de ser hecha propia, apta para su sumisión jurídica respecto de un sujeto que en todo o en parte pueda atribuírsele en exclusiva.

Con referencia al texto transcrito, resulta:

a) Por cosa apropiable se entiende todo aquello que pueda ser objeto de una relación jurídica privada real o personal (quedan fuera: las personas, o las manifestaciones de la personalidad; las públicas; en general, las de tráfico prohibido, limitado o condicionado).

La razón de la enumeración que se contiene en los artículos 334 a 336 parece tener por fin el dejar sentado que es bien inmueble, lo demás se fija, por exclusión, como mueble.

b) La apropiabilidad parece aludir a una condición material; pero esto no es obstáculo para que se venga entendiendo que basta con que sea susceptible de ser aprehendida por los sentidos o con el entendimiento. Se da cabida a los llamados bienes inmateriales como objeto de los derechos reales. El propio Código lo hace en este mismo Libro II. La doctrina lo acepta, sin dejar de señalar que los derechos reales sobre estos bienes no dejan de ofrecer peculiaridades que los convierte en *sui generis*.

c) La cualidad de la cosa señalada bajo la letra anterior tiene que ser actual. Como consecuencia lógica la cosa tiene que existir.

Con la frase «que son o pueden ser objeto de apropiación», se refiere o bien que la cosa está apropiada, o sea susceptible de serlo. Lo único que se aprecia como potencial, por estar presentes las condiciones que permitan su realización, es la acción de apropiarse de la cosa, pero no su cualidad de apropiable.

Las situaciones en que se reconoce a un sujeto el que pueda actuar su entendimiento y voluntad en su exclusivo interés, respecto de cosas que en el momento en el que se obtiene tal derecho todavía no existen o se encuentran indeterminadas, no merecen la consideración de derechos subjetivos. La existencia de éstos se entiende relativa a un sujeto determinado (en otro caso se daría una situación de interinidad) y respecto a una realidad delimitada que es, a su vez, la que determina, en sí, el contenido del propio derecho.

d) El artículo 333 utiliza la palabra bien para designar la cosa susceptible de apropiación.

Los dos términos, el de bien y el de cosa, pueden ser utilizados con distintas acepciones. A juicio de la doctrina, el legislador, en el Código, hace uso de ambos de forma indistinta.

Se dice que la cosa es bien en cuanto puede prestar una utilidad al hombre (la Partida 2.^a: «bienes son llamados aquellas cosas de que los omes se sirven e se ayudan»); acepción que no difiere de la que sostiene, por ejemplo, Ihering —en la segunda de sus obras citadas en bibliografía—. El bien es cualquier cosa que sea útil para el sujeto.

Partiendo de esta noción de bien, el confusionismo del Código no es tanto, ya que cosa y bien pueden entenderse como lo inverso simétrico lo uno de lo otro: la cosa no es deseada porque sea bien (útil), sino que es bien (útil) porque es una cosa deseada.

e) Artículo 334. «Son bienes inmuebles...

10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.»

De este párrafo y de los dos artículos siguientes resulta que se consideran como bienes los derechos.

De donde los derechos pueden ser entendidos como objeto de otros. El legislador se reafirma en esta idea a lo largo del Código Civil y en este mismo Libro (p. ej., con carácter general, para el derecho de usufructo, art. 469).

Pese al tenor literal, los inmuebles del número 10 son tildados de inmuebles por analogía (para favorecer la aplicación de su mismo régimen jurídico).

Estas son, a grandes líneas, las ideas que se vienen extrayendo del propio texto legal y que se predicán de la cosa objeto de cualquier relación real, incluida la posesoria.

La razón de estas normas es consecuencia de otra característica de las cosas sobre las que recaen los derechos subjetivos que reconocen facultades en exclusiva sobre ellas ejercitables por actos unilaterales de los titulares de esos derechos:

— No ser inherentes al sujeto.

— No ser susceptibles de ser aprovechables por la colectividad, sino por personas concretas.

Junto a estas consideraciones generales, y para abordar el tema a que estas líneas se refiere del objeto de la posesión, resulta igualmente conveniente el tener presentes las notas que del mismo Código Civil pueden extraerse como singularizadoras de la posesión respecto de las demás relaciones que regula el Libro II.

Facticidad (encontrarse efectivamente de alguna manera, aunque sea en apariencia, en este caso entendida como real en la opinión).

En las normas relativas a las relaciones del Libro II aflora la necesidad de un sustrato real. Pero éste, en la propiedad, usufructo, servidumbre, se reduce a la existencia de la cosa, en cuanto condición necesaria para que las facultades contenido de estos derechos subjekti-

vos no sean imposibles. La legitimación para el ejercicio de estos derechos es formal y su contenido no depende del modo en que se ejerciten.

(Hay que tener presente, sin embargo, lo que el Tribunal Constitucional llama «la debilitación del derecho de propiedad». Ya que, según este Tribunal, el contenido tradicional de la propiedad cede para convertirse en un «equivalente económico» en atención a criterios de «utilidad individual» —«legítimos derechos o intereses de terceros»— o de «función social» —«interés general»—, que «definen... el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes»; expresiones tomadas de la polémica sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1987, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 685/84 contra la Ley de 3 de julio del Parlamento Andaluz sobre la Reforma Agraria —citada por López y López, Angel M., en la obra recogida en bibliografía (*vide infra*)—.)

En la posesión, el sustrato real no se limita a que una cosa exista, sino a que alguien se sirva de ella. La constatación de la realidad en la opinión de que el poseedor actúa sobre la cosa.

Ihering se preocupó del dualismo subjetivismo-objetivismo en la crítica que a la teoría subjetiva hace en su obra *La voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante*, segunda parte de su teoría de la posesión —versión española de Adolfo Posada, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910.

Por lo que se ha dado en llamar la objetivización del Derecho, se impone que lo que legitima al que actúa como poseedor es la constatación de la opinión de que actúa voluntariamente sobre la cosa para utilizarla, abstracción hecha del propósito con que lo haga. A esto, algunos autores (Fedele, por ejemplo) añaden la necesidad de que esa acción que trasciende a los otros sea aceptada por éstos.

De la frase de Perozzi, en el ejemplo del poseedor del sombrero (según recuerda Hernández Gil —*La función social de la posesión*, Alianza Editorial, Madrid, 1969—), cualquiera que sea la teoría que se defiende sobre en qué consiste la posesión, en todo caso, *capello in capo*; se pasa a entender por la doctrina como suficiente que la realidad de que un sujeto se sirve de una cosa se tenga por cierta, para que lo sea a efectos jurídicos. En este sentido:

Guillermo García Valdecasas: «Basta, que la persona se halle en una determinada relación objetiva con la cosa que, para la opinión común, aparezca como un poder de hecho sobre la misma» (*La posesión*, Editorial Comares, Granada, 1987).

José Antonio Álvarez Caperochipi insiste en esta idea y estima que la apariencia socialmente significativa es la idea que aglutina el concepto jurídico de posesión, pese a su diversidad funcional y formal [*Curso de Derechos Reales. Propiedad y posesión*, Editorial Civitas (Tratados y Manuales), Madrid, primera edición, 1986].

Alvaro D'Ors: «Esta apariencia defendida por el Derecho en tanto no se pruebe su falta de fundamento se llama posesión» (citado por Jordaano Barea en *Reelección sobre la posesión* —Fascículo IV del Tomo 39 del Anuario de Derecho Civil 1986—).

La constatación de la realidad o apariencia del hecho de que un sujeto se sirve de una cosa de alguna manera es el supuesto condicionante de la producción de efectos de la posesión, que por esto se convierte en artificio de su propia determinación.

De ahí que Rudolf von Jhering, en su presente navideño para los lectores de obras jurídicas, *Bromas y Veras en la ciencia jurídica* (colección Marginalia, de la Editorial Civitas —1987—, tercera edición, en castellano), diga de la posesión que es el Proteo de nuestros conceptos.

Esta es la nota que la distingue de otras categorías jurídicas, en las que su advenir se preestructura de forma definida, de manera que aunque las facultades que integran su contenido no se actúen, puede decirse que ya existen en potencia, porque se dan las condiciones para que tengan lugar.

En la posesión el advenir no se intuye. La facticidad es, como vimos, una de las notas esenciales de la posesión. Por eso, carece de contenido de facultades de actuación individual protegidas jurídicamente, salvo la de ser mantenido en la situación de hecho.

De ahí que Savigni sostuviese, en su *Sistema de Derecho romano actual*, la doble naturaleza de hecho y de derecho de la posesión.

En nuestra doctrina un gran número de autores ven en la posesión un derecho, no sólo porque el Código la llame así (438), o la trate como productora de efectos favorables (443, pretensión de mantenimiento protegida jurídicamente —446—), sino también porque, aunque desaparecida como hecho, se entiende que existe (460, 440). Se utilizan, en este sentido, distintos ejemplos todos discutibles, porque:

Sin sustrato real, la posesión sólo se admite en un plazo muy breve —un año a efectos de su recuperación—, en el que, razones históricas al margen, todavía puede entenderse como subsistente como apariencia.

La posesión a que se refiere el artículo 460 es la insita en el derecho hereditario, no considerada en sí como categoría jurídica autónoma. El derecho hereditario se traduce en la titularidad sobre todos y cada uno de los bienes de la masa, y la posesión se refiere a la de cada uno de estos mismos bienes. El artículo 440 es una consecuencia del 989.

Ni en situación de indivisión, ni liquidada y disuelta, falta la base de hecho de la posesión (art. 450).

Los artículos 444, 449, 459, son normas aclaratorias precisamente del sustrato real, base de la posesión que admiten que se pruebe lo contrario de lo que en ellas se establece.

De donde el sustrato real, la realidad base que sustenta la posesión, es supuesto previo indispensable para que pueda hablarse de ella y el único elemento que la concreta. Por lo que la posesión es un fenómeno que puede ser descrito como hecho y como derecho.

Esta nota resulta potenciada por la regulación que nuestro Código hace de la posesión en el lugar que se indica, totalmente separada de la prescripción (difiere de otros Cuerpos legales —Digesto, títulos 2 y 3, libro 41—, 29 y 30 de la Partida 3; título 20 del libro 3 del Código francés, al que siguen otros; en éstos se trata conjuntamente la posesión y la prescripción).

Los redactores del Código Civil respetaron el lugar que a la posesión le asignó en su Proyecto Florencio García Goyena, quien nos dice (en *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, en la reimpression de la edición de 1852, llevada a cabo al cuidado de la cátedra de Derecho Civil de Zaragoza), «fue porque la adquisición de los frutos percibidos por el poseedor de buena fe es una de las especies de accesión..., y desde el artículo 396 (en su Proyecto) venimos tratando de accesiones.»

En mi opinión, no es motivo. Se regulan la propiedad y la posesión como categorías distintas. La accesión es un derecho del dueño: «pertenecen al propietario los frutos naturales, industriales y civiles». Al poseedor de buena fe no le pertenecen los frutos, sino que puede «hacerlos suyos», en tanto no exista otra persona con mejor derecho (incluso otro poseedor más antiguo, o que adquiriera la propiedad por prescripción por la condición de muebles de los frutos).

Sea la razón que fuere, en el Título V del Libro II, «Sobre los bienes, la propiedad y sus modificaciones», se contempla la posesión al margen de los derechos a los que pueda dar origen.

La doctrina coincide en afirmar que no es fácil una interpretación coherente de las normas relativas a la posesión, ya que mantiene en uso términos que aparecen en la misma regulación vacíos de contenido (posesión natural contrapuesta a civil), al tiempo que se recogen ideas que invitan a soluciones si no contrarias, innecesarias en parte, de ser alguna de ellas verdadera.

La razón que se invoca como justificativa de las posibles confusiones es que no todas las ideas consagradas por el legislador responden a un mismo origen y proceden de un mismo sistema jurídico (bajo términos de significación en el Derecho Romano —430, 431, 432—, se introducen ideas germánicas —440, 464— y canónicas —446—).

Con el intento de desenredar la maraña vamos a ver que pasa tirando del cabo de lo que se entiende por objeto de la posesión:

Con la ayuda del legislador obtenemos una primera delimitación que no parece dispar de la señalada en las consideraciones generales:

Artículo 430: «Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos.»

Respecto de las clases que distingue este artículo, vamos a no aventurar críticas.

Artículo 437: «Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación.»

De donde pueden ser objeto de posesión tanto las cosas como los derechos. El dualismo que se postula más arriba sobre la naturaleza de la posesión facilita la comprensión de la dualidad en cuanto a su objeto.

Este puede ser, tanto las realidades acotadas aptas para ser base de un derecho, como la voluntad creadora de facultades tuteladas, el interés (móvil de aquella voluntad) igualmente protegido por el Derecho, las concreciones de lo que éste permita, o como quiera que se entienda el derecho subjetivo.

Nuestro Código, al admitir la distinción entre posesión de cosas y de derechos, pasa por la solución del Código Napoleónico:

Artículo 2228. «La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.» El resto de los artículos que este Código dedica a la posesión están pensando en la prescripción, junto a la que es regulada.

Según la doctrina, y utilizando palabras de Antonio Hernández Gil: «La diversa terminología empleada para designar una y otra figura parece derivar de la concepción romanista que identificaba el derecho de propiedad con su objeto (la cosa), mientras no procedía a identificación semejante entre el derecho real limitado y su objeto (la cosa propiedad de otro)» («La posesión», Tomo II de las *Obras Completas*, Editado por Espasa Calpe, 1987, p. 211).

El Código alemán, en el parágrafo 865, sólo admite la posesión de cosas o partes de ellas (salvo por la que se refiere a las servidumbres prediales o personales limitadas).

Esta es la solución seguida por el vigente Código italiano, entre otros.

La concepción dualista que afirma el artículo 430 no parece avenirse, por un lado, con la estimación de bien que tienen los derechos. Por otro, dice Diego Espín Cánovas (*La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, Ediciones del Seminario de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, 1965): «El aludido entrecruzamiento entre el objeto de la posesión (cosas y derechos poseíbles) y la intención del sujeto que posee (posesión natural y posesión civil), puede inducir fácilmente a la creencia de que el objeto poseído civilmente es, en todo caso, el derecho que recae sobre la cosa y no

ésta.» Trata de salvar este inconveniente refiriendo la posesión de cosas a la que lo es en concepto de dueño y la de derechos a aquéllos distintos del de propiedad. Volveremos sobre esta consideración.

El tema no es intrascendente. Como dice Espín en la misma obra citada: «El tema de la concurrencia de varias posesiones viene a entrecruzarse con el del objeto poseído, de modo que sólo después de establecer los presupuestos legales sobre los que se opere, cabe resolver sobre aquella concurrencia sin temor a equívocos.» En este mismo sentido, otros autores (por ejemplo, Antonio Hernández Gil, pp. 653 y 226 de la misma obra citada, en relación a la clasificación foránea entre posesión media e inmediata).

La dualidad bien-derecho no es la única generadora de confusiones al hablar de posesión de derechos.

Como decíamos, para que una cosa sea objeto de posesión debe ser apropiable; para que sea apropiable, debe existir; para que exista, debe referirse a un sujeto relativamente determinado que ostente facultades sobre el bien, suficientemente tuteladas por el ordenamiento jurídico. Los derechos que todavía no han sido prescritos no son tales derechos.

Antonio Hernández Gil se refiere, por eso, al «hipotético derecho» y hace la siguiente consideración: «a los fines de la posesión el derecho no es tenido en cuenta como categoría apodíctica, en su plenitud formal o literal, sino más bien en cierto sentido traslativo o explicativo, como expresión económico-social de una situación o estado de hecho» (misma obra citada).

Esta consideración de lo poseído ofrece el inconveniente de su indeterminación y no salva suficientemente el escollo que representa la facticidad caracterizadora de la posesión y la nota de ser ésta artífice de su propia determinación, que no permite aventurar lo que pueda ser, sino el «ser ahí», estático, sin consideraciones de pasado (no se exige ninguna duración en la posesión previa a la privación o perturbación, ni valoraciones de cara al futuro para ejercitar los interdictos). La situación momentánea que se ofrece como objeto del derecho a ser mantenido en la posesión aparece demasiado imprecisa, si no se refiere a una cosa (realidad acotada como base).

Hasta que el plazo para usucapir concluya no está determinado el derecho (sus límites), ni el modo en que éste pueda ser ejercido (limitaciones). Transcurrido el plazo para usucapir, el poseedor deja de serlo (entendido el concepto en su valor autónomo), y se convierte en titular del derecho prescrito. Puede decir, ya, que tiene derecho.

Para el ejercicio de las acciones posesorias puede decir que, sólo, tiene derecho a ser mantenido en un estado de hecho, derecho a ser mantenido en una situación de hecho, apariencia de una situación jurídica («posesión»). De donde mientras el derecho no se halla prescrito, el derecho objeto de la posesión es la posesión. Lo que parece conducir a:

— Admitir como objeto un derecho, en sí mismo, indeterminado (no falta quien defienda que los procesos posesorios tienen carácter constitutivo y que sólo puede hablarse de posesión derecho material una vez declarado el mantenimiento o reposición (De Diego Lora, citado por Hernández Gil, página 638, obra citada). Sólo se concreta en relación a su sustrato real constatable o real en la opinión (tema que llevaría a elucubrar sobre la dualidad ser-parecer, y sobre qué es la realidad).

— Se confunden continente y contenido.

Por lo que parece que, con rigor, no se puede hablar de posesión de derechos respecto de los no realmente existentes (apariencias protegidas = posesión).

Sostener que la idea intelectual de lo que es un derecho es susceptible de ser aprehendida por el entendimiento y, en cuanto tal, objeto de posesión, como bien inmaterial, lleva a recordar las consideraciones generales expuestas para el objeto de las relaciones reguladas en el Libro II del Código Civil. La cosa se entiende como bien, y el bien, para el Derecho, es algo materialmente útil para el titular (no espiritualmente útil), algo de lo que se puede obtener un provecho valorable y objetivo.

Con todo, el legislador insiste en su idea de la posesión de derecho: artículos 431, 432, 438. En este último, «la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho (?) poseído, o por la acción de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra, voluntad o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho».

El artículo 38, Ley Hipotecaria: presume que el que tenga inscrito el dominio de los inmuebles o de los derechos reales tiene la posesión de los mismos. Una interpretación sistemática (art. 36) esclarece todo tipo de dudas acerca de si este artículo 38 se refiere a la posesión de derechos, aunque esta ley entiende la posesión como un mero hecho.

De estos artículos se extrae la idea de que uno puede ser poseedor del derecho de que uno mismo es titular. Lo que parece, a su vez, conducir:

— A admitir la posesión de una condición personal: la titularidad. El derecho subjetivo sólo existe relativamente a la persona titular. Esto es contrario a las consideraciones generales de las que partimos.

— A confundir posesión-ejercicio de derecho (de hecho sucede en la doctrina y en algunos Códigos). Y aun no existiendo esta confusión, hay que reconocer que el provecho que puede obtenerse de ser poseedor de un derecho de que se es titular, y que no sea consecuencia del ejercicio de ninguna de las facultades que lo integran, es inseparable de la legitimación formal.

Desde un análisis conceptual, la confusión es menor. La individualización de un derecho respecto de otro se logra más fácilmente cuando el derecho que se ostenta sobre el derecho objeto confiere menos facultades al titular que éste. Pero en el caso de la posesión, al no tener un contenido en facultades determinado, la confusión se produce siempre.

— A distinguir que el derecho del que se es titular puede llevar insita la facultad de poseer, pero ésta no puede confundirse con la posesión, considerada por sí misma (posesión-hecho) y en sí misma (posesión-derecho).

La facultad de poseer integrante de un derecho es una posibilidad.

La posesión, una realidad.

— A considerar que la posesión contemplada como fenómeno aislado de cualquier función o efecto que pueda cumplir para hacer posible el cumplimiento de un contrato o el ejercicio de un derecho responde a las notas singularizadoras expuestas, que carecen de sentido respecto del derecho que se tiene reconocido.

— A deducir que por estas notas la posesión sobre derechos no sugiere las mismas cuestiones a las que conducen los derechos objeto de derechos en general. Supuestos en los que el derecho recae de hecho sobre los rendimientos o beneficios exigibles en base al derecho objeto, pero que sin esa titularidad no podrían obtenerse.

La única pretensión que el poseedor puede hacer exigible es la de ser mantenido en la situación de hecho. El lugar en el que el Código Civil se ocupa de ella es en el Libro II (en el que se trata de las cosas provechosas y las maneras en que se pueden reconocer atribuidas en exclusiva).

Son variadas las teorías que tratan de explicar la razón de mantener, siquiera no de forma definitiva, al que no ostenta derecho alguno sobre una cosa en la posesión de ésta (de la voluntad, de la personalidad, de la prerrogativa de probidad, prohibición de violencia, mantenimiento del *status quo*, propiedad en gestación o manifestación de la propiedad). A mi juicio, no hay razón para excluir ninguna.

Al objeto de determinar qué bienes pueden ser objeto de esta pretensión de mantenimiento, me parece digna de tener en cuenta la del mantenimiento del *status quo* (la sostiene Stahl y Heck, entre otros): las cosas son y deben ser útiles al hombre; para su utilización deben ser atribuidas en exclusiva; la forma en que sean utilizadas es determinante de su provecho; la continuidad garantiza su producción (según nos resume Jordano Barea —obra citada—). No responde a esta idea ni las cualidades o estados personales, ni la mayor parte de las relaciones de crédito.

Sobre lo que son bienes comunes (aire, agua, paisaje...) no es predicable nada de lo expuesto. Con todo, se trata, y en ocasiones se consiguió, una protección interdictal invocando la figura de la posesión

(sentencia de la Audiencia de Madrid de 12 de noviembre de 1974, retener la belleza del paisaje). Puede que el fin justifique los medios, pero en este caso no responde técnicamente a ellos.

Cualquiera que sea la solución por la que se opte respecto de la llamada posesión de derechos, la posibilidad de que una misma cosa pueda jurídicamente producir aprovechamientos diferentes permite la concurrencia de titularidades distintas que posibiliten poseerla. Sin que el ejercicio preferente en la posesión de la cosa en sí, y no en sus rendimientos, por uno de estos titulares, prive en los demás de su posibilidad. Como queda claro esta posesión potencial no es la posesión categoría autónoma. Goza de defensa interdictal siempre que no exista posesión real protegible que se le oponga.

A su vez, la posesión puede ser la acción de la facultad de poseer integrante del derecho del que otro es titular, ejercitada, por ejemplo:

— En representación del titular (representación legal, mandato, gestión).

— En virtud de un contrato que suponga cesión de uso.

— Por un experto o por un subordinado que cumpla instrucciones del titular (para este último caso se utiliza la expresión legal alemana de servidor de la posesión. Entre quienes lo consideran mero detentador y poseedor está la opinión intermedia de quienes opinan que su posición será una u otra según resulte de las instrucciones ejecutadas).

Estas y las anteriores situaciones en que concurren varios sujetos sobre una misma cosa se explican de forma distinta según se reconozca o no la existencia de posesión de derechos. Si ésta se admite, huelga, por ejemplo, la expediente foráneo de la posesión mediata.

CONCLUSIONES

A la vista de todos los inconvenientes teóricos que se derivan de su admisión, parece difícil sostener que la expresión «posesión de derechos» sea defendible sin que choque abiertamente con conceptos jurídicos reconocidos como verdaderos.

Sin embargo, el legislador recurre a ella, lo que obliga a preguntarse el por qué.

Decíamos que:

— Pueden ser objeto del fenómeno posesorio (en el que el simple hecho de poseer confiere derecho a cierto grado de atribución): los bienes entendidos como realidades no inherentes al sujeto, de las que se pueden obtener en exclusiva, y con la actuación unilateral del poseedor, provechos objetivos y valuales.

— Cuando se habla de posesión de derechos, no se utiliza esta expresión como la imagen del concepto técnico, ni de la posesión (para los existentes), ni de la de derechos (para los inexistentes).

Es necesario averiguar si con ella se quiere hacer referencia, como primera aproximación, a algo de lo que no se tiene conocimiento exacto y, por tanto, no puede decirse, con rigor, lo que es, ni lo que no es.

— Con la expresión «posesión de derechos», referida a los «existentes», se alude a la situación en que se encuentra el titular, por concurrir todas las condiciones necesarias para hacer plenamente efectivas todas las posibilidades de aprovechamiento de que sea susceptible la titularidad sobre la realidad que le sirve de base. Situación que ofrece analogía con el ejercicio del derecho, hasta el punto de confundirse realmente con ella, pese a que conceptualmente se intuye más amplio, ya que pueden darse provechos que se obtengan, no por el ejercicio directo del contenido del derecho, sino como efectos reflejos derivados de la aludida concurrencia.

— Con la expresión «posesión de derechos», referida a situaciones no protegidas, a derechos inexistentes, se alude a una actuación del poseedor con un contenido similar al de facultades del derecho si existiera. Situación no protegida (salvo por lo que se refiere al mantenimiento) que conceptualmente se confunde con la noción de posesión, pero que realmente se intuye más amplio, pues la reposición o el mantenimiento difícilmente se reconocerán abstracción hecha de la manera en que se vino desarrollando el hecho de poseer.

De donde resulta que:

Existen analogías y diferencias, por lo que se puede decir que en la expresión «posesión de derechos», en cualquiera de los dos casos se está utilizando, o bien el término posesión, o bien el término derechos, en sentido metafórico. Es decir, se le está dando a un fenómeno el nombre de otro, en base a una analogía y pese a una diferencia:

a) En la posesión de derechos existentes, la analogía existe con el ejercicio del contenido del derecho; la diferencia (más fácil de entender conceptual que realmente) es la posibilidad de un aprovechamiento más amplio del que se derive de ese ejercicio, en el sentido de aprovechamientos indeterminados.

b) En la posesión de derechos de los que no se puede predicar su existencia, la analogía se presenta con el propio fenómeno posesorio; la diferencia (más fácil de entender desde un análisis de los hechos que conceptualmente) radica en el alcance, en la vida práctica, de la reposición o el mantenimiento, en atención al modo de desenvolver su actuación el poseedor.

«El lenguaje es el inventario de las ideas» (Ihering, en la segunda de sus obras citadas en bibliografía). Pero hasta que éstas no se ofrecen de manera determinante, las palabras las denotan, sólo, de forma imprecisa.

Por esa razón no es anómalo la falta de rigor en los términos utilizados por el legislador, si se tiene en cuenta que, como dice Heideg-

ger (obra citada en bibliografía): «El verdadero “movimiento” de las ciencias es el de revisión de los conceptos fundamentales que puede ser más o menos radical y “ver a través” de sí mismo también más o menos. El nivel de esa ciencia se determina por su capacidad para experimentar una crisis de sus conceptos fundamentales.»

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Alvarez Caperochipi, José Antonio: «La propiedad y la posesión», *Curso de derechos reales*, Editorial Civitas, 1986 (Tratados y Manuales), pp. 77 y ss.
- Díez Picazo, Luis: «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», *Las relaciones jurídico reales. El Registro de la propiedad y la posesión*, Editorial Tecnos, 1978.
- Espín Cánovas, Diego: *La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, Publicaciones del Seminario de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, 1965; «Manual de Derecho Civil», Editorial de la *Revista de Derecho Privado*, 7.ª ed., 1985.
- Fernández-Golfín Aparicio, Antonio, y otros: «Influencias de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales», *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1989.
- García García, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1988.
- García 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 la Universidad de Zaragoza.
- García Valdecasas, Guillermo: *La posesión*, Editorial Comares, Granada, 1987.
- Heidegger, Martin: *El Ser y el Tiempo*, editado por Fondo de Cultura Económica, traducido por José Gaos, 7.ª reimpresión, 1989, de la 2.ª ed. (revisada) en español (1971).
- Hernández Gil, Antonio: *La función social de la posesión*, Alianza Editorial, Libro de bolsillo, Madrid, 1969; «La posesión», Tomo II de las *Obras Completas*, Editorial Espasa Calpe, 1987.
- Ihering, Rudolf: «La teoría de la posesión», *El fundamento de la protección posesora*, traducida por Adolfo Posada. 2.ª ed. corregida. Editorial Hijos de Reus Editores, Madrid, 1912; *La voluntad en la posesión con la crítica del método jurídico reinante*, traducción de Adolfo Posada, Imprenta de la Revista de Legislación, Ronda de Atocha, Madrid, 1910.
- Jordano Barea, Juan B.: «Una relación sobre la posesión», *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo IV, Tomo XXXIX, 1986.
- López y López, Angel Manuel: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Editorial Tecnos (colección: Temas clave de la Constitución Española, dirigida por Pedro de Vega), Madrid, 1988.
- Puig Brutau, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. 1.º, 3.ª ed., Editorial Bosch, pp. 39 y ss.

Reyes Monterreal, J. María: *La figura del precario*, Instituto Ed. Reus, Preciados, Madrid, 1965.

Wolff, Martin: *Derecho de cosas*, Décima ed., revisada por M. Wolff y L. Raiser. Traducida y anotada por Blas Pérez y José Alguer. 3.ª ed., 1971, Tomo III, vol. 1.º, Casa Editorial Bosch.