

## **La posesión. Análisis crítico de una falsa institución**

POSSESSION Critical analysis of a false institution

*Autor: J.L del Moral Barilari*

*DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.1044>*

## LA POSESIÓN ■ ANÁLISIS CRÍTICO DE UNA FALSA INSTITUCIÓN\*

POSSESSION ■  
Critical analysis of a false institution

A POSSE ■  
Análise crítica de uma instituição falsa

J.L del Moral Barilari<sup>a</sup>  
jdelmoral@delmoralabogados.com

Fecha de recepción: 06 de junio de 2019  
Fecha de revisión: 20 de agosto de 2019  
Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2019

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.1044>

Para citar este artículo:  
del Moral Barilari, J. (2019). La posesión. Análisis crítico de una falsa institución.  
*Revista Misión Jurídica*, 12, (17), 91-118.

### RESUMEN

El artículo defiende que la posesión es una creación artificial, originada alrededor del Siglo II d.C, momento en que dejó de ser un mero ánimo (*animus possidendi*) que acompaña a una actuación física de control sobre una cosa (*tentio* o actuación de tener), para terminar por convertirse en la propia actuación en sí misma. Ese *animus possidendi* sólo acompañaría a la actuación de un no dueño, puesto que el verdadero *dominus* también “tiene”, sólo que con *animus proficiendi* o de obtención de *proventus* o provecho. Por último, enfatiza la posición intermedia que ocupa dicha *tentio* en la evolución del sistema jurídico, a medio camino entre el mero contacto físico con la cosa y la legitimidad sustantiva sobre la misma.

### PALABRAS CLAVE

Posesión, poseedor, tenencia, legitimidad, facultad, potestad, tenedor, usucapión, interdicto, retención.

---

\* Artículo de reflexión

a. Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Valencia. Sus 20 años de ejercicio profesional se han centrado fundamentalmente en el Derecho Civil y Marítimo, habiendo sido durante una década Vicepresidente de la Asociación Española de Derecho Marítimo y siendo en la actualidad miembro de la European International Research Advisory Council (EIRAC). Europe and Middle East.

**ABSTRACT**

The author of this article argues that possession is an artificial institution, created around the second century AD, when it ceased to be an *animus (animus possidendi)* merely accompanying a physical performance of control over a thing (*tentio*) to end up becoming the very performance itself. That *animus possidendi* only accompanies the performance of a non-owner, since the real owner also exercises a *tentio* but with *animus proficiendi*. Finally, he emphasizes the intermediate position of the abovementioned *tentio* in the evolution of the legal system, halfway between mere physical contact with the thing and substantive legitimacy on it.

**KEY WORDS**

*Possession, possessor, tenancy, legitimacy, faculty, power, tenant, usucapio, interdict, retention.*

**RESUMO**

O artigo defende que a posse é uma criação artificial, originada por volta do século II d. C., quando deixou de ser um mero espírito (*animus possidendi*) que acompanha um ato físico de controle sobre uma coisa (*tentativa* ou ato de ter), para acabar se tornando o próprio desempenho. Esse “*animus possidendi*” apenas acompanharia o desempenho de um não proprietário, uma vez que o verdadeiro “*dominus*” também “tem”, apenas com “*animus proficiendi*” ou obtendo um “*proventus*” ou lucro. Finalmente, enfatiza a posição intermediária que a referida *tentio* ocupa na evolução do sistema jurídico, a meio caminho entre o mero contato físico com a coisa e a legitimidade substantiva da mesma.

**PALAVRAS CHAVE**

Posse, possessor, detenção, legitimidade, faculdade, poder, titular, usucapião, liminar, retenção.

**INTRODUCCIÓN**

Puede resultar extraño que, a estas alturas del discurso jurídico, todavía haya alguien que quiera seguir hablando sobre un tema que pareció haber quedado zanjado hace ya más de un siglo, a saber: ¿Qué es esto de la posesión?

Este trabajo aborda el tema con la plena convicción de que dicha discusión -como está ocurriendo con muchas otras en Derecho- fue cerrada en falso<sup>1</sup>. Y ello a pesar de lo mucho que se ha argumentado e incluso -como diría Ihering- de lo mucho que se ha “jugado” en el pasado con dicha figura<sup>2</sup>.

Y fue cerrada en falso porque toda la moderna construcción de la institución posesoria está basada, a juicio del autor, en un error de base que ya se observa en sus propios fundamentos, al haber cambiado el eje de rotación. Como se verá a lo largo de este artículo, la posesión no es, en modo alguno, una actuación (un *corpus*) como defendía el propio Ihering<sup>3</sup> -término inventado para contraponerlo al incorpóreo *animus*- ni tampoco la suma de una actuación y un *animus* como entendió Savigny<sup>4</sup> sino, exclusivamente, un *animus* (uno más de los múltiples posibles) “objetivo” -que no subjetivo- de la única y verdadera actuación, que sería el mal llamado *corpus* que estos autores manejaban: la *tentio* o *tentio* (término del que, como se verá, devienen las palabras tener, tenedor o tenencia).

Es por esa razón que desde este mismo momento, se dejará de hablar de posesión para pasar a hablar de *tentio* o *tentio*, salvo cuando se hable del *animus* de la misma.

Con ello, se espera poder devolver a la *tentio* a la posición jerárquica que nunca debió perder dentro del sistema y, en la medida en que dicha figura está detrás de prácticamente cualquier institución jurídica, devolver a la misma a su condición de eje vertebrador de toda la disciplina.

1. La inexcusabilidad del error, la sustancialidad del incumplimiento para que pueda haber disolución, la prueba de la culpa, las adquisiciones a non domino, entre otras muchas.

2. Ihering llegó a decir que la posesión era “el juguete que el hada del Derecho había colocado en la cuna de la doctrina”.

3. RUDOLPH VON IHERING, Caspar: “Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria”. Editorial Reus, 2.004.

4. KARL VON SAVIGNY, Friedrich “Tratado de la posesión según los principios del Derecho romano”, Madrid 1845.

## 1. EL CONCEPTO DE TENTIO

Para obtener un adecuado concepto de la tentio o tención (actuación de tener), es necesario hacer previamente dos aclaraciones: la primera, cuál es la diferencia entre el tener y el haber y, la segunda, analizar cómo surgió esta figura en la historia de los hombres.

### 1.1. Distinción entre el tener y el haber

Resulta difícil, por razones de espacio, hacer una exposición detallada, desde el punto de vista filosófico, de los conceptos del Ser y del Ager (término este último que da lugar al latín agere y a palabras como acción). A su vez, el latín agere tiene sus orígenes en la raíz Proto-Indo-Europea (en adelante PIE) -ag\*, raíz que es muy prolífica y da lugar a infinidad de palabras, algunas de las cuales referenciamos a pie de página<sup>5</sup>.

Imaginémonos al Ser (cualquiera que sea, material o inmaterial) representado por un cubo (porque es una figura que, al tener forma de recipiente es, desde el punto de vista abstracto, perfecto para imaginarse entradas y salidas de ageres de él) y, por otro lado, al Ager representado por un círculo (porque su más típica manifestación es el movimiento y este suele ser cíclico).



Gráfica 1: Ser  
Fuente: Elaboración propia

5. Del Proto-Indoeuropeo \*ag- mover, Entrada 11 página 4 del Indogermanisches Etymologisches Woerterbuch de Julius Pokorny y bajo \*ag- en el American Heritage College Dictionary Cuarta edición 2.002, Versión Digital Houghton-Mifflin eReference Suite © 2001-2004. Esta raíz es, quizás, de las más prolíficas: a) El griego agó: demagogia, estrategia b) El griego agra: pelagra, podagra c) El griego axiós: axioma, axiología d) El griego axón: axonométrico e) El latín agere: agenda, agitar, embajada, transigir, litigar, navegar f) El latín actus: acto, actor, acción, exacto, retroactivo g) El latín agilis: ágil h) El latín agmen: enjambre i) El latín ala: ala, axima, mejilla.....

Pues bien, desde el punto de vista filosófico, todo Ser está integrado por los siguientes componentes: *seder* (donde descansa o sede<sup>6</sup> el ser, incluida su *existentia*, *verentia* e *identia*), haber, valer, poder y haber. Veámoslo en la siguiente imagen.



Gráfica 2: Integración del ser  
Fuente: Elaboración propia

El Haber es, pues, un componente del Ser y, al igual que el resto de componentes, no es un *ager* (acción). Cuando se dice que el barco puede navegar, el único verbo que contiene dicha frase es navegar, no poder, porque el poder es, simplemente, uno de los componentes de dicho Ser para realizar ese *ager*. La confusión viene de antiguo, como consecuencia de considerar que cualquier término con el sufijo -ar, -er o -ir indicaba verbo cuando, en realidad, lo que indica es infinitivo, es decir, que cumple una función (-ivo/a) infinita.

Estos componentes funcionan “en escalera” lo que quiere decir que nada cabe hacerse (capacidad) si previamente no puede hacerse y tampoco puede hacerse si, a su vez, previamente vale para hacerse...

Para explicarlo pongamos como ejemplo el mismo barco antes visto. Un barco vale para transportar, pero no para volar. Si lo que queremos

6. De ahí palabras como *sedar*, *sedación*, *sedente*, *sedimento*, *sedentario*, etc.

*ager* (término muy amplio, que comprende tanto hacer como habitar) es transportar, podemos seguir avanzando en la “escalera imaginaria” y si no, nos quedamos sin *ager*. Si el barco, por el contrario, vale para transportar, nos planteamos ya, a diferencia del valer, una relación con otro Ser (naranjas) y nos preguntamos si ese ser-barco puede (potencia) transportar esos seres-naranjas. A lo mejor no es el tipo de barco que puede transportar ese tipo de mercancías con lo que nos volvemos a quedar sin *ager*.

Si, por el contrario, superamos ese escalón accedemos al último, el *cabere* (capacidad). La palabra *cabere* proviene del latín *capere* y a su vez del PIE \**kap-* (cabeza, capital, capturar) que funciona como un espacio restrictivo del *potere*. Remontémonos por un momento a la infancia e imaginémonos jugando con plastilina. Pues bien, la plastilina representaría en Derecho a la potencia y, el molde donde la colocamos para hacer formas, a la capacidad. Si el molde es más grande que la plastilina, “cabrá” toda ella, pero si no, parte de la plastilina sobraría. Pues en nuestro barco ocurre lo mismo. La capacidad limitará la potencia del mismo de llevar un número indiscriminado de naranjas a un número máximo de ellas.

Volviendo al haber, en el latín clásico se hablaba con propiedad de dicho término, utilizándose expresiones como “*Non habeo domi*”, en lugar de “No tengo casa” como se dice hoy en día. Que el lenguaje vulgar cambie los términos es inevitable, pero no todo lo inevitable “ha” de ser necesariamente bueno. Máxime porque esta sustitución es especialmente grave, toda vez que “haber” no es un *ager*/acción, mientras que “tener” sí que lo es (controlar una cosa).

## 1.2 Origen de la *tentio*

Desde un punto de vista puramente filosófico, el Hombre pasa por dos fases distintas en su relación con las cosas.

En un primer estadio, cada hombre está solo en una “isla” en medio de la naturaleza, junto con las cosas (aunque también valdría un hombre a-isla-do). En esta fase, todavía no siente ninguna cosa como suya (pongamos un balón como simple ejemplo<sup>7</sup>). No solo no se lo disputa nadie, sino que seguramente estaría encantado de que hubiera más hombres con quienes compartirlo. El hombre no conoce

todavía, por lo tanto, el concepto “mío”. Se limita a tener contacto<sup>8</sup> físico con las cosas y a hacer (*facere*) actividades con ellas. Y como todavía no hay nadie que le dispute ese bien, mientras hay contacto esa situación existe y, cuando deja de haberlo, no hay ninguna clase de situación alternativa sobre el bien (ya que no es necesario “controlarlo” frente a nadie). Sigamos.

En esta evolución imaginaria, los hombres abandonan posteriormente sus respectivas islas y acceden a un continente común. Esta fase comprende, a su vez, dos sub-fases distintas:

Una en la que el hombre empieza -ante la posible disputa de sus nuevos congéneres- a “controlar” la cosa, lo que supone ya la aparición de la *tentio*. Este término, proveniente del PIE *-ten\** que también es muy prolífico como ocurre con todas las actividades básicas<sup>9</sup> y que significa estirar o extender. La idea es que los hombres, a partir de su incorporación a un mismo continente, pueden entrar en potencial disputa sobre los bienes, lo que hace necesario el reconocimiento de una parcela de control, que se extenderá hasta donde el hombre sea capaz, imaginariamente, de “estirar” sus miembros y, con ello, su campo de actuación. Todo ello de forma muy similar a lo que hacen los animales cuando abaten una presa y otean el horizonte estirando su cuello, ante el temor de que pueda venir otro depredador a quitársela. Como el hombre se veía más avanzado y civilizado que los animales, pensó en que esa parcela de control debía de ser inatacable de forma violenta y dotó a su controlador de algo que pasó a llamar legítima acción o: legitimación.

Y, finalmente, otra fase, más avanzada, pero superpuesta a la anterior y compatible con la misma, en la que no solo controla las cosas, sino que incluso pasa a adquirir sobre ella una posición jurídica

7. Recuérdese la inolvidable película dirigida por Robert Zemeckis y protagonizada por Tom Hanks en el papel de Chuck Noland “*Náufrago*” y su divertida relación con el balón “*Wilson*”.

8. Contacto: del latín con (junto) *tactus* (tocar).

9. *\*ten-* extender, estirar. Esta raíz (*\*ten-1-*) está documentada en la entrada 1984 página 1065 de *Indogermanisches Etymologisches Woerterbuch de Julius Pokorny* y da lugar a palabras como tienda, tensión, hipotenusa, tendón, intención, contención, detención, atención.....Esta raíz está bajo *\*ten-* - en el *American Heritage College Dictionary*. Cuarta edición 2002. Versión Digital - Houghton Mifflin eReference Suite © 2001-2004. Esta raíz está documentada como *\*ten-* en el *Diccionario Etimológico Indoeuropeo De La Lengua Española* (página 179-) de Edward A. Roberts y Bárbara Pastor - Primera Edición 1996.

susceptible de ser transmitida a otros, durante su vida o después de muerto (la legitimidad) y, como complemento, la misma protección jurídica que si no había esa legitimidad (la legitimación), términos ambos clásicamente confundidos por los juristas, como veremos a lo largo de este artículo.

## 2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA TENTIO. DIFERENCIA ENTRE LA TENTIO Y EL ANIMUS

### 2.1 La tentio

Este término *tentio* puede resultar algo extraño para el lector, pero no como raíz de otras palabras, desde el momento en que ¡atención! no significa otra cosa que acercar (ad-) la tención (ponerse tenso porque viene alguien u ocurre algo) y lo mismo ocurre con detención, contención y, así, infinidad de términos. Pues bien, esa *tentio* o tención es, como pasamos a explicar, una mera, simple y sencilla actuación física, amparada o no por una legitimidad (ser) que atribuye a su actor (tenedor) legitimación (*ager*) en determinadas circunstancias. Descompongamos el concepto.

A). Es una mera actuación: La *tentio* es una simple actuación física, que ni puede ser objeto de negocios (ni siquiera su cesión como afirma el art 460.2º del C.C.), ni de legados, sin perjuicio de su consideración para el fenómeno de la usucapión previsto en los arts. 440 y 442 C.C.). Son muy clásicas las opiniones vertidas sobre la naturaleza jurídica de la *tentio* en los últimos siglos<sup>10</sup>. Sin embargo, la visión que se postula a través de estas líneas las orilla a todas ellas completamente, en la medida en que el planteamiento de partida es completamente diferente. Pero el distanciamiento sigue, sobre todo cuando empezamos a hablar de los mal llamados “derechos” (subjctivos). Por lo tanto se difiere, de igual manera, con la posición defendida

10. Papiniano, quien defendía su carácter de derecho mientras que Paulo la calificaba como hecho, siendo esta última teoría la que prevalecería los siglos posteriores. Sin embargo, fue Savigny quien resucitó esta vieja polémica defendiendo el doble carácter de la *tentio*, como hecho en sí misma y en su forma de originarse y como “derecho” en tanto comprende facultades jurídicas. A partir de este momento la doctrina se trifurca: 1.- Windscheid y Planiol retoman su consideración como hecho, si bien matizando que es un hecho jurídico 2.- Ihering la califica nuevamente como “derecho” y Brinz y Appleton aúnan ambas facetas y la definen como ejercicio de hecho de un derecho. Castán, Espín o Albaladejo son de este criterio.

tradicionalmente por la doctrina española, encabezada por Hernández Gil de su consideración como un “derecho”, sin perjuicio de que ya algún autor como Jordano Barea<sup>11</sup> ha terciado en la polémica, negándole tal carácter por argumentos que, en su mayoría, esta investigación comparte.

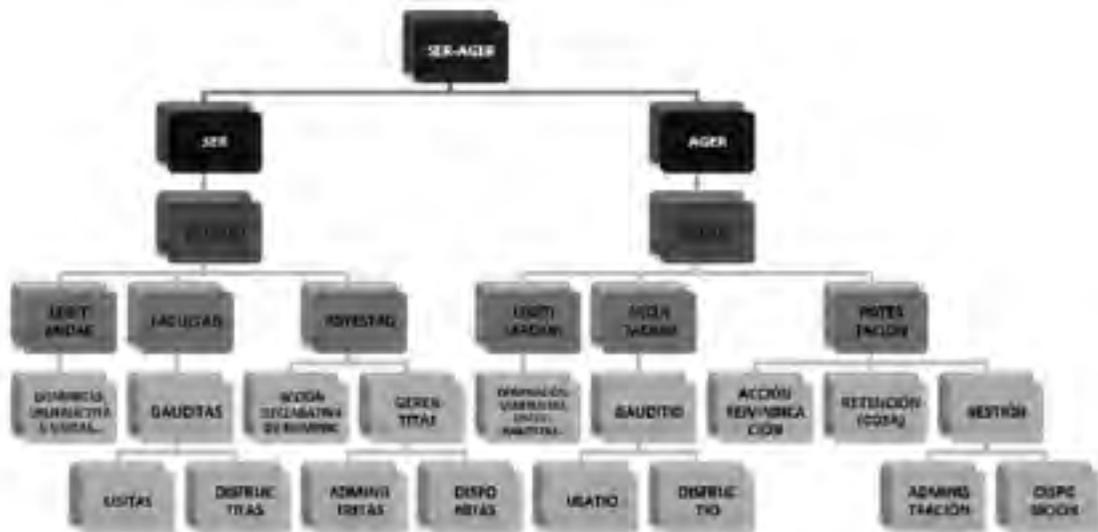
B.) Independiente de la legitimidad: Toda actuación tentativa es, en todo caso, independiente conceptualmente hablando- de la legitimidad. El dueño puede tener, pero si lo hace no es como parte de sus facultades (otro concepto que se estudiará y que está integrado en el haber), sino como un simple *facere*. Y, por supuesto, puede tener una cosa, quien carezca de legitimidad alguna sobre ella.

C.) Y que da legitimación procesal: La *tentio* o tención atribuye a su actor (tenedor) legitimación para *ager* (ya sea extraprocesal o procesal) siempre que, como se verá, la misma tenga lugar dentro de unos determinados parámetros (*nec vi, nec clam, nec precario*). Ello con independencia de que haya o no una legitimidad sustantiva respaldándola. Como se verá al analizar los interdictos, en el ejercicio de dichas actuaciones la condición de dueño del interdictante no es imposible, pero sí indiferente. Para entender mejor las diferencias que existen entre legitimidad y legitimación me remito a la siguiente gráfica explicativa.

11. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, “La posesión”, Madrid, Ed, Civitas S.A, 1980; págs.

109 y ss, sobre la base de los artículos 438 in fine y 443 «la posesión es el derecho a continuar poseyendo basado en el hecho de poseer», poniendo de manifiesto que «la posesión, aun nutrida del máximo contenido fáctico, puede ser integrada en la estructura de los derechos, ya que implica una atribución, un poder, y una tutela jurisdiccional, y puede ser concebida como un derecho que guarda semejanza con los derechos reales, lo cual no quiere decir que se identifique con éstos; de un lado, porque hay una diferencia de rango, razón por la que ha sido calificada como un derecho provisional en cuanto puede ceder o decaer ante el derecho (definitivo), y de otro lado, porque puede darse fuera de los derechos reales en virtud de una relación obligacional (arrendamiento, depósito, comodato, etc.) que desplaza hacia otro la posesión de la cosa, aunque se conserve la posesión del derecho (propiedad, usufructo, etc.)»

JORDANO BAREA, “Una elección sobre la posesión”, ADC 1986, 1035 y ss. «si así fuera, no se comprende por qué la posesión no tiene acceso al R. de la P. (cfr. arts. 2, 5, 7 y 199 de la L.H. y 7 del R.H.), convirtiéndose de oficio las antiguas inscripciones de posesión en inscripciones de dominio (art. 355.3 del R.H.) sin perjuicio del régimen de derecho transitorio (disposición transitoria 4.ª de la L.H. y 5.ª del R.H.). Por tanto, actualmente esta doctrina de la posesión como derecho real provisional o claudicante es poco explicativa de nuestro vigente sistema jurídico, donde por cierto cabría la inscripción de un derecho real sujeto a condición resolutoria (art. 9.2 de la L.H. y 51.6 del R.H.)».



Gráfica 3: Ser-Ager  
Fuente: Elaboración propia

De esta simple gráfica se deducen, pues, los numerosos errores en los que, a juicio de esta investigación, incurre el legislador procesal en los arts. 6 al 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual. No ya en el art. 6, en que habla correctamente de capacidad para “ser” parte, pero sí en el siguiente (art. 7) en el que debió pasar a hablar de capacitación (*ager*) en vez de una insustancial “comparecencia en juicio y representación” o, peor aún, de una capacidad de obrar como decía antes. Porque capacidad de obrar es, en realidad, capacidad de acción = capacit-acción = capacitación.

Lo mismo ocurre con el art 8 LEC, porque lo que se complementa (que no integra) no es la capacidad (ser) sino la capacitación. Y la confusión llega a su cima en el art. 10 LEC, cuando habla de parte procesal legítima, para lo que debe reducirse a un solo término científico: legitimación. Error que se comete igualmente cuando, en vez de hablar de legitimación, se le añade de forma errónea “interés legítimo”.

Como se habrá podido notar, hasta el momento se ha obviado no solo la utilización del término “posesión”, sino también la utilización de la palabra “derecho”. Hora es ya de aclarar el porqué de evitar la segunda.

En la evolución filosófica de los hombres anteriormente mencionada, la última de sus

fases suponía el reconocimiento a los mismos de una parcela de poder sobre las cosas que fuera más allá de su mero control o tenencia y fuera susceptible de transmisión. Pues bien, esa parcela se construyó sobre la base de una ficción, el reconocimiento de un nuevo Ser: la entidad. Esa entidad es el nombre que recibe el Ser infinito en las dimensiones filosóficas del finito. Son muchos los seres finitos por descubrir. Por un lado, estarían los seres simples (el *entus*, el *entor* y el *ente*) y, por el otro, la conjunción de varios de dichos seres (el *entius*, el *entium*, la entidad y la *entia*). Aunque este no es un artículo filosófico, pero tampoco puede negarse que el Derecho está informado (término que utiliza el art. 1.4 CC para los principios generales del Derecho) por una estructura puramente filosófica. Estructura que, como veremos, es la única que permite definir correctamente la figura de la *tentio* y, de paso, de los llamados “derechos”.

Centrémonos en esta ficción de la entidad, que es una unidad de entes de número definido, a diferencia de la *entia* o *unia* de entes de número indefinido). Por muy extraño que parezca todo este planteamiento, convendrán conmigo que ni un jurista puede considerarse ajeno al concepto de “entidad” (veremos de inmediato su diferencia con la “sociedad”), ni se puede decir que las ficciones sean fenómenos ajenos al Derecho. Pues bien, esta entidad o *entitas* está dotada, de forma paralela al ser, de una *seditas*, *habitas*, *valitas*,

*positas y capitas*. Centrándonos en la segunda de ellas, la *habitas* o *habidad* (que posteriormente pasó también a denominarse *habitat*) está compuesta, así mismo, por tres figuras distintas: La legitimidad, la facultad y la potestad.

Estos tres aspectos de la *habidad* que, aunque se complementan, no tienen nada que ver entre sí, se confundieron -a partir del Siglo II d.C.- bajo la única denominación de *ius*, lo que ya empezó a intuir algún autor civilista como VALLET y, sobre todo, historiadores de la talla de D'ORS o MEGÍAS<sup>12</sup>.

Y el problema resulta de que esos tres subcomponentes de la *habidad* (haber en el infinito)

no son mezclables entre sí. Se separa en la palabra *mezclable* la raíz del sufijo para apuntar que dicho sufijo manifiesta otro concepto filosófico del Ser: su *habilidad*. Y es que, así como el tomate, el pepino y la cebolla son *mezclables* entre sí y dan lugar a magníficos gazpachos, las tres facetas de la *habidad* (legitimidad, facultad y potestad) son absolutamente *in-mezclables* porque, aunque forman parte de un mismo componente del Ser, verifican funciones distintas. Así ocurre, por lo demás, con toda la composición interna del Ser. No es correcto hablar de "poder valer", en cuyo caso se debe utilizar el condicional "valdría".

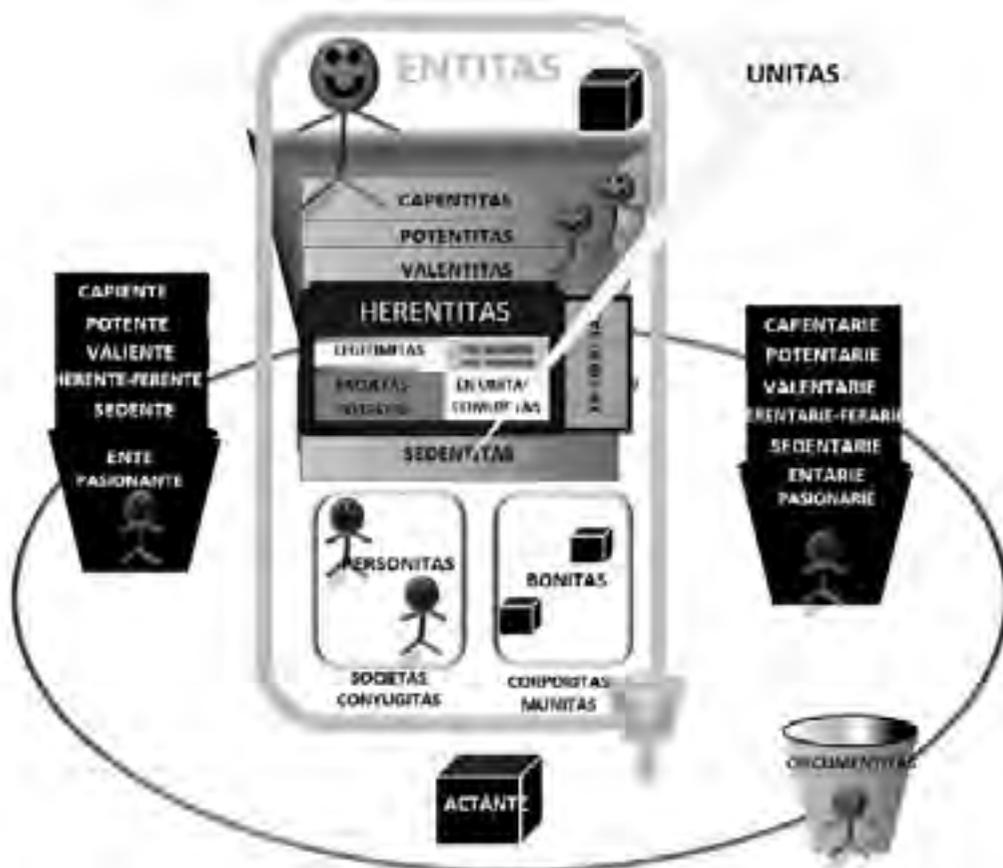
Este galimatías de mezclas imposibles -como se intentará demostrar - se ha acentuado más

12. Como defienden autores de la talla de Alvaro d'Ors o Megías, los derechos (subjetivos) no han existido nunca como categoría autónoma. Como ponen de manifiesto estos autores, a la ciencia jurídica romana no le interesaba en absoluto los problemas abstractos, sino los problemas jurídicos reales y concretos que se planteaban a diario a la sociedad. El término *directum* que más tarde dio lugar a las palabras *derecho, droit, diritto, etcétera* -no fue el término propio de la tradición jurídica romana, pues correspondió más bien al lenguaje vulgar tardo-romano, de inspiración judeo-cristiana y reflejo de una idea moralizante: la conducta justa de una persona era aquella que seguía el camino recto. Cfr. A. d'Ors, *Elementos de derecho privado romano* (Pamplona, Eunsa, 1975, pg. 28). Un estudio clásico sobre los términos *ius* y *directum* también puede seguirse en A. García-Gallo, *Ius y derecho*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 30 (1960), pp. 5-47. *Ius* en Roma significaba "lo justo" entendido como tal por el orden judicial o por los que sabían de lo justo o *iuris prudentes*. En este sentido, el jurista Celso lo definía en *Digesto* como el *ars aequi et boni: el arte de lo bueno y de lo equitativo*. Schoupe considera que el origen del derecho está en que si el derecho respalda algo sobre una cosa o persona, tiene el Derecho a su favor y, con ello terminaría por deformación del lenguaje por tener también el derecho. En este sentido decía que: "Esa cosa que es suya le es debida, y justamente esta calidad de debida es lo que convierte a la cosa en derecho". Ulpiano definía la justicia como *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Esta expresión, junto a otras muchas como *ius altius tollendi, ius tigni immitendi, ius utendi et fruendi, ius testandi, ius ad crescendi...* constituyen el origen de la discusión sobre la existencia del derecho subjetivo entre los romanos, cuestión en modo alguno pacífica (Un breve resumen de la cuestión en C. Vattier, *Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo*, en *Anuario de Derecho Civil* 2 (1981), pp. 14-15. Alvaro D'Ors señala que el que la distribución tuviera por objeto el *ius* no quería decir que se diera a cada uno su derecho subjetivo, sino más bien que se le reconociera a cada cual su posición justa. Cfr. A. d'Ors, *Aspectos objetivos y subjetivos*, cit., pp. 284-285: "en eso consiste la *iustitia*, virtud eminentemente judicial, si bien puede decirse igualmente del legislador, o de la *lex* misma, que *dat o tribuit ius*". Celso (hijo) afirmaba que *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*. La acción no es más que un derecho a exigir en juicio lo que es debido. Una concepción del *ius* como derecho subjetivo aparece cuando el *ius* se hace susceptible de ser objeto de una cesión. Se habla de *alienare ius*. Así ocurre en el *Digesto*, D. 50, 17, 175, 1 y 8, 20, 1 que contiene interpolaciones y en ambos se trata ya al *ius* como derecho subjetivo. Albanese sitúa al final de la República el nacimiento de la idea del derecho subjetivo, que sería perfilado en etapas posteriores,

y así expone que "noi, per conto nostro, non condividiamo questa opinione. Non ci sembra discutibile un ricorrere del termine *ius* in senso subiettivo nelle fonti, anche se non isolato linguisticamente da un più ampio senso, o valore, attributivo. Ci avviciniamo alquanto alla posizione accennata ora nell'affermazione dell'utilizzazione sistematica limitata e relativamente tarda di questa accezione soggettiva. Essa, per noi, si è operata sulla fine della Repubblica in connessione ad un proceso graduale di autonomizzazione di specifiche situazioni soggettive (diritti soggettivi, nel senso corrente: diritto di credito, di successione, diritti reali frazionari) da un'originaria, indifferenziata situazione soggettiva di prevalenza (*meum esse*). B. Albanese, *Appunti sui alcuni cit.*, p.10. Alvaro d'Ors así mismo añade que "Aunque podemos traducir a menudo la palabra *ius* por nuestro derecho subjetivo, los romanos no llegaron a entenderla precisamente en ese sentido porque no constituyeron tal categoría. En este mismo sentido se pronuncian Albanese, Goffredi, Aru y Orestano, García-Gallo, Domingo, Guzmán y Vallet de Goytisolo, entre otros. Las *endiadis ius ratumque, facultas iusque y ius potestaque* remontan sus primeras referencias bien avanzado el siglo I a.C. Para Bretonne no cabe duda de que el origen del derecho subjetivo se sitúa al final de la Edad Media y principios de la modernidad, y que una categoría creada en estos siglos no podía ser traspuesta a los siglos anteriores correctamente. Otros autores como V.L. Montés, sin embargo, entienden que nace "con el individualismo del Renacimiento y la filosofía racionalista, que polarizan hacia la persona la proyección del Derecho y el sentido de lo jurídico". Lo que es evidente es que, con todo ello, el derecho o *ius* pasó a ser una cualidad personal de cada sujeto (Cfr. Una introducción a la Ciencia Jurídica, cit., pp. 40-48). A partir de ahí, otro tanto de lo mismo ha ocurrido con los llamados "derechos" políticos que son, al igual que ha ocurrido con los falsos derechos del Código Civil, se refieren a varias realidades distintas, v.gr: a) El "derecho" a la vida: que no es un derecho del ordenamiento jurídico sino un presupuesto del mismo, sin perjuicio de lo cual tenga la condición de bien jurídico protegible la integridad integridad física y psíquica de la persona. Pero obsérvese que el ordenamiento no protege, digámoslo así, el camino que va haciendo el Hombre (vida), sino al Hombre mismo b) Lo mismo ocurre con el "derecho" al voto o a la acción procesal: que son meros tipos de potestad c) O con el "derecho" a la vivienda, al trabajo, a la cobertura social, a la educación o a la felicidad, que no son más que meros desiderata. Por supuesto sin perjuicio de poder convertirse en potestad para exigir de los poderes públicos, siempre y cuando estén en condiciones de darlo, la promoción de suelo público, de empleo público, salud pública, educación pública, etc. Aunque el fenómeno de la "derechización" de la sociedad ya arranca de antiguo el Hombre se pasó de la sinrazón bélica de la IIª Guerra Mundial y, seguramente, por su grandilocuencia, a la sinrazón legislativa. No hay más que ver el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos 1.946 (DUDH [www.un.org/es/documents/udhr/](http://www.un.org/es/documents/udhr/)).

aún en épocas modernas, al incorporar muchos otros conceptos bajo el paraguas de ese único término “derecho” y se ha acentuado al mezclarlo, a su vez, con realidades tan heterogéneas y variopintas que pueden verse a pie de página.

Antes de entrar en el análisis del componente concreto de la habidad, es conveniente hacer unas breves reflexiones sobre lo que es la entidad en su conjunto y, sobre todo, diferenciarla con la sociedad con la que suele confundirse. Para entender mejor este personaje filosófico-jurídico de la entidad, qué mejor que hacerlo a través de la siguiente gráfica ilustrativa.



Gráfica 4: La Entita  
Fuente: Elaboración propia

De su visualización se extraen, a efectos de este trabajo, algunas importantes conclusiones.

- a) La primera es que la entidad es una ficción resultante de la unidad (*unitas*) entre dos seres finitos de naturaleza distinta: por ejemplo, una persona y una cosa. Se habla de unidad y no de unión porque la unidad agrupa seres mientras que la un-ión lo hace con *ageres* (actuaciones y acciones).
- b) La segunda conclusión es que, si hay un

grupo de personas, este puede formar a su vez, a través de una *unitas* interna o de “segundo grado”, una *personitas* (lo que hoy se denomina incorrectamente, como personalidad). Si esta *personitas* (que solo existe cuando concurren los requisitos del art. 1.669 CC) es de gente que se sigue (*socius*, antiguamente *secuus*) hablamos entonces de... ¡societas!, mientras que, si es de gente que se junta bajo un mismo yugo, en el derecho romano antiguo se hablaba de *conyugitas* (*coniugium* en otra dimensión filosófica).

c) La tercera conclusión es que con los *bonii* puede ocurrir lo mismo, pudiendo formarse a través de otra *unitas* una *bonitas* que, si se integra con un número definido de bienes se denomina *corporitas* y si es indefinido, *munitas* (de ahí la *patrimunitas* -o *patrimonium* en otra dimensión filosófica- si es del *pater* y *matrimunitas*, que no *coniugitas*, si es de la *mater*).

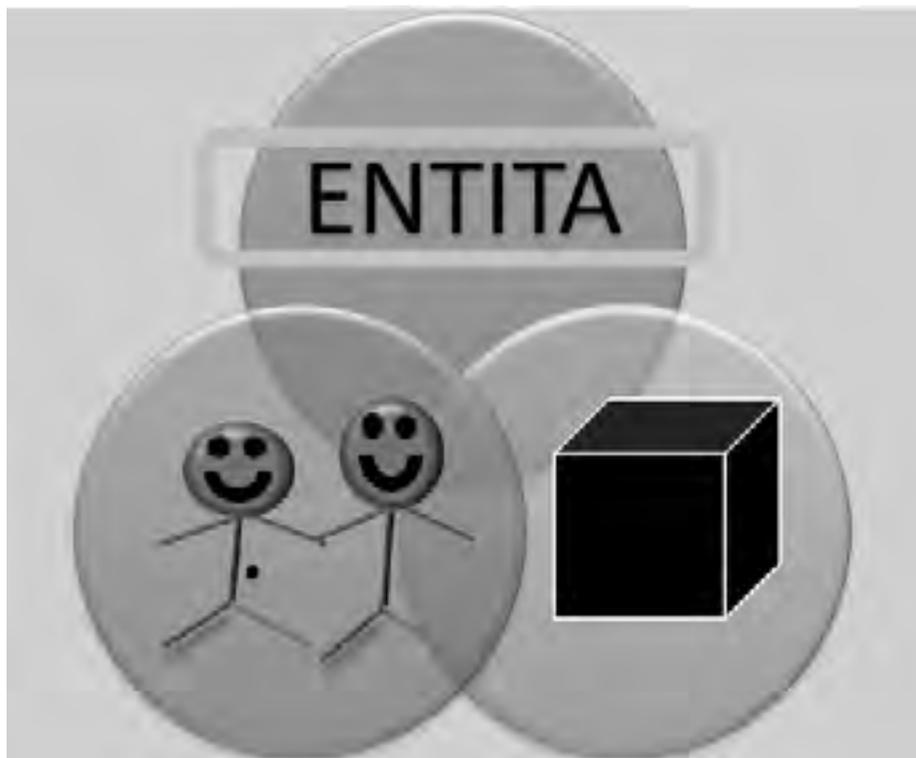
d) Y la cuarta y última, es que de lo expuesto se deduce que (\*) Toda *societas* es una entidad en cuyo seno se integra conjuntamente con su *patrimunitas* (\*) No hay *societas* que no sea entidades pero sí al revés (la *corporitas* y la *funditas*, que son los términos correctos en el Ser, porque la asociación, corporación y fundación no son más que actuaciones de aquellas).

En el seno de la entidad se ubica la habidad, integrada como ya se ha adelantado, por tres componentes. Al analizarlos, enseguida se entiende el por qué no son susceptibles de mezcla o confusión en un único término.

- o Legitimidad: Indica lo que la ley reconoce sobre esa entidad (no, como veremos, sobre la cosa).

- Incluye el *dominium* (*dominitas* en la dimensión filosófica de la entidad), el *usufrum*, el *usium*, el *fruium* y la *habitatium*, quedando fuera la simple actuación de la *tentio* que solo goza de legitimación procesal o adjetiva. Esta habidad puede haberse en propiedad o "*pro privatus*" o en proindivisióndad o "*pro indivisus*", lo que explica la diferencia entre dominio y propiedad, porque la primera es una legitimidad y la segunda una simple forma de ejercitarla. Forma propia, no solo del dominio sino, por ejemplo, el usufructo.

- Los bienes, por lo tanto, se habén en proindivisióndad, no en comunidad (como señalan los arts. 392 y ss CC), pues este último término solo debe utilizarse para el ejercicio de las facultades y potestades, no para la titularidad de legitimidades. La *pro indivisitas* (o pro indivisióndad en la acción o *ager*), mal llamada "comunidad de bienes" sería, en último término, una entidad formada entre dos o más personas, sin personitas, sobre un mismo y único bien. Sería lo mismo que *ut supra* (seguiría habiendo una entidad), pero sin unidades internas o de segundo grado que engloben a su vez personas y cosas en su interior.



Gráfica 5: La Entita  
Fuente: Elaboración propia

- Facultad: Se refiere a los faceres que contiene esa habilidad. No los poder-facer sino los faceres como contenido. Esas facultades se habent, nuevamente, sobre la entidad, no sobre las cosas que ayudan a formarlas.
  - Incluye la *gaudititas* (*gaudium* en otra dimensión) o goce, que a su vez comprende el uso y disfrute (de disfrutar o separar el fruto) y la *gerentitas* (*gerentium*) que, nuevamente, se divide en administración y disposición. Este último término, por si fuera poco, se divide a su vez en abandonar y en-ajenar (hacer ajeno) y, por si fuera poco, el último (enajenar), se divide en vender y donar/legar. Al margen estaría el aportar que no es un negocio de enajenación, pues el bien pasa de privativo a proindiviso y, por lo tanto, no propiamente a ajeno.
  - Las facultades son accesorias de la legitimidad: No pueden reservarse al margen de su legitimación por lo que se entiende que, al margen de espurios intereses fiscales, no debería permitirse una donación con reserva de la facultad de disponer como la del art. 639 CC (porque, además, eso sería, una simple *traslación* física de la cosa, que nada tiene que ver con una categoría mucho más elevada: *la traditio* de la legitimidad). Las facultades siempre tienen que estar “dentro” de una legitimidad previamente constituida, viajando de un lugar a otro (de ahí su nombre facultad, en el que la raíz “ul” indica deambulación, como en la propia palabra ambulancia). Si alguna legitimidad se priva de ella se dice que queda “desnuda” y lo es porque queda precisamente desnuda de... ¡facultades!
  - Son estas facultades y no las legitimidades las que se ejercen en unidad o en comunidad (que no unión o comunión, que corresponden al mundo del *ager*). La importancia de la distinción es vital, hasta el punto que, en determinadas ocasiones, una misma palabra (uso) se refiere lo mismo a una legitimidad (arts. 523 y ss), que a una facultad integrada dentro de una legitimidad (usufructo: art. 467) o a un simple *agere* o *facere* (art. 1.555.2º). El legislador, sin embargo, los trata de una forma equívoca e, incluso, confusa. Buena prueba de ello es el art. 524 C.C., en el que se define al uso (legitimidad) como lo que da “derecho a percibir frutos” (lo que en realidad es una facultad) para luego, ¡en el mismo precepto! Definir la habitación como aquello que da “a quien tiene ese derecho, la facultad de(...)”. Como puede verse, el caos conceptual es absoluto.
- Potestad:
- No son los *facere*, sino los *potere* sobre la entidad (que no las cosas que sirven para crearla).
  - A diferencia de la legitimidad (sustancial) y de la facultad (accesoria), la potestad es instrumental de aquellas. Hay infinidad de ellas en el ordenamiento jurídico y se identifican a lo largo y ancho de los cuerpos legales por la expresión “poder” en cualquiera de sus conjugaciones, siempre y cuando se ejercite sobre una legitimidad o facultad y no sobre una cosa. Del mismo modo que cabe distinguir entre legitimidad y legitimación, lo mismo ocurre con la facultad y la facultación y con la potestad y la potestación o *potestatio*.
  - Se ejerce, igualmente, en unidad o comunidad (común-unidad).
- Como estamos hablando de la *potestatio*, es conveniente finalizar este apartado hablando de una de las más importantes: la retención (*re-tentio*).
- 1) Concepto: La re-tención es una potestación (que no potestad, pues las ficciones no son susceptibles de *tentio*) que la ley atribuye a una persona, en función de su tención sobre una cosa (vid. arts 1.866 y 1.886). Es una manifestación de autotutela semejante a la que contempla el art. 592 para el corte de raíces, por aplicación del principio *superficie solo cedit*, aunque todavía a leguas de la que se atribuye a todo tenedor en el § 859 BGB.
  - 2) Naturaleza jurídica: Aunque la retención puede ser objeto de un estudio monográfico, se darán unas pinceladas más sobre la materia. A juicio del investigador: (a) La retención no es una potestad ni menos aún una facultad (porque difícilmente podría configurarse como tal lo que únicamente atribuye un poder inmovilizador), sino una potestación. (b) Y busca evitar una situación patrimonial ilegítima (lo que tradicionalmente se denomina enriquecimiento injusto).
  - 3) Alcance: no necesita de proporción entre lo retenido y debido, pero sí exige que, sobre lo retenido, se haya devengado el servicio prestado.
  - 4) Tipos de deuda: Es posible en todas ellas, incluidas las naturales → *Obligatio naturalis retentioni sufficit* (Alciato, Commentaria, c. 305, núm. 10). 1756 y 1.798

5) Supuestos: Puede practicarse en garantía de:

- a) Desembolsos: La ley contempla una *potestatio* de retención para los siguientes desembolsos → 453 (gastos necesarios, si se ignoraba la falta de legitimidad), 522 (usufructuario y herederos por los desembolsos), 1.730 (mandato por reembolsos y daños y perjuicios), 1.747 (el comodatario no puede retener, aunque haya desembolsos porque lo tiene en virtud de una disposición graciosa).
- b) Créditos: Se plantea un interesante supuesto en el mundo del transporte marítimo. El conocimiento de embarque → En un conocimiento de embarque (B/L), la legitimidad sobre las mercancías y la facultad de disposición de las mismas se mantiene siempre el dueño. Si resulta que, además, para transportarlas, se emite uno de dichos documentos, el dominio se queda dónde está, pues el legítimo tenedor del documento, lo único que obtiene de dicha tenencia será la *potestatio* de retenerlas e, incluso, de embargarlas, amén, obviamente, de la posibilidad de ceder (que no vender) dicha *potestatio* a aquellos a los que posteriormente transfiera el documento, pero, en absoluto, el dominio de las mercancías,
- c) Servicios: 1.600 (arrendamiento de obra por precio), 1.780 (depósito por precio).
- d) Garantía: 1.866 (acreedor pignoraticio), 1.886 (anticresis).
- e) Otros supuestos: 454, 463, 494, 502, 522, 612, 821, 1.600, 1.730, 1.780, 1.866, 1.968. Y en otros se excluye explícitamente en los 186 y 1.747. El hecho que haya exclusiones explícitas en el ordenamiento nos hace decantarnos porque, aunque en los supuestos tasados la potestad o *potestatio*, según los casos, nace *ex lege* (y no es renunciable anticipadamente), en los demás casos sería posible su incorporación como cláusula de un acuerdo.

### 2.1.1 Animus de la tentio

Visto lo que es la *tentio* y lo que son los componentes de la habilidad de una entidad, se analiza a continuación el significado del animus y sus diferencias con la intención y el propósito.

La palabra “sentimiento” ha sufrido a lo largo de los siglos un desplazamiento semántico pues, en la actualidad, se utiliza para hacer referencia a lo que se percibe por los llamados “sentidos”, sin ningún análisis racional alguno. Sin embargo, el sentimiento, al menos en el plano jurídico, consiste precisamente en una mezcla “química” de corazón y mente. No se habla tampoco de consentimiento porque este no es sino el resultado del encuentro de dos sentimientos, del mismo modo que lo contrario de una prestación no es una contraprestación sino una prestación contraria y la contraprestación es la conjunción de ambas, ocurriendo lo mismo con la dicción y contradicción.

El sentimiento es el *sensum* instrumental (-*mentum*). El *sensum* se genera dentro de un proceso que en la antigüedad se denominaba sensación (nada que ver con la perversión lingüística con la que se utiliza esa palabra en la actualidad) y comprende dos fases, todas ellas sensuales (con el sentido que tenía en origen, a diferencia de la perversión lingüística con la que se utiliza hoy en día) y no “subjetivas” (término impropio igualmente mal utilizado):

a) La primera es anterior al acto de manifestación de consentimiento (ante acto) y otra simultánea y posterior al mismo (acto).

b) En la fase anterior al acto hay:

- Un momento en que un factor agente externo (un helado apetitoso o unas verduras sanas), a través de los órganos perceptores (*per-cepere*) y no “sentidos”, influyen en la persona originando el impulso de su corazón y provocando el querer o el no querer. Estos impulsos básicos son el amor y el odio, que no son, por tanto “sentimientos”.

-Un momento posterior en el que ese querer se dirige a la mente, la cual utiliza hasta cuatro herramientas de procesamiento:

\*El gnosimiento (del griego *gnosis* y a su vez del PIE \**gno-*) cuando la persona identifica ese factor externo y lo hace propio por asimilarlo a otros anteriores.

\*El discernimiento (del PIE \**ker-*: cortar) para cortar el querer y poder separar así los pros y los contras que todo helado y verdura tienen.

\*El pensamiento (del latín *pessare*: pesar lo separado y los pros y los contras).

Es en este momento en el que toman forma dos componentes fundamentales del proceso de pensamiento, a saber:

-La intención o *intentio*: que es aquel momento en que el pensamiento se fabrica un potencial resultado de la acción.

-El propósito o *pro-positum*: que es aquel momento en que lo que se fabrica es la consecuencia que se producirá tras el resultado de la acción (como *l.e* el lucro, que ni es una intención ni, menos aún, un *animus*).

Donde mejor se observa la diferencia entre ambos componentes subjetivos del pensamiento es en las figuras penales del estado de necesidad y la legítima defensa. Estas han sido consideradas tradicionalmente por la teoría clásica del delito supuestos de delitos exentos por concurrir causal de justificación.

Esta visión es, a juicio propio, manifiestamente errónea y parte de no saber distinguir los componentes antes indicados. Para que una conducta sea delictiva, es necesario no solo que haya intención dolosa sino propósito maligno. Cuando en el clásico ejemplo, de las dos personas en la balsa, alguien se dirige al otro para matarlo, es evidente que la intención es dolosa, lo que ocurre es que el propósito es benigno, por lo que el delito no termina de configurarse.

Exactamente lo mismo ocurre con la figura de la legítima defensa (intención dolosa y propósito benigno). Cuando concurre tal situación, no hay reproche moral ni legal que hacer, toda vez que el que tuviese que condenar a tal persona carecería de legitimidad para hacerlo pues la misma habría actuado de la misma forma que lo hubiese hecho cualquier persona de bien.

\*El último de los instrumentos de la mente sería el razonamiento (del latín *ratio*, del verbo *reor* calcular, estimar, en el sentido de que se detalla o desglosa y que da lugar a palabras como ratificación que consiste, precisamente, en el acto de ponderar y detallar la opinión de un perito que ha emitido previamente un informe).

-A continuación, la persona decide lo que no va a hacer (decidir viene del latín *de-cadere*, separar y caer), de forma que la decisión no es lo que se hace finalmente, sino lo que no.

-Y finalmente siente lo que va a hacer (del PIE *-sent\**: dirigirse, como el sentido de las agujas del reloj, cambiar de sentido, etc). El sentir, por lo tanto, solo tiene que ver con lo impulsivo en cuanto que este último forma parte con lo reflexivo de los factores tomados en consideración. Uno puede casarse por amor o no lo que, en principio, en nada afecta a la eficacia (que no validez) de la unión.

c) Ese sentimiento se transforma en manifestación de sentimiento si se exterioriza y si concuerda con otra se convierte en manifestación de consentimiento.

## 2.2 EL ANIMUS

Al margen de la intención y del propósito, el derecho romano configuró también una tercera figura, la del *animus* (que prácticamente de forma unánime se confunde con la intención, empezando por el propio art. 430 CC). pero para hacer referencia no a lo que movía al factor agente (sensual) sino al acto en sí mismo considerado (es decir actual, hoy impropriamente denominado objetivo, razón por la que el “*actually*” inglés no significa “ahora” sino: “en el mundo de los actos”). Nuevamente el lenguaje ha pervertido el término con el paso de los siglos, siendo frecuente el uso de expresiones como ¡levanta el ánimo!, estar desanimado, etc. Lo cierto es que hay múltiples sinónimos que reflejan esa idea y que, desde luego el *animus* no puede confundirse con la intención. Y menos aún manipular los textos históricos y convertir lo que a todas luces era un *animus possidendi* en un “con intención de haber la cosa o derecho como suyos” (art. 430 *in fine*).

Que no se extrañe, además, el lector de que el *animus* sea actual porque, aunque por razones de espacio se explicará con detalle, también hay otros dos elementos cuya “sensualidad” negamos y que darán lugar a diferentes artículos. A saber: la buena/mala fe y el fraude. Es muy habitual confundir lo que se predica en el hombre de su acción con lo que se predica de su persona. Si le dices a una persona que ha hecho tonterías, suele entender que le has llamado tonto, siendo así que, parafraseando a Forrest Gump “tonto es el que dice (muchas) tonterías”.

Vayamos por partes con el *animus*, pues es de extraordinaria importancia para la correcta comprensión de esta figura de la *tentio* del Derecho Romano:

1) El *animus* lo determina la ley, es ajeno al sentir de su autor e identifica el acto realizado:

Un acto de apuñalamiento tendrá *animus iniuriandi* o *necandi* según la ley, en función, por ejemplo, de la proximidad con la que el mismo se asesta al órgano vital del corazón.

Una persona habrá realizado una tenencia con *animus possidendi* durante 30 años, aunque creyera haber la condición de dueño, porque actualmente le faltaba la legitimidad para serlo.

2) El *animus* es un límite a la creación de nuevas figuras jurídicas por cuanto no pueden mezclarse *animus* incompatibles.

Así debería ocurrir con figuras que mezclan *animus praestandi* con *animus aleatorios*. Así ocurre con muchas figuras bancarias de infaustas consecuencias como los conocidos swaps o permutas financieras, las participaciones preferentes o las hipotecas a interés variable.

3) El *animus* identifica “lo que ha venido a hacer una persona”. No es que una persona mayor de edad y en el pleno ejercicio de sus “derechos” civiles no pueda dedicarse al juego. Pero ese es el ánimo de los que van a casinos, bingos y demás juegos de azar. Lo que no es de recibo es que muchas entidades, de cara a hacer opaca su peor oferta frente a los competidores, establezca un fijo en las condiciones económicas prestadas para atraer al cliente, a cambio de someterlo a un componente aleatorio que nunca pidió. Es por esto que el sistema no permite esa mezcolanza y, no solo porque dos partes no puedan hacerlo, aunque quieran –pues la ley no es inter partes, sino *supra partes*-, sino porque esos *anima* son incompatibles entre sí. A partir de ahí, defender que una cláusula es ineficaz (que no nula, porque una cláusula nula es una no-cláusula y el art. 6.3 habla de las sí-cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas) porque, una vez permitido el juego, se establezca un suelo y no un techo, lo que permite obtener un préstamo (que no una

hipoteca) en mejores condiciones, parece de todo punto surrealista.

### 2.2.1 El *animus* del no dueño es incompatible con el *animus* del dueño

El mismo acto (recoger una cosecha) es diferente para el ordenamiento jurídico según lo haga el dueño (en cuyo caso hay *animus dominandi* e *intentio proficiendi* –del latín *pro vectus*: provecho) o el tenedor (en cuyo caso hay *animus possidendi* e *intentio ad-propiandi*). El término *possidendi* viene del latín *po-* (contracción de *apo-* aparte) y *sedere* (sentarse que, como hemos visto, da lugar a uno de los componentes del Ser). La idea es que, el no dueño, se sienta en la cosa (v.gr parcela) objeto de su *tentio* y lo hace “*apo*”, es decir, a la vista de los demás. ¿Y por qué se sienta? Pues porque tiene que esperar a que pase el tiempo para poder adquirirla a través de la *iusucapión*! (actuación de *capere* por el uso).

Por lo tanto, *tentio (ager)* y *dominium (ser)* no son incompatibles entre sí, pero el *animus* de quien no es dueño y el que sí lo es, sí que son incompatibles porque, basándose ambos en unos mismos hechos, se diferencian por algo distinto a ellos: la intención del resultado a obtener. El que tiene con *animus possidendi* es, precisamente, el anti-dueño, pues busca algo que es antagónico a lo que busca el propietario. Y el propietario no puede tener *animus possidendi* porque ese *animus* le conduciría a ser lo que ya es, lo que resulta a todas luces una contradicción carente de toda lógica.

### 2.2.2 El *animus* es la “tercera vía” olvidada durante demasiado tiempo, en la clásica polémica Savigny - Ihering

Aunque suponga mover más de un cimiento, se consideran profundamente desacertadas las apreciaciones realizadas por estos insignes autores de la doctrina alemana. De las tres alternativas posibles, solo imaginaron dos y dejaron de lado la que ha sido objeto de postulación en este trabajo: la posesión (que ni siquiera debería llamarse así porque la terminación -ión la convierte en la actuación misma) no es más que un *animus*, solo eso. Igual que el *dolo* es una intención y no un acto; ni un *dolo* embebido en un acto.

Por esa razón, ni tiene sentido hablar de poseedor ni de posesión (como si se tratase de un acto) sino de tenedor y de *possidendi*, como inicialmente se

había siempre planteado. Nada puede ser al mismo tiempo acto y animus, igual que tampoco puede ser nada al mismo tiempo acto e intención.

### 3. TIPOS DE TENTIO

\* La *tentio* (o *tentatio* si es frecuentativo) puede ser:

- (1) Clandestina: el tenedor oculta<sup>13</sup> su control a los demás. Viene del latín *clam* (concha).
- (2) La detentación<sup>14</sup>: el tenedor separa el bien de sí mismo (lo se-creta: de ahí que el término secreto, tal y como se utiliza actualmente -como sinónimo de clandestino- es la ya enésima perversión) para que pueda estar a la vista de los demás, pero sin mostrarlo tampoco públicamente.
- (3) La ostentación<sup>15</sup>: el tenedor muestra públicamente la cosa.

Supone un control de una persona sobre un bien. Ese control, como ocurre con todas las relaciones potencia-acto, puede ejercerse mediante el contacto físico de la cosa pero no es necesario lo segundo para que exista lo primero.

- También puede distinguirse entre *tentio* mediata e inmediata: En realidad es una mera forma más de *tentio*. La actio principal es la *tentio*, la mediación en la actuación es una *circumactio*.
- *Tentio* a través de los personajes del art. 439 y el servidor del tenedor; se destaca la impropiedad de hablar de representación legal y mandato voluntario cuando deben homologarse los planos y la imposibilidad de ratificar *ex tunc* un acto realizado sin mandato alguno porque, al igual que ocurre con el art. 1.259 *in fine*, porque las personas pueden proponer realizar actos jurídicos, pero es el tiempo el que dispone. También es posible la figura del servidor del tenedor, que es aquél que se limita a servirlo<sup>16</sup>.

13. Del latín *ob-celere*: poner una capa

14. *Detentar*: Del latín *de-* (privación, negación) y *tendere* (mostrar).

15. Del latín *obs-tentatio*: mostrar frente.

16. Lo que ocurre en el servidor de la posesión del § 855 BGB "*Besitzdiner*", en los adquirentes posesorios del art. 439 CC o en el precarista del art. 1.750 CC.

### 4. TRASCENDENCIA DE LA TENTIO

La *tentio* está omnipresente a lo largo y ancho de todo el ordenamiento jurídico.

En los propios artículos 430 y ss CC: (1) 438 Es una forma de mantener el control (2) 461 y 462 (del que hablaremos después) permite una cierta pérdida de contacto sobre los bienes mientras dicho control se mantenga (3) 465. Los animales fieros solo se tienen mientras están en nuestro poder –en realidad la *tentio*, pues el poder, amén de infinito, es sólo un componente del Ser- y los amansados si conservan la costumbre de volver.

En el ámbito sucesorio: (1) 742 La revocación presunta de un testamento cerrado solo opera si dicho instrumento aparece bajo la órbita o el poder del mismo –en realidad, su *tentio*- (2) 1.066 El título de la partición siempre queda en poder – en realidad la tenencia- del más interesado.

En el ámbito de los acuerdos: (1) 1.183. Para que opere el *periculum debitoris* y el *venditoris* basta con que la pérdida se produzca bajo el poder del deudor –en realidad su *tentio*- (2) 1.189. Basta que aparezca el documento privado acreditativo de la existencia de una deuda en poder –en realidad la tenencia- del deudor para que opere la condonación presunta (que no tácita), (3) 1.191 : Se presume remitida la garantía (que no obligación) accesoria de prenda cuando después de entregada la cosa aparece nuevamente en poder –en realidad la tenencia- del deudor (4) 1.384 Los cónyuges pueden administrar y disponer de dinero y títulos valores mientras están bajo su poder –en realidad *tentio*-, (5) 1.540: El que reclama evicción en la permuta debe estar en poder de lo que tiene que devolver –en realidad la *tentio*- (6) 1.765: El depositante solo puede reclamar la restitución del depósito al depositario ilegitimado mientras esté en su poder –en realidad la *tentio*- (7) 1.775: El depósito embargado en poder –en realidad *tentio*- del depositario no se devuelve, (8) 1.866: El acuerdo de prenda legítima (de legitimación y no "da derecho") al acreedor para retener la cosa en su poder –en realidad la tenencia- (9) 1.877: La hipoteca sujeta el inmueble aunque cambie el poder –en realidad la *tentio*- (10) 1.896: No hay reproche (que no responsabilidad) por caso fortuito en la *solutio indebiti* si hubiese podido afectar igualmente a las cosas en poder del deudor –en realidad la *tentio*- y (11) 1.922.1º y 2º: El estar ya en poder – en realidad la *tentio*- de determinados bienes da preferencia crediticia.

Mención aparte merece el art. 1.462.y ss CC: No puedo extenderme por razón de espacio. Me limito a apuntar cuatro ideas extraordinariamente revolucionarias. La primera es que la *tentio* es únicamente un mecanismo para efectuar la traslación (actuación de transferir, de llevar a través) física de la cosa. Si esa traslación es completa, pasamos a hablar de entrega (del latín *integer, in-tangere*: sin tocar, en el sentido de completo). La “entrega” por lo tanto, no es más que un simple adjetivo de la *traslatio* exigible por el principio de integridad de la *solutio*.

La segunda es que, sin que tenga nada que ver con esa *traslatio* y, por supuesto, en un rango muy superior, se encuentra la *traditio* (actuación de dar la entidad o *entium* y entia en otras dimensiones filosóficas) del *dominium/dominitas* sobre la misma. La confusión no es solo ya secular sino milenaria. A ello, sin duda, ha contribuido el hecho de que tanto una como otra han sido susceptibles de simple inmaterialización. De ahí que los arts. 1.463 y siguientes sean correctos, pero no como fiel trasunto de la *traditio longa manu* y *brevi manu* romanas, que tenían otra “finalidad” completamente distinta, con independencia de que los medios de simbolización o, incluso, inmaterialización, pudieran ser semejantes. No añadido en realidad la llamada en el D<sup>o</sup> Romano *constitutum possessorium* que es una denominación correcta, si bien con la salvedad de que no es un supuesto especial de posesión sino de *tentio*.

La tercera es que, como consecuencia lógica de todo lo anteriormente dicho, el vendedor no vende cosas sino su *legitimitas/legitimium* sobre las mismas (a través de la *traditio*), sin perjuicio de que, si es necesario, se tenga que cumplir con la prestación (que no deber) de trasladar la cosa físicamente al comprador.

Y la cuarta y última es que la escritura pública no equivale a nada, porque el valer y el equivaler son componentes de los seres, no de los ageres. Los *ageres* y, en el ámbito de lo finito, las acciones (escrituración y traslación), no “valen” sino que “fungen” y por eso no equivalen entre sí, sino que presentan una equifuncionalidad.

17. Del latín *bene* en el sentido de que constituye algo bueno o un haber en el patrimonio de alguien.

## 5. BIENES SUSCEPTIBLES DE TENTIO

Conviene explicar la insuficiente precisión con la que se utilizan en ocasiones por los juristas los términos bien, cosa y derecho (v.gr crédito). El término bien<sup>17</sup> es el género y los vocablos cosa o res y valor sus especies. El término cosa (del latín *causa*) no es más que una impropiedad del lenguaje, que inicialmente se utilizó como “asunto o cuestión sobre la que trataba una conversación” para terminar siendo una especie de muletilla con la que hacer referencia a “algo” sobre lo que se va a tratar. Por el contrario, el verdadero término jurídico “res” o en su plural “rei” ha caído, con algunas excepciones, en desuso, y solo encuentra utilización diaria a través de los vocablos “real”, “realidad” o “reivindicatoria”

En principio, del art. 437, parece meridianamente claro que la *tentio* comprendería no solo las *rei* que sean susceptibles de contacto físico sino también los bienes incorpóreos (vid. arts 333 y 1.936), es decir, los bienes en sentido amplio.

Sin embargo, esta aseveración es incierta, fruto del pensamiento que da lugar a las Instituciones de Justiniano y los posteriores glosadores, que reconocieron la figura de la *quasipossessio*, alejándose con ello del modelo romano preexistente. Si la *tentio* es no solo el control sobre una cosa sino la potencia de su contacto (razón por la que uno y otro son compatibles y asimilables a efectos de cómputo en el tiempo), siendo el contacto únicamente posible sobre las cosas, otro tanto de lo mismo debe ocurrir con la *tentio* de las mismas. Por dicha razón, como veremos, no puede usucapirse ni, por tanto, tenerse “en concepto distinto de dueño” ficción que, por otro lado, tampoco tuvo lugar en el Derecho Romano antiguo.

El *usufruium* (el usufructo es, en realidad, el acto de usufruir) no se usucape, lo que se usucape es la cosa usufructuada y, con ello, se adquiere el dominio sobre la misma. Lo mismo ocurre con la servidumbre (simple servicio, susceptible de incumplimiento, solo que repetido en el tiempo-umbre: techumbre, costumbre...), por mucho que los art. 537 y ss CC así lo indiquen, siendo estos fruto de la concepción tardía de la *tentio* sobre un valor. Lo que se usucape es el fundo gravado con servidumbre y, evidentemente, ello produce la liberación por el fundo del mismo.

Nuestro Tribunal Supremo, desde Sentencia de 10 de abril de 1.994, ha considerado que un usufructuario no puede pasar, en un determinado momento, de tener en concepto de derecho a hacerlo en concepto de dueño. En tal extremo no entro toda vez que, como ya he puesto de manifiesto, niego la propia premisa, al considerar que no debería ser posible la usucapión de un *usufruium* en nuestro ordenamiento jurídico.

También son susceptibles de *tentio* el dinero (valor dinerario) y los títulos-valor si bien no puedo adentrarme en ellos. Apunto nuevamente otra idea bastante revolucionaria. El dinero no es susceptible de legitimidad, ni se incorpora al patrimonio, sino que solo es susceptible de *tentio*/legitimación, lo que permite que pueda circular de bolsillo en bolsillo y su sustracción sea penada con los delitos de hurto o robo sin que ello suponga dicho ingreso. Si se roba dinero a una persona, no se disminuye su patrimonio, solo su poder adquisitivo. Antes de seguir hablando de las consecuencias en el ámbito sucesorio debo parar.

## 6. LAS FUNCIONES DE LA TENTIO

### 6.1 FUNCIÓN ADQUISITIVA:

#### 6.1.1 USUCAPIR POR VÍA INDIRECTA...

Como vamos a ver “solo se usucape el dominio, solo en concepto de dueño, solo las cosas y sin buena o mala fe”.

Como es evidente, el *animus possidendi* tiene una importancia trascendental en la figura de la usucapión o actuación de usucapir: (1) Sí pueden ser objeto de usucapio: las cosas que son tenibles. (2) No pueden serlo: las legitimidades distintas del *dominium* (p.ej: ni *usufruium*) ni los servicios (servidumbre) que no son tenibles porque no son contactables. Por eso en Roma solo podía usucapirse el dominio y no cabía la *tentio* en otro concepto que no fuera el de dueño.

#### \*TIPOS DE USUCAPIO

1. ORDINARIA: es aquella que respeta los requisitos esenciales (que significa típicos del ser: *seder*, haber, valer, poder y *caber*) pero cuya formación ha sido errónea (que no viciada, término que únicamente es aplicable a las cosas<sup>18</sup>).

2. EXTRAORDINARIA: la que no respeta esos requisitos esenciales.

#### \*REQUISITOS:

a) COMUNES: (1) Usucapión: *tentio* (solo del dominio y únicamente en concepto de dueño y solo a través de detención u ostentación (no clandestina, pacífica y no interrumpida)) + *animus possidendi* + (2) El paso de un determinado tiempo (3) Aceptación (por actuación o por excepción) para producir el *usucaptum* o usucapto.

#### b) DE LA ORDINARIA:

Justo Título:<sup>19</sup> Es aquella que verifica los requisitos esenciales (*sedencia -existentia, verentia e identia- habentia* (incluida la *legitimia*, que es como se le llama a la legitimidad en otra dimensión filosófica), *valencia, potencia y capiencia*) + *licitud* (legal y moral: 1.277 CC)] + error.

c. DE LA EXTRAORDINARIA: Es la que se verifica sin título alguno o con título injusto, incluida la in-habentia o falta de *habentia/legitimia* sobre la cosa.

La buena o mala fe no tiene absolutamente nada que ver, a mi juicio, con la *usucapio*, toda vez que toda fe, sea jurídica o religiosa, siempre es actual y no sensual. El único precepto, de todo el Código Civil, que contempla correctamente esta institución es el art. 1.107 cuando dice:

Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de

18. *Ami juicio, el consentimiento no adolece nunca de vicios. Primero porque sólo podrían tenerlo cada uno de los sentimientos antes de converger en cum-sentimentum. Segundo porque en realidad todos los supuestos que contempla el art. 1.265 son en verdad "co-acciones" (que no lo es v.gr la intimidación, sino la convergencia de dicha circum-acción y la acción principal del sometido a ella) que producen un error (er\*: mover, desplazar) en el sentidor. Y tercero, porque a mi juicio el dolo civil es, nuevamente, una invención. El dolo es una intención sensual, no un instrumento actual y de lo que habla el art. 1.269 CC no es, en modo alguno, de intención dolosa sino de simple engaño (la deceptio romana).*

19. *Pro donato is usucapit, cui donatis causa res tradita est (Paulo, D. 41.6.1pr) Puede usucapir a título de donación aquel a quien se tradió una cosa por causa de donación. Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est (Hermogeniano D 41.8.9) Adquiere por usucapion a título de legado aquel a quien se dejó un legado conforme a derecho. Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit (Hermogeniano, D. 41.3.46) adquiere por usucapion a título de solución quien recibió la cosas a causa de*

cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

No es tampoco ninguna panacea de artículo pues compara la buena fe del párrafo 1 con el dolo en el 2º, cuando es evidente que debería hacerlo con la mala fe. Pero bueno, ya hemos visto el galimatías del art. 1.269. De este precepto se deduce una conclusión con meridiana claridad: la actualidad de la fe. Sino no tendría sentido que el art. 1.107 precisado estableciese un castigo para la buena fe menor que la mala fe -pero castigo, al fin y al cabo- para el caso del incumplimiento. Y ello es porque, en realidad, la buena fe no se predica del actor sino de su acción

La fe no se produce en la fase de la sensación o formación del *sensum* o senso y, por lo tanto, no es ni un desconocimiento de un hecho (como dice el art 433) ni una intención de resultado. Si hay incumplimiento (pues si hay cumplimiento no se plantean problemas de “fe”) la acción es de mala fe si la fecha prevista de ejecución sorprende al incumplidor con un grado muy bajo de cumplimiento y de buena fe si, incumpliendo igualmente, sin embargo, se ha acercado objetivamente al grado de cumplimiento pactado. El término “fe” procede del PIE *dheidh\** y significa ajuste, coincidencia. Nada mejor para apreciar su verdadero sentido que la conocida locución *nihil prius fide*<sup>20</sup> por virtud de la cual el Notario da fe de la coincidencia entre lo apreciado por él y lo consignado en el documento “público”.

---

*débito 1470 Pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit (Hermogeniano, D. 41.3.46) Adquiere por usucapición a título de solución quien recibió la cosa a causa de débito 1.952*

20. (Propertio, poeta italiano, Elegiae IV. 1. 80) Nada antes que la fidelidad: “Los dioses me son testigos de que no me he apartado de nuestros progenitores y de que en mis libros nada se antepone a la fidelidad o exactitud de la narración. art 65 RN.

21. *In omni contractu bonam fidem praestare debet (Paulo, D. 17.1.59.1): En todo contrato, se obligan las partes por la buena fe. 1258. Qui intellegit alienum se possidere, mala fides possidet (Gayo, D. 41.3.38) Quien sabe que posee cosa ajena posee de mala fe. 433. In societatis contractibus fides exuberet (CJ 4.37.4, de Diocleciano y Maximiano): Que en los contratos de sociedad abunde la buena fe. Qui contra iura mercatur, bonam fidem praesumitur non habere (Bonifacio VIII, Liber Sextus, 5.12.82) Quien compra contra Derecho se presume que no tiene buena fe. 7 y 464*

22. *Bona fides exigit ut quod convenit fiat (Javoleno, D. 19.2.21): La buena fe exige que se haga lo que se ha convenido.*

23. CHICO Y ORTIZ, José María: “Estudios sobre derecho hipotecario, Tomo I, Ed. Marcial Pons, 1.994, págs. 322 y ss.

En materia de religión la confusión también se produce entre los términos creencia y fe. Creencia, del PIE *\*kerd-* corazón, significa que la persona quiere que algo exista, con independencia de si lo piensa o no. Por eso, incongruentemente, también se habla de la fe como una de las tres virtudes teologales que, en definitiva, son instrumentos de ajuste del creyente para seguir los mandatos – normalmente escritos- que establece su religión. Desde muy antiguo, la fe actual fue confundida con diversos conceptos sensuales<sup>21</sup>. Aunque tampoco han faltado orientaciones claramente actuales<sup>22</sup>. Esa tendencia hacia la sensualidad se deriva del antropocentrismo y se manifiesta por la constante tendencia del ser humano a asociar los adjetivos que se dicen de su actuación con los adjetivos que se puedan hacer, independientemente, a él mismo como autor de esa actuación.

Chico y Ortiz<sup>23</sup> recoge con bastante claridad las dos concepciones actualmente imperantes sobre la buena fe: 1) las llamadas teorías “subjetivas” que entienden que la buena fe tiene como base un simple error valorado jurídicamente a favor del sujeto o una creencia errónea inexcusable (Waechter y Pernice), o un estado ético conforma a la tesis de Mengoni o 2) y las teorías “normativas” en las que el concepto de buena fe brota del general deber de no dañar conscientemente a otros. Tampoco faltan las “pluralistas” que consideran que en determinados momentos se basan en un hecho intelecto y en otras en un elemento volitivo. Otros autores como Díez-Picazo prefieren llamar a las posiciones anteriormente citadas como “concepción sociológica” y “concepción ética”. La primera se basa en la ignorancia del carácter ilícito de un acto o de su contravención con el ordenamiento jurídico. La segunda, que considera más exigente, es aquella por virtud del cual el sujeto opera en virtud de un error cometido conforma a una diligencia socialmente exigida”

Ninguna de ellas debería merecer, a mi juicio, acogida. La ciencia no admite medias tintas, las cosas son sensuales o actuales, ni mixtas, ni híbridas ni “pluralistas”. El Tribunal Supremo inició un buen camino cuando en STS 21-10-1988 la definió como un “comportamiento honrado y justo”. Al hablar de comportamiento la actualizaba/objetivaba, sin embargo, en infinidad de ocasiones termina finalmente por sensualizar el concepto. La buena fe ha sido siempre, con las excepciones del derecho tardío y medieval, absolutamente actual. Es por esa razón por la que

la usucapión romana no exigía inicialmente buena fe ni tampoco se planteaba la cuestión de que la “buena fe” superviniese o no<sup>24</sup>.

### 6.1.2. Y NO POR VÍA DIRECTA Ó AUTOMÁTICA:

En ningún ordenamiento jurídico del mundo son posibles las adquisiciones *a non domino*. Es más, hablar de adquisiciones *a non domino* supone, a mi juicio, no entender ni lo que significan los principios generales del derecho en un ordenamiento jurídico, ni tampoco lo que es un sistema jurídico.

Los principios generales del derecho no son los cimientos de un edificio. Esta visión tiene un aspecto positivo (describe la importancia que tienen para sostener el edificio jurídico). Pero tienen un inconveniente: que el ser humano necesita cosificar lo espiritual, encontrarle límites o fines físicos (antes se ve el hielo que el agua). Y la cimentación llega, técnicamente hablando, únicamente hasta el ras de suelo y a partir de ahí, sin entremezclarse, se eleva la totalidad del edificio.

Los principios generales del derecho -puestos a buscar una comparación metafórica- se asemejan más a la savia de un árbol. Es un elemento nutritivo que discurre desde la primera de sus raíces hasta la última de las hojas de su copa. No se puede decir que hay una zona donde hay savia y otra en la que no, porque es y está omnipresente.

Los principios son el ordenamiento jurídico mismo, no una parte del mismo (como a nuestro juicio, erróneamente, pone de manifiesto el art. 1.4 CC que, al menos, utiliza correctamente la palabra “in-forma”) del mismo modo que la savia no es parte del árbol y, menos aun, parte diferenciada del mismo. De hecho, si se pinza una rama y la savia deja de correr, toda esa rama

y las ramas subsiguientes terminarán secándose y muriendo. Tampoco puede decirse, como ha hecho en reiteradas ocasiones nuestro Tribunal Supremo, que solo puede fundamentar un recurso de casación la invocación de principios generales del derecho positivizados<sup>25</sup>. Los principios se positivizan, cada cierto tiempo, en un ordenamiento como una suerte de hitos dentro de un camino, pero sin que ello signifique que los que “asoman” sean más principios que los que permanecen “ocultos”. Eso sería como decir que el Guadiana es menos río cuando discurre en subterráneo que cuando lo hace en superficie, siendo así que uno se va a la cabecera del río y tira un pañuelo rojo y luego se va a la desembocadura, verá que es el mismo pañuelo y no otro el que aparece al final del trayecto.

La palabra principio viene del latín *primus cepere*: lo primero en ser recibido. Las primeras civilizaciones tribales decidieron desde un primer momento, a través de una suerte de contrato social, cuales debían ser las primeras ideas que debían acoger para regular la vida de sus congéneres. Y con base en esos principios, acabaron por crear el primer sistema jurídico (del griego *syn*-junto, *thema*: de pie, lo que se mantiene junto y de pie como, p.ej: Un árbol). Cuando terminaron el *syn-thema*, nada había quedado fuera, sin recibir los principios, es decir, sin excepcionarlos (del latín *ex cepere*: no recibir), puesto que, en un *syn-thema*, *primus cepere* y *ex cepere* son incompatibles.

Cuestión distinta es que reglas generales puedan coexistir con reglas especiales (del PIE *-spek*: observar, en el sentido de que observa una situación de forma más próxima), pero la relación de lo general a lo especial no es la misma que la que puede observarse entre un principio y su excepción. Lo general y lo especial son fuerzas paralelas y compatibles, el principio y la excepción, fuerzas opuestas.

En nuestra sociedad actual, invadida por el relativismo jurídico y moral, la doctrina y jurisprudencia imperantes reconocen excepciones por doquier. Para ello, muchos autores se agarran a un viejo y conocido aforismo atribuido al jurisconsulto Decio, *consilium* 40, núm. 4, pag. 51): “*Exceptio probat regulam in casibus non exceptis*”. Y de ahí se extrae la conclusión: la excepción confirma la regla, en el sentido de que la corrobora, como si una regla fuera más regla por el hecho de tener una excepción. Nada

24. *Mala fides superfeniens non nocet* (Paulo, D. 41.1.48.1) seguido por el art. 2269 Code civile des français “Il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l’acquisition” vs *Mala fides superveniens nocet* (Bártolo, *Commentaria ad Digestum Vetus* 6.2.7.7; vol I, char. 190 y CIC canon 198.

25. En cuanto al positivismo, vid. Comte, August, padre del positivismo y de la sociología moderna, “*Catecismo Positivista*”, Versión Castellana de N. Estévez, Ed. Garnier Hnos, Digitalizado 2.009. O el clásico libro de Kelsen, Hans “*Teoría pura del Derecho*, 1982, Ed. EUDEBA, Argentina, pág. 134.

más lejos de la realidad. Este jurisconsulto, con el antedicho aforismo<sup>26</sup>, lo único que quiso era transmitir la idea de que, observada una situación especial (siempre que no sea excepcional), se puede inducir la regla general. Así, si vemos a un policía colocar una señal móvil de prohibido aparcar de 16:00 a 18:00 en un determinado sitio, induciremos que se puede aparcar antes y después de dicha franja horaria.

Pero, a estos efectos, induciremos también que, en ese sitio, normalmente, se puede aparcar. Si no, no tendría sentido que hubiese una señal temporal de prohibido aparcar donde, de por sí, nunca se puede hacerlo. Tampoco se entiende, a mi juicio, la diferencia que hay entre regla y principio. Pongamos un simple ejemplo. En materia de tutela, constituye regla general que la tutela se ejercerá por un solo tutor (art. 236.I). Excepcionalmente, sin embargo, podrá ejercerse por varios en los supuestos previstos en los 4 apartados siguientes de dicho precepto. Sin embargo, a un nivel completamente distinto discurre el principio general existente en esta materia: la tutela se ejercerá velando por los intereses del menor o incapacitado. Es evidente que mientras que la regla permite excepciones, el principio general nunca lo hace, porque para eso nace la tutela. Por lo tanto, ningún sistema y, por ende, el español entre ellos, puede admitir al mismo tiempo la existencia de un principio general como el de "*nemo dat quod non habet*" y la posibilidad de que se produzcan adquisiciones a non domino<sup>27</sup>. Esa excepción, o cambia el sistema en su totalidad haciendo desaparecer ese principio, o crea un sistema paralelo en el que dicha excepción no excepcione ningún principio.

Además de no ser posible ninguna adquisición a non domino por la propia incompatibilidad principal antedicha, tampoco son posibles porque parten de una confusión entre los conceptos de dominio y irreivindicabilidad, términos que son equivalentes pero no equiparables. La función de la equivalencia en Derecho es semejante a la que cumple un comodín en un juego de cartas. Así: 1 as y 1 comodín ganan a 2

reyes, pero 1 as y 1 comodín pierden frente a 2 ases reales. Y ello porque los juristas en general no suelen entender que la ficción utiliza la realidad fingida para ganar a terceros, pero esa ficción cede siempre frente a la realidad por cuanto "la equivalencia cede siempre frente a la valencia". Esa es la razón por la que la *traslatio* instrumental cede frente a la real, por la que la *personitas* cede en caso de levantamiento del velo o por la que una presunción cede frente a la prueba real de los hechos.

Irreivindicabilidad significa, literalmente, la inhabilidad para ser reivindicado. Si una persona se encuentra -respecto de una res o cosa- en situación de irreivindicabilidad, ello significa necesariamente que alguien distinto de él -si no fuera por esa limitación- podría reivindicarle. Y como el único que puede reivindicar algo, en nuestro derecho, es su dueño, parece evidente y palmario que el que se encuentra en situación de irreivindicabilidad no es el dueño pues es, precisamente, frente al dueño y su acción reivindicatoria (art. 348.II CC), respecto del cual el ordenamiento jurídico le da la potestatio legal de protegerse. Por lo tanto, basta hacer un análisis lógico muy básico de lo que conlleva el término "irreivindicabilidad" para poder afirmar que, ahí donde hay irreivindicabilidad, precisamente, lo que no puede haber es dominio. Dicho de otro modo, si la propiedad fuera una espada y la irreivindicabilidad un escudo, el ordenamiento estaría dándole al adquirente únicamente un escudo para protegerse de la espada de su dueño. Si la intención del Legislador hubiera sido la contraria, habría dicho de forma directa y sin ambages, que le daba una espada. Y ello, entre otras razones, porque cuando la Ley le reconoce un dominio a alguien, le está dando también la irreivindicabilidad del mismo, toda vez que el único que ostenta la legitimación para su ejercicio es el dueño.

Algunos autores como CUENA<sup>28</sup> se atreven, curiosamente, a calificar las adquisiciones a non domino, nada menos, que como "exigencia" del sistema. Sus argumentos -que, en cierto modo, constituyen los mismos que los que la doctrina y jurisprudencia modernas defienden en la actualidad- son: a) Que transmitir el dominio no figura dentro de las prestaciones debidas del vendedor b) Que una venta de cosa ajena produce, al menos, un "efecto obligacional" c) Que la venta de cosa ajena debe ser necesariamente "válida o eficaz" porque, en un sistema de título y el modo, la venta por sí sola no produce el efecto.

Pues bien, procedamos a replicar:

26. Aforismo, del griego *apo-separado* horas-señal, marca

27. Bien podría decirse, en términos muy actuales, que aquel que propugna la existencia de adquisiciones a non domino es, en cierto modo, un "anti-sistema".

28. Cuena Casas, Matilde: "La venta de cosa ajena como exigencia del sistema", Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia, ISSN-e 1699-3500, N.º. 1, 2008

(1) La legitimidad no es, efectivamente, una prestación debida. Pero ello es porque en realidad es mucho más, un presupuesto (habentia: legitimia) y los presupuestos se caracterizan porque, como su nombre indica, se pueden dar por presupuestos. Tampoco se menciona la capacidad y es evidente que el mismo constituye un presupuesto de eficacia. Ningún ordenamiento se entretiene tampoco a decir que el vendedor debe ser capaz para que la venta sea eficaz y, sin embargo, es evidente para cualquier jurista.

La diferencia con la legitimidad en la compraventa (aunque no sólo en ella, pues también en la permuta, donación, legado en el momento de la adjudicación, aportación y otros acuerdos o actos sobre el *entium*, de los que daré debida cuenta en sucesivos trabajos), esa legitimidad se torna en el elemento esencial de dicho acuerdo. A diferencia del resto de traslaciones (*i.e* el depositario) la compraventa no encuentra otra razón de ser que el de servir de mecanismo adecuado para que el dominio (que no necesariamente propiedad) de un bien pase de una persona a otra convirtiéndose esta última, a partir de ese momento, en el nuevo centro de goce de sus facultades o de constitución de las mismas a favor de sus “satélites”.

Una venta de cosa ajena no es ineficaz porque vulnera la ley (art. 6.3 CC) sino por una razón muy anterior en la escala de ineficiencias: por *in-habentia* o, como podría decirse en roman paladino: “porque si no hay agua en el pozo, difícilmente va a poder darse de beber a nadie”.

La tradición no es una actuación (a diferencia de la simple *traslatio*) sino una sensación (se produce en el proceso de formación del *sensum*, como una manifestación más del mismo). Es un pacto en el seno de un acuerdo (*ad-cordis*) en cuyo “círculo” interno los acordantes (que no partes) pacta sobre el *entium* y en el círculo externo (aunque pueden coincidir las mismas personas, pero nunca los mismos personajes) las partes asienten -que no consienten- que van a prestarlo. Por lo tanto, la tradición no se “presta” sino que se acuerda mientras que la simple *traslatio* sí. No voy a precisar más pues excede de los objetivos de este artículo. Recuérdese además que “entrega” es un vulgarismo, proveniente del latín *integra* y solamente se refiere a uno de los aspectos que debe tener toda tradición para producir el efecto liberatorio: realizarse íntegramente por

prescripción de lo dispuesto en el principio general consagrado en el art. 1.157 CC.

(2) El error de no diferenciar *traditio* y *traslatio*, es importante, porque lleva a negar hasta la propia esencia de la compraventa. Pero el argumento de la “eficacia obligacional” lo es más aún si cabe, porque afecta a la estructura misma del acto jurídico (*fectum* o *fecto* cuando es de salida y *ex fecto* (por contracción efecto) cuando cambia al ser). Una acción, diga lo que diga el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en modo alguno puede equipararse a un acto. La acción está presente en las palabras que terminan con el sufijo *-ción* y el acto en las que termina con *-cto*. Si fueran lo mismo, una producción y un producto serían lo mismo. Si algo es acción (que no obligación, que nada tiene que ver) no es acto y viceversa. Si falla la base filosófica, ningún Derecho puede construirse.

(3) En cuanto a que la venta de cosa ajena debe ser necesariamente “válida o eficaz” porque, en un sistema de título y el modo, la venta por sí sola no produce el efecto, bastaría con decir que, por esa misma regla de tres, tampoco se puede hacer una tortilla únicamente con huevo, pues también hace falta batirlo.... Pero no por ello puede afirmarse que puede hacerse una tortilla sin huevo. El sofisma, a mi juicio, es más que evidente.

Veamos ya como se aplican estas premisas a la tentio de los bienes muebles e inmuebles:

-BIENES MUEBLES: El art. 464 CC establece el principio de que la posesión (en realidad *tentio*) adquirida de buena fe equivale al título. Sin embargo,..... (en determinadas circunstancias), podrá reivindicarse el bien de quien lo tenga.

De este precepto, se deducen las siguientes consecuencias:

Que la tenencia con ignorancia de la falta de legitimidad del transmitente hace irreivindicable el bien mueble (464.I CC). Cuando un aptdo 2º comienza con “sin embargo será reivindicable” parece lógico que el 1º sea un supuesto de “irreivindicabilidad”.

Si la privación se ha producido voluntariamente por el *verus dominus* -*i.e* depósito y posterior venta por depositario- en tal caso, por aplicación de la regla del derecho alemán *hand wahre hand*<sup>29</sup>,

(la mano guarda la mano), solo podrá irse a reclamar el precio y los daños de aquél en quien se depositó la confianza..

Si se ha perdido por su verdadero dueño o éste último ha sido privado de ella ilegalmente (464. II): a) se convierte en reivindicable sin precio; b) o con deber de reembolso si se ha adquirido en determinados establecimientos.

Si se han adquirido en establecimiento mercantil abierto al público (art. 85 CCom): Vuelve a ser irreivindicable sin excepción alguna.

En todos estos casos, sin embargo, obsérvese que el adquirente no deviene dueño, sino que simplemente adquiere, como hemos dicho, una situación de inatacabilidad o "irreivindicabilidad" frente al único que puede ejercitar tal acción (el dueño ex art. 348.II). Se trataría, en tal caso, de una equivalencia -y consiguientemente de una equiparación incompleta- frente al *verus dominus*, pero no en el título, sino en la situación.

Esta situación perdurará hasta tanto en cuando el beneficiado por la misma tenga la cosa durante 3 años ex 1.955 CC, en cuyo momento y solo a partir del cual, adquirirá la condición de dueño y la perderá quien ostentaba hasta entonces esa misma condición. Mientras eso ocurra, el verdadero dueño quedará privado de la completa facultad de goce, pero seguirá siendo dueño de la misma, siendo este título el que, en cualquier caso, le permitiría:

a) Exigir el precio de lo vendido y los daños y perjuicios sufridos.

b)E, incluso, si el irreivindicable fallece antes del transcurso de la usucapión, en la medida en que no es titular de un derecho, sino de una mera situación de facto a la que no le es aplicable la regla general del art 1.112 CC, le permitirá al *verus dominus* recuperar las facultades de las que indebidamente fue privado.

Buena prueba de esta mera equivalencia es que el art. 1.955 CC nos recuerda que -aunque en su apartado 1º, se habla de la posibilidad de prescribir por la tenencia de "buena fe" durante

29. Véase José M<sup>a</sup> Miquel RDN., jul.-dic., 1979, pág 227 al hablar del principio *Hand wahre hand del dº alemán*.

3 años- ello debe entenderse sin perjuicio, por remisión de su párrafo 3º al art. 464 CC- al hecho de que el *verus dominus* goza de algunos supuestos de irreivindicabilidad, en el ínterin, para evitar que dicha usucapión se produzca. En todo caso, habrá que tener en cuenta que los que los hurtaron o robaron los bienes no pueden en beneficiarse en modo alguno de la usucapión ex art.1.956. Recuérdese que la tenencia podrá realizarse en cualquiera de las formas previstas en el art. 438 CC, incluida su ocupación material, que no sólo sirve para adquirir automáticamente la propiedad de las *rei nullius*, sino también para la usucapión de las cosas ajenas.

Por lo tanto, el art. 464 describe con claridad la función de la *tenentio* en la adquisición de los bienes muebles: sirve de título, es decir, es una equivalencia jurídica y genera una situación de irreivindicabilidad provisional, a la espera de la consolidación definitiva de dicha situación por vía prescriptiva.

Por eso, la venta de cosa ajena, aunque es válida para producir un efecto traslativo (pues el término validez sólo se refiere a la idoneidad de un vehículo y no deja de ser una venta, a diferencia de un arrendamiento sin opción de compra) es ineficaz, porque es el mero acto de tenencia durante un período extraordinario y no su anterior acto jurídico de venta el que produce el efecto.

Recapitulando, el bien mueble será: (1) reivindicable en todo momento frente al "ladrón" y sus cómplices o encubridores, que nunca pueden prescribir ex art 1.955 y (2) recuperable si durante 3 años (ex art 1.955), el beneficiario de dicha irreivindicabilidad fallece sin consolidar su situación de dueño frente a sus herederos.

- BIENES INMUEBLES: En la disposición de bienes inmuebles también se plantea, una vez más, la posibilidad de adquisiciones a non domino. A ello ayude, sin duda alguna, uno de los preceptos más nefastos de nuestro ordenamiento jurídico. Me refiero al art. 34 LH. Este artículo es, a mi juicio:

1) Inexacto: porque al que no es parte no se le debe llamar tercero sino ajeno, porque no debe hablarse de buena fe sino de ignorancia, porque lo que entiende por título oneroso es en realidad mutuo (pues onerosa es un tipo de donación ex 622 CC) y, sobre todo, porque tiene

un cierto aire contemporizador. En vez de hablar de irrevindicabilidad como el art 464 CC, prefiere hablar de “será mantenido” (lo cual está muy bien, porque las situaciones simplemente se mantienen, a diferencia de las legitimidades), pero termina por decir “en su adquisición”, lo cual es bastante sibilino.

2) Injusto: aún en el caso de que permitiese una situación de irrevindicabilidad (pues niego, desde mi punto de vista, que pueda articular una adquisición *a non domino versus principii*), la misma es extraordinariamente injusta.

Si nuestro Estado ha consagrado un sistema de inscripción voluntaria (a diferencia del sistema alemán consagrado en el § 873.1 del BGB) que además hace que el Registro sea meramente informativo, no termino de entender qué razón de justicia material hace que sea merecedor de mayor protección aquel que consulta dicha oficina frente a quien está en su plena potestad de no inscribir. Una potestad siempre es de libre ejercicio y, en tanto que protegida por la ley, no puede derivar a su titular ningún perjuicio por su ejercicio. Otra cosa es que no participe de algún beneficio. El adquirente, por mucho que haya consultado un Registro tiene, además, a su alcance otros medios de prueba para garantizarse la titularidad de quien le vende (*v.gr* un simple recibo del IBI) y es él y no el pobre dueño quien ha contactado con el vendedor. Máxime si la alternativa es que se vea privado, no sólo de la propiedad de su bien, sino incluso seguramente de su valor, por la desaparición o insolvencia sobrevinida de alguien que él ni siquiera conoce y con el que jamás ha llegado a un acuerdo. El Derecho establece, en ocasiones, soluciones provisionales sin perjuicio de ulteriores repeticiones. Pero convendrán conmigo que esta provisionalidad no es muy equitativa con las premisas del ordenamiento y con el juego de riesgos que deben asumir exclusivamente los contrayentes.

El papel del Registro en una sociedad debería de ser, además, absolutamente neutral (art. 33 LH). Un altavoz más (que no necesariamente el único) de la realidad extra-registral sin favorecer, ni siquiera sibilantemente, ni el nacimiento (art. 34 LH) ni la adquisición -acelerando los plazos (art 35 LH), ni para que sus funcionarios revisen las calificaciones jurídicas de unos fedatarios públicos ni para dar oponibilidad a los actos jurídicos 32 LH (puesto que la habilidad para ser opuesto ya nace de un acto desde el momento en que ha quedado perfecto y es hábil para ser conocido

por cualquiera distinto de sus otorgantes por cualquier medio -pues precisamente esa habilidad es la que permite la válvula de escape del art. 34 LH), ni para invertir el deber de probar la tención 38 LH<sup>30</sup> que, ni siquiera se inscribe ex art. 5 LH. Dejo, por supuesto, aparte las discusiones que podrían plantearse sobre el carácter “constitutivo” de la inscripción en los arts. 633 y 1.875 CC.

Sin ser, pues, correctas las soluciones anteriormente indicadas y, sobre todo, su exégesis doctrinal y jurisprudencial, lo cierto es que las mismas estarían al borde mismo del sistema, pero dentro del mismo. Si la exégesis es admitirlas como adquisiciones *a non domino*, se estaría creando, sin duda alguna, un *syn-temá* paralelo. Porque en este, desde luego, nunca será posible. Lo cierto pues es que tanto el 464 CC (en los términos referidos) como el 34 LH seguirían en cualquier caso respetando, nuestros principios generales y, en modo alguno y, bajo ninguna circunstancia, anuncian una adquisición a non domino y, menos aún, como exigencia del sistema<sup>31</sup>. Lo contrario conduciría a reconocer una excepción a nuestros principios generales, lo que haría que la savia no circulara por todo el árbol del ordenamiento jurídico y esa parte del mismo terminase feneciendo.

Esto mismo ocurre en el derecho alemán, en cuyo análisis se empeñan algunos autores en ver así mismo una adquisición a non domino, de lo cual discrepamos porque en dicho país la traslación se produce de la siguiente forma: (a)

30. *La tenencia y el Registro: La tenencia es un fenómeno exclusivamente extra-registral. Y ello porque el Registro de la Propiedad, que no es más que un lugar donde se “dice” en altavoz lo que ocurre fuera del mismo, debe cumplir una función absolutamente neutral respecto de la realidad extra-registral. Es muy anterior al Registro (de hecho las expresiones secundum y contra tabulas son una vez más invenciones de época reciente. La tenencia no puede existir, al mismo tiempo, dentro y fuera del Registro y es indudable que fuera del mismo existe. No se inscribe en el Registro (art. 5 LH). En Alemania i.e se inscribe la apariencia de un dominio, no la tenencia. Y el problema de cara a su inscripción es que se confunde “lo público” y “la publicidad” y “lo público” con “lo público erga omnes”. La publicidad es un medio, lo público un estado. Lo público se contraponen a lo secreto, sea o no clandestino. A la tenencia extra-registral (esto es, a toda tenencia) le basta para poder ser reconocida como pública -incluido a efectos de usucapión- con no ser clandestina (art. 1.941 CC), es decir, que se no se haga algo para que sea secreta.*

31. *Vid. CUENA CASAS, Matilde: «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema». principal, NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia y Nulidad de los actos jurídicos.*

A través de un equivalente de título (que consiste bien el acuerdo notarial conteniendo el acuerdo independiente abstracto traslativo o *auflassung* -§ 873 y 925 BGB) o directamente rellenando un formulario abstracto en el Registro de la Propiedad y (b) A través de un equivalente de efecto (nuevamente irreivindicabilidad), que se transformará en propiedad a través del instituto de la usucapión. Que en un Estado sólo pueda transmitirse a través del Registro nada tiene que ver con que el dominio sólo pueda existir en el Registro ni, menos aún, que el Registro haga dueño a quien no lo es fuera del mismo. El pueblo alemán ha creado un mecanismo más seguro para transmitir el dominio, pero no para hacerlo al margen del mismo (vid § 900 BGB).

## 6.2. FUNCIÓN TRASLATIVA: 1.462 CC

A través del otorgamiento de escritura pública, puede verificarse la traslación porque dicho otorgamiento no equivale, pero sí equifunge (como ocurre en otros muchos supuestos<sup>32</sup>) a la traslación, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.462 CC. Pero que la ley establezca esa equifuncionalidad para ese documento únicamente debe de conducir a que lo hace respecto de otro documento (privado ex. antiguo art. 1.227 CC), pero a nada más. Ni a que dicho documento constituya presunción alguna (y menos *iuris et de iure*-expresión inventada pues ninguna pre-asunción puede hacerse sin estar a la espera de una asunción definitiva) ni presuponerse (que es a lo que verdaderamente se equipara esa presunción "*iuris et de iure*", que no está basada en ninguna presunción sino en un hábito o frecuencia apriorísticos no aplicables a una sola persona sino a una entia: como el presupuesto de la inoc-entia). Por lo tanto, la administración no podrá basarse en dicho precepto para establecer ningún deber de probar en el ciudadano. La Filosofía todo lo aclara. Que un ser valga para ager no quiere decir que (h)aga. Que un instrumento funja para ager no quiere decir que (h)aga. Sólo que ese lo hace y otros no. Es además un instrumento, no un medio para verificarlo<sup>33</sup>. Si las partes consignan en ella la voluntad de realizar la tradición -en vez de levantar el brazo y señalar un fundo, como

32. Supuestos típicos de equivalencia y equifuncionalidad: 464 *tentio* equivale a título de propiedad para obtener reivindicabilidad 1.047 equivalencia en colación 1.446 distinción entre permuta y cv 1.462 escritura pública equifunge a traslación 1.790 principio de equivalencia en los acuerdos aleatorios 1.942 justo título equivale a título para usucapión.

antiguamente- será igualmente posible, pero la equifuncionalidad sólo se predica para la *traslatio*.

## 6.3. FUNCIÓN PROTECTORA: 446 CC

### 6.3.1. ACCIONES DE TENENCIA: INTERDICTO (- 1 AÑO)

- LEGITIMACIÓN 448: La legitimación para interdicar no le corresponde al que ejerce el mero contacto ni al servidor (ni al hombre isla, ni a las personas que sirven la *tentio* ex 439 ni al precarista). En esta cuestión, el art. 2266 *Code* francés confunde servidor de la "posesión" con detentador. Si que tiene legitimación, por el contrario, "todo tenedor" ex art. 448., incluido el simple arrendatario ex 1.560. En cuanto a la necesidad o no de exhibición de título, a mi juicio la regla del art. 448 CC se aplica solo a interdictos, no a transmisión *post mortem* de los arts 440 y 442 ni a la reivindicatoria: En contra se encuentra, una vez más, el Tribunal Supremo en la conocida sentencia del caso "Cambó vs. Zuluaga" abajo referenciada.

-PRESUPUESTOS: (1) Se ha perdido el contacto (2) Se mantiene la tenencia (3) Se protege la situación de tenencia perturbada o perdida por vía auto-tutelar prohibida por el art. 441 CC. Algunos autores son partidarios de añadir como requisito algún elemento sensual en el sujeto a interdicto<sup>34</sup>, cuestión que en todo caso no compartimos.

-FIN: Comprobar exclusivamente si ha habido un acto ilegítimo de perturbación o privación a quien tiene la condición de tenedor (no un mejor título de tenencia), para que cese la perturbación o se devuelva temporalmente, sin efectos de cosa juzgada.

### 6.3.2. ACCIÓN REIVINDICATORIA (+1 AÑO)

PRESUPUESTOS: (1) Se ha perdido la *tentio* (2) Se mantiene el dominio (3) Se protege la

33. En la instrumentación, el agente utiliza el instrumento para ser él quien realiza la acción. En el medio, la mediación (*circumactio*) la hace el mediador. Por eso, en materia de prueba judicial, debe hablarse v.gr de instrumentos de prueba para la documental y de medio de prueba para la testifical.

34. Vid. referencia bibliográfica.

*tentio* (4) Se recuperará la *tentio* sólo cuando se recupere el dominio.

FIN: (1) Comprobar a quién le corresponde la *tentio* por título. (2) Siempre que sea incompatible. (3) Con efectos de cosa juzgada.

FRUTOS, GASTOS, MEJORA Y DETERIORO/PÉRDIDA: Debido al escaso interés de la materia y su carácter puramente casuístico, nos remitimos a lo dispuesto en los arts. 451 a 458 CC. Únicamente teniendo en cuenta la impropiedad de los términos “buena y mala fe” utilizados en los mismos.

## 7. FORMAS DE ADQUIRIR LA TENTIO, ADQUIRENTES Y REQUISITOS

**7.1 FORMAS DE ADQUIRIR: (1) Por ocupación material:** art. 610 (si bien, de ser res nullius se adquiere directamente el dominio). (2) Por la sujeción a la acción de nuestra voluntad (la tenencia) y (3) Por formalidades legales (entre otras, las contempladas en los arts. 1.462 y 1.463 CC).

### 7.2 ADQUIRENTES:

1. Por un *alteri*: Puede tener lugar a través de un representante legal o pacticio y siempre que el representado sea dueño. No por un *falsus procurator* del art. 1.259 CC: porque entonces no es “ratificable”, como comentaremos después. Tampoco por el servidor de la *tentio*: figura del § 855 BGB, que es un empleado no apoderado del verdadero tenedor.

2. Por el heredero: 440 Cuando se acepta la herencia, se adquiere de forma automática, sin interrupción y desde la muerte del causante. Cuando se repudia, nunca se ha adquirido. 442 Si el causante conoce la falta de legitimidad y el heredero no, no le perjudica a éste último, pero inicia el cómputo desde la aceptación, sin aprovecharse del tiempo de tenencia del *de cuius*. Si el heredero conoce también la falta de legitimidad: se computará desde la aceptación.

3. Por el legatario: Merece especial interés la figura del legado de cosa específica y determinada propia del testador ex arts 882 y 885. En contra de lo defendido por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, entendemos que el legatario no adquiere realmente el dominio de la cosa legada desde la muerte del testador. El término ha

sido, una vez más, utilizado impropriamente, ya que lo que realmente se transmite, desde dicho momento, no es el dominio (art. 609 CC) sino la potestad de disposición<sup>35</sup> sobre el mismo. Por eso debe integrar el caudal relicto, esperar a que haya un heredero ab intestato y no ocupar por su propia autoridad la cosa legada. Porque no es extraño al testador, pero sí lo es a la herencia.

4. Por menor o incapacitados:

\*Pueden adquirirla (en realidad iniciarla y ejercerla) los menores y los locos o dementes. Y ello porque se trata de un acto material, pero no de discernimiento. Las personas mencionadas en el art. 443 no son simples tenedores porque este carácter no se deriva del discernimiento sino del aislamiento en que se realiza el acto de contacto con el bien.

\*Pero necesitan de la legitimación de sus representantes legítimos para las legitimidades y consiguientes facultades que nazcan a su favor: la percepción de frutos (arts. 451 y ss CC) o la usucapición (art. 1.931 CC).

5. Por varios en común: 445 Si hay contienda, se atenderá al tenedor actual, si varios, el más antiguo. Si hay varios, el que presente título y si, nuevamente, hay varios, se procederá al depósito judicial a la espera de juicio.

VIII.- 3. REQUISITOS: La tenencia ha de ser (1) Pacífica 441: En evitación de la auto-tutela (2) Pública (civilísima) ex art. 444: No clandestina y (3) Consentida 444: No meramente tolerada.

35. Suelen confundirse muy a menudo ambos conceptos, según explicaré en artículo aparte. Este tipo de legado lo que da es el poder de disposición sobre esto último. Al producir ya esa posibilidad de vender cosa (882.2º) aparenta ser un dominio. Pero no se goza de la misma (no hay ni uso ni disfrute) y no se puede usucapir sin solución de continuidad. Y ello a diferencia del heredero ex 442, porque éste último, a diferencia del legatario, no es un extraño a la herencia. Son frecuentes las confusiones cuando hay una apariencia de dominio. Así ocurre en el préstamo dinerario ex 1.753 (en que el dinero no es susceptible de dominio sino de *tentio*) o en el conocimiento de embarque (que no es un título valor representativo del dominio, sino que da una simple potestatio de retención), razón por la que la transmisión de la propiedad no se regirá por ese mero documento de transporte sino por el contrato de compraventa y el cambio de tenencia se realizará en el lugar en que físicamente se realice).

## 8. PRESUPUESTOS APLICABLES A LA TENTIO

Los presupuestos (que no presunciones, pues éstas se basan en indicios y aquellos no los necesitan<sup>36</sup>) que, con carácter general, se establecen en materia de tentio son las siguientes: a) Se presupone la ignorancia de la falta de legitimidad: art. 434 b) Se presupone que no se pierde tal situación salvo que haya actos que acrediten el conocimiento: art. 435 c) Se presupone que no se pierde el concepto en que se tiene salvo que haya actos que lo acrediten: art. 436 d) Se presupone que el tenedor en concepto de dueño lo hace con legitimación art. 438<sup>37</sup>, aunque sólo para interdictar y percibir frutos, no para usucapir d) La tentio de inmueble permite presuponer la del mueble 449: esta no es sino una aplicación concreta del principio *accessorium sequitur principale* y se cohonesta perfectamente con lo previsto en el art. 461 e) Los co-tenedores: solo han tenido lo que finalmente les sea adjudicado (art. 450) y la interrupción les perjudica (art. 1.933) f) Tentio intermedia: art. 459: se deriva del hecho de que la tentio no es en sí un acto de contacto material con la cosa. Si no habría que estar en perpetuo contacto con la misma g) Tentio ininterrumpida si hay recuperación pacífica: art. 466 (obsérvese que si habla de recuperación es precisamente porque de facto se ha perdido, lo que ocurre es que luego, una ficción jurídica, hace “como si” ello no hubiera tenido lugar).

## 9. EXTINCIÓN

A) La extinción puede tener lugar por cualquiera de las acciones (que no causas) del art. 460 CC

\*Pérdida de situaciones de tenencia: aún contra la voluntad del poseedor anterior año: a) Vi y Clam: No afectan a la usucapión 444 Si se recupera pacíficamente 466 + 441. Si no es pacíficamente se producirá una realización arbitraria de la propia titularidad ex art. 455 CP+ comiso + interrupción de la usucapión. Salvo que se deje pasar más de un año ex arts. 1.944 y 439.1º LEC b) Vi, Clam y Precario: Sí que afectan a la *tentio*, porque al fin y al cabo se pierde y ello tiene lugar cuando se produce de facto c) Precario: No afecta a la tenencia, porque se mantiene y no permite usucapir 1.942

\*En cuanto se pierde la tenencia en favor de otro sin mantener un lazo.

Puede tener lugar: (a) Con el sentir del antiguo tenedor: inmediatamente (2) Sin su sentir: ya sea por *clam*: al año o vis: al año.

\*Cuando se pierde la tenencia en favor de otro, pero se mantiene el contacto:

Ello tiene lugar porque no ha transcurrido el año del art. 460.4º y se recuperará cuando se extinga la facultad concedida o en cualquier momento (vid. precario ex 1.750 CC).

\*Cuando no se pierde en favor de otro 461: Indefinidamente.

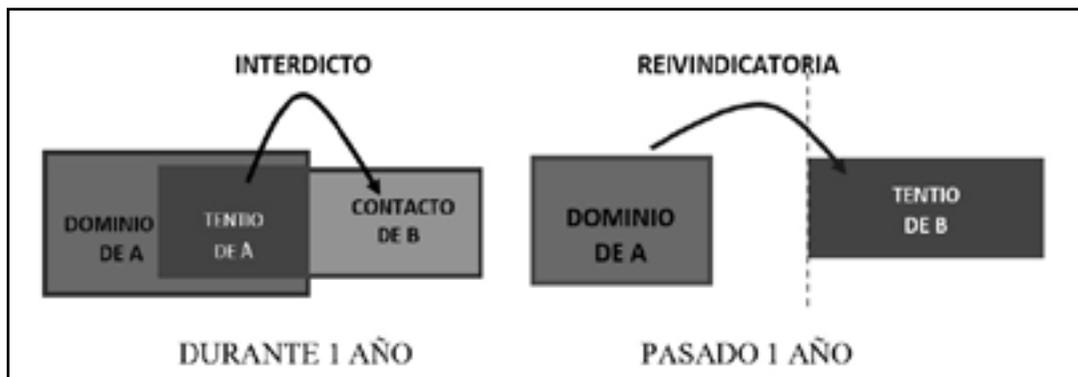
Se puede: a) Interdictar, salvo que haya habido dejación durante un año y b) Usucapir, salvo interrupción por tenencia efectiva durante más de un año.

36. DEL MORAL BARILARI, J.L. “Presupuestos y presunciones: La carga de la prueba” *Justicia: revista de derecho procesal*, ISSN 0211-7754, Nº 2, 2015, págs. 439-459

37. *Justo título es, como indica el art. 1.952: “..el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate”. No es el título válido al que se refiere el art. 1.953(el traslativo), sino un título que respeta la esencia (sedencia, tenencia, valencia, potencia y capiencia) y la licencia (normas imperativas o prohibitivas) pero que, por adolecer de algún error, le hace provisionalmente eficaz para producir la prescripción. Este precepto ha sido casi siempre incorrectamente entendido en los distintos sectores de la doctrina y jurisprudencia moderna. Fundamentalmente por darle mayor ámbito de aplicación o cabida del que realmente le corresponde. Bien es cierto que nadie duda de su inaplicación en el ámbito prescriptivo, toda vez que el art. 1.954 deja clara la necesidad de que el justo título sea probado. Sin embargo,*

*no han faltado pronunciamientos jurisprudenciales que han admitido su aplicación en supuestos sucesorios e, incluso, a la hora de reconocer legitimación para el ejercicio de una demanda reivindicatoria. VID CASO CAMBÓ VS ZULUAGA , siendo así que la finalidad exclusiva de dicho precepto es la aplicación a supuestos interdictales, por lo que el intercalado del art. 447 (presunción posesoria) entre dicho precepto y el de la legitimación general interdictal del art. 446 CC la consideramos profundamente desacertada. Este artículo, complementario del anterior art. 446, no tiene otra pretensión que el añadir requisitos a las acciones interdictales y establecer una solución nueva y, en cierto modo, apartada respecto a la recogida desde el Derecho Romano antiguo en la que, como hemos visto, no era posible la tentio en concepto distinto de dueño: 1.- Si la tentio es en concepto de dueño (qué es al único al que inicialmente se le reconocía la tutela interdictal): no tiene por qué exhibir título 2.- Si la tentio es en concepto distinto de dueño: sí que se le requiere la exhibición de título (por cuanto podría ser mero tenedor y al no ser el mismo poseedor, se le denegaría el uso de tal facultad).*

\*Supuesto: 460.4º



Gráfica 6: La Tentio

Fuente: Elaboración propia

Durante un año, el dueño puede perder el contacto, pero como mantiene la *tentio*, se le da la *potestatio* de ejercitar un interdicto.

Transcurrido dicho plazo, la *tentio* se pierde, de forma que dominio y *tentio* se distancian y al dueño no le queda otra acción que la reivindicatoria (porque lo único que conserva ya es su *legitimium*) frente a quien ya es tenedor de Derecho, a todos los efectos, del bien posible objeto de litigio.

B) Por la pérdida del control: En los muebles en los términos del art 461 y en los animales en los del art 465.

C) Por un servidor 463: La *tentio* no se pierde, salvo que el acto se haya realizado en virtud de apoderamiento. El precepto contempla también la posibilidad de que sea ratificado con posterioridad, solución que considero inviable, al igual que ocurre en el art. 1.259.2º.

#### LIQUIDACIÓN:

Se deja para otros artículos el estudio de la liquidación de la situación tentativa.

## 10. LA TENTIO Y EL REGISTRO

La *tentio* es un fenómeno exclusivamente extra-registral. Y ello porque el Registro de la Propiedad, que no es más que un lugar donde se “dice” en altavoz lo que ocurre fuera del mismo, debe cumplir una función absolutamente neutral respecto de la realidad extra-registral<sup>38</sup>. Así, la *tentio*:

a) Es muy anterior al nacimiento de los Registros: Las expresiones *secundum* y *contra tabulas* son invenciones de época reciente.

b) La *tentio* no puede existir al mismo tiempo dentro y fuera del Registro y es indudable que la *tentio* se desenvuelve fuera. Además, la *tentio* no se inscribe en el Registro (art. 5 LH).

c) Por lo demás, se confunde “lo público” y “la publicidad<sup>39</sup>” y “lo público” con “lo público erga omnes”. La publicidad es un medio, lo público un estado. Lo público<sup>40</sup> se contraponen a lo secreto<sup>41</sup>, sea o no clandestino<sup>42</sup>.

39. Hacer público lo que es secreto o hacer más público lo que es menos público.

40. Del latín *publicus*, éste a su vez de *populicus* o perteneciente al *populus*, cuyo hermano latín *toutikus*, de *toutos*, dio lugar a *teuton*, de donde procede *deutsch* (idioma del pueblo). Público arranca a su vez de *pubes* (pelo público) para referirse al conjunto de los jóvenes que no pertenecían al senado y que eran capaces de llevar armas, con voto, pero no con capacidad de gobierno.

41. Secreto: Del latín *secretus*, proveniente del verbo *secernere*, compuesto del indoeuropeo *se-\** (denota separación) y el verbo latino *cernere* (analizar, distinguir, presente en *crimen* y *excremento*). Poner algo aparte, donde no llame la atención.

42. Clandestino: De *clam* y, *este*, de *celare*, esconder.

38. Principio de neutralidad registral que, como explicaré en ulteriores artículos, no sólo no presume la posesión, sino que no da existencia a la relación jurídica (lo que impropia se denomina obligación) sino sólo al efecto, no da eficacia a lo ineficaz y no facilita la prescripción

A la *tentio* extra-registral le basta, para poder ser pública -incluido a efectos de *usucaptio*- con no ser clandestina (art. 1.941 CC), es decir, que se no se haga algo para que sea secreta. Un Registro, después de 2.000 años de *tentio*, nada va a añadir. Lo contrario supondría defender que sin Registro la *tentio* no es pública.

Por lo tanto, toda *tentio* que “no se esconde” es, a todos los efectos legales, una *tentio* pública. Por eso basta con que sea a la vista, ciencia y paciencia de los vecinos y conocidos del tenedor (teniente en otra dimensión filosófica). El acceso al Registro, por lo tanto, a lo sumo, daría mayor publicidad, haría más público lo que ya de por sí es menos público, pero público, al fin y al cabo. Sin embargo, ya hemos visto que no es así, el Registro no da más intensidad al hecho público de la tenencia. El Registro ni da ni quita nada al dicho fenómeno extra-registral. No le da consecuentemente publicidad: Igual que tampoco gozan de ella las circunstancias personales sin trascendencia real ex arts. 9 LH y 51 RH (a diferencia del sistema francés). Ni siquiera es una cuestión, por tanto, de que el Registro dé más publicidad a la acción de tener, sino que no le da ninguna publicidad, que permanece ajeno a dicho fenómeno, a diferencia de lo que ocurre con la legitimidad y sus facultades.

d) No se presupone la existencia de *tentio* por el hecho de estar inscrita la legitimación en el Registro (en contra del art. 38 LH). Si la *tentio* es ajena al Registro, menos aún puede presuponerse (que no presumirse) nada de la inscripción de una legitimación en el Registro. Este principio, al igual que todos los que arrancan desde el 33 LH en adelante no encuentran otra razón de ser que el fomento irreflexivo y contrario a nuestros principios del fenómeno de la inscripción registral. Por ello, un titular en documento privado e incluso uno en virtud de acuerdo verbal gozará de los mismos medios para probar la actividad de tención, sin que el Registro tenga que favorecer en modo alguno a unos en perjuicio de otros. El Registro, recordémoslo otra vez más, no es más que un altavoz de legitimidades.

e) Nada prescribe ni a favor ni contra el Registro (en contra de los arts. 35 y 36 LH). Como consecuencia lógica de lo anterior, la usucapión no se produce ni a favor ni en contra del Registro, sino al margen del mismo. En todo caso, a favor y en contra del titular real. *In eadem ratio*, ni

debería haber en favor del inscribiente plazos de usucapión mayores o menores que los generales del Código Civil.

f) Función dilucidadora de controversias: la doble venta del art. 1.473 CC.

Sea de bienes muebles o inmuebles, el conflicto debería solucionarse con arreglo a los criterios normales de: (1) Primera *tentio* (2) Primera titulación (3) Primera inscripción. Así resulta de nuestro sistema del título y modo del art. 609, del principio de que valencia gana a equivalencia del art. 1.462.2 CC y del sistema de inscripción voluntaria de nuestro ordenamiento. La alteración del vigente art. 1.473 CC en favor de la primera inscripción como primer criterio dilucidador no es sino una reminiscencia de nuestra Ley Hipotecaria de 1.861 y una medida para incentivar una inscripción entonces incipiente y poco exitosa, lo que llevó a no pocos juristas de la época a tildar al dominio extra-registral nada menos que de ¡clandestino!

## CONCLUSIÓN

A través del presente artículo se pretendió dar una visión absolutamente revolucionaria de la institución “posesoria”. Hasta el punto de que la propia institución pierde su nombre, un nombre que nunca debió consolidarse por cuanto supone un cambio significativo de su función dentro de la estructura del Derecho. La tención es, pues, la única acción, el *animus possidendi* y el *proficiendi* los meros “vientos o *anemós*” de dichas acciones. Por esa razón, tal y como se dijo al comienzo de este artículo, se espera haber contribuido a elevar a la tención (como actuación) y a la tenencia (como ser) al rango que le corresponde. Porque ningún puzle está completo si una pieza ocupa el sitio de otra.

## BIBLIOGRAFÍA

- Barassi, L. (1952). *Diritto Reale e Possesso*, II. Milán: Giuffrè.
- Cuenca, M. (2008). *La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema*. NUL: Estudios sobre invalidez.
- Chico, J., y Ortíz, M. (1994). Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la legislación hipotecaria de 1944. *Revista crítica de derecho inmobiliario*. (625), 2213-2238.
- De Castro, y Bravo, F(1997). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas. Reimpresión pág. 54.
- De Los Mozos, J. (1962) Tutela interdicial de la posesión. Madrid: *Revista de Derecho Privado*. Notas para una reconstrucción del concepto de «animus» posesorio en el Derecho moderno, «Rev. General de Legislación y jurisprudencia», CXCIX, 271 ss.
- Del Moral, J. (2015). Presupuestos y presunciones. La carga de la prueba. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, (2). 439-460.
- Díez, L., y Gullón, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil, volumen III*, 109 y ss. Madrid: Tecnos.
- Domat, J. (1823). *Les lois civiles dans leurs ordre naturel*. Francia: Œuvres.
- D'ors., y Pérez, A. (2004). *Derecho privado romano*. (10ª edición) España: EUNSA (10ª edición).
- Estévez, J.(1954). Sobre el concepto de "Naturaleza Jurídica". *Anuario de filosofía del derecho* [En línea], N° 4, págs. 159-182. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2057273>
- Hernández, A. (1980). *La posesión*. Madrid: Civitas; pág109 y ss
- Ihering, V. (2004). *Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria*. Madrid: Reus.
- Jordano, J. (1986). Una reelección sobre la posesión. *Anuario de Derecho Civil* [En línea], Vol. 39, N°4, págs. 1035-1058. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46664>
- Miquel, J. (1979). La Génesis del principio Hand Wahre Hand. Madrid: *Revista de Derecho Notarial*.
- Pothier, J (1861). *Oeuvres. Traité des Obligations*. Francia: Henri Plon. T. 11. págs. 24-27.
- Roca, I., y Trias, E. (1979). Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, (530), 9-74.
- Savigny, V. (1845). *Tratado de la posesión: según los principios del Derecho romano*. España.
- Smayevsky, M., y Penna, M. (2007). Posesión, tenencia y usucapión. *Revista crítica de derecho privado*, (4) 571-585.
- Vallet, J. (2005). La buena fe en las transmisiones inmobiliarias a "non domino". *Revista jurídica del notariado*, n° 56, págs. 253-270.
- Vázquez, C. (1998) *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*. España: Bosch.