

Teleología de la relación posesoria derivada

La idea de la dualidad de la voluntad de poseer no se ha verificado, la persuasión que tiene la doctrina moderna de haber encontrado en el *animus possidentis* la clave de toda la teoría posesoria, resulta equivocada. El trabajo increíble por ella realizado, los esfuerzos desesperados y violentos, cumplidos, han sido vanos. Como ocurre muchas veces cuando se trata de abrir violentamente una puerta con el auxilio de una llave falsa, los partidarios de dicha teoría no han abierto la puerta: han forzado la cerradura.

En lugar de emplear la llave falsa del *animus*, voy a ensayar otra llave, que yo llamo el *fin*; la he encontrado muy buena en todos los problemas a los cuales la he aplicado, pudiendo afirmar que ella es la que por primera vez me ha dado una explicación de todo el orden moral del mundo: de las costumbres, de la moral, del derecho. Quiero, pues, ensayarla nuevamente en el problema que nos ocupa.

El fin, esto es, las consideraciones y los motivos prácticos, son los que han hecho nacer en Roma la tenencia al lado de la posesión. Trátase sólo de probar este aserto. La cuestión del fin de la posesión, es decir, la de saber por qué los romanos han procurado a la posesión una protección jurídica, no es objeto de nuestro estudio; en mi obra sobre *El fundamento de la protección posesoria* (1), dejo expuesto lo que yo pienso acerca

(1) Trad. esp.—(N. DEL T.)

de este punto. Trátase aquí exclusivamente de la tenencia, supongo la posesión sabida.

Si yo hubiera dado a estas dos obras el título que representa su pensamiento íntimo y capital, hubiera podido llamar a la primera: *La cuestión del fin de la posesión*, y a ésta: *La cuestión del fin de la tenencia*; pero he preferido atenerme en este caso a la tradición, y así, en aquélla se habla del *fundamento de la protección posesoria*, y en ésta de *la voluntad en la posesión*.

Independientemente de la tenencia contractual, el derecho romano conocía también otras dos formas: la tenencia absoluta y la tenencia doméstica. Ya he probado para las dos que lo que ha hecho retirar su efecto ordinario a las condiciones legales completamente reunidas de la posesión, han sido consideraciones prácticas.

La posición jurídica del poseedor debía ser mantenida en caso de ocupación de su fundo durante su ausencia. De donde resultaba (supuesto que según el derecho romano, no era posible una *compossessio plurium in solidum*), que la relación posesoria del ocupante no podía designarse más que como tenencia, a pesar de la existencia incontestable del *corpus* y del *animus* en su persona.

La posición jurídica del jefe de familia era soberana e ilimitada frente a las personas sometidas a su potestad; de ahí la tenencia de estas últimas. Para esas dos relaciones, a las cuales se suma como tercera la de las *res extra commercium*, hemos sentido que existe un *obstáculo* contra la posesión (nuestra — *n*), que se atraviesa frente a las condiciones legales, *a + c* de la posesión, habiendo aplicado entonces ya ese mismo punto de vista a la tenencia contractual.

El ensayo realizado por la teoría subjetiva, de deducir el motivo de la tenencia de la persona del tenedor, de su voluntad defectuosa, se ha frustrado (XIV). La dirección de la voluntad del tenedor nada tiene que ver con la cuestión (XIV). Sólo resta, pues, buscar el motivo de la tenencia en la persona del *dominus possessionis*, es decir, indicar para los casos de tenencia el mismo motivo práctico que en los otros dos se ha revelado

como decisivo: la consideración de la posición jurídica del dueño de la posesión.

El interés que tenía éste en conservar la posesión cuando confiaba provisionalmente la cosa a otro, era doble: primero, la *continuación de la usucapión*. Según el derecho romano antiguo, la usucapión se interrumpía cuando el usucapiente transmitía la posesión a otro. La idea de hacerla continuar, a pesar de la transmisión momentánea de la posesión, idea que el derecho moderno ha realizado en la prenda, no había aún nacido. Resultaba de ahí que era preciso conservar la posesión en la persona del usucapiente, en caso de entrega pasajera de la cosa; o en otros términos, que el *accipiens* no podía obtener más que la tenencia. Consecuencia de esto, el *sostenimiento intacto de su posición jurídica*, es decir, la facultad de defender su posesión por *su propia fuerza* y por los *medios posesorios*. Ya antes he mostrado que no tenía eso gran importancia para las cosas muebles, pero sí para las inmuebles; por ejemplo, para el arrendamiento.

Está en primer término la posición jurídica del señor o dueño de la posesión (*Besitzherr*) respecto del *tercero*. Si el colono y el inquilino hubieran obtenido la posesión—por supuesto, no una posesión revocable a voluntad, como el precarista, sino una posesión asegurada por el término del arriendo, según implicaba su derecho contractual—, hubieran podido, como todo poseedor a quien se concede la posesión temporalmente, como por ejemplo, al acreedor con prenda, transferirla a otras personas. El arrendador habría perdido de ese modo la protección posesoria, debiendo servirse de la *rei vindictio*. Simples o meros tenedores el colono y el inquilino, no podían transmitir la posesión, por no estar ésta *vacua*; la posición posesoria del dueño de la posesión frente al tercero, quedaba así completamente asegurada.

Está luego la posición jurídica del poseedor respecto del *tenedor*. La tenencia implicaba la falta completa de todo derecho real en el colono o en el inquilino; esto procuraba al *dominus* una doble facultad: la de lanzar al colono malo o al inquilino

lino molesto, sin otra formalidad (1), y la de vender el fundo en todo tiempo. Si hubiera tenido la posesión, no hubiera podido aprovechar una ocasión de vender, sometido a la condición de una tradición inmediata o pronta; hubiera debido esperar que el arriendo expirase, esto es, a que la medida fuese ya demasiado tardía.

La explicación dada antes tenía por único objeto demostrar que se atribuía para el dueño de la posesión un interés importante en la tenencia. Dejo para más adelante (XIX) la cuestión relativa a saber si este interés no ha sido exagerado, y si no sería preferible adoptar otra manera de ver distinta de la adoptada por los romanos. No se trata aquí más que de poner de manifiesto el verdadero motivo práctico que en el fondo los guiaba (2).

El interés del dueño o señor de la posesión—Besitzhernn, dominus possessionis—implica un obstáculo a la protección jurídica del tenedor. Tal es, pues, el sentido de la tenencia. Ahora bien: la tenencia contractual no es más que la copia de la doméstica. Cuando el fin perseguido no implica esta situación de dependencia dada al que tiene la cosa, no puede verificarse la tenencia: es preciso la posesión. No se trata de ese híbrido tenedor a la vez de la posesión y de la tenencia, que nos ofrece el tenedor en precario; éste, aun protegido posesoriamente con-

(1) El aserto de que esta facultad tenía por condición, según el derecho romano nuevo, la falta de pago del arriendo durante dos años, es erróneo. La L. 54, § 1, loc. cit. (19, 2), que se invoca, contiene la prueba de lo contrario; habla de la aseguración del colono contra el ejercicio del derecho de *exmissio*, por medio de una pena convencional: la falta de pago del arriendo mencionase sólo en la cuestión de saber si se ha incurrido en la pena convencional. La L. 56, *ib.*, habla de un inventario público.

(2) El primero, y hasta Persiae (1873), Labeo, I, p. 467, el único que ha tenido el valor de reconocer que la concepción admitida por el censo romano, con la teoría reinante, tiene algo «de artificial, que se explica por las condiciones históricas y sociales de Roma», es Dernburg.—*Pfandrecht*, II, página 65; (1864). Se ha expresado más tarde con más exactitud, en la obra citada, p. 69, y en las *preuss. Privatrecht*, I, § 190.

tra los terceros, no se halla frente al señor de la posesión en mejor situación que el tenedor, pues que, como éste, puede ser expulsado arbitrariamente en todo tiempo. Es preciso, por el contrario, una posesión protegida jurídicamente de una manera completa: esto es, aunque sea frente a aquél. La explicación siguiente tiene por objeto probarlo en los casos en que el derecho romano ha dado *indiscutiblemente* (1) la posesión en relaciones de posesión derivada: tales son los casos del acreedor con prenda, del colono hereditario, del sustituto y del secuestro.

El acreedor con prenda.—Ya antes he demostrado cuán necesaria es la posesión para el objeto del derecho de prenda. La idea de que el derecho romano no había en rigor concedido más que la tenencia al acreedor con prenda, por faltarle el *animus rem sibi habendi*, o *domini*, y de que únicamente ciertas «razones históricas», que yo no he encontrado indicadas en parte alguna, han ocasionado la manera opuesta de ver del derecho romano; esta idea revela de una manera tan completa el desconocimiento de la importancia práctica de la posesión, que esta consecuencia en todo caso inevitable desde el punto de vista de la teoría subjetiva, debería bastar por sí sola para probar cómo tal punto de vista es por sí mismo imposible.

¡El acreedor con prenda, tenedor! Tanto valdría decir que el deudor puede arrancarle la cosa por sí en cualquier momento; y el acreedor que se defendiese... ¡sería castigado! Su protección dependería del petitorio y no del posesorio.

No hace falta que exponga mi opinión acerca del problema relativo a si la teoría del *animus* no puede rehabilitarse, a lo menos, para el acreedor hipotecario que ha obtenido la posesión de la cosa intentando la *actio hypothecaria*, es decir, si no es preciso concederle sólo la tenencia. Todo el derecho de prenda, *pignus* e *hypotheca*, sin la posesión de la cosa, no tiene consistencia; es la más grave *contradictio in adjecto* que puede imaginarse: ¡el acreedor con prenda protegido con el petitorio, y sin protección posesoria!

(1) Los casos dudosos se explicarán luego en el cap. XVII.

Los otros tres casos que he enumerado son especialmente instructivos, porque nos muestran la posesión concedida en relaciones que implican también la tenencia según las circunstancias. No cabe buscar una ocasión más favorable para penetrarse del verdadero estado de las cosas, que esta dualidad de aspectos de la relación posesoria, a pesar de la identidad perfecta de la situación contractual. El colono hereditario es colono—la acción contra él, para el pago del canon, es la *actio locati*—; el sustituto es mandatario—la acción contra él es la *actio depositi*—. Y sin embargo, el colono, el representante, el depositario ordinario, tienen la tenencia, mientras que esas personas tienen la posesión.

Hay, pues, identidad perfecta de relación obligatoria, y a pesar de eso, tenencia de un lado y posesión del otro.

¿Cómo explicar esto?

Los intereses prácticos divergentes van a darnos la respuesta.

El colono hereditario.—Esta relación, como es sabido, se presentaba bajo dos formas: una, romana: arrendamientos de fundos urbanos (*ager vectigalis*); y otra, griega: abandono de un fundo para roturarle (*enfiteusis*). Esta última forma, que probablemente existía desde tiempos atrás en las provincias del Imperio, no llega hasta el siglo III a conocimiento de los juristas romanos (1), no siendo objeto de la legislación hasta fines del siglo siguiente. Hasta Zenón (2), fin del siglo V, no existía indi-

(1) Gayo, que habría tenido ocasión de mencionarla al lado del *ager vectigalis* (III, 145), no la conocía: el único jurista romano que la menciona es Ulpiano, en la L. 3, § 4, de *reb. eor.* (27 9): en la L. 15, § 1, *qui satis.* (2, 8), de Macer, la adición *id est emphyteuticum*, después de las palabras *agrum vectigalem*, es una interpolación de los compiladores, proveniente de la asimilación de las dos formas por Justiniano; lo mismo que en el epígrafe del VI, 3: *si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur.*

(2) L. 1, Cód. de *emph. j.* (4, 66). La opinión corriente, la cual he aceptado en otros tiempos, y según la que Zenón había decidido en pura teoría que el contrato enfiteutico forma el quinto contrato consensual, descansa en un error. Zenón ocupase ahí exclusivamente del influjo del *casus*. Según los principios sobre la venta, se habría referido al enfiteuta,

cio alguno de que los campos privados se dieran también en enfiteusis. En todos los textos del Código Teodosiano que mencionan la enfiteusis (1) y en numerosos pasajes del libro XI del Código de Justiniano—tt. 59 (58), 62 (61), 72 (71)—, aparecía como limitada a los fundos del fisco, del Emperador (2), de las ciudades, de las iglesias; circunstancia que, como veremos, es de una importancia capital para la apreciación exacta del aspecto jurídico de la relación. La enfiteusis se acercaba tanto a la propiedad, que se comprende que los juristas hayan podido dudar si «*jus emphyteuticarium conductionis an alienationis titulis esset adjudicendum*» (L. I, cit.), y que en el uso corriente se llamase al enfiteuta *dominus*; lo que resulta de que este modo de señalar se encuentre muchas veces, aun en la legislación (3): los glosadores no han sido, pues, los primeros en aplicar aquí la noción de propiedad (*dominium utile*).

No me fijaré, por ahora, en la enfiteusis sobre los fundos privados; la llamaré, para abreviar, el arrendamiento hereditario *privado*, y llamaré *público* a la enfiteusis sobre el fundo del fisco, del emperador, de las ciudades, de la Iglesia, y la relación sobre el *ager vectigalis*. Históricamente, el arrendamiento hereditario se ha desenvuelto, como la *superficies*, primero para los fundos públicos, siendo esto decisivo para comprender el aspecto particular que lo distingue del arrendamiento ordinario.

según los del arrendamiento, al propietario (*remissio mercedis*, en las hipótesis sabidas); Zenón la pone, ya a cargo del uno (*ipsius... REI interitum, ... ipsa rei laedatur SUBSTANTIA*), ya del otro (*PARTICULARE vel aliud LEVE damnum*). Zenón, al igual que Justiniano, presupone un contrato escrito (*scriptura interveniente*. L. 2, *ibid.*: *in emphyteutum instrumentis*. L. 3, *ibid* *emphyteuticum instrumentum*).

(1) Reunidos por I. Godofredo en su comentario sobre X, 2: *de locatione juris emphyteutici*, tomo 3.º, p. 427.

(2) Lo que aquí es significativo es el texto de Augustino, citado por Godofredo, que identifica la *possessio emphyteutica* con el *fundus imperatorum*.

(3) En el Código Teodosiano: L. 5, *de consit.* (13, 11); L. *un. comm. div.* (2, 2); en el Justiniano: L. [2, 4, 12, 14, *de fundo patrim.* (11, 62 (61); L. 1, 2, *de fundo rei pr.* (11, 66 (65); L. 4, 5, *de div. praed.* (11, 70 (69).

El interés de la *usucapion* desaparecía para los fundos públicos; no era preciso adquirir la propiedad; existía ya, y no se disputaba.

Por este motivo también precisamente, el descargo de la prueba que procura la *protección posesoria*, comparada con la *reivindicatio*, respecto de *terceros*, no tenía valor alguno para esos fundos; el demandante no podía tener la menor dificultad para probar su propiedad, cuando ésta fuese disputada, lo que no ha debido de ocurrir; era notoria.

Sólo queda, pues, el *derecho de expulsión* del arrendador. De las dos ocasiones que lo hacían importantísimo, la de la venta desaparecía por completo. Esos fundos no se vendían jamás, y quedaban siempre como propiedad del estado, del emperador, del común, de la Iglesia. En cuanto a la segunda, el *lanzamiento del colono malo*, es decir, del que destrozaba el fundo, tenía escasa importancia. Un colono temporal puede concebir la idea de agotar la tierra, o de omitir, al terminar su arriendo, las operaciones agrícolas necesarias, economizando los abonos, abandonando los árboles frutales, las viñas, etc., porque no va a seguir recogiendo los frutos; pero el hereditario no hace eso, porque sería él el primer perjudicado; su propio interés es la mejor garantía del buen cultivo.

Aun admitiendo que las dos relaciones sean, en el respecto de que se trata, iguales, el propietario, en el arrendamiento hereditario, sin la perspectiva de tener que volver a arrendar, puede no alarmarse ante el descuido del cultivo, mientras que en el temporal este descuido implica, para lo futuro, una disminución posible de la renta en el caso de llegar a celebrarse un nuevo arriendo. Lo mismo ocurre con la comparación del alquiler de casas con la superficie; el propietario no tiene interés alguno en que el superficiario mantenga la casa en buen estado, mientras sí lo tiene cuando se trata de un alquiler ordinario. Y por eso nuestras fuentes, que hacían responsable al colono ordinario de la *culpa levis*, nada dicen respecto de la enfiteusis y de la superficie: esas dos relaciones no se prestan a ello.

El aserto de que el propietario puede expulsar al enfiteuta

por deterioros del fundo, no está en mi concepto, fundado en el derecho romano. En los numerosos textos del Código Teodosiano y de Justiniano, que tratan de la enfiteusis y de las relaciones análogas (*fundi patrimoniales* y *res privatae* del Emperador), no se menciona el derecho de expulsión. Justiniano no lo ha introducido en la Novela 120, c. 8, sino para las enfiteusis de la Iglesia, donde tenía el mismo interés práctico que en el arriendo temporal, a causa de su duración temporal también (1). No ha dispuesto que pudiera ejercerse bajo forma de disposición privada, lo que tampoco vendría bien aquí, porque el enfiteuta es poseedor. La expulsión no puede verificarse sino por instancia judicial, en la cual se ha de probar el deterioro, mientras el colono ordinario, simple tenedor, podía ser expulsado privadamente aun bajo el derecho romano más reciente (2).

En conclusión: La situación independiente concedida al colono hereditario por la concesión de la posesión, no perjudicaba en nada el interés del propietario del fundo. De otro lado estaba exigida e impuesta de un modo apremiante por el interés del colono hereditario, tanto en la enfiteusis, como en el *ager vectigalis*.

(1) Novela 7, c. 3 pr. (*Reg.*: de por vida.—Excepción: transmisión a los hijos y nietos). El fin que Justiniano perseguía era el de hacer posible el aumento del *canon* por arrendamientos periódicamente renovados. En esta forma de la enfiteusis de Iglesia, la idea originaria de la institución estaba enteramente sacrificada, tanto respecto a la *duración*, (§ 2: *in sola emphyteusi TEMPORALI*), como al objeto (2, *ib.*: *DOMIBUS et suburbanis et HORTIS et agris*), y a la supresión del derecho de libre *enajenación*; correspondiente a todos los demás casos al enfiteuta (§ 3); la enfiteusis sólo tiene aquí la función de una forma jurídica reforzada del arrendamiento. Por eso precisamente exigía la protección contra los deterioros o destrozos, innecesarios, por completo, en la verdadera enfiteusis.

(2) De que, según la L. 12, *unde vi* (43, 16), la negativa del colono a entregar el fundo al comprador, no cae en la *dejectio* cuando se verifica *propter justam et probabilem causam*, no se sigue que el colono pueda reclamar la protección posesoria contra la expulsión violentamente verificada de parte del arrendador. Sólo cuando éste acude por sí al posesorio, es cuando el colono es oído en su excepción. (*Arg.*, L. 10, C. *unde vi*, 4).

En la enfiteusis. ¿Quién se hubiera dedicado a roturar un fundo inculto, obra a veces de la vida entera, si no hubiera tenido la certidumbre de recoger el fruto de su trabajo y esfuerzos? El libre derecho de expulsión del propietario es incompatible con la enfiteusis.

En el ager vectigalis. Era preciso la misma certidumbre para el colono hereditario; éste no haría mejoras costosas en el fundo, no edificaría, no plantaría; era necesario ponerle en condiciones para ello, condiciones que no resultarían si el derecho no le concediese su *plena* protección. No basta, pues, la protección puramente *obligatoria* suficiente para el colono temporal, porque no le procura, según el derecho romano, el medio de impedir el hecho mismo de la expulsión y le obliga además a seguir el camino difícil, incierto e imperfecto de la acción de daños y perjuicios. Requiere, en suma, la protección del *derecho real*, que hace imposible la expulsión. No es necesario decir que a este fin la protección del petitorio no basta, siendo precisa también la del posesorio. La posesión real o jurídica constituía el postulado inevitable de la seguridad del colono hereditario. El derecho romano se decidió por la protección real.

Esta independencia del derecho real del colono hereditario, aun cuando exigida en primer término por el interés del colono, ofrecía de otro lado al propietario un beneficio no despreciable, en verdad. Liberando al colono hereditario y dándole la posibilidad de intentar por sí mismo todas las acciones necesarias en la protección: la *reivindicatio utilis*, la *actio negatoria*, *confessoria*, el *interdictum uti possidetis*, *unde vi*, etc., ahorra al propietario el trabajo y el tiempo exigidos para hacerlo él, según ocurre con el colono temporal. En la relación del arrendamiento hereditario público, tenía eso precisamente una importancia especial, evitábase de ese modo grandes trabajos a los administradores fiscales, imperiales, comunales y eclesiásticos.

Y paso al *arrendamiento hereditario privado*. Por lo expuesto, sabemos que la enfiteusis fué transportada a él por entero; la cuestión de posesión estaba ya decidida para ella aun an-

tes de que surgiera. Justiniano ha realizado no poco el valor práctico de la institución bajo esta forma de aplicación, sobre todo, añadiéndole ciertas condiciones por las cuales el propietario trataba de asegurarse contra el cambio frecuente de la persona del colono hereditario, y contra el peligro de tener un colono que no le conviniera. Prohibíase en absoluto la enajenación a ciertas personas que no se nombraban (1), y con relación a *las demás*, el propietario se reservaba el derecho de consentir en cada caso, señalando al efecto un derecho de aprobación, que a veces era muy elevado (2). Justiniano, como es sabido, ha reducido esta prima al 2 por 100 (*quingagesima pars pretii*), concediendo el derecho de retracto al propietario. La reunión de las dos facultades, que dejaba a su elección, era un medio muy hábil de oponerse a la mala fe del colono hereditario, con relación al precio que podía suponer estipulado. Si indicaba un precio muy bajo, para disminuir el derecho de aprobación, el propietario elegiría el retracto: si se ponía un precio demasiado elevado, se elevaba el derecho indicado; en ambos casos, si el colono hereditario mentía, lo hacía en su propio perjuicio (3).

El último paso en el desenvolvimiento de la institución se ha dado en Alemania, por la combinación del pago de un tanto por el colono hereditario (precio de venta) con el canon (4). Supuesto el valor del fundo en 3.000 pesetas, y la tasa de eva-

(1) L. 3, Cód. *jure emp.* (4, 66): ... *Vendere his tamen personis, quae non SOLENT in emphyteuticis contractibus vetari ad hujusmodi venditionem venire.* Justiniano cita como ejemplo de personas no aceptables: *personae non idoneae ad solvendum emphyteuticum canonem.*

(2) L. 3, cit.: *ne avaritia senti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent, QUOD USQUE AD PRAESET TEMPUS PERPETRARI COGNOVIMUS.*

(3) Me limito a reproducir lo dicho en mi *Esp. del D. R.*, IV, p. 261, nota 4.

(4) No he encontrado indicación alguna en las fuentes romanas. El arrendamiento hereditario tiene o presenta un aspecto análogo, por ejemplo, en las *vehne* de las costas del Norte. El precio de venta denominase en esta institución *Erbstandsgeld*.

luación del canon en 3 por 100, no hay diferencia numérica, si el canon se elevase a 90 ó 60 pesetas con un tanto por mil. Mas para el propietario, este último modo es infinitamente más favorable: le asegura contra el peligro de que el colono hereditario deje el fundo sin cultivo a causa de dificultades no previstas al hacer la roturación, o a causa de la mala calidad del suelo, advertida ya demasiado tarde (1): el dinero por él colocado en ese fundo lo ata a él. Bajo esta forma, el arrendamiento hereditario es una de las producciones más bien combinadas que el derecho puede presentar.

Hemos mostrado antes que la falta de posesión en la persona del propietario del fundo no tenía importancia en el arrendamiento hereditario público. No es lo mismo en la enfiteusis privada. La usucapión tiene aquí el mismo valor que en todos los demás casos. ¿Continúa aquélla contándose cuando el propietario del fundo transfiere la posesión al colono hereditario? Las fuentes no deciden: en el sentido del derecho nuevo, se debe, en mi concepto, responder afirmativamente. Si la usucapión continúa en la persona del deudor, aun cuando la posesión esté en el acreedor, debe continuar también en la persona del propietario del fundo. Puede decirse del uno, empleando el mismo lenguaje de los juristas romanos: *ad usucapionem tantum possidet*; y del otro: *quod ad reliquas omnes causas pertinet qui accepit, possidet* (L. 16, de *usurp.*, 41, 3). La protección posesoria se niega por lo mismo al dueño de la posesión. Admitiendo que el fundo pase a manos de un poseedor no autorizado, se vería así constreñido a la *revindicatio*, debiendo ofrecer la prueba de su derecho de propiedad.

En realidad, esta laguna en su posición jurídica, no tiene una importancia particular. Si el fundo pasa por herencia a un

(1) Hablo en esto por experiencia propia: con relación precisamente a la relación indicada en la nota anterior. En el suelo aquel puede a veces tropezarse con raíces de árboles tan enormes, tan extraordinariamente duras, que su extracción cueste grandes esfuerzos y penosas operaciones. Si el colono no tuviera y no conservara su dinero en el suelo, abandonaría de seguro el lugar.

nuevo poseedor, éste sucede en la obligación de su autor. Si pasa en virtud de un contrato, como el colono hereditario no puede enajenar sin el consentimiento del propietario del fundo, siempre le será fácil a éste hacer un nuevo contrato que deje a salvo todos sus intereses. Sólo queda, pues, el caso en que el fundo pase a manos de un poseedor no autorizado, y entonces el colono hereditario, o, en caso de sucesión, sus herederos, cuidarán de que el fundo vuelva a sus manos: tienen en ello un interés infinitamente mayor que el propietario.

Las explicaciones que preceden tenían por objeto mostrar la complicación particular de los fines del arrendamiento hereditario, poniendo así al lector en condiciones de juzgar si el derecho romano ha hecho bien al darle la posesión al colono hereditario. Hubiera dado vida a una institución absolutamente no viable (1), si hubiera debido dejarse guiar por la teoría subjetiva, que considera la relación desde el punto de vista formalista solo (2): el arrendamiento hereditario es un arriendo, y como el colono no tiene el *animus domini*, no puede tener, debiendo afirmarse lo mismo del colono hereditario.

Resulta de la comparación hecha entre las dos relaciones, que: *lo que ha determinado a los romanos a conceder la tenencia al colono temporal y la posesión al colono hereditario, han sido motivos prácticos.*

La segunda relación donde se presenta ese mismo fenómeno de que, según la diferencia de la relación, hay, ya posesión, ya tenencia, es la *representación*: el representante directo obtiene la tenencia; el sustituto la posesión. Ya hemos hecho antes

(1) Savigny, (p. 118): «Según todo lo dicho sobre la naturaleza de la posesión, no se debería admitir aquí, ni en el derecho de superficie, verdadera posesión».

(2) Savigny, (p. 202), no conocía, para explicar la posesión sobre el *ager vectigalis*, otra razón que la consideración histórica, muy problemática, de la analogía del *ager publicus*

«Esta explicación se armoniza, sin duda, con la referencia a las formas aniguas, que es indeclinable en el antiguo derecho.» La posesión hubiera debido pasar luego, del propio modo, del *ager vectigalis* a la *enfiteusis*.

la advertencia de que la segunda forma de la representación, que era la forma originaria, se ha mantenido luego de creada la primera. El motivo no puede haber sido sino un motivo práctico, porque sin él hubiera debido, por ser la menos perfecta, ceder ante una forma más perfecta. Ahora bien: se ha conservado no sólo en la persona del mandante, sino también en la del tutor. Desde el punto de vista de la teoría subjetiva, no puede eso comprenderse; en ambos casos, el intermediario tiene la intención de obrar para el dueño: *procurator (curator, tutor) alienae possessioni praestat ministerium* (L. 18 pr., h. t.). En ambos casos, hay la misma relación de obligación, la misma acción (*actio mandati, tutelae directa, utilis*). Y sin embargo, vemos la posesión de un lado y la tenencia del otro: ¿por qué? Si según todo lo probado en este escrito, la cuestión de la posesión es una *cuestión de interés*, la distinta naturaleza de este interés es quien deberá darnos la solución racional en cada caso.

Para el representante, no está en juego el menor interés propio en el acto de la aprehensión de la posesión. No responde para con el tercero de quien obtiene la cosa; la responsabilidad, si es que hay alguna, en el acto en virtud del cual se ha hecho la tradición, recae exclusivamente sobre el dueño. No pasa lo mismo con el sustituto. El es quien ha celebrado el acto, del cual la tradición no es más que ejecución; v. gr., en el contrato de venta; y de este acto nacen para él derechos y obligaciones. Admitiendo ahora que el derecho nuevo, separándose del antiguo, que le concedía la posesión y la propiedad, hubiera querido hacer pasar una y otra inmediatamente al dueño en el asunto, hubiera sido inexplicable dejarle sin protección. El dueño podría arrebatarse la cosa por sí, como al representante, dejándole abandonado a sus fuerzas para tratar de obtener el precio que tiene pagado o que tuviere que pagar al vendedor. En caso de quiebra de éste, se hubiera visto reducido a la simple *actio mandati contraria*, sin recibir en todo caso toda la suma. La tenencia para el sustituto, significaría en las relaciones, lo mismo que la tenencia para el colono hereditario: ningún hombre sensato querría comprometerse de ese modo. La seguridad de la

posición jurídica era para ambas relaciones el postulado indispensable de su utilidad práctica. Tal es precisamente el motivo por el cual el sustituto obtiene la posesión y la propiedad; la misma cosa debe servir para garantizarlo y cubrirle de sus gastos o de las obligaciones contraídas (1).

Ese punto de vista es tan sensible y evidente, que apenas se comprende cómo ha podido pasar inadvertido. Por mi parte, lo he expresado en breves palabras, con ocasión de la cuestión de la cesión que se menciona en la nota; pero entre los autores, no lo he encontrado aún más que en Dernburg (*Pandekten.*, I, p. 409, 410). Mas no ha sabido separarse por entero de la opinión común, porque deja a «la intención del representante» decidir cuál de las dos maneras ha de aplicarse. Y el mismo no oculta que el representante «no hará fácilmente una declaración expresa a este propósito, y hasta que no podrá darse clara cuenta de ello».

En mi concepto, no se trata aquí, en la cuestión de posesión o de tenencia, del conocimiento y de la voluntad subjetiva; trátase en rigor únicamente de la aplicación de una regla de derecho, la cual, por buenos motivos, ha referido al uno la posesión y al otro la tenencia. No ha lugar a investigar si el representante (ni tampoco el colono, ni el enfiteuta) ha querido la posesión o la tenencia, debiendo reconocerse que nuestra manera de ver es la más práctica, porque dispensa al juez de investigar la existencia de la voluntad individual de poseer.

La tercera relación, que nos permite reconocer el influjo del elemento fin sobre la posesión, es el *secuestro*. El depositario no

(1) Resuelve esto también la cuestión relativa si el dueño puede, sin cesión de parte del sustituto, intentar como *utilis* la acción de éste contra tercero. Muchos autores dicen que sí, por ejemplo, Savigny y Puchta, que desconociendo aquí también la importancia eminentemente práctica de la cuestión, atienden sólo al punto de vista formalista. Savigny designa la cuestión, como un «rodeo inútil».

Ya he dicho mi opinión acerca de esto en mi *Fahrbuch*, I, p. 347 (1857), donde he señalado el interés práctico de la cesión, y más tarde en mi consulta *Über den Lucca-Pistoja Actienstreif* (1867), reimpresso en mis *Vermischte Schriften*, p. 358.

obtiene más que la tenencia. Como en el secuestro, el que lo realiza es un depositario secuestro, tampoco debería obtener sino la tenencia.

Démonos cuenta de las consecuencias que resultarían. En esta hipótesis, un depositario deberá restituir la cosa ante la orden de la parte litigante que antes tuviera la posesión: en caso de negativa, esta parte podría emplear la violencia contra él, como cualquier dueño. Es evidente que así quedaría ineficaz en absoluto para su fin el secuestro. El depositario en el secuestro debe ser independiente respecto de las partes litigantes; es su condición esencial, como lo es la del acreedor, que tiene la prenda, respecto del deudor. Radica en ello la seguridad de las relaciones y de los terceros. Suponiendo que en este caso la cosa fuese a manos de tercero, ¿quién debería intentar el *interdicto utrubi*? ¿El poseedor anterior? Si así fuese, el secuestro resultaría ilusorio; el interdicto debe, sin duda, corresponder al depositario en el secuestro.

La relación posesoria del secuestro forma, como es sabido, el objeto de muy viva controversia. No puedo detenerme aquí más en esto, y me limito a indicar brevemente cómo comprendo los dos textos que se mencionan: L. 17, § 1, Dep. (16, 3), y L. 39, *h. t.* El primero concede la posesión en el secuestro en términos categóricos; la cosa no puede ofrecer la menor duda: *Rei depositae proprietates, dice, apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrum deposita est.* La transmisión de la posesión se hace sin restricción alguna; el jurista no menciona ninguna. Se ha querido encontrar en el segundo texto, donde se distinguen los dos fines posibles del secuestro, uno de los cuales se califica de *omittendae possessionis causa*, y el otro de *custodiae causa*. Si aquí se entiende por *possessio* la posesión jurídica, claro es que se deniega para el caso de la *dispositio custodiae causa*. Pero sabido es que la palabra *possessio* se aplicaba también por los romanos a la usucapición. La L. 16, *de usurp.* (41, 3), dice del deudor propietario de la prenda; *ad usucapionem POSSIDET*, siendo ese el mismo sentido en que nuestro texto considera aquí la *posesión*, exclusivamente en su relación

con la usucapión. Resulta esto de la conclusión atribuída a la distinción indicada: *AD USUCAPIONEM possessio ejus partibus non procederet... AD USUCAPIONEM eam possessionem victore procedere*. El jurista admite aquí la posesión del depositario en el secuestro aun en el caso de la *custodiae causa*; así nos lo enseñan las palabras *EAM possessionem*, por medio de las cuales habla de la *possessio ejus*, que incontestablemente debe referirse a la posesión.

La idea de que el depositario en el secuestro, fuera del caso de interrupción voluntaria de la usucapión, obtiene sólo la tenencia, no parece tener su causa última en la opinión preconcebida de que el depositario, según su naturaleza, no pueda dar más que la tenencia. Ya hemos visto, a propósito del arrendamiento y del mandato, lo que vale esta conclusión sacada de la naturaleza de una relación contractual para la relación posesoria. Si no oponía obstáculo alguno a la posesión del colono hereditario y del sustituto, tampoco la opone para el depositario del secuestro. Quien no quiera reconocerle más que la tenencia, debe explicar cómo se concilia eso con el fin del secuestro.

No recuerdo haber encontrado ese punto de vista teleológico decisivo en esta controversia; la teoría subjetiva en este caso tampoco ha salido de la consideración puramente formalista según la que la voluntad de tener la cosa para otro es la que hace que la balanza se incline.

Cuanto precede nos lleva a afirmar que lo que ha impulsado a los romanos a admitir la posesión en las relaciones examinadas, han sido los motivos prácticos; la teoría subjetiva, a pesar de todo, no admitía en dichas relaciones más que la tenencia. El fin práctico que persigue el interesado no podía alcanzarse sino gracias a la independencia dada por la posesión. En toda relación de posesión privada, una idea tan sólo es decisiva para saber si hay posesión o tenencia: el fin práctico. Tenía, pues, yo razón al denominar el problema que nos proponíamos en este capítulo con el epígrafe: *la teleología de la relación de posesión derivada*.