

El vendedor desposeído y el artículo 1.462.2 del Código Civil

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: A) RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO JUSTINIANO:

A-1) *La escritura notarial boloñesa, de Rolandino, en el siglo XIII, con pactos expresos de constituto posesorio y de cesión de la acción reivindicatoria, para lograr la simultaneidad de la perfección y la consumación de la compraventa.*

A-2) *Normas romanas en el Derecho español. Tradición de la cosa y legitimación posesoria. Cesión de acciones o derechos incorporales: 1. Venta de cosa en situación de desposesión desconocida y cesión ex lege de la acción reivindicatoria (sustitutiva de la tradición actualmente imposible), atributivas de la propiedad de la cosa con efecto simultáneo a la perfección del contrato: D. 18.4.21, C. 4.39.9; artículo 1.460.2, artículo 1.186. 2. Tener la acción reivindicatoria es tener la propiedad de la cosa: D. 6.1.63 y D. 50.17.15. B-1) Compraventa-cesión directa de un derecho incorporal: el del acreedor pecuniario o el del propietario desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año: artículo 1.526. B-2) Compraventa de una cosa mediante escritura notarial, simultáneamente transmisiva de la propiedad salvo pacto contrario. Usualmente denominada venta mediante tradición instrumental ex lege de la cosa. Históricamente se configura como una venta mediante cesión instrumental ex lege sustitutiva de la tradición actualmente imposible: artículo 1.462.2. C) PROCESO REIVINDICATORIO Y LLAMADA EN GARANTÍA. D) OPINIÓN MAYORITARIA. E) COLOFÓN TERMINOLÓGICO.*

INTRODUCCIÓN

El propietario está desposeído de la cosa cuando otro la posee en concepto de dueño desde hace más de un año y contra él no puede actuar judicialmente el interdicto de recobrar la posesión (arts. 460.4.º y 1.968.1.º del Código Civil; arts. 439.1 y 250.1.4.º LEC) sino sólo la acción reivindicatoria para defender la pertenencia del derecho de propiedad (art. 348.2), interrumpir la posesión *ad usucapionem* en curso (arts. 1.944 a 1.947) y recobrar la posesión perdida (arts. 466, 451-459).

Ahora se trata de analizar cómo se interpreta y aplica a la *venta por el propietario desposeído* el que «Cuando se haga la venta mediante escritura

pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario», según dispone u ordena el artículo 1.462.2 del Código Civil.

La interpretación puede parecer muy sencilla para los que opinan existe una *tradición instrumental incorporal*, pero en verdad requiere una ineludible consideración histórica de la *cesión de la acción reivindicatoria*.

En un estadio de la evolución se concertaba la venta con pacto de *procuratio in rem suam* (de cesión impropia, no transmisiva) de la acción reivindicatoria, por el que actuaba procesalmente el comprador como apoderado y en nombre del vendedor, de manera que, después de recobrar la posesión el apoderado, el vendedor podía cumplir la tradición *brevi manu* y entonces resultaba transmitida la propiedad al comprador. Más tarde, se pasó a concertar la venta mediante simultáneo pacto de *cesión* (propriamente dicha, transmisiva) de la acción reivindicatoria, *sustitutiva* de la tradición (actualmente imposible), y la venta resultaba inmediatamente transmisiva, de la acción reivindicatoria y de la propiedad, o más bien de la propiedad con la inseparable acción reivindicatoria, sin la demora del juicio, de manera que el comprador, como propietario, interrumpía la posesión *ad usucapionem* y reivindicaba para obtener la posesión (1).

A) RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO JUSTINIANO

Como dice HELMUT COING (2): «Durante siglos los países de Europa Occidental y Central tuvieron un Derecho Común (un *Ius Commune*) y una

(1) Sobre la evolución histórica de la cesión de acciones y derechos incorporales a causa o por efecto del contrato de compraventa, puede verse mi obra *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor [art. 1.095] o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el juez [art. 1.096], e incondicionada cuando el vendedor está desposeído [art. 1.526])*, pero es el propietario. Edición separada, corregida y concordada, de cuatro estudios publicados por la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Edita el Colegio de Registradores de la Propiedad de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1991. Citaré *Transmisión...*

La complementa otra sobre *Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción (venta, como cosa propia, de finca que otro posee en concepto de dueño)*. También edita el Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998. Citaré *Tráfico jurídico...*

Ahora podría aclararse con el artículo 1.186 al final del artículo 609.2, que *la propiedad se transmite a causa del contrato de compraventa mediante la tradición, sustituida, en su caso, por la cesión legal de la acción reivindicatoria* (contra el tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, contra el «desposeedor» del vendedor desposeído).

(2) HELMUT COING, Fundador y Director honorario del Instituto Max Plank de Derecho Común Europeo de Frankfurt, en su obra magna *Derecho Privado europeo*.

ciencia jurídica común. Toda biblioteca jurídica de cierta importancia de todo país europeo tenía un fondo básico idéntico de obras jurídicas y la formación de los juristas en todos los países se basaba en los mismos fundamentos. Este Derecho Común era el Derecho Romano-Canónico. Estuvo vigente desde fines de la Edad Media hasta la época de la Revolución francesa, en los países occidentales y centrales de nuestro continente». Fue resultado de la posición de poder de la Iglesia latina en la Edad Media y de un acontecimiento cultural, la Recepción del Derecho Romano recopilado en el *Corpus Iuris* de Justiniano por los juristas italianos, en particular en los siglos XI y XII en Bolonia. Es fundamental el papel de las universidades y la formación de los juristas.

1. En la Universidad de Bolonia, para la formación de los juristas se estudia la formulación por los escribanos de los documentos, escrituras o *instrumentos notariales*, conforme a las normas vigentes. Aspecto éste, el de la interpretación de las normas en la práctica jurídica, al que no se reconoce la importancia que merece, incluso en la obra de HELMUT COING. Así, hay que recordar a los juristas formados en Bolonia con funciones de secretarios o asesores de los reyes o príncipes o de las autoridades eclesiásticas, concretamente en la Corte de Alfonso X el Sabio de Castilla a los que redactaron las Siete Partidas y sus fórmulas que reproducen las de «Aurora» de Rolandino, y en la Corte de Jaime I de Aragón a Raimundo de Peñafort.

Las escrituras notariales se mantienen esencialmente fieles al formulario medieval «Aurora», de Rolandino, hasta la Ley del Notariado de 1862, inmediata a la Ley Hipotecaria de 1861. Con gran acierto dijo RAFAEL NÚÑEZ LAGOS que el secreto del limo está en el curso superior del río; el del instrumento público en la Edad Media (3).

2. «El Derecho Romano sólo podía obtener *vigencia subsidiaria*, es decir, siempre que no se encuentren normas positivas en las leyes territoriales o en el Derecho consuetudinario...» (advierte COING, pág. 38).

Pero lo bien cierto es que las normas del Derecho Romano contenidas en el *Corpus Iuris* de Justiniano se invocan y se aplican en España como normas subsidiarias o supletorias de las normas propias del Derecho patrio desde fines de la Edad Media hasta que comienza a regir el Código Civil

Munich, 1989. Dos tomos. Traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín para la Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1996, pág. 31 y sigs.

(3) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, *El documento medieval y Rolandino* (Notas de Historia), pág. 223, al final. Es la edición separada en 1951 del prólogo a la traducción de «Aurora», de ROLANDINO PASSAGGERI, notario de Bolonia (siglo XIII), con las adiciones de PEDRO DE UNZOLA, notario de Bolonia (siglo XIV). Versión al castellano de VÍCTOR VICENTE VELA y RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, publicada por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid con ocasión del II Congreso Internacional del Notariado Latino. Imprenta Góngora, Madrid, 1950. Obras que tengo a la vista.

de 1889, de manera que algunas normas originariamente romanas, con muchos siglos de antigüedad pero consideradas fundamentales o intemporales, son normas vigentes en el Derecho español hasta el año 1889.

Aquí procede destacar tres textos del gran jurisconsulto PAULO.

Primordial es el **D. 41.1.31.pr.**, que define el principio fundamental o básico para la transmisión de la propiedad por efecto del contrato de compraventa pero mediante la tradición, al que se refiere la «teoría» medieval del título y el modo.

Complementarios son el **D. 18.4.21** y el **D. 50.17.15**, referentes a la histórica *cesión de la acción reivindicatoria*, incluida en la «teoría» general de la «cesión de acciones o (sinónimamente) derechos incorporales», como el del acreedor pecuniario o el del propietario desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño. Cesión configurada en el artículo 1.526 del Código Civil español como venta especial por su objeto o como transmisión a causa de esta venta, diferenciada complementariamente de la venta normal de una cosa poseída en concepto de dueño por el vendedor (conforme al art. 1.445 del Código Civil), por lo que se ha de considerar como caso particular la venta de una cosa, aparentemente normal, cuando resulta que el vendedor estaba desposeído en el momento de la perfección del contrato.

A-1) *La escritura notarial boloñesa, de Rolandino, en el siglo XIII, con pactos expresos de constituto posesorio y de cesión de la acción reivindicatoria, para lograr la simultaneidad de la perfección y la consumación de la compraventa*

1. Según NÚÑEZ LAGOS (*ob. cit.*, 175), «Todo instrumento público medieval tiene dos elementos integrantes: las publicaciones y el tenor del negocio. A su vez, el tenor del negocio aparece dividido en *capítulos*... que son seis.

Fijó su orden RAINIERO DE PERUSA (Perugia), en su *Ars notariae* (1226), siguiendo a IRNERIO (4). Desde entonces todos los instrumentos se redactan siguiendo ese orden; y es más, las referencias de los autores a alguna cláusula se hacen indicando el número del capítulo».

En el contrato de compraventa, «el *ordo scripturae* en RAINIERO DE PERUGIA es el siguiente:

- I) *Contraahentes;*
- II) *res cum locis et finibus, si sunt immobiles;*
- III) *precium;*

(4) RAINIERO DE PERUSIA. Es una refundición de la propia *Summa notariae* (1213) y se aplica en su nuevo formulario (1226-1232). (NÚÑEZ LAGOS, *ob. cit.*, pág. 106, n. 27).

- IV) *dominii utilis vel directi translatio, cum ómnibus pactis et conditionibus imminentibus*
- V) *legitima defensio*;
- VI) *poenae sumptuorumque reficiendorum promissio*.

El capítulo IV, que abarca todos los pactos, todas las disposiciones y obligaciones, incluye:

- a) *El pacto de **constitutum possessorium** o transmisión de la *vacua possessio*;*
- b) *El pacto de **cesión de acciones** y derechos relativos a la cosa vendida [primordialmente el pacto de **cesión de la acción reivindicatoria**]..., etc.».*

2. ROLANDINO PASSAGGERI (5), en su formulario «**Aurora**», sigue y confirma la doctrina de RAINIERO DE PERUSA sobre el orden de las escrituras de compraventa: «El primer capítulo estudia a los contratantes, esto es, vendedor y comprador; el segundo, la cosa vendida; el tercero, el precio; el cuarto, la *traditio*; el quinto, la promisión de legítima defensa y ratificación; el sexto y último fija la pena, con todas sus consecuencias» (NÚÑEZ LAGOS, *id.*, pág. 176).

2.1. «Los formularios notariales del siglo XIII no logran desprenderse de la *datio* como elemento sustancial del contrato de compraventa. Se ve todavía patente una preferencia por la compraventa real, o, dicho en lenguaje de hoy día, la compraventa en la que «*perfección*» y «*consumación*» son **simultáneas** o, por mejor decir, lo mismo, sin distinción conceptual» (*id.*, pág. 188). Por eso se dice que el vendedor *dedit, vendidit et tradidit rem*. *Dedit* expresa la *datio* que perfecciona *ex re* el negocio jurídico de compraventa». El vendedor dio (*dedil*) una cosa (la propiedad) a causa de la venta, pero mediante la entrega o tradición que transmite la posesión. El comprador dio (*dedil*), previa especificación, una cantidad de dinero (la propiedad) a causa de la compra, pero mediante la entrega o tradición (pago del precio).

Advierte NÚÑEZ LAGOS (*id.*, pág. 191) que «modernamente, el consentimiento perfecciona todos los contratos, incluso los reales y los formales, porque sin consentimiento simultáneo a la entrega en los reales y a la terminación de la forma en los formales no hay negocio jurídico válido. Aunque no podemos proyectar hacia el pasado este criterio, que es debido a la escuela del Derecho Natural en el siglo XVIII».

(5) ROLANDINO PASSAGGERI (probablemente 1217-1301) en 1234 logra la matrícula entre los notarios de Bolonia. Recuérdese que, después de la batalla de las Navas de Tolosa (1212), en 1238 Jaime I de Aragón reconquista Valencia, y en 1248 Fernando III el Santo de Castilla reconquista Sevilla.

Ahora bien (*id.*, págs. 193 y 197), las complejas formalidades notariales de la escritura germánica lombarda (de los visigodos longobardos), del documento escrito sobre un pergamino, simplistamente denominadas *tradición de la carta* (*traditio chartae*), que perfeccionaban formalmente y realmente la escritura y el contrato de compraventa, en la escritura románica boloñesa quedan reducidas o sustituidas por el simple dar fe de haberse observado las formalidades legales para perfeccionar formalmente la escritura y el contrato.

En cambio, la escuela boloñesa formula la doctrina del *constituto posesorio* de la vacua posesión, de la *tradición instrumental*, para consumir realmente el contrato de compraventa, por cuanto transmite la posesión en concepto de dueño de la cosa, de manera que esta transmisión de la posesión determina la transmisión de la propiedad o dominio sobre la cosa, si el derecho de propiedad pertenece al vendedor.

Sin moverse de su despacho para acudir a presenciar una tradición *longa manu*, el notario, en una cláusula de estilo del capítulo IV de la escritura, formula expresamente el pacto de *constituto posesorio* por el que el vendedor poseedor en concepto de dueño y el comprador acuerdan que el comprador adquiere *solo animo* la vacua posesión, la posesión libre y plena como dueño, mientras que el vendedor pasa a quedar constituido poseedor «en nombre» del comprador, de manera que en adelante el comprador puede realizar, por sí solo, actos de posesión material sobre la cosa, pero no puede exigir al vendedor que realice adicionales actuaciones que no sean el simple dejar hacer al comprador, el no oponerse a sus actos de ejercicio de la posesión como dueño.

Añade NÚÑEZ LAGOS (pág. 185) que «en las fórmulas de ROLANDINO, el precio va pospuesto a la cosa. Esto es, la consagración de una corriente romanista frente a otra germánica lombarda en que el precio precede a la cosa. La venta lombarda empieza el tenor del negocio con el pago del precio, porque a la fórmula románica *do, vendo, trado*, se antepone *Pro supra scripto pretio, do, vendo, trado rem*.

Como explica ROLANDINO (pág. 186), «Las cosas vendidas y tradidas [en su caso, por pacto de *constituto posesorio*] no se adquieren por el comprador sino pagando éste el precio o satisfaciéndolo otro en su nombre, en dinero numerable, porque el precio solamente se aprecia en dinero; de otra manera, aquel acto no sería una venta, sino permuta u otro contrato innominado».

A efectos de cumplimiento por el comprador, el precio puede ser contado o numerado, confesado recibido o acreditado como si fuera prestado al comprador por el vendedor después de haberlo recibido el vendedor por entrega del comprador y así, frecuentemente, el precio que queda aplazado se hace constar en un segundo instrumento de reconocimiento de deuda, pero

habiéndose confesado recibido todo el precio en el instrumento precedente de venta (pág. 188).

2.2. Los glosadores entienden el Derecho Romano como una normativa de acciones más que un ordenamiento de derechos subjetivos (pág. 203) y del contrato de compraventa nacen dos acciones: la acción *ex empto* (*actio empti*) y la acción *ex vendito* (*actio venditi*).

Claro es que «únicamente puede entablarse la acción *ex empto* para exigir hechos inherentes a la naturaleza de la compraventa, cuales son entregar la cosa y transmitir la vacua posesión, libre y plena en concepto de dueño de la cosa, según dice ROLANDINO, por lo que «el vendedor no queda obligado a prometer o hacer cosas accidentales o ajenas al contrato», según dice el discípulo PEDRO DE UNZOLA (pág. 220).

Ajeno al contrato sería reivindicar la cosa si, antes de la perfección del contrato o después de la perfección pero antes de la entrega, incluyendo la entrega por *constituto posesorio* pactado, el vendedor ha perdido la posesión de la cosa, del esclavo o del caballo, que ha huido y ha sido capturado por un tercero que lo posee en concepto de dueño, atribuyéndose la pertenencia, la propiedad o dominio de la cosa. Pero este problema se resuelve con otra cláusula de estilo del capítulo IV de la escritura, en la que el notario formula expresamente el pacto de cesión de acciones y derechos relativos a la cosa vendida, que ante todo se refiere a la *cesión de la acción reivindicatoria* al comprador en previsión de los supuestos en que el vendedor ya estuviera desposeído antes de vender o quedara desposeído después de haber vendido, pero sin haber llegado a entregar la cosa por cualquier forma no simultánea a la perfección del contrato, de manera que sea el comprador quien ejercite la acción reivindicatoria para obtener la posesión.

Por el juego conjunto de la cláusula de *constituto posesorio* y de la cláusula de cesión de la acción reivindicatoria, el comprador podía actuar contra el vendedor, precarista por efecto del pacto de *constituto posesorio*, que se oponía a los actos de toma de posesión material por el comprador, o podía actuar la acción reivindicatoria útil contra el tercero que aparecía como poseedor en concepto de dueño de la cosa y se oponía a los actos de toma de posesión material por el comprador.

En el juicio reivindicatorio romano primitivo cada parte ha de probar su afirmación de pertenencia de la cosa, pero la constante aplicación de la presunción humana o judicial (aún no reconocida como presunción legal) de pertenencia de la cosa al poseedor en concepto de dueño durante más de un año se ha convertido en regla sobre la carga de la prueba que incumbe al demandante en cuanto afirma ser el propietario, para proteger contra arbitrariedades reivindicaciones al poseedor en concepto de dueño en cuanto aparente o presunto titular del dominio.

En caso de compra al propietario desposeído, el comprador cesionario de la acción reivindicatoria útil, que afirma ser el propietario en la demanda reivindicatoria, tendrá que probar su adquisición frente al poseedor en concepto de dueño demandado.

Por otra parte, la antigua compra mancipatoria daba lugar, *ipso iure*, sin necesidad de un acto especial, a la *actio auctoritatis* que recaía sobre el duplo del precio en caso de evicción del comprador que poseía por mancipación y era demandado por un tercero que afirmaba ser el propietario desposeído, pero en la compra sin mancipación tenía que acordarse tal efecto mediante un accidental pacto estipulatorio, cláusula penal o pena estipulada, que más tarde pasó a ser pacto natural, el cual, con el ejercicio de la *actio ex stipulato*, asegura la perfección del contrato y la vigencia de todos y cada uno de los pactos del instrumento, incluidos el pacto de *constituto posesorio* y el pacto de cesión de la acción reivindicatoria, a la vez que refuerza la efectividad de las acciones *empti* y *venditi*, propias del contrato.

En el caso de la compra al propietario desposeído, el comprador cesionario de la acción reivindicatoria útil que actúa judicialmente contra el poseedor en concepto de dueño, que resulta vencido por el poseedor demandado podrá exigir del vendedor-cedente lo acordado por ambos para el caso de evicción.

2.3. Dice ROLANDINO, al tratar del *instrumento de cesión de la acción reivindicatoria por causa de venta* (v. *Transmisión...*, pág. 53): «Si me pertenece la acción real [reivindicatoria] contra un sujeto que posee una cosa mía y yo quisiera cedértela, ¿acaso podría hacerlo? Y si yo te la hubiese cedido, ¿por ventura se te concederá la acción útil *in rem*? Contesto afirmativamente... Más aún: imagina que yo poseo mi códice [un manuscrito medieval que prácticamente es una joya], que yo te vendo la acción *in rem* que me pertenece [ahora] en nombre del códice: en verdad, nada se ha hecho. Ahora bien, si hubiere yo dicho: "Te vendo la acción que **me corresponderá**", es válida la venta y queda vendida la esperanza; tú, comprador, podrás accionar *cuando otro haya empezado a poseer* lo que a mí me compete...»

Se refiere a la cesión de la acción reivindicatoria de un vendedor que, antes del otorgamiento, eventualmente, podría estar desposeído por cualquiera o quienquiera que fuera el poseedor en concepto de dueño.

2.4. Según dice NÚÑEZ LAGOS (*ob. cit.*, pág. 13), la fama de ROLANDINO llamó la atención de los estudiosos y pronto se vio requerido para redactar un libro de fórmulas. Fruto de su experiencia profesional se publicó en 1255. Lleva el nombre de *Summa artis notariae*, pero en la práctica común fue llamado Formulario. Las fórmulas de ROLANDINO cobraron fama de ser las más completas, eran las que mejor habían acuñado las frases y cláusulas de estilo del documento (pág. 45).

El formulario de ROLANDINO es un eslabón de oro en la cadena evolutiva del documento notarial en Italia (pág. 53). El siglo VI marca el fin del sistema documental romano (pág. 54). Dos modalidades contractuales presidieron la formación del sistema documental en la Edad Media: Una germánica (longobarda, lombarda), centrada en la *traditio chartae*, ceremonia compleja con la carta o pergamino de cuero que ha de ser escrito por el notario, medio de perfección del contrato y medio de prueba (pág. 56 y sigs.). Otra modalidad contractual romana, la boloñesa, centrada en la *stipulatio* y en el instrumento notarial (pág. 65 y sigs.), culmina en el Formulario de Rolandino.

«Desde el siglo XIII su valor universal es indiscutible; su influjo en los países latinos ha sido constante, decisivo y trascendental. En Italia y en Francia.

En España, el Código de Alfonso X el Sabio, «Las Siete Partidas» (de 1256) contienen un formulario casi idéntico al de ROLANDINO y las glosas de ROLANDINO lo explican y aclaran».

3. Es muy importante considerar la **escritura notarial boloñesa**, el que los notarios boloñeses del siglo xm configuran una escritura de compraventa, de intercambio entre la cosa y el dinero contractualmente equivalente, en la que la *perfección* del contrato y la *consumación* del contrato son **simultáneas** con la fecha de la autorización del documento por el notario, porque no permiten distanciamientos temporales entre una y otra las contemporáneas circunstancias políticas, sociales y económicas, la inseguridad de las personas y de los bienes, los desplazamientos y transportes difíciles y peligrosos.

Actúan los notarios en interés de sus clientes, a los que conviene llevar consigo la prueba de la propiedad adquirida y no sólo contratada, el pergamino escriturado, «los papeles» de la época.

Aparte de la seguridad y comodidad del notario, que sin salir de su despacho consigue satisfacer a sus clientes al dejar consumada la entrega de la cosa, necesaria para la transmisión de la propiedad de la cosa como requisito adicional al contrato de compraventa según el sistema del título y el modo, tanto si el vendedor es el poseedor en concepto de dueño y se puede recurrir al artificio jurídico de la cláusula del pacto de *constituto posesorio*, como si el vendedor pudiera estar desposeído sin conocerlo, resultaba imposible aplicar la cláusula del *constituto posesorio* y había que recurrir al artificio jurídico de la cláusula del pacto de cesión de la eventual acción reivindicatoria, con su efecto de la transmisión del derecho incorporeal y controvertido del propietario desposeído, garantizado con el pacto para el caso de evicción en el juicio.

Aquellas cláusulas artificiosas, del arte propio del oficio notarial, perduran cuando las circunstancias de seguridad de las personas y de los bienes

van mejorando con el paso de los años y de los siglos, hasta que con el Código francés de 1804 se invierte la solución al problema porque la propiedad de la cosa vendida queda transmitida por efecto del contrato de compraventa simultáneo a su perfección, incluso cuando el vendedor está desposeído y la tradición actual es imposible pero resulta innecesario el pacto de cesión de la eventual acción reivindicatoria, y porque, según algún Código, como el de Vaud (Lausana), al otorgar la venta mediante escritura notarial también queda transmitida la posesión de la cosa salvo pacto contrario, con lo que se hace innecesario el pacto de *constituto posesorio*.

4. Según BUSSI (6) es condición esencial para la validez del *constituto posesorio* que el constituyente posea realmente la cosa: ***Possessio per clausulam constituti non transfertur nisi constituens possideat*** (v. *Transmisión...*, pág. 53).

Pero para el supuesto de la desposesión del vendedor se combinaba la cláusula de *constituto* con la institución de la *cessio*, la cual ***in incorporalibus*** se decía que tenía ***vim traditionis***: ***Cessio in incorporalibus est pro traditione sicut traditio in corporalibus***. Así que el contrato de venta por el propietario desposeído pero con el pacto de cesión de la acción reivindicatoria, produce el mismo efecto que el contrato de compraventa con el pacto de tradición por *constituto posesorio* del vendedor poseedor, en cuanto queda transmitido el controvertido derecho de propiedad, a causa del contrato pero mediante el pacto expreso de cesión de la acción reivindicatoria, de la cesión *sustituitiva* de la tradición, *equivalente* a la tradición.

Además, afirma BUSSI que la cláusula de *consíuio* venía escrita en todo instrumento notarial como cláusula de estilo, según atestigua GIASON DEL MAINO [o JASON DEL MAIN o DEL MENO], y de este hecho ha surgido la teoría según la cual todo contrato de «enajenación» [venta] lleva en sí implícita la cláusula de *consíuio*.

Cabe añadir que lo mismo puede decirse de la cláusula de *consíuio* combinada con la de *cessio in incorporalibus*, si se considera como derecho de propiedad incorporal y controvertido el derecho de propiedad del propietario desposeído porque un tercero posee la cosa corporal en concepto de dueño durante más de un año.

No es preciso insistir en la gran importancia de estos criterios para el Derecho común tradicional, sin las innovaciones de los pandectistas alemanes y, sobre todo, para el vigente Derecho español, continuador del Derecho común tradicional.

(6) BUSSI, EMILIO, «La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)», en *Studi di Diritto privato italiano e straniero*, dirigidos por Mario Rotondi, vol. XXVII (Padova, 1937), págs. 37 a 42 (v. *Transmisión...*, pág. 53, nn. 61 a 65).

5. Según COLÍN y CAPITANT (7) en el *antiguo Derecho francés*, el modo o tradición como requisito de la transmisión de la propiedad usualmente quedaba inoperante frente a la voluntad de las partes contratantes mediante la combinación de la cláusula de *dessaisine-saisine*, equivalente a la cláusula boloñesa del *constituto posesorio*, y de la cláusula de cesión de acciones pues, por si el vendedor no estaba en posesión de su cosa en el momento de la venta, porque dicha cosa era poseída por un tercero en concepto de dueño, por cualquier motivo se insertaba en el contrato una cláusula accesoria de cesión de la acción reivindicatoria.

El Código francés de 1804 confirmó esta inoperancia del sistema tradicional del título y el modo, según la orientación de la Escuela del Derecho Natural de los siglos xvii y xviii, haciendo prevalecer el consentimiento traslativo del título y prescindiendo del modo o tradición.

Dispone que la propiedad de los bienes se adquiere y transmite... por efecto de las obligaciones (art. 711), *por el ligamen (ob ligatio)* de los contratos traslativos como el contrato de compraventa [si la propiedad pertenece al vendedor] y dispone que el vendedor tiene dos obligaciones principales: la de entregar y la de garantizar [sanear] que le pertenece la cosa que vende (art. 603).

Con el Código de 1804, si la cosa no está en poder del vendedor en el momento de la transmisión de la propiedad, no hay necesidad de hacer al adquirente la cesión de la acción reivindicatoria. En tal caso, el comprador podrá reivindicar la cosa de quien la tenga, puesto que es el propietario. Sin perjuicio de que podrá alegar incumplimiento del contrato contra el vendedor en cuanto a la obligación de entregar, acudiendo a las normas sobre incumplimiento de las obligaciones recíprocas por no haber precepto específico.

Queda sin efecto la aplicación de la teoría de la cesión de la acción reivindicatoria a efectos de la adquisición del dominio. La falta de posesión del vendedor sólo implica una cuestión sobre el incumplimiento de la obligación de entrega o transmisión de la posesión y no sobre la transmisión de la propiedad.

6. Sobre la *divergencia de la doctrina alemana*, enfrentada a la francesa por la teoría de SAVIGNY, para el Derecho Romano vigente en Alemania como Derecho común, acerca de la distinción entre el contrato de compraventa sólo obligatorio y la tradición negocio dispositivo abstracto para cosas muebles, he de remitir a lo que ya dije (en *Transmisión...*, pág. 54 y sigs.) respecto a la teoría de IHERING sobre cesión de la vindicación, el resumen de WINDSCHEID y el Código Civil alemán. En el Derecho alemán vigente, la

(7) COLÍN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*. Trad. esp. 1923. T. II, vol. 2, págs. 1011 y 1012.

cesión de la acción reivindicatoria sólo puede referirse a la imposible tradición de cosa mueble, y WOLFF la configura como cesión propiamente dicha, que transmite el derecho, y no como una cesión impropia o *procuratio in rem suam* (8).

7. Respecto al Derecho español histórico también he de remitir a lo que ya dije (en *Transmisión...*, págs. 96, 110, 112 y sigs.) para recordar que al tiempo de la creación de la Comisión General de Códigos en 1843, la doctrina jurídica se encontraba paralizada... y empieza a inspirarse en modelos extraños, según destaca FEDERICO DE CASTRO (pág. 114).

Precisamente el proyecto de Código Civil de 1851 fracasa por su afrancesamiento, aún más aparente que real. En la discusión del proyecto se opuso al mismo con gran fuerza PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, como DE CASTRO destaca. El sistema francés no puede prevalecer sobre el sistema tradicional del título y el modo, ni en la Ley Hipotecaria de 1861 ni en el Código Civil de 1889.

En la preparación de la Ley Hipotecaria de 1861 intervino, de modo decisivo, GÓMEZ DE LA SERNA, quien supo superar las exageraciones germanistas que en base del principio de publicidad defendiera LUZURIAGA y las ideas afrancesadas sobre transmisión de la propiedad mantenidas por GARCÍA GORYENA, con la fórmula práctica de la protección del tercero registral inscrito, como destaca DE CASTRO.

La estructura del Código Civil de 1889, en relación con el Proyecto de 1851, tiene su precedente inmediato en la distribución de materias de las obras de Derecho Civil de GÓMEZ DE LA SERNA y de GUTIÉRREZ, pues para destacar la importancia del título de adquisición estudian las obligaciones y contratos en un libro distinto del que trata de los modos de adquirir la propiedad.

Ahora bien, a diferencia del pandectismo alemán, la doctrina española contempla el Derecho Romano a través de Las Siete Partidas, vigentes como Derecho propio, aunque inspiradas en la interpretación medieval del Derecho Romano recibido y a través de los tradicionales comentarios del mismo, sin afanes históricos puristas ni críticos (pág. 115 y sigs.).

Respecto al Derecho anterior al Código Civil de 1889, la opinión de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA es totalmente explícita sobre el alcance traslativo del derecho (y no sólo de su ejercicio) que es efecto del contrato de compra-venta-cesión.

(8) COING ilustra sobre *el abandono de la doctrina del título y el modo* y sobre *la doctrina del contrato real abstracto* de Savigny, en *ob. cit.*, T. II, págs. 489 y sigs. En España, la controversia doctrinal sobre la inadmisibilidad del negocio dispositivo abstracto, a mi entender, culmina con *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, de MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ y LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. Editorial Civitas, S. A., 1.^a ed., 1988. Me parece fundamental la referencia al artículo 1.295.3 en la nota 62, pág. 171. Para su aplicación al artículo 1.124 del Código Civil y al artículo 37 LH, que consideré en *Tráfico jurídico...*, pág. 205 y sigs.

Los formularios notariales, copiando a otros anteriores, aún hablan de acción directa y acción útil, y recogen la fórmula de la *procuratio in rem suam*, pero la compraventa-cesión transmite el derecho y no sólo su ejercicio y la notificación tiene el alcance o efecto que hoy tiene en el Código Civil, y no el de una tradición.

La realidad documental de las compraventas y cesiones al tiempo de la codificación resulta del libro de formularios más en boga en la primera mitad del siglo XIX, que es el denominado *Librería de escribanos*, de JOSÉ FEBRERO, del que se hacen sucesivas ediciones, reformadas por distintos autores, en el que los formularios propiamente dichos se repiten tomándolos de la práctica fundada en los formularios de Las Siete Partidas, a su vez inspirados en los formularios de ROLANDINO, pero se ilustran con doctrina, notas y adiciones o comentarios, más o menos interesantes y extensos, según la edición y el autor (pág. 117).

La edición más apreciada del *Febrero* fue la de FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE, de interés especial por cuanto los comentarios de aquél sobre el Derecho vivido al tiempo de la codificación quedan recogidos en esta edición, así como en sus comentarios al Proyecto de Código Civil de 1851.

Los formularios de escrituras son los de las anteriores ediciones, pero ya advierte GARCÍA GOYENA su inadecuación al tratar de la fórmula de la cesión de acciones y de la fórmula del *constituto posesorio*.

Según GARCÍA GOYENA, «son **corporales** las cosas que pueden tocarse, como una casa, un caballo, etc.; **incorporales**, por el contrario, las que por no tener cuerpo que reciba el tacto no se pueden tocar, como son **los derechos**, las servidumbres, las herencias, etc.».

Según el mismo autor, «son cláusulas que suelen ponerse en las escrituras de venta: ...

La cuarta cláusula, que el vendedor se desprenda de todo derecho que tenga en la cosa que vende, *cediéndolo* [el *ius in re*], con cuantas **acciones le competan**, al comprador y sus herederos y sucesores.

La quinta cláusula, de **constituto**, que consiste en dar el vendedor al comprador poder irrevocable, con libre, franca y general administración, para que tome judicial o extrajudicialmente la tenencia o posesión real de la cosa, y en el interín que la toma *constituirse* el mismo vendedor por su inquilino o tenedor o poseedor precario de ella en forma legal, que quiere decir que poseerá y gozará de la cosa no como dueño, sino durante [mientras dure] la voluntad del comprador en virtud de súplica que le hace para que se lo permita».

Pero la reforma notarial, iniciada con la «Instrucción para redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro» (del 2 de junio de 1861) rompe la continuidad de los formularios y se menosprecia la interpretación de

antiguas cláusulas de estilo, que suelen entenderse como rutina más o menos intrascendente.

A-2) *Normas romanas en el Derecho español*

1. Conviene insistir en que hasta la entrada en vigor del Código Civil de 1889, las normas del Derecho Romano Justiniano se invocan y se aplican en España como subsidiarias o supletorias de las propias del Derecho patrio, de manera que algunas con muchos siglos de antigüedad prácticamente son normas del Derecho español.

Así PAULO, el gran jurisconsulto del período clásico tardío, a finales del siglo II (uno de los dos grandes, con Ulpiano), el «especialista» en cuestiones de propiedad y derechos reales, diríamos hoy (9) es el autor de tres textos fundamentales en el Derecho español hasta 1889. Uno primordial (**D. 41.1.31.pr.**) y otros dos complementarios (**D. 18.4.21** y **D. 50.17.15**).

PAULO dejó escrito que *nunquam nuda traditio transferit dominium sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur* (**D. 41.1.31.pr.**). Puede sintetizarse que [...] **transfert dominium [...] venditio aut aliqua justa causa, propter quam traditio sequeretur**, o sea, que *transfiere el dominio la venta [u otra] justa causa, seguida de la tradición*. Es el principio fundamental del que siglos más tarde se denominó sistema del título y el modo.

El Código Civil español de 1889 adopta este mismo **principio fundamental para el tráfico jurídico** en el artículo que encabeza el Libro tercero, que trata «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», en el artículo 609, párrafo segundo, *al final*, donde dice que «**La propiedad [...] se adquiere y transmite [o se transmite y se adquiere...] por consecuencia de ciertos contratos [a causa o por efecto del contrato de compraventa o de otros contratos que asimismo son traslativos; pero no por sí solos, solamente o inmediatamente, sino] mediante la tradición [al quedar cumplida la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa]**».

Así resulta de los artículos 1.095, **1.096**, 1.462.1 y 447, según el cual, «*Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio*».

Otros dos textos de PAULO (**D. 18.4.21** y **D. 50.17.15**) se refieren a la venta de la cosa con cesión de la acción reivindicatoria que, cuando es imposible

(9) En el *Derecho Privado Romano*, de PAUL JÓRS, refundido por W. KUNKEL, trad. de L. Prieto Castro, Ed. Labor, 1937, se recuerda que JULIO PAULO fue discípulo de Scaevola, y Domicio Ulpiano lo fue del gran Papiniano, y que Paulo y Ulpiano fueron asesores del Consejo del Pretorio dirigido por Papiniano y luego pasaron a ser Prefectos del Pretorio con el emperador Alejandro Severo desde el año 222 d.C.

la tradición de la cosa por la pérdida de la posesión, complementan dicho principio fundamental del tráfico jurídico y del sistema del título y el modo o sistema del contrato de compraventa y de la tradición. No se oponen al principio fundamental sino que cuando es imposible aplicar la norma que exige la tradición transmisiva de la posesión en concepto de dueño seguidamente a la venta, porque el vendedor está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño desde hace más de un año, se aplica la norma sobre la cesión de los derechos incorporales o acciones, concretamente alusiva a la cesión transmisiva de la acción reivindicatoria para recuperar la posesión perdida, que *sustituye a* la tradición, en cuanto a causa o por efecto del contrato de compraventa, pero mediante la cesión que *equivale a* la tradición (*vim traditionis*) se produce la transmisión de la propiedad de la cosa, simultáneamente a la perfección del contrato, sin tener que esperar a la ejecución de la sentencia estimatoria de la reivindicación, a diferencia de la cesión impropia por la *procuratio in rem suam*.

Porque en el tráfico jurídico la acción reivindicatoria es inseparable del derecho de propiedad del que deriva, de manera que la efectiva transmisión de la acción reivindicatoria implica o equivale a la efectiva transmisión del derecho de propiedad controvertido con la acción reivindicatoria que defiende la pertenencia del derecho al propietario.

2. Ahora bien, según otros textos romanos (Inst. 2.1.41 y D. 18.1.19), el comprador que ha recibido la entrega de la cosa no adquiere la propiedad de la cosa hasta que haya cumplido su primordial obligación por *haber pagado el precio* contratado, a menos que se haya convenido expresamente el aplazamiento de su pago (10). Es otra *condición de la ley* (requisito de la ley) *distinta y adicional* a la condición de la ley (requisito de la ley) por la que el comprador no adquiere la propiedad de la cosa antes de que el vendedor haya cumplido su obligación de entregar la cosa, antes de la tradición o transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa. Es una garantía de la reciprocidad del cumplimiento de la obligación principal de una y de otra parte.

Esta norma estuvo vigente en el Derecho español hasta que el Código Civil de 1889 la derogó sustituyéndola por la norma del artículo 1.466, según la cual: «El vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida [en el sentido de que no le será exigible la entrega] si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago» (sin olvidar el artículo siguiente, 1.467, para el caso de insolvencia del comprador, con un riesgo que es afianzable).

La norma, originariamente romana, se tenía muy en cuenta antes de 1889, y el artículo 1.466 se tiene muy en cuenta desde 1889 en la formalización

(10) Sobre el aplazamiento del pago del precio v. COING, *ob. cit.*, T. I, pág. 388.

de la escritura notarial de compraventa, al relatar, sucesivamente, el cumplimiento por el vendedor y el cumplimiento por el comprador, aunque lo importante es que la unidad del acto firmado implica, además de la perfección del contrato, la consumación de la entrega o tradición de la cosa y de la entrega o pago (o el aplazamiento del pago) de la cantidad de dinero del precio.

Naturalmente, la norma romana sobre pago del precio también se aplicaba al contrato de compraventa-cesión y concretamente a la compraventa con cesión de la acción reivindicatoria.

Tradición de la cosa y legitimación posesoria

ANTONIO GORDILLO CAÑAS, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla, con loable esfuerzo de actualización y síntesis, dedica una serie de trabajos a los grandes temas de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral que publica el Anuario de Derecho Civil. El más reciente trabajo de la serie se titula ***La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)***. En dicho trabajo se considera detenidamente el tema de este estudio, referenciado como «*tesis de Giménez Roig*» (11).

En la obra se observa su gran preocupación por el «mantenimiento de la tradicional teoría del título y el modo» (expresión que repite en su nota 420) y por «opinar respetando en su esencia la teoría del título y el modo» (como dice después de intercalar su nota 424), preocupación acaso relacionada con las observaciones que expuse en repetidas ocasiones con el fin de manifestarme alineado entre quienes se oponen a determinadas interpretaciones de la «teoría»... de la doble causa, medieval, y de la tradición negocio dispositivo, de SAVIGNY, porque no se deducen necesariamente de *las normas jurídicas*, la originariamente romana vigente en España hasta 1889 (D. 41.1.31.pr. de PAULO) y la actualmente vigente desde 1889 (art. 609.2, al final, Código Civil), *que definen el verdadero sentido tradicional del sistema del título y el modo, junto con otras normas coherentes*, como el artículo 1.095, el 1.096 y el 447.

Aparte de que tales normas no impiden denominarlo sistema del contrato de compraventa y de la tradición transmisiva de la posesión en concepto de

(11) La obra de ANTONIO GORDILLO CAÑAS se halla incluida en el Proyecto de Investigación PB 98-1195, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (DGICYT). Se publicó en el Tomo LIV del Anuario de Derecho Civil, Fascículo I, enero-marzo de 2001, distribuido en septiembre, págs. 5 a 256.

dueño de la cosa, para evitar las ambigüedades de la palabra «título» y de la palabra «modo».

Ni tales normas impiden considerar la evolución histórica de otra «teoría», no incompatible sino complementaria y coordinada con la teoría del título y el modo, que es la teoría general de la compraventa-cesión de acciones o derechos incorporales, que incluye la compraventa-cesión del derecho personal de crédito pecuniario del vendedor que entregó la cosa al comprador y la compraventa-cesión del derecho real de propiedad del vendedor que está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño y no puede entregar la cosa aunque conserva su derecho de propiedad con la inseparable acción reivindicatoria para recobrar la posesión.

1. A mi entender, frente a la codificada solución francesa e italiana, es más conveniente la secular solución romana, justinianeas y española, que exige la tradición o transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa específica vendida por el propietario poseedor para lograr la efectividad de la transmisión y del ejercicio del derecho de propiedad sobre dicha cosa.

Pero siempre que se tenga en cuenta que el contrato de compraventa es la causa de la transmisión del derecho de propiedad (*la justa causa* invocada por PAULO) mientras que la tradición es un requisito o condición de la ley, adicional a la causa.

Desde luego, porque implica para el comprador la posibilidad práctica del ejercicio normal del derecho de propiedad sin interferencias del vendedor, anterior propietario poseedor.

Pero, sobre todo, porque la posesión en concepto de dueño aparenta y hace presumible frente a tercero la pertenencia del derecho de propiedad al comprador accipiente y antes al vendedor tradente.

Por esto, la tradición condicionante de la eficacia transmisiva de la compraventa fue un imperativo categórico permanente históricamente, porque de la posesión en concepto de dueño de una cosa resultaba la apariencia y la presunción de la pertenencia del derecho de propiedad sobre la cosa, de la legitimación posesoria, con cierto monopolismo hasta la aparición y desarrollo de la publicidad registral, de la apariencia y presunción registral, de la legitimación registral.

El vendedor romano y el vendedor español, hasta la Ley Hipotecaria de 1861, podía obligarse y se obligaba a transmitir la posesión, pero en concepto de dueño de la cosa, es decir, afirmando o dando a entender que era el dueño, por lo que, a causa o por efecto de la venta, al transmitir la posesión en concepto de dueño, es decir, presuponiendo o afirmando que era el dueño, simultáneamente, transmitía la propiedad, *si verdaderamente era el propietario*. En este sentido, el comprador puede considerarse no sólo un acreedor de la posesión en concepto de dueño sino también un acreedor de

dominio (12). En cuanto el vendedor respondía pecuniariamente si el comprador accipiente de la tradición resultaba evicto en un juicio reivindicatorio a demanda de un tercero, contra el que no podía probar suficiente plazo de posesión en concepto de dueño (incluyendo el plazo de posesión por el vendedor) para fundamentar la excepción de una usucapión o adquisición *a non domino* de la cosa que facilitara la prueba de la pertenencia anterior al vendedor y a sus causantes, exigible conforme al principio general aplicable a las adquisiciones derivativas (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse sibi habet*).

Con la Ley Hipotecaria de 1861, el comprador puede excepcionar una adquisición *a non domino* **inmediata, ex lege**, resultante de la aplicación de sus artículos 23 (hoy 32), 34, 35 (hoy 36), 36 y 37 (hoy 37) que implican la inoponibilidad de ciertas reivindicaciones al titular registral por compra de una finca inscrita, inoponibilidad que perjudica a quien sería el verdadero propietario de la finca si no existieran dichos preceptos legales, a menos que pruebe la mala fe del comprador.

2. Como bien expone BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORIACI en su monografía sobre *Legitimación posesoria y legitimación registral* (13), «la doctrina se encuentra dividida a la hora de hablar, en el Derecho Romano, del poseedor [en concepto de dueño (mejor dicho que a título de dueño)] como propietario presunto» (pág. 27), «de la presunción de propiedad deducida de la posesión en concepto de dueño en el tráfico jurídico ordinario, de la legitimación posesoria» (pág. 22, n. 4).

La legitimación posesoria no se limita al campo procesal, a la protección del poseedor con los interdictos o con la carga de la prueba que se impone al demandante (no al poseedor) en el juicio reivindicatorio, sino que en el campo extraprocesal busca evitar la necesidad de probar la vigencia real y

(12) MARIO E. CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*. Tesis doctoral, 319 págs. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Alude al acreedor del deudor de una obligación de dar, al titular de un *ius ad rem* (de un derecho a la cosa), para referirse primordialmente a la posición del comprador de una cosa antes de recibirla (para así adquirir la propiedad) respecto a terceros, acreedores o deudores del vendedor (o causahabientes por doble venta) o poseedores de la cosa («desposeedores» del vendedor). Sigue la opinión mayoritaria respecto a la tradición instrumental por el vendedor desposeído (*ob. cit.*, pág. 232 [87] y 236). Opina que el artículo 1.186 no se refiere a la desposesión del vendedor (pág. 239, parág. 22), pero no tiene en cuenta la analogía que ordena el D. 18.4.41.

(13) BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORIACI, *Legitimación posesoria y legitimación registral (algunos supuestos de aplicación)*. Monografía publicada en el 2002 por la Fundación *Beneficentia et Peritia Iuris* del Centro de Estudios Registrales (dirigida por el catedrático Antonio Manuel Morales Moreno, que se inserta en el marco del Proyecto de Investigación PB 98-0091 [el Registro de la Propiedad español: Situación actual y transformaciones necesarias, subvencionado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología]).

continuada del fundamento («título» en el sentido jurisprudencial español y en el art. 447) de la pertenencia o atribución del derecho de propiedad cada vez que se requiera justificarlo.

En este sentido, creo ilustrativo recordar ahora que en Roma se utilizaba como fórmula para afirmar la pertenencia del dominio al comprador accipiente por mancipación de la posesión en concepto de dueño de la cosa, la misma fórmula utilizada en el juicio reivindicatorio por el demandante que afirma su dominio frente al demandado poseedor en concepto de dueño: *hunc ego hominem* [esclavo] *ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra*, al igual que *hunc ego hominem* [esclavo] *ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam; sicut dixi, ecce tibi, vindictam imposui* (14).

2.1. En el Código Civil de 1889, según el **artículo 448**, «El poseedor **en concepto de dueño** [mejor dicho que a título de dueño] tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo».

Según una reciente **STS, de 22 de mayo de 1999** (pág. 42), que sintetiza la opinión más generalizada, dicha presunción determina que el demandado en el juicio reivindicatorio (el poseedor en concepto de dueño) no está obligado a probar su título adquisitivo. Pero, cuando el actor reivindicante prueba el hecho constitutivo de su acción reivindicatoria [...], «el demandado se encuentra obligado a probar el hecho extintivo de la acción contra él ejercitada, sin que le exima de ello la presunción establecida en el artículo 448 del Código Civil [...]», a tenor del artículo 1.954 sobre prueba de la usucapión como hecho extintivo. Así resulta de los textos citados por la autora (pág. 28, nn. 3 y 4), de origen romano (D. 6.1.24; D. 33.17.12 y C. 3.31.11) o patrio (Partida 3, 2,28 y otras).

2.2. Además, he de insistir en que según el **artículo 447**, «Sólo la posesión que se adquiere y disfruta **en concepto de dueño** puede servir de título (jurisprudencialmente, fundamento: compra más tradición) para adquirir el dominio», lo que es aplicable a la tradición del artículo 1.462.1 y a la posesión *ad usucapionem* iniciada por compraventa mediante tradición por el no propietario.

3. En cuanto a la legitimación registral, fue originariamente mal entendida como presunción posesoria a favor del titular registral (*ob. cit.*, pág. 57), pero hoy se concreta acertadamente en el vigente artículo 38.1 LH, como presunción de **pertenencia** del derecho de propiedad al titular registral del dominio, fundamentada en la inscripción practicada (previa calificación registral) del «título» adquisitivo, entendido jurisprudencialmente como

(14) MAX KASER, *Derecho Romano Privado*, 2.^a ed., 1982, pág. 41.

fundamento de la adquisición a causa o por efecto del contrato de compraventa normal pero mediante la tradición consumada (por título y modo, dice la teoría del título y el modo), aunque también, a mi juicio, cuando el titular registral está desposeído, a causa o por efecto del contrato de compraventa formalizado mediante escritura notarial, que *ex lege* implica la cesión de la propiedad con la acción reivindicatoria salvo pacto contrario (art. 1.462.2 del Código Civil).

La vigente LEC (1/2000), en su Disposición Final novena reforma algunos artículos de la LH y concretamente el artículo 41, que hoy dispone: «Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente».

Es claro que el artículo 41 LH para la protección rápida y eficaz del titular inscrito frente a las perturbaciones de derecho acude a una fórmula reivindicatoria con causas de oposición tasadas en el artículo 444.2 LEC (antes en el art. 41 LH, con algunos retoques actuales), de las que la segunda consiste en «poseer el demandado la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito», lo que se refiere al artículo 36 LH, a la propiedad adquirida por usucapión (más que a la legitimación posesoria frente a la legitimación registral) porque se contempla un conflicto entre modos de adquirir la propiedad: uno fundamentado en el Registro de la Propiedad (principio de fe pública registral) y otro fundamentado en la posesión (usucapión) (*ob. cit.*, pág. 82).

Como advierte Díez-Picazo Giménez (15), «es esta limitación de las alegaciones del demandado la que hace que este proceso sea sumario y que, por tanto, la sentencia que en el mismo se dicte carezca de fuerza de cosa juzgada y no impida que se promueva un ulterior proceso declarativo plenario sobre la misma cuestión... En realidad, si se considera que el proceso declarativo posterior debe circunscribirse a lo que no fue alegado ni pudo ser alegado en el proceso sumario previo, el ámbito posible de aquél es mínimo.

De este modo, el carácter privilegiado de este proceso, para el titular inscrito, se sitúa en que obtiene inmediatamente a su favor medidas de aseguramiento (art. 441.3), en que fuerza al demandado a prestar caución, y

(15) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, de ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, IGNACIO Díez-PICAZO GIMÉNEZ, JAIME VEGAS TORRES y JULIO BANACLOCHE PALAO. Civitas Ediciones, S. L. Madrid, 2001, 1.ª ed., pág. 769.

en que desplaza al demandado la carga de oponerse. «Es más, cabe considerar que una vez formulada oposición, las posiciones procesales están invertidas (como sucedía al amparo del antiguo art. 41 LH, que no de forma casual llamaba a la oposición *demanda de contradicción*)».

Desde luego, recuerda FERNÁNDEZ GREGORIACI, la legitimación posesoria pierde todo su valor ante una inscripción en el Registro de la Propiedad (*ob. cit.*, pág. 85).

Pero a los efectos procesales del artículo 41 LH, en relación con el artículo 36.1 LH, al comprador de una finca inscrita no le conviene reconocer en la escritura notarial de compra la situación anormal de desposesión del vendedor, a la que se refiere PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA respecto a la LH de 1861, con distinta formulación de dichos artículos.

La presunción de posesión a favor del titular registral (art. 38.2 LH), aunque ROCA SASTRE la interpreta como presunción de que el titular registral del dominio es propietario poseedor, para MORALES MORENO y dicha autora y discípula (pág. 80 y n. 115), más bien implica una ficción de atribución jurídica de la posesión que otorga al titular registral la ventaja de no tener que probar su posesión, produciéndose, por tanto, un desplazamiento de la carga de la prueba, pero debería destruirse tal presunción cuando exista un poseedor extrarregistral en concepto de dueño.

Cesión de acciones o derechos incorporales

Sabido es que el romano sistema de *acciones* evoluciona hasta convertirse en un sistema de *derechos*, de cada uno de los cuales deriva la correspondiente acción para la defensa de la pertenencia del derecho a su titular respectivo.

De manera similar, desde que las acciones se consideran posible objeto de transmisión a cambio de un precio, la *cesión de acciones* evoluciona hasta configurarse una *compraventa-cesión transmisiva de un derecho incorporal* (así llamado porque no implica *actual* posesión de una cosa corporal) *junto con la acción derivada que lo defiende y lo representa de manera inseparable, a cambio de un precio*.

Complementa a la *compraventa normal de una cosa corporal* (es decir, del derecho de propiedad y de la posesión en concepto de dueño, de la cosa corporal) *a cambio de un precio*.

1. Prácticamente, la evolución empieza por la cesión de la *actio venditi*, de la acción personal del vendedor de una cosa para exigir al comprador la entrega o transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cantidad de dinero del precio, para adquirir de este modo la propiedad del dinero a causa del contrato de compraventa. Es la normal cesión del crédito pecunia-

rio del comerciante vendedor de una cosa que ya ha entregado pero de la que no ha cobrado el precio aplazado y vende o cede su derecho de crédito a cambio de un precio de inferior cuantía a la nominal del crédito que cede, a un comerciante de estos créditos pecuniarios, a un cambista de monedas y prestamista (banquero).

Originariamente, ante la imposibilidad jurídica del cambio del titular del crédito, del cambio del acreedor, la operación económica se configura jurídicamente como una *novación*.

Más tarde se configura como una *procuratio in rem suam* o poder procesal para ejercitar en interés del cesionario-apoderado la acción del cedente-poderdante, quien conserva el derecho personal y la acción.

Después se entiende que el cedente conserva la *acción directa* que se considera inseparable del derecho personal intransmisible, y cede la *acción útil* que se transmite al cesionario.

Hasta que desaparece esta distinción porque se considera que la acción derivada de un derecho para su defensa es inseparable del derecho que defiende y así hablar de la cesión de una acción inseparable del derecho significa hablar de la transmisión de un derecho con la inseparable acción para su defensa y significa hablar de la cesión transmisiva de derechos incorporeales o acciones, con total **sinonimia** entre derecho incorporal y acción (sin excluir la posibilidad de que alguna ley autorice la cesión de una facultad integrante del derecho como acción diferenciada de la acción que defiende la pertenencia del derecho).

2. A la evolución histórica de la venta-cesión del derecho incorporal de crédito pecuniario del vendedor de cosa corporal (o del derecho del prestamista) es *paralela*, pero no idéntica, la evolución histórica de la *venta-cesión de la acción reivindicatoria* correspondiente al propietario desposeído, que se puede ejercitar contra el tercero poseedor que aún no ha consumado la usucapión.

Mi primer estudio en la *RCDI* de 1980 («Venta por el propietario no poseedor: Cesión de la acción reivindicatoria») se dedica al examen de la evolución histórica de la compraventa-cesión de dicho crédito pecuniario y de la compraventa-cesión del derecho de propiedad con la inseparable acción reivindicatoria del propietario desposeído.

Fue escrito, como mi segundo estudio en la *RCDI* de 1987 («Cesión de la acción reivindicatoria, escritura e inscripción») para defender la eficiencia de la institución registral y, además, la eficiencia de la institución notarial, frente a la tesis de VALLET DE GOYTISOLO, quien con su teoría de la vigencia actual de la *procuratio in rem suam* tiraba piedras sobre su propio tejado notarial por cuanto para desvirtuar la inscripción registral llegaba a desvirtuar la secular ciencia y eficiencia jurídica de los notarios, de la escritura notarial de compraventa y de su cláusula de estilo sobre cesión de las

acciones del vendedor, primordialmente referida a la cesión de la acción reivindicatoria en previsión de que el vendedor estuviera desposeído.

A continuación se analizan algunas normas romanas vigentes en el Derecho Civil español hasta 1889, que se refieren a la evolución histórica específica de la cesión de la acción reivindicatoria.

1. Venta de cosa en situación de desposesión desconocida y cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria (sustitutiva de la tradición actualmente imposible), atributivas de la propiedad de la cosa con efecto simultáneo a la perfección del contrato: D. 18.4.21, C. 4.39.9, artículo 1.460.2 y artículo 1.186

1. En el Derecho anterior al Código de 1889 y a la Ley Hipotecaria de 1861, el supuesto de hecho del D. 18.4.21 consiste en que se ha otorgado una venta normal, sin escritura notarial con pacto de cesión de una eventual acción reivindicatoria, presuponiendo que el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, y después de otorgada resulta que un tercero se opone a los actos de entrega por el vendedor o a los actos de toma de posesión real por el comprador si se había pactado una entrega ficticia por *constituto posesorio*, porque el tercero manifiesta que es el propietario y posee en concepto de dueño desde hace más de un año de manera que contra él no cabe ejercitar una interdicto de recobrar la posesión, y niega que la propiedad perteneciera y la posesión correspondiera al vendedor en el momento de la perfección del contrato.

Así pues, el vendedor, antes del momento de la perfección del contrato de compraventa, ya había «perdido» la cosa en el sentido de que había perdido la posesión en concepto de dueño de la cosa y estaba *desposeído* por el actual poseedor en concepto de dueño causante de la pérdida y desposesión (el «*desposeedor*», podría decirse) contra el que es necesario ejercitar judicialmente la acción reivindicatoria para interrumpir la usucapión en curso y recuperar la posesión perdida, suponiendo que la sentencia firme estimará que el derecho de propiedad perteneció al vendedor y ahora, derivativamente, a causa o por efecto de la venta pertenece al comprador.

Históricamente, en el Derecho Romano invocado como Derecho prácticamente supletorio del Derecho Patrio hasta la entrada en vigor del Código Civil, la situación de desposesión del vendedor por esta *pérdida de la posesión de la cosa* anterior a la perfección del contrato, que es una *pérdida temporal de la cosa*, material y jurídica pero transitoria hasta la ejecución de la sentencia estimatoria de la reivindicación, se consideraba *análoga* a la situación de *pérdida parcial de la cosa*, *análoga a una pérdida extintiva de parte material o física* de la cosa, anterior a la perfección del contrato,

porque al propietario de la cosa que temporalmente perdía la posesión de la cosa le quedaba, como «resto» de la posesión de la cosa y en su lugar, la acción reivindicatoria para (después de obtener la declaración judicial de la pertenencia de la propiedad de la cosa) recuperar la posesión perdida de la cosa y usarla, al igual que al propietario de una casa incendiada le quedaba como «resto» el solar para poseerlo y usarlo edificando.

En este sentido, el jurisconsulto PAULO, el mismo autor del principio fundamental para el tráfico jurídico de cosas (D. 41.1.31), siglos más tarde denominado sistema del título y el modo, no considera que se oponga al principio fundamental cuando escribe que «...*si sine culpa desinit detinere venditor, actiones suas praestare debet... nam... [venditor]... aream tradere debet exusto aedificio* (D. 18.4.21).

Es decir que, si el **vendedor**, *sin culpa*, **dejó de poseer** [perdió la posesión de la cosa vendida] **deberá dar sus acciones** [debe ceder su acción **reivindicatoria al comprador** para que éste obtenga la posesión], al igual que el vendedor de un edificio que se incendió (*exusto aedificio*) debe entregar al comprador el solar (*aream tradere debet*) para que éste pueda usarlo edificando.

Y se ha de reajustar el precio (16).

2. El D. 18.4.21 **ordena** una analogía y una consecuente equivalencia de efecto jurídico entre dos supuestos de hecho diferentes.

Según las normas romanas, la cosa vendida ha de conservarse íntegra en el momento de la perfección del contrato de compraventa y se considera vicio o defecto de la cosa vendida su no integridad por la anterior *pérdida parcial de la cosa, de una parte material que dejó de existir*, como el edificio incendiado, del que resta el solar, pero el comprador puede mantener la vigencia del contrato con la obligación para el vendedor de entregar el resto de la cosa y con la recíproca reducción del precio a entregar por el comprador, proporcional a la reducción de la cosa, si ejercita la acción *quanti minoris*. Aunque puede invalidar el contrato por la imposibilidad de recibir la cosa íntegra si ejercita la acción *redhibitoria* (de restitución o devolución de la cosa y del precio). Es una opción que corresponde al comprador.

(16) Esta «ley» o edicto del pretor impone al vendedor un efecto o resultado atributivo de la propiedad que debe acatar: la pertenencia al comprador, a causa o por efecto del contrato de compraventa de la cosa que ha comprado y **pagado** al vendedor que resulta estaba desposeído al vender.

Esta «ley» fue tenida en cuenta por IHERING en un estudio que transcribí en mi primero de 1980, íntegramente traducido por primera vez del «Anuario de Ihering» (*Iherings Jahrbücher*, tomo primero, de 1857, que obtuve por fotocopia en la Facultad de Derecho de Praga en 1977) (v. *Transmisión...*, pág. 58 y sigs.).

Esta «ley» también la tuvo en cuenta RAFAEL NÚÑEZ LAGOS (v. *Transmisión...*, pág. 133, n. 186, y pág. 275).

Por otra parte, también es vicio o defecto de la cosa vendida la no posesión, la desposesión del vendedor por la anterior *pérdida de la posesión de la cosa, por la pérdida temporal o durante algún tiempo de la cosa* (esclavo o caballo que huye y que un tercero posee en concepto de dueño), porque se entiende que al vendedor le queda, como resto de la cosa que poseía, su derecho de pertenencia controvertida y, *en sustitución de la posesión, la acción reivindicatoria* para recuperar la posesión de la cosa en la actualidad perdida, pero sólo transitoriamente si la sentencia estima la reivindicación.

La ley (D. 18.4.21, de PAULO) considera que el supuesto de hecho de la pérdida de la posesión de la cosa es análogo y equiparable o similar al supuesto de hecho de la pérdida de una parte material que ha dejado de existir de otra cosa, por lo que el efecto jurídico que procede atribuir a la pérdida de la posesión ha de ser equivalente (valer lo mismo), o ser similar, aunque no sea idéntico, al efecto jurídico de la pérdida material parcial, y así, para mantener la vigencia del contrato de compraventa concertado, el edicto del pretor en **D. 18.4.21 sustituye el deber de entregar o hacer tradición** transmisiva de la posesión en concepto de dueño de la cosa, cuyo cumplimiento es imposible actualmente y durante algún tiempo, **por el deber de hacer cesión de la acción reivindicatoria**, que resulta cumplido *ex lege* en el momento de la perfección del contrato, de manera que a causa del contrato y mediante la cesión legal de la acción reivindicatoria se produce la transmisión por el vendedor y la adquisición por el comprador del derecho de propiedad controvertido con la inseparable acción reivindicatoria para, sin demora, interrumpir la usucapión en curso y más tarde obtener la posesión, actuando en nombre propio aunque con llamamiento en garantía del vendedor (en vez de actuar en nombre del vendedor como *procurator in rem suam* hasta obtener la posesión y con ella la propiedad), sin perjuicio de lo que se pacte para el caso de evicción por la posible no pertenencia de la cosa al vendedor.

3. Así pues, según el Derecho anterior a 1861 (D. 18.4.21, de PAULO), el comprador que contrató una *compraventa normal* u ordinaria y después de la perfección del contrato llega a conocer que el vendedor estaba desposeído en el momento de la perfección del contrato puede conformarse con adquirir la propiedad controvertida de la cosa que el vendedor manifiesta le pertenece pese a que no tiene la posesión porque un tercero la ostenta en concepto de dueño, en cuanto para obtener la posesión podrá actuar judicialmente contra el tercero poseedor ejercitando la acción reivindicatoria; *como si* hubiera conocido la desposesión al perfeccionarse el contrato y directamente hubiera concertado una compraventa-cesión. Y su decisión optativa puede quedar manifestada por el hecho de demandar al poseedor con llamamiento en garantía al vendedor, sin perjuicio de hacerla constar al fundamente la demanda.

Parece que inicialmente la acción reivindicatoria del vendedor desposeído se cedía o mandaba, al comprador de la cosa que un tercero posee en concepto de dueño, concertando un mandato o poder (*procuratio in rem suam*) adicional a la venta, por el que el comprador decidía su opción y el vendedor la acataba.

Pero según una constitución de Justiniano (C. 4.39.9) estudiada por EMILIO VALIÑO (17), el comprador de una acción real (que por antonomasia es una acción reivindicatoria), no necesita un adicional mandato o poder para ejercitar la acción reivindicatoria (como acción cedida o mandada) porque se le concede que la ejercite útilmente, como acción útil, en nombre propio, porque *ex lege* la adquirió en el momento de la perfección del contrato de compraventa, por equiparación a lo que ya ocurría respecto a la venta de la acción personal del vendedor acreedor pecuniario.

Así se unifica el régimen de la cesión de todos los derechos incorporales o las acciones, tanto personales como reales, sistema que siglos más tarde adopta el artículo 1.526 del Código Civil español (v. *Transmisión...*, pág. 91).

Es decir, desde que el edicto del pretor concede o atribuye al comprador la acción reivindicatoria del vendedor, ya no es necesario pactar o acordar un adicional pacto o *acuerdo* de cesión entre vendedor y comprador porque en el momento de la *perfección* del contrato de compraventa se produce el *simultáneo cumplimiento o consumación* del contrato transmissivo de la propiedad mediante la cesión legal (*ex lege*) de la acción reivindicatoria del vendedor que sustituye a la tradición imposible, lo que implica la atribución o transmisión del derecho de propiedad con la acción reivindicatoria.

La venta-cesión de la titularidad o pertenencia del derecho incorporal de crédito pecuniario del vendedor y tradente de una cosa para exigir judicialmente al comprador la *entrega de la posesión de una cantidad de dinero* (precio) y así adquirir su propiedad, que produce el efecto de la transmisión o cesión legal (*ex lege*) del derecho incorporal de crédito pecuniario, *simultánea* a la perfección de la venta-cesión, *sirve como modelo* para la venta-cesión de la titularidad o pertenencia de la acción reivindicatoria y del derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído con su inseparable acción reivindicatoria contra quienquiera que posea la cosa (*erga omnes possidentes*), para exigir judicialmente al tercero poseedor la *devolución de la posesión en concepto de dueño de la cosa* que injustamente tiene, y esta venta-cesión produce el efecto de la transmisión o cesión legal (*ex lege*) de la acción reivindicatoria y del derecho de propiedad controvertido, *simultáneo* a la perfección del contrato.

(17) EMILIO VALIÑO, *Acciones útiles*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, pág. 186.

4. El artículo 1.460.2 del Código Civil ordena, como secularmente ordenaba el Derecho Romano y español anterior a 1889, que «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiera perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato. Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá **optar** entre desistir del contrato o reclamar la [entrega de] la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido».

Se trata de la **opción** entre la acción *redhibitoria* (invalidatoria, anulatoria o, históricamente, rescisoria, con restitución del precio cobrado) y la acción *quantum minoris* (de reducción del precio).

Se aplica a la pérdida material anterior a la perfección del contrato. Sin perjuicio de su aplicación a la pérdida sobrevinida después de la perfección del contrato pero antes de la entrega.

A esta opción del artículo 1.460.2, en principio, se puede referir la facultad que el D. 18.4.21 atribuye al que compra a un vendedor desposeído.

Ahora bien, no resulta aplicable la opción del artículo 1.460.2 cuando la venta se otorga mediante escritura notarial porque el artículo 1.462.2 ordena el mantenimiento del contrato de la manera posible, salvo pacto contrario al efecto legal debidamente escriturado.

Desistir del contrato e imponer esta decisión del comprador al vendedor parece que no exige necesariamente actuar un juicio reivindicatorio en el que se resuelva ante todo si la cosa pertenece al vendedor o al tercero poseedor, así que bastaría probar la controversia con el tercero poseedor aunque no haya pleito y sentencia firme.

No obstante, si no hay una decisión probada de desistir o de mantener el contrato parece que la ley preconiza la solución de mantener el contrato.

Por otra parte, el artículo 1.460.2 parece exigir una opción expresa que es lógica para el supuesto de hecho de la pérdida *material extintiva* de toda la cosa o de parte de ella. Ahora bien, el supuesto de hecho de la pérdida de la posesión porque la tiene un tercero implica, más bien, un vicio *jurídico* que se refiere a la pérdida de la totalidad de la cosa (al hecho de la posesión en concepto de dueño de la totalidad de la cosa por un tercero) e impone necesariamente el ejercicio judicial de la acción reivindicatoria, pasar de la controversia al litigio reivindicatorio del que resultará si se trata de un vicio de la totalidad de la cosa, pero temporal o transitorio cuando la sentencia estima la pertenencia de la cosa al vendedor antes y al comprador ahora, o se trata de un vicio de la totalidad de la cosa y definitivo, de una pérdida total e irremediable de la cosa cuando la sentencia declara la pertenencia de la cosa al poseedor, declara que se ha vendido cosa ajena y que es inválido el contrato de venta al demandante.

Además, el artículo 1.460.2 no alude a una controversia con un tercero causante de la pérdida (o beneficiado por ella) y en este caso es lógico que

se refiera a una opción entre mantener la compra, con reducción de la cosa perdida parcialmente y del precio, o desistir de la compra.

5. En cambio, el mismo Código Civil, al tratar «de la pérdida de la cosa debida» ordena (art. 1.182): «quedará extinguida la obligación que consiste en *entregar una cosa determinada* cuando ésta se perdiere o destruyere...» [totalmente] y aclara que (art. **1.186**), «extinguida la obligación por la pérdida [total] de la cosa **corresponderán al acreedor (comprador) todas las acciones que el deudor (vendedor) tuviera contra tercero (poseedor o beneficiario) por razón de ésta**» pérdida.

Es decir, que el artículo 1.186, aunque en principio atiende al posicionamiento del comprador frente al vendedor, introduce el posicionamiento del comprador frente al tercero causante de la pérdida de la cosa, de manera que cede o atribuye al comprador, al que «**corresponderá**» desde el momento de la perfección de la venta, la acción reivindicatoria que el vendedor «tuviera contra el tercero» poseedor, contra el «desposeedor» o causante de la desposesión, cesión que sustituye a la tradición imposible (18).

Por la simple aplicación del artículo 1.182, la pérdida de la posesión de la cosa [que es una pérdida de la totalidad de la cosa aunque temporal o transitoria, pese a que la norma romana (D. 18.4.21) la compara con la pérdida parcial de la cosa al efecto de aplicar una opción entre mantener o desistir del contrato] parece que implica la *extinción* de la obligación del vendedor de entregar la cosa en la actualidad.

Pero se puede mantener el contrato como si se tratara de una pérdida parcial material de la cosa atendiendo a la imperativa cesión de acciones a favor del comprador contra el tercero causante de la pérdida, no sólo de la pérdida total sino también de la pérdida parcial, con una posible reducción del precio de la compraventa normal contratada.

Por esto, la ley **sustituye** la tradición imposible, el actualmente imposible cumplimiento de la obligación de transmitir la posesión en concepto de dueño, por la cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria del vendedor contra el tercero poseedor causante de su desposesión, y así el comprador adquiere el derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído con la acción reivindicatoria y puede ejercitarla en nombre propio para, sin demora, interrumpir la usucapión en curso y recuperar más tarde la posesión perdida temporalmente, sin necesidad de acordar con el vendedor, expresamente, un

(18) LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (4.ª ed., 1993, Ed. Civitas, S. A.), T. II, págs. 657 y 658. El artículo 1.186 procede del Código de Napoleón (art. 1.303) inspirado en Pothier, quien sintetizó diversos preceptos romanos y se refería a un caballo perdido al ser arrebatado con violencia, según estudio de J. ROCA JUAN, considerado por DíEZ-PICAZO al tratar de la imposibilidad de la prestación, sobrevenida, de carácter parcial, y de la **cesión legal** como mejor tesis aplicable al caso, pese a las dificultades teóricas.

pacto de cesión de la acción reivindicatoria posterior al consentimiento contractual que perfecciona la compraventa (suponiendo que al contratarla no hubo pacto adicional de cesión de una eventual acción reivindicatoria).

La ley cede o atribuye o transmite al comprador la acción reivindicatoria del vendedor, que sustituye a la tradición actualmente imposible, en el momento de la perfección del contrato de compraventa, simultáneamente (arts. 1.186, 1.526 y C. 4.39.9).

De manera que por efecto de la venta y *mediante la cesión (ex lege) o atribución de la acción reivindicatoria* del vendedor que sustituye a la tradición imposible, resulta transmitido al comprador el derecho de propiedad incorporal y controvertido con la acción reivindicatoria del vendedor desposeído contra el tercero poseedor actual en concepto de dueño que causó la desposesión (la pérdida de la posesión del vendedor de la cosa) para que devuelva la posesión de la cosa.

Si el comprador ejercita la acción reivindicatoria opta por mantener la vigencia del contrato porque confía en la pertenencia del derecho al vendedor y espera vencer en el juicio.

Pero aunque no lo exprese el artículo 1.186, el comprador puede decidir desistir del contrato y del ejercicio de la cesión legal, no actuar contra el tercero poseedor, rechazar la adquisición de la acción reivindicatoria y de la propiedad. En consecuencia del desistimiento, el vendedor podrá actuar contra el tercero poseedor y el comprador podrá actuar contra el vendedor que no ha entregado la cosa para que judicialmente se declare inválido el contrato.

Respecto al plazo para optar por desistir del contrato, desechando el mantenimiento que preconizan el artículo 1.460.2 y el 1.186, más que aplicar el plazo de prescripción de seis meses referente a los vicios materiales de la cosa (art. 1.490) parece lógico aplicar el plazo de un año referente a los vicios jurídicos por gravámenes ocultos (art. 1.483) o a la posesión (arts. 460.4.º, 1.968.1.º, 1.944 sobre interrupción y 36.1 LH para la usucapión *contra tabulas*).

6. Ante la situación de desposesión del vendedor y la consiguiente imposibilidad para el vendedor de cumplir la obligación de entregar la cosa seguidamente a la perfección del contrato, cuando el proceso judicial es inevitable y sólo en juicio se puede decidir si se trata de cosa propia del vendedor o si se trata de cosa propia del poseedor e inválidamente se ha vendido cosa ajena, para mantener la vigencia del contrato, imponía la ley romana del D. 18.4.21 y del C. 4.39.9 hasta 1889 y ahora el artículo 1.186 impone al vendedor dar, ceder o transmitir al comprador la acción reivindicatoria, en el sentido de que impone al vendedor el que se considere dada, cedida o transmitida la acción reivindicatoria que sustituye a la tradición imposible en el mismo momento de la perfección del contrato, simul-

táneamente, para que el comprador pueda, sin demora, interrumpir la usucapión en curso y más tarde obtener la posesión de la cosa, judicialmente y con ayuda del vendedor, de manera que si el vendedor ha cobrado el precio de la compra o ha pactado el aplazamiento del cobro, se le impone acatar un efecto legal o resultado atributivo de la propiedad, el efecto de que, a causa de la perfección del contrato de compraventa y mediante la simultánea cesión legal de la acción reivindicatoria, que sustituye a la tradición imposible, *pertenece* al comprador la cosa comprada y pagada, el derecho de propiedad incorporal y controvertido con la cedida *ex lege* acción reivindicatoria del propietario desposeído, para obtener más tarde la posesión.

Aunque en caso de evicción del comprador, por ser inválida la venta de cosa ajena, la pérdida de la posesión, aparentemente transitoria, resultaría definitiva.

Hay que entender que la misma solución procedía cuando la pérdida de la posesión era posterior a la perfección del contrato y por imposibilidad de cumplimiento de la obligación de entregar la cosa íntegra se podía rescindir el contrato (19).

El comprador-cesionario, actuando en nombre propio, como propietario, será quien demande al poseedor en concepto de dueño, presuntamente titulado (art. 448).

Todo esto sin perjuicio de que, expresamente, pueda acordarse una compraventa normal con un pacto adicional de cesión impropia (mediante una *procuratio in rem suam*) de la acción reivindicatoria, para que al recobrar la posesión el vendedor poderdante, éste realice la tradición al comprador y entonces resulte transmitida la propiedad.

7. Así pues, la cesión de la acción reivindicatoria evoluciona con las siguientes fases:

1.^a Inicialmente, el deber de ceder la acción reivindicatoria se cumple mediante un poder o *procuratio in rem suam* que autoriza al comprador para ejercer en su propio interés la acción ajena, sin transmisión del derecho ni de la acción.

(19) El contrato de compraventa es un contrato de resultado, de intercambio de propiedades (o de garantizadas posesiones en concepto de dueño) con asunción de obligaciones (v. *Tráfico jurídico...*, págs. 31 a 36) y atendiendo a la reciprocidad de las transmisiones y de las obligaciones acordadas y al favor legal al cumplimiento del contrato válido, el artículo 1.124 ordena una **opción** a favor del contratante perjudicado por el incumplimiento del otro, que puede referirse al cumplimiento por el comprador que ha pagado el precio o ha concertado su aplazamiento, y al incumplimiento por el vendedor después de la perfección del contrato porque ha dejado de ser el poseedor en concepto de dueño y actualmente no puede realizar la entrega de la cosa, y es controvertido que sea el propietario.

2.^a Posteriormente, se considera que el deber de ceder la acción reivindicatoria queda cumplido, sin necesidad de pacto o poder, por disposición del edicto del pretor, *ex lege*, que se impone al vendedor, por la que el comprador puede ejercer útilmente, como acción útil, en nombre propio, la acción que correspondía al vendedor, y así la acción reivindicatoria queda cedida o transmitida en sustitución de la transmisión de la posesión en concepto de dueño, de la entrega o tradición de la cosa que es imposible en la actualidad de la perfección del contrato y durante algún tiempo, por lo que se dice que la cesión tiene la fuerza de la tradición, *vim traditionis*, y equivale a la entrega en cuanto requisito adicional condicionante de la eficacia de la venta para la transmisión de la propiedad de la cosa.

Esta cesión se entiende transmite la acción como algo distinto pero inseparable contractualmente del derecho de propiedad del que deriva, por lo que el derecho también resulta transmitido a causa o por efecto del contrato de venta y mediante la atribución o cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria.

3.^a Finalmente, considerada la situación de controversia sobre la desposesión del vendedor por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año en el momento de la perfección del contrato de compraventa normal, que determina la imposibilidad de que el vendedor realice la tradición en el momento de la perfección de la venta (en el que se presuponía que el vendedor era el poseedor en concepto de dueño), para mantener la vigencia del contrato durante la situación de pendencia de la controversia y litigio en su caso, la norma jurídica del artículo 1.186 *modifica sustitutivamente el contrato de compraventa normal, en cuanto sustituye el deber de entregar la cosa vendida por el deber de acatar la cesión ex lege de la acción reivindicatoria*, de manera que a causa o por efecto del contrato de venta normal pero mediante la atribución o cesión legal de la acción reivindicatoria que sustituye a la tradición imposible, queda consumada la transmisión al comprador del derecho de propiedad de pertenencia controvertida con la inseparable acción reivindicatoria para decidir la controversia y recobrar la posesión como dueño.

En este sentido se podría leer en el artículo 609.2, **al final**, que la propiedad se transmite por consecuencia del contrato de compraventa *mediante la tradición, sustituida por la cesión de la acción reivindicatoria del propietario desposeído*.

Al mismo resultado se llega por aplicación del artículo 609.2, al principio, cuando dice «por la ley», que en este caso es la ley del artículo 1.526.

El artículo 1.462.2 **presupone** la voluntad de los contratantes de mantener la vigencia de la compraventa normal concertada mediante escritura notarial y la voluntad del comprador de no desistir del contrato sino de adquirir la propiedad de la cosa, como ocurría antes de 1889 cuando se

pactaba expresamente la cláusula de estilo para la cesión de la eventual acción reivindicatoria contra tercero poseedor en concepto de dueño. Salvo pacto contrario, que ha de resultar claramente expreso o deducible de la misma escritura notarial que formaliza el contrato de compraventa, su perfección y su consumación simultánea en la fecha de la escritura.

Así, cuando resulte que el comprador mediante escritura notarial *normal* desconocía la situación de desposesión del vendedor por la que la tradición es imposible, aunque el derecho de propiedad sobre la cosa resulta transmitido y adquirido por efecto del contrato de compraventa en la fecha de la escritura sin tradición adicional, aparentemente como en el Código de Napoleón, legalmente puede diferenciarse, en ese momento, la perfección acordada de un contrato de compraventa normal y su modificación adicional pero simultánea por la cesión legal al comprador de la acción reivindicatoria del vendedor contra el tercero poseedor en concepto de dueño, salvo pacto contrario, una concesión o atribución por la ley que sustituye a la tradición imposible, para que, a causa del contrato *normal* pero mediante la cesión legal de la acción reivindicatoria, el comprador resulte propietario desde la fecha de la escritura, pueda inmediatamente interrumpir la usucapión en curso y más tarde obtener la posesión material de la cosa, liquidando la situación anterior con el poseedor vencido, porque la propiedad pertenecía al vendedor o, pese a que no le pertenecía, porque el comprador con título inscrito es un tercero registral amparado por la Ley Hipotecaria (v. *Tráficojurídico...*, pág. 154.2).

Claro que esta cesión legal de la acción reivindicatoria *adicional y modificativa* de un contrato de compraventa *normal*, se diferencia de la cesión *directa*, al amparo del artículo 1.526, del derecho de propiedad incorporal y controvertido con la inseparable acción reivindicatoria del vendedor propietario desposeído, por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, cesión *directa* en la que el comprador *conoce* la situación de desposesión del vendedor, pues la cesión *directa* no requiere un adicional pacto de cesión de la acción reivindicatoria o una adicional cesión legal de la acción reivindicatoria. Obsérvese que la compraventa-cesión de un crédito pecuniario siempre implica una cesión *directa*, desde la constitución de Justiniano C. 4.39.9.

2. Tener la acción reivindicatoria es tener la propiedad de la cosa:
D. 6.1.63 de Papiniano y D. 50.17.15 de Paulo

1. Según MAX KASER (20), en el Derecho Romano clásico, para llevar a cabo el proceso reivindicatorio cuando se opta por el procedimiento *per*

(20) MAX KASER, *ob. cit.*, pág. 126.6 y pág. 127.8.

formulam petitoriam (y no por el procedimiento *per sponsionem*), el juez que estima que la propiedad pertenece al actor, emite una resolución de carácter provisional (*pronuntiatio*) dejando al arbitrio del demandado el restituir al actor *in natura* (*iussum de restituendo*). Si el demandado acata el *iussus* queda absuelto. En otro caso, por la sentencia es condenado en una cantidad de dinero de cuantía igual a la del valor pecuniario de la cosa en el momento de trabarse el litigio (*litis contestatio*) fijado por el actor mediante juramento (*iusiurandum in litem*), pese a que este valor de la cosa superará, en la generalidad de los casos, al valor que resultaría de una estimación judicial (*litis aestimatio*).

Si el poseedor demandado es condenado en dinero, desde Juliano tiene una situación similar a la del comprador que ha comprado la cosa al actor, así que el demandado que posee la cosa, desde el momento en que se dictó la sentencia pasa a ser un poseedor *ad usucapionem pro emptore*, y si el actor era, hasta el mismo momento, el dueño quiritarario de la cosa, el poseedor pasa a ser el propietario bonitario, si bien en la época de Justiniano (cuando ya no distingue al propietario quiritarario del propietario bonitario) pasa a ser el propietario (D. 6.1.46 de Paulo y D. 6.1.70 de Pomponio).

En cambio, si el demandado ha perdido la posesión de la cosa (un esclavo fugitivo) que un tercero posee en concepto de dueño, y el demandado puede ejercitar la acción reivindicatoria para recuperar la posesión perdida, el pretor le ordena que debe ceder la acción reivindicatoria al actor (D. 6.1.63 de Papiniano, v. *Transmisión...*, pág. 77). En este caso, el actor cesionario de la acción reivindicatoria, en situación procesal de comprador de la cosa al demandado, pasa a ser el propietario de la cosa en el mismo momento de la cesión, en cuanto puede ejercitar la acción reivindicatoria incluso contra aquel demandado cedente que ha logrado recuperar la posesión (al regresar, ser devuelto o capturado el esclavo fugitivo).

Así resulta que **el comprador-cesionario es el nuevo propietario de la cosa**, el *verus dominus*, el propietario verdadero, sin habersele entregado la cosa, **sin haber recibido la cosa**, si pertenece al vendedor, como demostró el catedrático italiano EDUARDO CARRELLI en su estudio monográfico sobre *L'acquisto della proprietà per «litis aestimatio» nel processo civile romano* (v. *Transmisión...*, pág. 76, comprado en Roma en 1953 y extensamente citado en mi estudio de 1980).

2. Por otra parte, pero con igual sentido, el jurisconsulto PAULO, el mismo autor del principio fundamental para el tráfico jurídico de cosas (D. 41.1.31.pr.) siglos más tarde denominado sistema del título y el modo, no considera que se opone al principio fundamental cuando escribe que (D. 50.17.15) «*is qui habet actionem ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*», o sea, «quien tiene la acción reivindicatoria tiene la cosa misma».

Si alguien afirma que le pertenece el derecho de propiedad sobre la cosa que actualmente otro posee en concepto de dueño por más de un año (como declarará una futura sentencia) y vende la cosa o el derecho de propiedad con la acción reivindicatoria, **erróneamente** se podría entender que, para cumplir el principio general del D. 41.1.31.pr., esta venta de la cosa o de la acción reivindicatoria ha de ir seguida de una tradición ficticia, que se dice es posible porque, según ficción de la ley del D. 50.17.15, quien tiene la acción reivindicatoria tiene la cosa, en el sentido de que tiene la posesión de la cosa **«posee la cosa»**, es el poseedor de la cosa.

Pero la ley no puede significar esto porque no puede fingir como si fuera cierto un hecho que *es actualmente imposible*, y en el caso considerado, el que afirma tiene la acción reivindicatoria contra un actual poseedor en concepto de dueño de la cosa, al hacer tal afirmación reconoce el hecho cierto de que no posee la cosa y que es imposible realizar la tradición de la cosa al comprador seguidamente a la perfección de la venta de su derecho de propiedad con la inseparable acción reivindicatoria porque ha de reivindicar judicialmente con oposición del demandado poseedor y quedaría diferida la entrega hasta la ejecución de la sentencia estimatoria firme.

En la regla 15, **«tiene la cosa»** significa «es **el dueño de la cosa**», es el propietario de la cosa, tiene el dominio de la cosa, tiene la propiedad de la cosa, actualmente sin la posesión, pero con la acción reivindicatoria para recuperarla, **le pertenece el derecho de propiedad** sobre la cosa, aunque actualmente no la posee, pero para recuperarla tiene la acción reivindicatoria contra el tercero actual poseedor en concepto de dueño.

De manera que si alguien vende su derecho de propiedad con la acción reivindicatoria contra un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, se ha de interpretar que transmite su derecho de propiedad como lo tiene, sin la posesión actual, pero con la acción reivindicatoria para recuperar la posesión, por lo que **el comprador adquiere el derecho de propiedad controvertido del propietario desposeído, sin la posesión actual y, por tanto, sin necesidad de que medie una actualmente imposible tradición o transmisión de la posesión, pero mediante la cesión de la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor en concepto de dueño, que sustituye a la tradición según la interpretación tradicional de la ley.**

Aunque **realmente** en el transmitido derecho de propiedad incorporado y controvertido del propietario desposeído está integrada la facultad de poseer y la derivada acción reivindicatoria contra el tercero poseedor en concepto de dueño para obtener la posesión, y se ha de entender que, en este sentido, **son sinónimos... la acción reivindicatoria... y el derecho de propiedad incorporado y controvertido con la inseparable acción reivindicatoria contra el tercero poseedor en concepto de dueño o derecho de propiedad o, simplemente, propiedad, del propietario desposeído.**

Es decir, que por el contrato de compraventa-cesión del derecho incorporal y controvertido de propiedad del propietario desposeído pero mediante la cesión legal simultánea de la inseparable acción reivindicatoria para recuperar la posesión de la cosa (o sea, por la compraventa del derecho de propiedad mediante la simultánea cesión legal de la acción reivindicatoria del propietario desposeído de la cosa por el tercero poseedor en concepto de dueño), **queda transmitido** por el vendedor-cedente y adquirido por el comprador-cesionario **el derecho de propiedad controvertido con la inseparable acción reivindicatoria**, sin necesidad de fingir que se ha realizado, seguidamente a la venta, una tradición que es imposible en la actualidad de la perfección del contrato, ...e incluso sin necesidad de rememorar que históricamente considerarla realizada una cesión o atribución *ex lege* de la acción reivindicatoria significaba que quedaba transmitida la propiedad por efecto del contrato de compraventa pese a que no se había realizado seguidamente una imposible tradición o transmisión de la posesión, **porque así lo ordenaba el edicto del pretor (D. 18.4.21)**.

Si el vendedor cedente verdaderamente es el propietario, aunque está desposeído y tiene la acción reivindicatoria para recuperar la posesión perdida como más tarde declarará la sentencia estimatoria de la reivindicación, a causa o por efecto del contrato de compraventa, pero mediante la simultánea cesión legal (*ex lege*) de la acción reivindicatoria también simultáneamente transmite al comprador y éste adquiere el derecho controvertido de propiedad sobre la cosa, lo que le permite inmediatamente interrumpir la posesión *ad usucapionem* y ejercitar la acción reivindicatoria en nombre propio, obviando los problemas de la *procuratio in rem suam*.

Así se interpreta la compraventa-cesión de la acción reivindicatoria en el último estadio evolutivo, ya superado el anticuado estadio de la *procuratio in rem suam*, en el que se quedó encallada la opinión de VALLET DE GOYTISOLO y de ALVAREZ CAPERACHIPI, como analicé en mi estudio sobre «Cesión de la acción reivindicatoria, escritura e inscripción» publicado en la *RCDI* de 1987.

Pese a que la doctrina española parecía haber olvidado la importancia de algunos textos romanos referenciados (D. 18.4.21, C. 4.39.9 y D. 6.1.63) que estaban vigentes en España antes de 1889, pues los intérpretes «auténticos», en cuanto legisladores, sólo hacen referencia al D. 50.17.15.

FLORENCIO GARCÍA GOYENA, el «padre» del Proyecto de Código Civil de 1851, califica a la acción reivindicatoria y al derecho del propietario desposeído como «cosa incorporal» y apoya su afirmación en dicha regla 15 del Derecho (v. *Tráfico jurídico...*, pág. 155.3).

PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el «padre» y comentarista auténtico de la Ley Hipotecaria de 1861, también cita dicha regla 15 del Derecho, para apoyar su criterio de que la expresión «cesión de la **acción reivindicatoria**» equi-

vale a la expresión «cesión del **derecho del propietario** cuando otro es el poseedor» en concepto de dueño [cuando el propietario está desposeído] y, en consecuencia, para fundamentar su criterio de que puede y debe inscribirse la escritura notarial en la que vende o cede la finca o su derecho de propiedad el propietario según el Registro de la Propiedad, el titular registral actual del dominio, aunque luego resulte que estaba desposeído, pues transmite su derecho sin mediar tradición cuando ésta es imposible porque existe un poseedor en concepto de dueño que intenta usucapir contra el titular registral propietario desposeído (v. *Tráfico jurídico* ..., pág. 156.4).

Lo dice expresamente y con toda claridad al analizar tal equivalencia en su comentario al artículo 2.º y al diferenciar una inscripción segunda de una inscripción inmatriculadora al estudiar el principio del tracto sucesivo registral en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1861, es decir, que trata la cuestión en dos partes diferenciadas de su obra, no en una sola ni de manera incidental o de pasada.

Al tratar del artículo 2.º expone que «El célebre jurisconsulto PAULO dijo en un fragmento, que por su importancia ha sido colocado en el Digesto: *is qui habet actionem ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur* (Ley 15, Tít. XVII, L. L del Dig.) pero esta regla no debe ser entendida literalmente porque, sin duda, es mejor tener la cosa que la acción, según concisamente escribe POMPONIO (Ley 204 del mismo título y Libro); lo que quiere decir es que, por ficción del Derecho, **el dominio de la cosa no poseída por el dueño está reemplazado por la acción reivindicatoria**» [en este sentido, la acción reivindicatoria reemplaza o representa al dominio del propietario desposeído hasta que la sentencia estimatoria declara la pertenencia del dominio al comprador y éste obtiene la posesión].

«El que [al vender una finca, verdaderamente] traspasa a otro la acción reivindicatoria de una cosa inmueble no le traspasa la [posesión de la] misma cosa; lejos de esto, al adquirente se transfiere un derecho [de propiedad pero incorporal y controvertido, que faculta para poseer pero que actualmente no está acompañado por la posesión y] más o menos dudoso, *más o menos controvertible* o contestable: su acción ha de correr los azares de un pleito; pero si llega a triunfar, si la acción que antes representaba el dominio es reemplazada por la declaración judicial [de la pertenencia] del mismo, no puede decirse que este dominio, que esta propiedad, tiene como título la sentencia; ésta sólo se ha limitado a hacer la declaración de una cuestión litigiosa [sobre pertenencia del dominio] no a transferir la propiedad: el derecho del adquirente [propietario] arranca de la compra, de la cesión, de la causa legítima en virtud de la cual adquirió la acción: el fallo ha hecho solamente depurar el derecho [la pertenencia del dominio], dar al [comprador] adquirente lo que a no habérsele traspasado la acción no le correspondería, poner límite a las alternativas y terrores del litigio, y *considerar como*

dueño al cesionario, no desde el día de la ejecutoria [como entendieron VALLET DE GOYTISOLO y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ] sino *desde el traspaso de la acción* [por efecto del contrato de compraventa], lo que es una prueba de que este acto es el traslativo del derecho real».

En resumen, se ha de recordar que según el Derecho Civil español anterior a la Ley Hipotecaria y al Registro de la Propiedad, conforme a la «regla del Derecho número 15» del Digesto de Justiniano, el contrato de compraventa-cesión *expresamente* referido al derecho del vendedor que **manifiesta** ser propietario no poseedor de una finca porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño, es un contrato transmisivo del derecho de propiedad del vendedor, simultáneamente, sin necesidad de fingir la existencia de una tradición que es actualmente imposible, y también es un contrato obligatorio.

A primera vista parece que GÓMEZ DE LA SERNA alude exclusivamente al comprador mediante escritura notarial en la que se **manifiesta** la situación de desposesión del vendedor, para preconizar como posible y conveniente o necesaria su inscripción registral, en cuanto polemiza enfrentándose al caso más «sorprendente» para quienquiera que, como él mismo, es paladín de la vigencia del sistema del título y el modo, aunque sea un caso poco frecuente, ya que podría ser más frecuente que la escritura **silenciara** la desposesión del vendedor para no plantear dudas al registrador que ha de calificar antes de inscribir, y aún más frecuente podría ser el **desconocimiento** de la desposesión del vendedor, que sólo pasa a ser conocida después de practicada la inscripción.

También para estos casos es evidentemente válida la argumentación de GÓMEZ DE LA SERNA, pese a sus contradictores, porque según las normas vigentes entonces (D. 18.4.21 y D. 50.17.15) cuando el comprador desconoce la situación de desposesión del vendedor resulta adquirente del controvertido derecho de propiedad del vendedor con la acción reivindicatoria mediante la cesión *ex lege* de ésta.

Después de entrar a regir el Código Civil de 1889, al amparo de su artículo 6.2, dicha regla 15 puede invocarse y aplicarse como principio general del Derecho.

B-1) *Compraventa-cesión directa de un derecho incorporal:
el del acreedor pecuniario o el del propietario desposeído
por un tercero poseedor en concepto de dueño por más
de un año: artículo 1.526*

1. El artículo 1.526 del Código de 1889 vigente, adopta el principio general de la constitución de Justiniano (C. 4.39.9) que equipara todas las ventas-cesiones directas o propiamente dichas de derechos incorporales o

acciones, sean personales o reales, para los que dispone u ordena una transmisión directa o por efecto sólo y simultáneo de la perfección del contrato de compraventa, sin requisito adicional al contrato y sin demora respecto al momento de su perfección.

Así, **el artículo 1.526 es el artículo primordial para la especial venta-cesión directa de un derecho incorporal** propiamente dicho (excluidos los derechos reales parciales cuasi posesorios, susceptibles de cuasi tradición, a los que el art. 1.464 denomina ambiguamente derechos incorporales en vez de derechos cuasi corporales o cuasi posesorios como pudo haber dicho).

Complementando lo dispuesto por el artículo 609.2, al final (para la transmisión de la propiedad de una cosa «por consecuencia» del contrato de compraventa, pero «mediante la tradición») el artículo 1.445 es el artículo primordial para la *normal* venta de una *cosa corporal* (o sea, del derecho de propiedad y de la posesión de una cosa que el propietario posee en concepto de dueño) seguida de la tradición o de un *derecho real cuasi posesorio*, seguido de la cuasi tradición a la que se refiere el artículo 1.464.

Ahora bien, el Código Civil añade el artículo 1.526 para las peculiaridades de la *especial* venta-cesión directa de un *derecho incorporal* o (sinónimamente) *acción*, sin adicionar a una compraventa normal un antiguo acuerdo o pacto o poder o mandato de *procuratio in rem suam*.

El artículo 1.526 comprende la venta-cesión *directa* del derecho incorporal a recibir la posesión para adquirir la propiedad de la cantidad de dinero del precio correspondiente a una venta anterior, que se debe al ahora vendedor-cedente del crédito, a quien pertenece el crédito por haber sido el vendedor tradente de una cosa antes de recibir su precio.

El artículo 1.526 comprende también la venta-cesión *directa* del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño desde hace más de un año, derecho del que deriva y es contractualmente inseparable la acción reivindicatoria correspondiente para defender la pertenencia del derecho y recuperar el «corpus» o la corporalidad de la cosa, interrumpiendo la posesión *ad usucapionem* antes de que el poseedor llegue a adquirir la propiedad por usucapión consumada. Venta o cesión **directa** de un derecho de propiedad incorporal que presupone el que ambas partes **conocen** la situación de desposesión del vendedor.

Venta especial que es distinta de la venta normal, que presupone la posesión del vendedor en cuanto ha de entregar y transmitir la posesión en concepto de dueño para que resulte transmitida la propiedad conforme al artículo 609.2, al final, al 1.095 y al 447.

Sin perjuicio de que cuando tal presuposición, propia de la venta normal, resulte no ser cierta porque se desconocía que el vendedor estaba desposeído en el momento de la perfección del contrato y no puede realizar seguidamen-

te la tradición de la cosa, la ley (antes D. 18.4.21, hoy art. 1.186) sustituye la tradición que transmite la posesión para la transmisión de la propiedad por la denominada cesión legal o atribución *ex lege* al comprador de la acción reivindicatoria que defiende la pertenencia del derecho de propiedad, propiedad que así se atribuye actualmente al comprador como anteriormente perteneció al vendedor y, en consecuencia, para que pueda obtener la posesión.

2. Por el contrato de compraventa-cesión directa del artículo 1.526, el derecho de propiedad del vendedor propietario desposeído con la inseparable acción reivindicatoria queda transmitido por efecto del contrato, *solamente*, y en el momento de su perfección, *simultáneamente*, al comprador-cesionario. En cambio, si se hubiera contratado una venta normal del artículo 1.445 técnicamente se requiere una simultánea cesión legal sustitutiva del deber de hacer tradición de la cosa, que es imposible en el momento de la perfección del contrato y seguidamente al mismo porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño de la cosa y se atribuye la pertenencia del derecho de propiedad desde antes de dicha perfección, contra el que sólo cabe ejercitar judicialmente la acción reivindicatoria que diferiría la posibilidad de realizar la entrega hasta después de recuperar la posesión en ejecución de la sentencia estimatoria.

3. Obsérvese que, al igual que la compraventa normal del artículo 1.445, la compraventa-cesión directa del artículo 1.526 puede ser verbal. Si lo fuera, resultaría difícil probar su fecha frente al tercero, sea el deudor del crédito o sea el poseedor de la cosa reivindicada, pero el artículo 1.526 dispone que «la cesión de un ...derecho o acción... [será oponible a tercero] surtirá efecto contra tercero *desde* que su fecha deba tenerse por cierta de conformidad a los artículos 1.218 y 1.227. Si se refiere a un inmueble [inmatriculado y a un tercero registral protegido] desde la fecha de su inscripción en el Registro» (21).

De esta manera, la *fecha fehaciente* del contrato de venta-cesión directa del derecho incorporal del propietario desposeído equivale, a efectos probatorios, a la *fecha* de la transmisión de la posesión en concepto de dueño mediante tradición de la cosa que ha de seguir al contrato de compraventa del derecho de propiedad corporal del vendedor propietario poseedor que transmite su posesión en concepto de dueño para que resulte transmitida su propiedad (arts. 609, al final, 1.095, 1.462.1 y 447).

(21) Con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, los artículos 1.218 y 1.227, aludidos en el artículo 1.526.1 se han de complementar, respectivamente, con los artículos 319.1 y 326.1 y 2 de la LEC.

Aparte de esto, la referencia del artículo 1.526.2 a la inscripción registral para la compraventa-cesión es equivalente al significado del artículo 606 (art. 23 LH de 1861 o art. 32 de la LH vigente) para la compraventa normal.

Así, la tradición de la cosa adicional a su venta, en cuanto cambio del poseedor en concepto de dueño de la cosa con presunción de título de pertenencia (art. 448) cumple una función de apariencia y prueba del contrato de compraventa y del cambio de propietario, mientras que cuando no cabe hablar de una tradición adicional a una compraventa porque se vende o cede directamente un derecho de propiedad incorporal y controvertido (art. 1.526), la escritura notarial, forma escrita del contrato, cumple una función exteriorizadora o de apariencia y prueba del contrato de cambio del titular del derecho incorporal o acción (arts. 1.218 y 1.225 Código Civil y arts. 319.1 y 326.1.2, LEC 1/2000, de 7 de enero).

Sin olvidar que el artículo 1.462.2 formula un sentir generalizado secularmente: Que la escritura notarial prueba la consumación de la transmisión de la propiedad de la cosa, si pertenece al vendedor. Sin afectar a la eficacia de la inscripción registral atributiva de la propiedad de la cosa pese a no pertenecer al vendedor en los casos a que se refieren los artículos 32, 34, 36, 37 y 40 LH.

4. El efecto transmisivo simultáneo a la perfección de la compraventa-cesión directa respecto al derecho incorporal vendido no excluye el efecto obligatorio del mismo contrato, es decir, el derecho personal del cesionario contra el cedente para exigirle la garantía de la pertenencia, y la responsabilidad procedente si no se cumple el contratado resultado de intercambio de propiedades con la adquisición de la propiedad y de la posesión de la cosa a cambio de la adquisición de la posesión y de la propiedad de la cantidad de dinero del precio de la venta-cesión. El vendedor responderá, en caso de evicción del cesionario demandante en el juicio reivindicatorio, si la sentencia declara que el derecho de propiedad pertenece al poseedor y no pertenecía al cedente, pero en la medida que se haya pactado la garantía en caso de evicción del «contrato sometido a los azares de un pleito» futuro, dada la situación de controversia que ha de concretarse en un litigio o juicio reivindicatorio sobre la pertenencia del derecho entre el poseedor por una parte (art. 448) y el comprador y el vendedor por otra parte (art. 348.2) (un contrato que es distinto de un contrato puramente aleatorio con total exención de responsabilidad).

5. Al perfeccionarse la compraventa-cesión del derecho de propiedad del propietario desposeído de la cosa, del que es inseparable la acción reivindicatoria, el comprador-cesionario lo adquirió *simultáneamente* y como propietario (en nombre propio) actúa al demandar al poseedor, sin la demora que conllevaba la antigua *procuratio in rem mam*.

6. Por otra parte, el período de controversia y posterior litigio hasta la ejecución de la sentencia firme no equivale al período intermedio entre el momento de la perfección del contrato de compraventa normal (cuando el vendedor es el poseedor) y el momento de la tradición (art. 1.095) o el momento de la supletoria ejecución judicial (art. 1.096).

La puesta en posesión por el juez en ejecución de la sentencia estimatoria de la reivindicación, *contra* la voluntad del poseedor *tercero*, no equivale a la puesta en posesión judicial *contra* la voluntad del poseedor *vendedor* (art. 1.096), porque no es una forma de dar cumplimiento a una obligación de entregar la cosa, obligación que sólo puede asumir el vendedor poseedor.

La sentencia no ordenará la puesta en posesión del comprador al amparo del artículo 1.096 para que el comprador adquiera la propiedad, sino que ordenará la puesta en posesión del comprador, como propietario desde la fecha de la compraventa-cesión, para que con el comprador (no con el vendedor) liquide el poseedor vencido su situación posesoria anterior (arts. 451-458) (22).

7. Por aplicación del artículo 1.466, al concertar el contrato de compraventa-cesión, el comprador cesionario habrá pagado el precio si no se ha señalado un plazo para el pago que puede ser posterior a la liquidación de la indemnización convenida con el comprador en consideración a la situación de controversia y litigio probable.

8. En la «teoría» de la cesión de la acción reivindicatoria, el supuesto del conocimiento de la desposesión por el comprador es el supuesto de hecho **primordial** y a él se reconduce el D. 18.4.21 y el artículo 1.186 cuando el comprador ha optado por mantener la vigencia del contrato de compraventa pese a su inicial desconocimiento de la desposesión del vendedor.

Es decir, que el artículo 1.526 se refiere primordialmente al supuesto en que el comprador, en el momento de la perfección del contrato de compraventa **conoce** la situación de desposesión del vendedor, como se ha visto al tratar del comentario de GÓMEZ DE LA SERNA al D. 50.17.15.

Pero es lógico interpretar que el artículo 1.526.1 *también comprende* el caso en que al perfeccionarse la compraventa el comprador **desconoce** la situación de desposesión del vendedor y *al conocerla después*, conforme al principio general deducido del precedente histórico invocado (D. 18.4.21) al estudiar el artículo 1.186, **opta por mantener la vigencia del contrato porque le interesa adquirir la propiedad de la cosa aunque tenga que ejercitar la acción reivindicatoria para obtener la posesión con llamamiento en garantía del vendedor** (art. 1.482).

(22) En este sentido, como ya advertí al final de la primera nota al pie de este estudio, se ha de entender el subtítulo de mi obra *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (Condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor [art. 1.095] o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el juez [art. 1.096], e incondicionada cuando el vendedor está desposeído [art. 1.526]* en cuanto **la tradición** a la que alude el artículo 609.2, al final, **queda sustituida ex lege por la cesión de la acción reivindicatoria**, conforme al D. 18.4.21 y a los artículos 1.186 y 1.462.2.

Como si el comprador hubiera conocido la desposesión y en vez de una compraventa ordinaria, conforme al artículo 1.445, hubiera concertado una compraventa-cesión directa del derecho de propiedad incorporal y controvertido, conforme al artículo 1.526, o como si, previsoramente, hubiera contratado una compraventa normal conforme al artículo 1.445, pero con el pacto de cesión de la acción reivindicatoria o de no exigencia de la entrega si acaso el vendedor estuviera desposeído, adaptando la cláusula de responsabilidad en caso de evicción.

9. Respecto a la compraventa-cesión de un crédito pecuniario se ha de tener en cuenta lo que se ha concretado en el párrafo anterior al inicial sobre el D. 6.1.63, porque el crédito pecuniario, por su naturaleza jurídica, no es un derecho controvertido aunque pueda llegar a serlo e incluso pasar a ser un crédito litigioso, y en esto se diferencia claramente de la compraventa-cesión directa del derecho de propiedad incorporal del vendedor desposeído, que es un derecho de pertenencia controvertida de manera que la controversia normalmente se decidirá en un litigio o juicio reivindicatorio en el que se ejercitará una acción sustitutiva de una tradición imposible para el vendedor.

B-2) *Compraventa de una cosa mediante escritura notarial, simultáneamente transmisiva de la propiedad salvo pacto contrario. Usualmente denominada venta mediante TRADICIÓN instrumental ex lege de la cosa. Históricamente se configura como una venta mediante CESIÓN instrumental ex lege de la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor en concepto de dueño, SUSTITUTIVA ex lege de la tradición actualmente imposible: artículo 1.462.2*

El artículo 1.462.2 se refiere a una escritura notarial normal:

El vendedor ha manifestado y contratado que es el propietario de la cosa y que la posee por el notarialmente referenciado «título adquisitivo», en el sentido jurisprudencial de fundamento de la adquisición, acaso por efecto de un contrato de compraventa pero mediante tradición de la cosa. No se incluye un pacto de cesión de la acción reivindicatoria del vendedor contra un eventual tercero poseedor durante más de un año. La posible desposesión del vendedor al perfeccionarse la venta es desconocida por el comprador, aunque si la conociera no dejaría de ser aplicable el precepto.

El comprador ha cumplido su obligación porque ha entregado el dinero del precio (en el mismo acto o antes, según confesión) o ha pactado el aplazamiento del pago a satisfacción del vendedor (1.466).

Se trata de una norma civil, no registral, que no tiene en cuenta si la finca vendida está registrada o no.

Como ordena el artículo 1.462.2, el otorgamiento de la venta que se formaliza mediante escritura notarial equivale o produce efecto similar al del otorgamiento de la venta con entrega de la cosa simultánea a la perfección del contrato, así que el comprador no puede exigir al vendedor que realice la entrega, pese a que no ha recibido la posesión en concepto de dueño de la cosa porque la tiene un tercero poseedor desde hace más de un año, y el comprador es el nuevo propietario desde la fecha de la escritura notarial, excepto si resulta debidamente pactado en la misma escritura de compraventa un pacto contrario al similar efecto ordenado por el artículo.

Por tanto, si un tercero afirma que al otorgarse la venta formalizada mediante escritura notarial era el poseedor en concepto de dueño porque era el propietario y se opone a que el comprador realice actos de toma de posesión como dueño, queda planteada una **controversia** acerca de la **propiedad** de la cosa, de la **pertenencia** de la cosa o **de la pertenencia del derecho de propiedad sobre la cosa**, al poseedor con título presunto (art. 448) o al vendedor antes de la venta y derivativamente al comprador después de la compra.

2. Según *sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1912*, que invoca el artículo 1.462.2 del Código Civil, este comprador enfrentado al tercero poseedor en concepto de dueño no puede actuar judicialmente contra el vendedor desposeído alegando incumplimiento de la obligación de entregar la cosa y exigiendo la entrega material actual (no que la reivindique y luego se la entregue materialmente) o exigiendo supletoriamente que se declare invalidado el contrato, pero puede actuar judicialmente contra el tercero poseedor para obtener la posesión.

Aunque la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 1912, se refiere a una finca inmatriculada, lo cierto es que resuelve el caso de autos con normas civiles y no registrales, precindiendo de que la finca está inmatriculada registralmente y de que existe una inscripción registral de dominio a favor del vendedor.

2.1. Según opinión muy arraigada, que es la de ALBALADEJO y LACRUZ, la sentencia interpreta que el comprador adquiere la propiedad por consecuencia del contrato de compraventa pero mediante una «*tradición instrumental*», que se llega a denominar «tradición instrumental **incorporal**» para diferenciarla de la tradición instrumental corporal, de la verdadera tradición instrumental por pacto de *constituto posesorio* cuando el vendedor es el poseedor de la corporalidad de la cosa en concepto de dueño.

Se quiere considerar cumplido el artículo 609.2, al final (cuando dice «mediante la tradición»), mediante una *forma de tradición ficticia* en su grado máximo, porque es una tradición totalmente independiente del *corpus* de la cosa y en este sentido es una tradición *incorporal*, una tradición fundada en la **forma instrumental**, solamente.

La transmisión de la propiedad se produce por efecto del contrato de compraventa y de la escritura notarial que lo formaliza, como si fuera una forma de tradición adicional al contrato, aunque es simultánea a la perfección de éste.

Sin perjuicio del pacto en contra del efecto legal, que sólo será admisible si resulta o se deduce claramente de la misma escritura notarial.

2.2. Contra esta interpretación continúo manteniendo que cuando el vendedor mediante escritura notarial está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño, la ley impone que simultáneamente al otorgamiento de la venta, en la fecha de la escritura, *la transmisión de la propiedad de la cosa se produce por efecto del contrato escriturado o instrumentado, sin necesidad de una adicional tradición o de que incluya un adicional pacto de cesión de la acción reivindicatoria, porque la tradición y el pacto están sustituidos por la simultánea cesión legal (ex lege) de la acción reivindicatoria*, históricamente.

Y entiendo que *hablar, en tal caso, de una tradición incorporal es hablar de una entelequia*, porque secularmente la tradición es la transmisión de la posesión en concepto de dueño y en el caso considerado la posesión la tiene un tercero, antes y después de la fecha de la escritura, y no hay cambio de poseedor, ni en forma real ni en forma ficticia.

Sin olvidar la cuasi tradición que se refiere a los derechos reales parciales, denominados cuasi posesorios, y desacertadamente derechos incorporales en el artículo 1.464.

2.3. En el fondo y por la finalidad perseguida, todos estamos de acuerdo en que *se trata de una compraventa especial o excepcional respecto a la compraventa normal* u ordinaria, en cuanto queda excluido el poder exigir el cumplimiento de la normal condición de la ley para la efectiva transmisión *mediata* de la propiedad de la cosa, que es la transmisión voluntaria de la posesión en concepto de dueño, simultánea o inmediata a la perfección del contrato, porque la tradición es *imposible simultáneamente a la perfección del contrato o seguidamente a la perfección (sequeretur*, según dice el D. 41.1.31.pr.) o seguidamente al pago del precio o a la manifestación de estar dispuesto a pagarlo el comprador (art. 1.466), ya que para entregar la cosa habría que recuperar la posesión reivindicando contra la oposición del poseedor, lo que difiere a un futuro más o menos tardío la posibilidad de entregar.

2.4. Pero la mayoría de los autores prefiere acariciar la idea de que *se desvirtúa* la «teoría» del título y el modo «si se cree» que en el caso considerado no existe una tradición instrumental.

2.5. Pese a que el caso considerado, desde hace muchos siglos y al menos hasta los tiempos de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, nunca ha podido ser entendido como un supuesto de tradición transmisiva de la posesión en

concepto de dueño y siempre ha sido entendido como un supuesto específico de la «teoría» general de la cesión de acciones o derechos a causa o por efecto de un contrato de compraventa, que no se opone incompatiblemente a la «teoría» del título y el modo y a los supuestos típicos de su aplicación histórica, porque complementa el principio fundamental del sistema legal del contrato de compraventa transmisivo de la propiedad de la cosa mediante la tradición de la posesión en concepto de dueño al resolver el problema civil que plantea la desposesión del vendedor sin más que sustituir la tradición por la denominada cesión de la acción reivindicatoria, que es la solución notarial multiseccular.

Lo que dispone el artículo 1.462.2 cuando el que vende mediante escritura notarial está desposeído es que, por efecto del contrato de compraventa, pero sin necesidad de una adicional tradición, sustituida por la cesión legal (ex lege) de la acción reivindicatoria, simultánea a la perfección del contrato, se produce la transmisión del derecho de propiedad incorporal y controvertido con la inseparable acción reivindicatoria del propietario desposeído contra el tercero poseedor en concepto de dueño.

No por la aplicación del artículo 609.2, al final (no por consecuencia del contrato de compraventa mediante la tradición), exclusivamente, sino *complementariamente por la aplicación de la «ley» del Código Civil que rige la transmisión de las acciones y derechos incorporales a causa del contrato de compraventa*, para la que resulta excluida la obligación de transmitir la posesión en concepto de dueño, conforme a los artículos 1.526, 1.186 y 1.462.2, que es una de las «leyes» genéricamente aludidas por el artículo 609.2, al principio, cuando dice que «la propiedad... se transmite *por la ley* o por donación, sucesión... y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición» y que es *una ley procedente de otras leyes del Derecho español (D. 18.4.21 y D. 50.17.15, de PAULO ambos textos, más otras normas)* originarias del Derecho Romano muchos siglos atrás, pero invocadas como subsidiarias del Derecho Patrio hasta que entró en vigor el Código Civil de 1889, unas leyes o normas del Derecho español coordinadas a lo largo de una evolución histórica normativa y práctica que la doctrina española parece ha olvidado, aunque todavía conservan su valor como antecedente histórico fundamental y por la vía de los principios generales del Derecho, después de subsumidas o integradas en los artículos 1.526, 1.186 y 1.462.2 del Código Civil (ver citas en *Tráfico jurídico...*, pág. 174, n. 51).

3. En el Proyecto de Código Civil español de 1851, el comprador adquiere el derecho de propiedad sobre la cosa por el contrato de compraventa solamente, y según el proyectado artículo 1.385, «cuando, por disposición de la ley o por la voluntad de las partes, se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario».

Es decir, que por el otorgamiento de la venta mediante escritura notarial, el Proyecto de 1851 consideraba cumplida la obligación de entregar y transmitir la posesión en concepto de dueño, como si se hubiera realizado la entrega por pacto expreso de *constituto posesorio*, según práctica usual histórica desde el siglo XIII, destacada por GIASON DEL MAINO y recientemente por BUSSI y por COLÍN y CAPITANT, que faculta al comprador para realizar actos de toma de posesión material por sí solo (porque secularmente el pacto sobre la transmisión de la posesión en concepto de dueño implicaba simultáneamente el cumplimiento de la obligación de entregar y la efectividad de la transmisión del dominio).

Contra lo que pudiera parecer, este proyectado artículo no procede del Código francés, y GARCÍA GOYENA cita como precedente el Código de Vaud (Lausana).

Pero es claro que este proyectado artículo se refiere a un comprador ya propietario por el contrato de compraventa solamente. Por tanto, puede aplicarse al vendedor poseedor, pero no puede aplicarse al vendedor desposeído.

Este proyectado artículo implicaba que *si el vendedor es el poseedor* en concepto de dueño, el comprador, ya propietario, no puede exigir al vendedor la entrega material de la cosa o, en su defecto, la rescisión o «resolución» del contrato y de la transmisión de la propiedad, salvo pacto contrario al efecto legal adecuadamente resultante de la misma escritura de compraventa.

Este proyectado artículo ordenaba un efecto legal equivalente a la entrega de la cosa a causa de la venta, como si se presumiese existente en la escritura un pacto expreso, secularmente usual en las escrituras notariales, de tradición ficticia por *constituto posesorio*, y por esto si el vendedor era el poseedor en concepto de dueño de la cosa en el momento de otorgarse la venta, simultáneamente, por efecto de la ley, dejaba de poseer como dueño aunque continuara poseyendo materialmente, porque había pasado a poseer «en nombre» del comprador, mientras que el comprador devenía poseedor en concepto de dueño aunque no poseía materialmente la cosa. Como propietario y poseedor, por sí solo podrá realizar actos de posesión material de la finca, y si acaso el vendedor se opone el comprador podrá desahuciarle.

Este proyectado artículo no sería aplicable *si el vendedor estuviera desposeído* porque el comprador, ya propietario, no puede exigir al vendedor la entrega material de la cosa en cuanto supondría exigirle que reivindique para recuperar la posesión material y entregársela después, cuando el vendedor ya no es el propietario y no puede reivindicar en nombre propio (sin olvidar que, con el sistema del título y el modo vigente en 1851, dejando aparte el proyecto fracasado, el vendedor poseedor debe entregar la cosa pero si está desposeído por un tercero no está obligado a reivindicarla para entregarla). El comprador, propietario por el contrato de compraventa solamente, puede reivindicar para obtener la posesión. Sería innecesario e

improcedente, al contratar la compraventa, acordar un pacto de cesión de la acción reivindicatoria.

En el Código Civil español de 1889, el artículo 1.385 del Proyecto de 1851 pasa a ser el artículo 1.462.2, casi literalmente (dice equivaldrá en vez de equivale) y como aquél ha de interpretarse referido primariamente a la obligación de realizar la entrega de la cosa, sin perjuicio de la eficacia transmisiva de la propiedad que es propia del contrato de compraventa pero mediante la tradición.

Ahora bien, el Código vigente no acoge el sistema francés del Proyecto de 1851, sino que mantiene el sistema tradicional del título y el modo.

Por tanto, el artículo 1.462.2, al igual que su precedente del Proyecto de 1851, puede aplicarse al caso del vendedor poseedor en concepto de dueño, y en tal caso implica que la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa es simultánea a la perfección del contrato en la fecha de la escritura, como si hubiera un pacto de *constituto posesorio* y tradición instrumental legalmente presupuesto, sin perjuicio de un pacto contrario al efecto ordenado por la ley resultante de la misma escritura de compraventa, adecuadamente.

Pero queda pendiente averiguar de qué manera el artículo 1.462.2, a diferencia de su precedente del Proyecto de 1851, puede aplicarse al caso del vendedor desposeído, concretamente como si hubiera un pacto de cesión de la acción reivindicatoria legalmente presupuesto, salvo pacto contrario al efecto ordenado por la ley y adecuadamente resultante de la misma escritura de compraventa.

Secularmente, ambos pactos, el de *constituto posesorio* y el de cesión de la acción reivindicatoria, están íntimamente relacionados y unidos, como pactos expresos, desde la escritura notarial medieval de compraventa de RAINIERO DE PERUSIA en 1226, como destaca BUSSI en Italia, COLÍN y CAPITANT en Francia y el formulario de GARCÍA GOYENA en España; y ambos pactos expresos, conjuntamente, han excluido la posibilidad de que el comprador, que intenta realizar actos de toma de posesión material de la cosa y tropieza con la oposición, no ya del vendedor sino del tercero poseedor en concepto de dueño, diga al vendedor que si no hace cesar la oposición para que pueda tomar posesión material pedirá la invalidación o rescisión («resolución») del contrato por incumplimiento de la obligación de entregar la cosa; y ambos pactos expresos han excluido tal posibilidad para evitar cuestiones entre comprador y vendedor, para que sea el comprador quien actúe contra el tercero con llamamiento en garantía del vendedor con el fin de obtener su asistencia procesal y de poder exigirle su responsabilidad en caso de evicción por haber vendido cosa ajena, sin perjuicio de que pueda desistirse de mantener el contrato y pida su invalidación dentro de un breve plazo.

4. En el tráfico jurídico de cosas y derechos se consideran tres aspectos diferentes (23):

El contrato de **compraventa**, que implica un intercambio de propiedades, de la cosa y de la cantidad de dinero del precio, con reciprocidad justa.

La **escritura** de compraventa, que está autorizada por un notario para ambas partes contratantes, con imparcialidad en su *as e sor amiento* para la formación de la voluntad contractual y como *testigo cualificado que autentica una prueba de la recíproca adquisición de la propiedad de la finca y de la cantidad de dinero del precio a causa de un contrato de compraventa*, sin perjuicio del posible aplazamiento del pago del precio que implica la adquisición de un crédito pecuniario cesible.

La **inscripción registral** de la escritura notarial probatoria, apta para su publicación por el Registro, por la que se **atribuye** la propiedad de la finca al comprador pese a que el vendedor no sea el dueño en los casos que concreta la Ley Hipotecaria (arts. 32, 34, **36**, 37 y 40, al final), en los que no es oponible al comprador tercero registral inscrito la acción reivindicatoria ejercitada por quien sería el propietario si no existieran tales normas, que **aseguran** la adquisición y pertenencia del derecho no derivativamente sino por efecto de la ley registral.

Ante todo, procede recordar que la escritura o instrumento notarial de compraventa, al menos desde los tiempos de ROLANDINO PASSAGGERI en el siglo XIII hasta la codificación de 1889, es forma (no esencial) y prueba del contrato de compraventa y es prueba de su cumplimiento por ambas partes:

4.1. La escritura notarial de compraventa es **prueba de la transmisión de la propiedad del dinero del precio** o de su aplazamiento a satisfacción del vendedor con el correspondiente nacimiento de un derecho de crédito pecuniario disponible o cesible (*jus ad pecuniam*).

Para que se pueda considerar cumplida una exigencia que en tiempos de ROLANDINO (y hasta el Código Civil de 1889) era condición de la ley para la transmisión de la propiedad *de la cosa* o finca (Inst. 2.1.41 y D. 18.1.19).

4.2. La escritura notarial de compraventa es **prueba de la transmisión de la propiedad de la cosa**, si pertenece al vendedor. Porque la escritura notarial no prueba la pertenencia de la cosa ni menos aún la atribuye a diferencia de la inscripción registral.

(23) A estos tres aspectos se refiere el título de mi estudio *Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción*, citado en la primera nota al pie del presente, que pretende precisar algunas ideas acerca de la eficacia *transmisiva* del contrato, la eficacia *probatoria* de la escritura y la eficacia *atributiva y aseguradora* de la inscripción registral.

Porque, si el vendedor es el propietario poseedor, la posesión queda transmitida mediante tradición ficticia por pacto de *constituto posesorio* en la escritura de compraventa. Por pacto expreso en tiempos de ROLANDINO y hasta la codificación de 1889. Por efecto de la ley salvo pacto contrario según el **artículo 1.462.2** del Código Civil de 1889, de manera que así se cumple el artículo **609.2, al final**.

Porque, hasta 1889, si el vendedor está *desposeído*, su derecho de propiedad incorporal y controvertido con la inseparable acción reivindicatoria queda transmitido mediante **pacto** de cesión de la acción reivindicatoria adicional al contrato de compraventa, expreso en la misma escritura de compraventa (encabezando las demás acciones del vendedor respecto a la cosa).

Desde el tiempo de ROLANDINO era un pacto instrumentado expresamente, secularmente usual hasta la codificación de 1889, porque respondía a una normativa sustantiva y procesal que lo hacía conveniente, teniendo en cuenta dichos textos (D. 18.4.21 y D. 50.17.15), como puede comprenderse al leer lo que dijeron FLORENCIO GARCÍA GOYENA, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, JOSÉ MARÍA MANRESA y MORELL, y al leer lo que dice la *sentencia del Tribunal Supremo, del 12 de abril de 1890, para un supuesto de hecho anterior al Código Civil de 1889*.

Ahora, el Tribunal Supremo, en *sentencia de 20 de enero de 1912, interpreta* que el artículo 1.462.2 dispone, salvo pacto contrario, que si el vendedor está desposeído, por el contrato de compraventa formalizado mediante escritura notarial se produce la transmisión del derecho de propiedad con la acción reivindicatoria, que es el mismo efecto del contrato de compraventa con pacto de cesión de la acción reivindicatoria, como si lo hubiera y se considerara legalmente presupuesto salvo pacto contrario, de manera que así se cumple la normativa vigente, integrada por el artículo 609.2, al principio, y concretamente «por la ley» que contiene el artículo 1.526 junto con el artículo 1.186 y el artículo 1.462,2 (por analogía histórica, según el D. 18.4.21, entre la pérdida de parte de una cosa y la pérdida de la posesión de una cosa) y con el artículo 1.482 sobre la intervención procesal del vendedor llamado en garantía al proceso reivindicatorio.

Se trata de una interpretación jurisprudencial históricamente fundada, aunque argumentarla requiere reconstruir la muy concreta historia de la compraventa-cesión transmisiva del derecho de propiedad del propietario desposeído, llamada compraventa-cesión de la acción reivindicatoria o simplemente cesión de la acción reivindicatoria, con un cierto esfuerzo de investigación ineludible.

5. El artículo 1.462.2 ordena que «el otorgamiento» de la venta formalizada mediante escritura notarial «equivaldrá a la entrega» de la

cosa, si no resultare o se dedujere claramente lo contrario de la misma escritura notarial (v. *Tráfico jurídico...*, pág. 176).

Según esta norma, la obligación de entregar la cosa se considera cumplida simultáneamente a la perfección del contrato, en la fecha de la escritura, por efecto legal de una ley dispositiva, que así, implícitamente, presupone el pacto de *constituto posesorio* y el pacto de cesión de la acción reivindicatoria, salvo pacto contrario a este efecto legal, debidamente escriturado.

No se trata de una orden o disposición arbitraria de la ley a las partes contratantes, sino de la simplificación actualizadora de una secular formulación de la escritura notarial de compraventa operante desde la escritura boloñesa del siglo XIII, con la que se lograba que en la fecha de la escritura fueran simultáneas la perfección y la consumación del contrato de compraventa adicionando al contrato el pacto de *constituto posesorio* del vendedor poseedor en concepto de dueño y el pacto de cesión de la acción reivindicatoria, supletorio para el caso en que al perfeccionarse el contrato el vendedor propietario estuviera desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño de la cosa, de manera que uno u otro de estos dos pactos integrantes del contrato queda cumplido al autorizarse la escritura en su fecha.

Cuando el vendedor es el propietario poseedor en concepto de dueño, si formaliza la venta mediante una escritura notarial (prueba del consentimiento o elemento volitivo de la perfección del contrato), simultáneamente (hasta 1889 por expreso acuerdo o pacto de *constituto posesorio* que sustituye a la entrega material irrealizable simultáneamente, y desde 1889 por efecto dispositivo de la ley del art. 1.462.2) se produce la transmisión de la posesión del vendedor al comprador y el vendedor pasa a poseer «en nombre» del comprador que es el nuevo poseedor en concepto de dueño de la cosa, de manera que según el artículo 1.462.2 se produce la transmisión de la propiedad de la cosa y el comprador es el nuevo propietario poseedor *a causa del contrato de compraventa de la cosa y mediante la tradición instrumental legal (por efecto de la ley) de la posesión de la cosa*, salvo pacto que conste debidamente en la misma escritura de compraventa, como pacto contrario al efecto legal de transmisión simultánea por un presupuesto pacto de *constituto posesorio*.

Cuando el vendedor, que afirma es el propietario de la cosa, está desposeído (porque ha perdido la posesión de la cosa por entero pero temporalmente, en cuanto al perfeccionarse el contrato la tiene un tercero poseedor en concepto de dueño desde hace más de un año, aunque lo desconozca el vendedor y el comprador), lo que implica la imposibilidad de que realice la entrega o tradición en la actualidad y hasta que se ejecute la sentencia estimatoria de la reivindicación), por efecto de la ley del artículo 1.186 y del artículo 1.462.2, *si formaliza la perfección de la venta de la cosa mediante escritura notarial, simultáneamente*, el deber de realizar

la entrega o transmisión actual de la posesión en concepto de dueño queda *sustituido* por la denominada *cesión legal de la acción reivindicatoria* para recuperar la posesión perdida, o sea, que *ex lege* se produce la transmisión del vendedor y la atribución al comprador de la acción reivindicatoria, y así, *a causa del contrato de compraventa de la cosa y mediante la cesión instrumental legal (por efecto de la ley) de la acción reivindicatoria para obtener la posesión* se produce la transmisión del derecho de propiedad controvertido y el comprador adquiere la propiedad como la tiene el vendedor, sin la posesión actual que tiene un tercero *pero con la inseparable acción reivindicatoria para obtenerla*, adquiere el derecho de propiedad incorporal y controvertido con la acción reivindicatoria del propietario desposeído por el tercero poseedor y es el nuevo propietario desposeído, salvo pacto que conste debidamente en la misma escritura de compraventa, como pacto contrario al efecto legal de transmisión simultánea de la propiedad por presupuesto pacto de cesión de la acción reivindicatoria.

Por tanto, la propiedad del vendedor desposeído se transmite al comprador desconocedor de la desposesión por efecto del contrato de compraventa normal del artículo 1.445 complementado mediante la atribución por la ley de la acción reivindicatoria en sustitución de la entrega o tradición imposible, fundada en la desposesión y en la voluntad de mantener vigente el contrato presupuesta en la escritura, conforme al artículo 1.186 y al 1.462.2, o también conforme al artículo 1.526.

Tal cesión instrumental legal no es una *tradición instrumental incorporal* porque no se transmite la posesión, ni actual ni diferidamente, ni hay cambio de poseedor real que es el tercero poseedor, y porque lo incorporal es el derecho de propiedad sobre la cosa, que resulta transmitido aunque el tercero posea la cosa en concepto de dueño, *ad usucapionem*.

Tal cesión instrumental legal tampoco es una cesión impropia o *procuratio in rem suam* o *poder* para el ejercicio en interés propio (del comprador apoderado) de la ajena acción reivindicatoria (del vendedor poderdante), por la que el vendedor continúa siendo el propietario reivindicante hasta que recupera la posesión de la cosa y la entrega al comprador, para que, en este momento de la entrega, adquiera la propiedad el comprador, quien hasta entonces sólo es un apoderado que ejerce la acción del vendedor poderdante. Solución anticuada que no contempla nuestro ordenamiento, aunque podría resultar del pacto contrario aludido en el artículo 1.462.2. Fue preconizada con demasía dialéctica por VALLET DE GOYTISOLO y por ALVAREZ CAPEROCCHI.

5.1. Simultáneamente a la perfección del contrato de compraventa se produce el efecto de la transmisión de la propiedad, al ser imposible una actual e inmediata tradición o transmisión de la posesión en concepto de dueño como requisito o condicionamiento legal del efecto transmisivo de la

propiedad propio de la compraventa normal (art. 1.095 y art. 609.2, al final) y al quedar sustituida la tradición por la cesión legal de la acción reivindicatoria (art. 1.186).

Según el artículo 1.526, la forma documental, pública o privada, del contrato de compraventa-cesión no es requisito condicionante de la transmisión de la propiedad de la cosa, pues sólo se exige a efectos probatorios de la fecha de la compra para su **oponibilidad** a tercero afectado, que en este caso será el *poseedor* contra el que se ha de actuar reivindicatoriamente (mientras que en la venta cesión de un crédito pecuniario nacido de un contrato de compraventa el tercero afectado sería el deudor de la entrega o transmisión de la posesión del dinero para que resulte transmitida su propiedad).

Sin perjuicio de lo cual el artículo 1.462.2 dispone que el contrato de compraventa de una cosa escriturado notarialmente, cuando resulta que el vendedor estaba desposeído (D. 18.4.21), simultáneamente a su otorgamiento produce su efecto transmisivo de la propiedad de la cosa con la inseparable acción reivindicatoria (art. 1.186) como si se hubiera contratado directamente mediante escritura notarial la compraventa-cesión del derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído con la inseparable acción reivindicatoria (art. 1.526).

Aunque las partes podían haber convenido, en la misma escritura, un pacto contrario al efecto legal del artículo 1.462.2, un pacto de reserva de la propiedad, para que continúe perteneciendo al vendedor hasta cumplirse lo que se pacte, acaso relacionado con el cobro del precio más que con una *procuratio in rem suam*.

5.2. Con la escritura notarial boloñesa de compraventa consumada del siglo XIII se pretende conseguir que la transmisión de la propiedad de la cosa se produzca en el momento de la perfección de la venta y de la escritura, simultáneamente, y esta simultaneidad se consigue con el pacto de *constituto posesorio* complementado con el pacto de cesión de la acción reivindicatoria, al amparo de la ley romana del D. 18.4.21 de PAULO. Porque en el supuesto de pérdida de la posesión por el vendedor, cuando la transmisión de la propiedad de la cosa mediante la tradición transmisiva de la posesión en concepto de dueño sería imposible en el momento de la perfección del contrato de venta si estuviera el propietario vendedor en situación duradera de desposesión por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, la ley del **D. 18.4.21** *sustituye el deber de realizar la tradición posesoria* para que se realice la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa, *por el deber de transmitir o ceder la acción reivindicatoria* y, conforme al pacto de cesión de la acción reivindicatoria, queda cumplido el deber de ceder la acción reivindicatoria y queda cumplida la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa con la inseparable acción reivindicatoria en el momento de la perfección del contrato, si en ese momento el vendedor

estuviera desposeído (tanto si el comprador desconoce la desposesión como si la conoce). Por esto se dice que *la cesión de la acción reivindicatoria*, que no es una forma de tradición, **equivale a la tradición por constituto posesorio** pactado (si fuera posible), *tiene vim traditionis, tiene la misma fuerza o el mismo valor para la transmisión de la propiedad de la cosa que tiene la entrega* (la tradición o transmisión de la posesión en concepto de dueño) de la cosa vendida por el propietario poseedor.

Antes de existir el Código Civil de 1889, en la escritura notarial, para el caso de que el vendedor estuviera desposeído, el contrato de compraventa se complementaba con el pacto expreso de cesión de la acción reivindicatoria, al amparo del **D. 18.4.21**. Pero si estaba desposeído el vendedor otorgante, el comprador con pacto de cesión de la acción reivindicatoria no necesitaba manifestar su opción entre mantener el contrato o invalidarlo, porque con aquel pacto ya optó por su mantenimiento y, en consecuencia, simultáneamente a la perfección del contrato de compraventa se produjo su efecto transmisivo y el comprador adquirió el derecho de propiedad incorporal y controvertido con la acción reivindicatoria para obtener la posesión, sin perjuicio de la invalidación del contrato por la sentencia desestimatoria y sin perjuicio de la facultad de desistir del contrato y de desistir de actuar la reivindicatoria, a costa de dificultar una actuación contra el vendedor.

Desde 1889, porque lo dispone el artículo **1.462.2**, *el contrato de compraventa escriturado notarialmente* (sin tales pactos expresos) *produce su efecto transmisivo de la propiedad de la cosa simultáneamente a la perfección del contrato y de la escritura*, a menos que de la misma escritura resulte, expreso o deducido claramente, un pacto contrario a que el efecto transmisivo de la propiedad se produzca simultáneamente, denominado pacto de reserva del dominio.

El artículo 1.462.2 al ordenar la **equivalencia** de la venta mediante escritura notarial (incluso cuando el vendedor está desposeído) a la venta mediante simultánea entrega de la cosa, salvo pacto contrario *en la misma escritura*, **dispone que** se produzca el mismo efecto transmisivo de la propiedad de la cosa en el momento de la perfección del contrato y de la escritura, que tenía la escritura de venta con pactos expresos de tradición por *constituto posesorio* y de cesión de la acción reivindicatoria sustitutiva *ex lege* de la tradición actualmente imposible por estar desposeído el vendedor (conforme a la ley del D. 18.4.21). Pero no porque el artículo 1.462.2 presuma *iuris tantum* la existencia de tales pactos, sino porque considera, tiene en cuenta o **presupone** que el efecto transmisivo de la propiedad simultáneo a la perfección del contrato es el que prefiere la voluntad de los que contratan mediante escritura notarial, salvo que, de la misma escritura resulte la contraria voluntad de los contratantes, el pacto de reserva de la propiedad de la cosa.

De esta manera, un secular *uso* o costumbre de los contratantes asistidos notarialmente se eleva a la categoría de *ley*, no imperativa (*ius cogens*) sino *dispositiva* porque admite el pacto contrario, si integra el acuerdo de voluntades escriturado.

La *simultaneidad por pacto* de la transmisión de la propiedad de la cosa vendida en el momento de la perfección de la venta mediante escritura notarial, en 1889 pasa a ser *simultaneidad legal, por la ley, ex lege*.

La venta perfeccionada mediante escritura notarial (sin pacto de reserva de dominio), simultáneamente a la perfección de la venta y de la escritura, transmite la propiedad de la cosa (si pertenece al vendedor), por disposición de la ley (art. 1.462.2), considerando y teniendo en cuenta que cuando el vendedor está desposeído, por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, el *poder* o facultad del comprador de exigir al vendedor el cumplimiento del deber de entregar la cosa (art. 1.445) queda sustituido por el *poder* o posibilidad del comprador de ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, para defender la pertenencia del derecho de propiedad al comprador (antes al vendedor) y para obtener la posesión, según el artículo 1.186 por cesión *ex lege* o cesión por la ley o «**cesión legal**» del **derecho de propiedad del propietario desposeído, con la inseparable acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, históricamente denominada «cesión de la acción reivindicatoria»**.

5.3. El comprador, mediante escritura notarial, no podrá exigir al vendedor que le entregue *materialmente* la cosa o que sufra la invalidación o rescisión del contrato como hubiera podido exigir si no existiera el artículo 1.462.2, ni hubieran existido dichos dos pactos seculares instrumentados notarialmente y tenidos en cuenta por el legislador del artículo 1.462.2.

Si el vendedor era el poseedor... *porque*, simultáneamente a la fecha de la escritura notarial, el comprador es el nuevo poseedor en concepto de dueño (accipiente ficticiamente) y es el nuevo propietario, y podrá realizar actos para la posterior toma de posesión material de la finca, mientras que el vendedor no podrá oponerse... *porque* posee materialmente «en nombre» del comprador y porque ha cobrado el precio o ha consentido el aplazamiento del pago y está satisfecho su derecho a recibir la cantidad de dinero del precio no aplazado, simultáneamente o antes de la entrega de la cosa (art. 1.466) de manera que el comprador podrá desahuciarlo.

Si parece que el vendedor estaba desposeído al perfeccionarse la compraventa... *porque* simultáneamente a la fecha de la escritura notarial cobró el precio o ha consentido el aplazamiento del pago (art. 1.466) y el comprador-cesionario, es el *nuevo propietario desposeído* (actual titular del derecho incorporal y controvertido de propiedad, art. 1.186 y art. 1.462.2) y podrá actuar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor de la cosa, llamando en garantía al vendedor-cedente anterior propietario desposeído

(art. 1.482) para interrumpir la usucapión en curso y obtener la posesión mediante ejecución de la sentencia estimatoria firme. Sin perjuicio de que se declare invalidado el contrato si la sentencia firme es desestimatoria porque el tercero poseedor era y es el propietario, acaso por usucapión consumada y se ha vendido cosa ajena (STS de 20 de enero de 1912, que invoca el art. 1.462).

5.4. El comprador no podrá exigir al vendedor la *entrega* de la cosa o, por su incumplimiento, la invalidación del contrato, porque el artículo 1.462.2 dispone que el contrato de compraventa mediante escritura notarial equivale a la entrega (salvo pacto contrario de reserva del dominio) y simultáneamente a su perfección, en la fecha de la escritura notarial, *ha producido su efecto primordial, que es la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa*, como si se tratara de la compraventa francesa de cosa específica, consensual y transmisiva *por sí sola...* si el derecho de propiedad *pertenece* al vendedor. El comprador, sin demora, puede actuar contra el poseedor con llamamiento en garantía del vendedor para interrumpir la usucapión en curso y obtener la posesión si el tercero poseedor no ha consumado la usucapión.

De la misma escritura resultará que el comprador ya ha cumplido su obligación (art. 1.466) al haber pagado el precio o haber acordado su aplazamiento (lo que, antes del Código Civil de 1889, era otra condición de la ley para la transmisión de la propiedad de la cosa).

De esta manera, el contrato quedará cumplido por ambas partes, simultáneamente a su perfección, en la fecha de la escritura notarial, como ya ocurría con la escritura notarial medieval boloñesa en el siglo XIII.

6. Así pues, el artículo 1.462.2 se refiere de manera *primordial* al supuesto en que, a causa del contrato de compraventa normal y mediante la simultánea «*tradición instrumental legal*» (*ex lege*) que *transmite la posesión* en concepto de dueño, en la fecha de la escritura notarial, resulta transmitida la propiedad corporal... si el vendedor es el propietario.

Asimismo se refiere de manera *complementaria* al supuesto en que, a causa del contrato de compraventa normal y mediante la simultánea «*cesión instrumental legal*» (*ex lege*), en la fecha de la escritura notarial, resulta transmitido *el derecho de propiedad incorporal y controvertido con la inseparable acción reivindicatoria del propietario desposeído...* si el vendedor es el propietario.

Se puede resumir la argumentación expuesta respecto a la cesión instrumental legal:

6.1. La ley del artículo 1.462.2 se fundamenta primordialmente en una «ley romana» y española subsidiaria (**D. 18.4.21**, de PAULO, **D. 6.1.63 y C. 4.39.9**), según la cual, cuando se vende una cosa, la *pérdida de la*

posesión de la cosa antes de la perfección del contrato (esclavo o caballo que huyó y fue capturado por un tercero que lo posee como dueño), hace imposible la tradición inmediata al tener que reivindicar para recobrar la posesión, y el comprador, por efecto del contrato de compraventa y por cesión legal, es decir, sin que sea necesario pacto expreso adicional, adquiere la acción reivindicatoria del vendedor con el derecho de propiedad controvertido del que deriva y del que es inseparable, de manera que puede, sin demora, actuar en nombre propio, como propietario, para interrumpir la usucapión en curso y obtener la posesión de la cosa, en vez de pedir la invalidación del contrato.

6.2. La ley se fundamenta también en otra «ley romana» y española subsidiaria, la «Regla 15 del Derecho (D. 50.17.15, también de Paulo, según la cual (traducida no literalmente) **«tener la acción reivindicatoria equivale a tener la cosa»**.

Cuando se compra una cosa, **obtener o adquirir por cesión legal la acción reivindicatoria equivale a obtener o adquirir por efecto de la compra, simultáneamente a su perfección, la propiedad** controvertida de la cosa con la acción reivindicatoria (no la posesión de la cosa como se deslizó por error en *Tráfico jurídico...*, págs. 179 y 39).

La equivalencia que ordena la regla 15 del Derecho se aplica al comprador de la cosa que resulta cesionario legal de la acción reivindicatoria del vendedor desposeído, según el D. 18.4.21 y el C. 4.39.9.

Esta regla 15 del Derecho fue invocada por legisladores españoles e intérpretes auténticos, FLORENCIO GARCÍA GOYENA, del Proyecto de Código Civil de 1851, antecedente del vigente de 1889; PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, de la Ley Hipotecaria de 1861, y JOSÉ MARÍA MANRESA, de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente antes del año 2000.

6.3. *Al mismo resultado que se llegaba con las normas del Derecho Romano subsidiario del Derecho Patrio antes de 1889, también se llega hoy con los artículos del Código Civil vigente*, interpretados conforme a sus antecedentes históricos, en el sentido de que el artículo 1.462.2 ordena que cuando se contrata una compraventa mediante escritura notarial, en el caso de imposibilidad de una entrega simultánea a la perfección del contrato de compraventa, que resulta diferida por la necesidad de ejercitar una acción reivindicatoria para recobrar la posesión perdida, el comprador afectado por la desposesión del vendedor *adquiere simultáneamente el derecho de propiedad controvertido con la acción reivindicatoria* que puede actuar sin demora para interrumpir la usucapión en curso con llamamiento en garantía del vendedor, salvo pacto contrario al efecto legal que, por ejemplo, admita la *procuratio in rem suam* o autorice demandar la invalidación o la rescisión del contrato inmediatamente después de conocer la desposesión.

Así resulta del artículo **1.526**, en lugar del D. 50.17.15, del D. 6.1.63 y del C. 4.39.9, así como del artículo **1.186** en lugar del D. 18.4.21, pero teniendo en cuenta la equivalencia que ordena el artículo **1.462.2**.

Según resulta de una sentencia del Tribunal Supremo, de **21 de diciembre de 1905**, destacada por ALBALADEJO, cuando el comprador mediante escritura notarial conoce al contratar la situación de desposesión del vendedor (aunque esta desposesión no se manifieste en la escritura notarial), no puede pedir la invalidación del contrato pero puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor para interrumpir la usucapión en curso y obtener la posesión. Porque contrata una compraventa-cesión directa al amparo del artículo 1.526 y del artículo 1.462.2.

Según resulta de otra sentencia del Tribunal Supremo, de **20 de enero de 1912**, también destacada por ALBALADEJO, cuando el comprador mediante escritura notarial **desconoce** la situación de desposesión del vendedor al llegar a conocerla no puede pedir la entrega material de la cosa o, en su defecto, la inmediata invalidación del contrato de compraventa (como podría conforme a los arts. 1.261.2.º y 1.272), pero puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor para interrumpir la usucapión en curso y obtener la posesión. Porque al contratar la compraventa mediante escritura notarial sin formular pacto contrario al efecto ordenado por la ley, acepta adquirir simultáneamente el derecho de propiedad con la acción reivindicatoria para obtener la posesión, conforme a la analogía y equivalencia histórica ordenadas por los artículos 1.526, 1.462.2 y 1.186.

7. Todo esto dando por supuesto que el vendedor desposeído sea el propietario. Es decir, sin perjuicio de que la sentencia firme del juicio reivindicatorio declare que el tercero poseedor es el verdadero propietario y que se vendió cosa ajena, inválidamente.

Conviene recordar que se trata de la pertenencia controvertida de un derecho afirmado por el vendedor y el comprador demandante pero pendiente de prueba y declaración judicial, históricamente se habla de la cesión de la acción reivindicatoria, de la cesión de una acción «sometida a los azares de un pleito» (como decía GÓMEZ DE LA SERNA), de manera que la pérdida de la posesión habrá sido temporal y transitoria y la cesión de la acción será una cesión definitiva del derecho si pertenecía al vendedor, como declara la sentencia estimatoria, pero la pérdida de la posesión será definitiva y la cesión de la acción será una cesión provisional y temporal y sólo aparente del derecho si pertenece al poseedor demandado como declara la sentencia desestimatoria.

Esta cuestión queda íntimamente relacionada con la pertenencia del derecho al vendedor conforme al principio de legitimación registral del artículo 38 de la LH y con el procedimiento del artículo 41 para recobrar la posesión.

También lo está con la pertenencia del derecho al comprador conforme al principio de inoponibilidad a tercero registral inscrito protegido por el artículo 36 de la LH.

C) PROCESO REIVINDICATORIO Y LLAMADA EN GARANTÍA

1. Cuando mediante escritura notarial se ha contratado una compraventa normal, en la que se presupone o se afirma que el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, parece haberse efectuado la entrega por efecto de la ley (art. 1.462.2) como si fuese por *constituto posesorio*, de manera que el comprador ya puede realizar actos de posesión real o material, por sí solo, pero si un tercero se opone manifestando que posee la cosa en concepto de dueño porque es el propietario y que no lo era el vendedor al tiempo de la perfección del contrato, se plantean dos cuestiones:

1.1. Con el poseedor existe una controversia acerca de la pertenencia del derecho de propiedad sobre la cosa con la correspondiente facultad para poseerla en concepto de dueño y no sólo existe una controversia acerca de la calificación del concepto en que posee el tercero. En principio, la controversia sólo puede decidirse judicialmente en juicio declarativo ejercitando la acción reivindicatoria contra el poseedor, que acaso podría ser el verdadero propietario.

El poseedor, con título de propiedad presunto en cuanto poseedor en concepto de dueño (art. 448) por más de un año y por tanto libre de interdicto de recobrar la posesión al tiempo de la perfección de la compraventa (art. 460.4.º y art. 1.968.1), no podrá alegar falta de legitimación activa del comprador o del vendedor (arts. 1.526 y 1.482). Podrá oponer que no se ha probado la adquisición por el comprador, mas no porque él (demandado) es el poseedor en concepto de dueño y el vendedor no ha podido realizar la entrega «debida» (aun cuando se hubiera concertado una compraventa normal), pues lo que se está discutiendo (por el comprador demandante y por el vendedor llamado en garantía, frente al tercero poseedor) es si el vendedor era el propietario y resultó transmitida la propiedad, aunque no fuera el poseedor.

1.2. Con el vendedor existe la controversia o la duda acerca de si cuando se perfeccionó la compraventa era o no el poseedor en concepto de dueño, por lo que mediante una entrega ficticia ha cumplido o no ha podido cumplir su obligación de transmitir la posesión en concepto de dueño.

Si el comprador exige al vendedor que actúe inmediatamente contra el poseedor para intentar recuperar la posesión y entregarle materialmente la cosa, el vendedor puede oponer que según el artículo 1.462.2 y por no existir pacto contrario al efecto legal en la escritura, consta probado que ya le entregó la cosa, mediante tradición legal o presunta, en cuanto ya manifestó

o se presupuso que era el propietario y el poseedor en concepto de dueño, y se niega a reconocer que sea cierto lo que manifiesta el tercero mientras no lo declare una sentencia judicial firme.

Si el comprador exige al vendedor que reconozca la invalidez del contrato, por imposibilidad de la entrega simultánea, el vendedor puede oponer que el comprador contrató con asesoramiento del notario y no concertó pacto contrario a la equivalencia ordenada por la ley del artículo 1.462.2, de manera que el comprador es cesionario legal, por la ley, del derecho de propiedad controvertido con la inseparable acción reivindicatoria (art. 1.186) y puede ejercitarla contra el poseedor con llamamiento en garantía del vendedor (art. 1.482), porque la ley del artículo 1.462.2 impone esta solución, salvo pacto contrario adecuadamente resultante de la misma escritura de compraventa, atendida la analogía histórica entre la pérdida de la posesión de la cosa, más o menos temporal o transitoria mientras dure la reivindicación, y la pérdida parcial o de parte material de la cosa, conforme al principio general del Derecho que ordena dicha analogía, expreso en el D. 18.4.21 vigente como norma supletoria hasta 1889, y conforme al actual artículo 1.186 para la pérdida de la cosa con cesión legal de la acción contra tercero causante de la pérdida de la posesión.

El vendedor no podrá oponerse a que se debata en el juicio declarativo si vendió cosa propia reivindicable o vendió cosa ajena. Si vendió cosa propia reivindicable, sin transmitir una posesión legal y pacífica (art. 1.474.1.º) porque concertó una compraventa normal que no podía cumplir simultáneamente ni seguidamente y debe resarcir los perjuicios. O si, ignorándolo, vendió cosa ajena, cosa propia del tercero poseedor, y el contrato es inválido porque no lo podía cumplir simultáneamente ni seguidamente, con adecuado pacto para el caso de evicción.

2. Si el comprador pretendiera actuar solamente contra el Vendedor cedente y éste tuviera que probar que era el propietario, sólo se podría conseguir la prueba demandando reivindicatoriamente al tercero poseedor que se atribuye la propiedad si se pactó una compraventa normal y después se conoció la desposesión del vendedor. Esta situación hace necesario el proceso único entre los tres interesados.

2.1. Es el comprador quien ha de demandar al tercero poseedor, en nombre propio, como propietario por compra y cesión del derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído, porque éste, al vender, dispuso de su derecho de propiedad simultáneamente, mediante cesión legal, sin mediar tradición, y dejó de ser propietario, si lo era antes de contratar, y el comprador no puede obligar al vendedor a que sea quien reivindique.

2.2. Pero el comprador llama en garantía al vendedor-cedente (art. 1.482), según MANRESA (v. *Transmisión...*, pág. 129.2), por las mismas

razones de economía procesal que concurren cuando el comprador accipiente de la posesión material mediante tradición de la cosa es demandado por un tercero reivindicante, o cuando se concertó una compraventa-cesión directa del derecho de propiedad con la acción reivindicatoria inseparable.

Para que le ayude a probar que el derecho de propiedad le pertenecía por justo título y ahora pertenece al comprador por la perfección de una compraventa normal y por la equivalencia simultánea ordenada por el artículo 1.460.2.

Además, para que el comprador demandante, sin necesidad de plantear y tramitar un nuevo proceso, pueda exigir al vendedor la responsabilidad en que haya incurrido. Si vence el demandante comprador es declarado propietario y obtiene la posesión, porque puede pedir al vendedor una reducción del precio concertado y pagado (o aplazado) para la compraventa ordinaria, de manera que resulte un precio similar al que se hubiera concertado para una compraventa-cesión directa. Si el demandante comprador resulta vencido y es declarado propietario el demandado poseedor y queda invalidada la compraventa-cesión con todas sus consecuencias, porque puede exigir la responsabilidad correspondiente a la evicción sufrida con la indemnización de los perjuicios procedentes o derivados del inicial desconocimiento de la desposesión del vendedor y, en su caso, de la ocultación maliciosa de ésta.

Según la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el capítulo que trata «de la pluralidad de las partes», aparte del litis consorcio (art. 12), el artículo 14 se refiere a la «Intervención provocada» por el demandante (ap. 1) o por el demandado (ap. 2). El artículo 14.1 dispone que: «En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes».

Se distingue «de la acumulación de acciones y de procesos» de que trata el Título III que empieza con el artículo 71.

La intervención provocada en el proceso por llamada en garantía del comprador al vendedor (art. 1.482 del Código Civil) se suele denominar, según modelo italiano, «llamada en causa».

En los *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (24), de ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, IGNACIO Díez-PÍCAZO GIMÉNEZ, JAIME VEGA TORRES y JULIO BANA-

(24) Es interesante la afirmación clara de la *sinonimia* entre *acción* y *pretensión*, así como entre *proceso* y *juicio* (v. pág. 31). También, que «las *presunciones* no son un medio de prueba, pero se encuentran entre los sistemas o mecanismos para la fijación de los hechos como ciertos a efectos procesales (al igual que la notoriedad

CLOCHE PALAO, son de este último (JBP) los siguientes comentarios a los artículos 12-15:

«Aunque el interés del tercero es indirecto en relación con el objeto del litigio, la ley no establece que su actividad quede reducida a la mera exposición de las alegaciones favorables a la posición de la parte que le *llamó al proceso*, sino que le otorga «las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes»... Ahora bien, el que se permita al interviniente actuar no significa que se le obligue a hacerlo. Así, una vez que se le comunique la admisión de la intervención, tiene la *carga de comparecer* —pues si decide no acudir podrán producirse para él consecuencias negativas (por ejemplo, la exigencia de *responsabilidad por evicción*)—, pero no se le sanciona por el hecho de no hacerlo».

«Dado que el tercero carece de “la cualidad de demandado”, habría que diferir sus posibilidades de actuación a la audiencia previa al juicio o a la vista, en la que está legalmente previsto que se pueda matizar lo alegado por las partes, e incluir o añadir pretensiones complementarias que no alteren el objeto principal del litigio (art. 426)».

D) OPINIÓN MAYORITARIA

Es opinión mayoritaria, con ALBALADEJO y LACRUZ, que la *escritura notarial*, si formaliza el contrato de venta por un propietario desposeído, vale como entrega y es una forma de entrega por decisión y efecto de la ley, salvo pacto contrario en la misma escritura, pese a que el vendedor está desposeído por un tercero poseedor por más de un año y es imposible realizar una entrega material actual porque el poseedor se opone y se ha de ejercitar contra él la acción reivindicatoria para recobrar la posesión perdida y poder entregar la cosa.

Opinaba LACRUZ (tomando algunas de sus palabras) que la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa se produce a causa o por efecto del contrato obligatorio de compraventa pero mediante la «tradición», *en todo caso*, como requisito legal adicional al contrato, condicionante de su efecto, de la transmisión de la propiedad de la cosa, un requisito adicional, que generalmente es la *tradición* transmisiva de la posesión (art. 1.095). Aunque excepcionalmente, específicamente para el caso eventual de desposesión del vendedor e imposibilidad de tradición posesoria, la *escritura notarial es forma instrumental de una tradición incorporal*, de una tradición no posesoria, de una tradición sin transmisión de la posesión de la cosa. En tal caso excepcional, la existencia de la escritura vale como entrega.

y la conformidad o la admisión en los procesos regidos por el principio dispositivo) (v. pág. 643).

O sea que, la transmisión de la propiedad de la cosa vendida se produce a causa o por efecto de un contrato de compraventa pero mediante la tradición cuando el vendedor tiene la posesión en concepto de dueño de la cosa y la transmite [simultáneamente] al comprador mediante acuerdo o pacto escriturado de *constituto posesorio* (denominado «tradición instrumental»). Aunque conforme a la equivalencia ordenada por el artículo 1.462.2, según la interpreta el Tribunal Supremo en sentencia del 20 de enero de 1912, el mismo efecto de transmisión de la propiedad de la cosa vendida se produce a causa del contrato de compraventa mediante el «otorgamiento» (autorización) de la escritura notarial de compraventa cuando el vendedor está desposeído de la cosa y es actualmente imposible que realice la tradición, lo que exige hablar de una forma instrumental de tradición sin transmisión de la posesión, con la denominación de forma instrumental de tradición [legal] incorporal o de «tradición instrumental [*ex lege*] incorporal».

En resumen, según LACRUZ, la transmisión de la propiedad de una cosa por el vendedor desposeído se produce a causa del contrato de compraventa, pero *mediante el otorgamiento de la escritura* que según la ley equivale a la entrega, o sea, mediante tradición instrumental [legal] incorporal por ser imposible actualmente la tradición instrumental [legal] posesoria.

Sin embargo, LACRUZ no argumenta una fundamentación de tal equivalencia legal.

Pese al arraigo de esta opinión, **entiendo** que la expresión: «Cuando se haga la venta mediante escritura pública, *el otorgamiento de ésta* equivaldrá a la entrega», alude al otorgamiento por el vendedor u *otorgante* «de esta» «**venta** formalizada mediante escritura pública», de una venta que se formaliza y prueba mediante la escritura, es decir, que el artículo 1.462.2 se refiere al otorgamiento por el vendedor de la venta escriturada notarialmente. Del contrato que puede incluir un «pacto contrario» al efecto legal, a la equivalencia ordenada por el artículo 1.462.2. Se interpreta consecuentemente que el artículo 1.462.2, la ley, ordena o dispone (salvo pacto contrario) que el supuesto de hecho «**otorgamiento de la venta formalizada mediante escritura notarial**» equivale o vale lo mismo que el supuesto de hecho «otorgamiento de la venta seguida simultáneamente de la entrega de la cosa por acuerdo de *constituto posesorio* o seguida simultáneamente de la sustitutiva cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria cuando el vendedor está desposeído», vale como si realmente hubiera no sólo contrato sino también una simultánea tradición por *constituto posesorio* de la cosa o una simultánea cesión de la acción reivindicatoria de la cosa que sustituye a la tradición imposible cuando el vendedor está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño de la cosa por más de un año.

El precepto no se refiere al usualmente llamado otorgamiento de la escritura «mediante la que se haga la venta», o sea, a la autorización del

notario que perfecciona el documento probatorio, ni se refiere a la parte del documento que contiene el consentimiento contractual de ambas partes.

En el título «del contrato de compra y venta», en el capítulo «de las obligaciones del vendedor», sección «de la entrega de la cosa vendida», el artículo 1.462.2 alude primordialmente al normal otorgamiento de la venta formalizada mediante escritura notarial por el vendedor, por el *auctor*, por el **otor**, por el que otorga la transmisión de la posesión en concepto de dueño (art. 447) y otorga la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa (art. 609.2, al final, art. 1.095 y art. 447) en cuanto debe entregar la cosa, o sea, transmitir su posesión en concepto de dueño (art. 1.461, 1.462.1, 1.474.1 y 447) y debe garantizar la cosa, pues responde de la posesión y de la pertenencia de la propiedad de la cosa sin vicios (art. 1.474).

Pero también alude al caso especial en que el vendedor está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, de manera que la tradición es actualmente imposible, queda sustituida por la simultánea cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria (según el art. 1.186 y el precedente histórico del D. 18.4.21) y simultáneamente se transmite el derecho de propiedad sobre la cosa, respondiendo el vendedor.

Opino que la transmisión de la propiedad de la cosa es efecto del contrato de compraventa, pero se produce al cumplirse la «condición legal» de la transmisión de la posesión en concepto de dueño, con la tradición o entrega de la cosa (art. 1.095) o con la ejecución forzosa (art. 1.096), *excepto cuando el vendedor está desposeído (como dije en el subtítulo de mi libro sobre «Transmisión...») porque entonces la tradición se sustituye ex lege por la cesión de la acción reivindicatoria*, de manera que, según el artículo 1.462.2, a causa de la venta formalizada en escritura notarial y mediante la simultánea cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria, resulta simultáneamente transmitido el derecho de propiedad incorporal y controvertido del vendedor propietario desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año contra el que procede ejercitar la acción reivindicatoria en un litigio sobre la pertenencia del derecho de propiedad y consiguiente atribución de la posesión en concepto de dueño.

Conforme a la equivalencia ordenada por el artículo 1.462.2, cuando el vendedor está desposeído, la venta formalizada mediante escritura notarial produce simultáneamente, en la fecha de la escritura, sin mediar ninguna tradición instrumental, la transmisión del derecho de propiedad incorporal y controvertido sobre la cosa con la acción reivindicatoria para judicialmente interrumpir la usucapión en curso y obtener la posesión, porque esto es lo que ordena el artículo 1.186 del Código Civil y lo que antes del Código ordenaba el D. 18.4.21. Porque la desposesión del vendedor implica que la ley impone al vendedor la cesión *ex lege* al comprador de la acción reivindicatoria, simultánea al otorgamiento de la venta, o sea, en la fecha

de la escritura notarial de compraventa cuando se trata de una venta escriturada notarialmente, así que la venta, formalizada en escritura notarial, mediante la simultánea cesión legal de la acción reivindicatoria, simultáneamente transmite el derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído de la cosa por un tercero poseedor en concepto de dueño desde hace más de un año, contra el que sólo cabe reivindicar para recobrar la posesión. El vendedor formaliza la venta de la cosa de pertenencia controvertida mediante la escritura notarial, y *ex lege* se produce la cesión de la acción reivindicatoria que sustituye a la tradición. El vendedor vende la cosa de pertenencia controvertida mediante escritura notarial y *ex lege* queda cedida la acción reivindicatoria y así resulta transmitida la propiedad de la cosa.

Esto es lo que significa la sentencia del Tribunal Supremo, del 20 de enero de 1912, porque éste era el mismo efecto que antes del Código Civil de 1889, y su artículo 1.462.2 producía el contrato de compraventa complementado por el pacto *expreso* de cesión de las acciones del vendedor referentes a la cosa vendida, que primordialmente incluía la eventual acción reivindicatoria, según usual cláusula de estilo notarial que constaba en los formularios y en las escrituras notariales de compraventa desde el siglo XIII, especialmente en el formulario de ROLANDINO, que hizo propio el de Las Siete Partidas, vigentes como Derecho Patrio, pese a la Ley del Notariado de 1862, hasta el Código Civil de 1889, pocos años antes de iniciarse el juicio que terminó con la sentencia del 20 de enero de 1912.

Hoy, el sentido de este pacto secular queda integrado en el consentimiento del contrato de compraventa formalizado notarialmente por efecto de la ley del artículo 1.186, salvo pacto contrario en la misma escritura claramente expreso o deducible porque así lo ordena el artículo 1.462.2, y porque así resulta, además, de la aplicación de los artículos del Código Civil sustitutivos de las normas anteriormente vigentes que producían el mismo efecto (arts. 1.526, 1.186, 609.2, *al principio*: «*por la ley*») y teniendo en cuenta los mismos principios generales del Derecho que inspiran el D. 18.4.21, el D. 50.17.15 y otras normas originariamente romanas vigentes como Derecho español antes de 1889. Sin olvidar que el artículo 1.186, a través del artículo 1.303 del Código francés, también procede de diversas normas romanas sintetizadas por POTHIER.

Se ha de agradecer el gran esfuerzo y acierto de ALBALADEJO al seleccionar de entre un cúmulo de sentencias referentes al juicio de desahucio contra el vendedor que pasó a ser precarista, las que por referirse al juicio reivindicatorio contra el tercero poseedor en concepto de dueño siguen el verdadero camino trazado por la Historia del Derecho sobre la cesión de la acción reivindicatoria, sin apartarse del sistema del título y el modo pero superando la anticuada *procuratio in rem suam*.

El pacto expreso de *constituto posesorio*, hasta el año 1889, es un pacto referente a la entrega de la cosa por el que el vendedor transmite al comprador la posesión en concepto de dueño de la cosa y se constituye poseedor en nombre del comprador, resultando transmitida al comprador la propiedad de la cosa, a causa del contrato de compraventa, mediante la tradición instrumental, en el momento mismo de otorgar la venta con el pacto de constituto, que es el momento en que el notario autoriza la escritura, en la fecha de la escritura.

El pacto expreso de cesión de la acción reivindicatoria, hasta el año 1889, es un pacto referente a la entrega cuando ésta es simultáneamente imposible porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño desde hace más de un año, contra el que se ha de ejercitar la acción reivindicatoria, pacto por el que el vendedor sustituye la imposible entrega o tradición mediante *constituto posesorio* por la cesión transmisiva de la acción reivindicatoria, y así, reafirmando su derecho de propiedad sobre la cosa que otro posee como dueño, resulta transmitido al comprador el derecho de propiedad con la acción reivindicatoria, a causa del contrato de compraventa, y con la cesión pactada en el momento mismo de otorgar la venta con el pacto de cesión y de autorizar la escritura el notario.

El comprador que acepta la compraventa con el *pacto expreso de cesión de la acción reivindicatoria* opta por mantener el contrato con la cesión, pese a la desposesión, para poder sin demora interrumpir la usucapión en curso y para demandar al tercero poseedor y obtener la posesión, pero sin perjuicio de la invalidación del contrato en caso de evicción.

Hasta 1889, conforme al D. 18.421 y al C. 4.39.9, *cuando el comprador desconocía la desposesión y no había pacto expreso de cesión*, el contrato de compraventa, *mediante la cesión legal* (sin necesidad de elegir u optar expresamente entre concertar un pacto de cesión adicional al contrato de compraventa o pedir la invalidación del contrato de compraventa) *producía el efecto transmisivo del derecho de propiedad del propietario desposeído con la inseparable acción reivindicatoria*, pero sin perjuicio de la invalidación del contrato en caso de evicción, y sin perjuicio de optar por desistirse del contrato. Pero, para invalidar el contrato, sólo con el juicio reivindicatorio del comprador contra el poseedor se podía decidir la pertenencia de la cosa al vendedor (antes de vender) o al poseedor, con llamamiento en garantía al vendedor para que quedara vinculado por la eventual sentencia desestimatoria con invalidación del contrato.

Ahora, conforme al artículo 1.462.2 y considerado el sentido del artículo 1.186, otorgar la venta mediante escritura notarial implica transmitir la propiedad de la cosa, tanto si el vendedor es el poseedor como si está desposeído, salvo pacto contrario de reserva del dominio en la misma escritura, sin perjuicio de la invalidación del contrato en caso de evicción.

Matiza Gordillo Cañas

GORDILLO CAÑAS, en su trabajo sobre *La inscripción en el Registro de la Propiedad...* (v. anterior n. 11) dice que hay un problema registral **insoslayable** (cuando el actual titular registral del dominio ha comprado al anterior titular registral que estaba desposeído y no pudo hacer entrega material de la finca para transmitir su dominio al comprador) que requiere tomar una decisión (pág. 177). Pero se trata de un problema **complejo** y «en el presente contexto» no puede analizar íntegramente la argumentación de todas las propuestas de solución. Aunque le dedica la atención suficiente (págs. 164 a 180) para manifestar su **preferencia inicial por la «propuesta cuarta», de Lacruz y Albaladejo, respecto a la «propuesta quinta» con la tesis de Giménez Roig sobre la figura histórica de la cesión de la acción reivindicatoria**.

Alude a las opiniones de PÉREZ y ALGUER, de Díez-PICAZO y GULLÓN, y de RUBIO GARRIDO, que se limitan a apuntar la posible cesión de la acción reivindicatoria sin ofrecer ningún desarrollo explicativo.

Añade que: «Puede invocar esta tesis de Giménez Roig en su favor, **ciertamente**, la autoridad de Pedro Gómez de la Serna, decidido defensor de la posibilidad de inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria frente a quienes mantuvieron la opinión contraria (25).

Sin embargo (pág. 177), «**si esta propuesta quinta no apareciera con fuerza como para imponerse indiscutiblemente sobre las demás, habría que inclinarse por la cuarta propuesta**, que respetando en su esencia la teoría del título y el modo [con lo que acaso podría entenderse que la propuesta quinta, tal como la expone GIMÉNEZ ROIG, no respeta tal esencia] y conjugándola con nuestro sistema registral de inscripción declarativa o publicadora, *da explicación adecuada y suficiente al dato legal suministrado por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria: que el adquirente inscrito de dueño no poseedor es propietario*».

1. En cuanto a la propuesta quinta en sí, según GORDILLO CAÑAS, «Puede haber quien deliberadamente quiera adquirir e inscribir su derecho de propietario no poseedor y para ello recurra a una cesión de tal derecho conceptualizada como cesión de la propiedad o de la acción reivindicatoria y, en ambos casos, no necesitada de la entrega de la finca para su efectividad».

Para este supuesto admite la propuesta quinta, porque GÓMEZ DE LA SERNA, con su autoridad **indiscutible**, lo contempla expresamente en 1862, estando vigente el Derecho anterior al Código Civil de 1889.

(25) Con estas palabras de GORDILLO CAÑAS es la primera vez que veo destacada la indiscutible autoridad de Gómez de la Serna, al que se ha venido «ninguneando», pese a ser, prácticamente, el autor de la Ley Hipotecaria de 1861, y no sólo de su Exposición de Motivos, sobre cuyo criterio fundamenté mi primer estudio en el año 1980 y al que he recordado en todos mis posteriores estudios, sin dejar de advertir el silencio doctrinal imperante (cfr. *Tráfico jurídico...*, pág. 162).

A GORDILLO CAÑAS le preocupa que la propuesta quinta pudiera ser incompatible con la tradicional «*teoría*» del título y el modo. Pero no dice y acaso olvida que, precisamente, GÓMEZ DE LA SERNA fue el paladín del sistema del título y el modo frente a las opiniones germanizantes o afrancesadas rechazadas al discutirse la Ley Hipotecaria de 1861. Aunque sí dice que fue decidido defensor de la posibilidad de inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria frente a quienes mantuvieron la opinión contraria. Por lo que acaba admitiendo que *«nada puede objetarse a aquella defensa [por GÓMEZ DE LA SERNA, en 1862] ni, por consiguiente, a la bondad de la propuesta quinta [por la tesis de GIMÉNEZ ROIG, en 1998] y al mecanismo que la misma brinda hoy al dueño no poseedor para transmitir su derecho, y al adquirente para inscribirlo a su favor en el Registro»*.

Claro es que GÓMEZ DE LA SERNA se refiere directamente al **caso primordial** de la **desposesión** del vendedor **conocida y manifestada o declarada expresamente** en la escritura notarial de compraventa. Es el mismo caso al que alude Díez-PICAZO y GULLÓN. Es el mismo caso estudiado en *Tráfico jurídico...*, Capítulo II, apartado 1 (26).

Un caso que podría ser frecuente antes y después de la LH de 1861, *aunque hoy*, con el artículo 1.462.2 del Código Civil de 1889 y el artículo 36.1 de la LH vigente, *puede considerarse caso de escuela o caso utópico* prácticamente menospreciable desde el siguiente punto de vista de GORDILLO CAÑAS.

2. «*Pero* —sigue diciendo GORDILLO CAÑAS— *cuando el caso no es ese [sino el de la desposesión desconocida al comprar y comprobada después de la compra... y de la inscripción] cuando el comprador se había propuesto comprar la finca y es después de otorgada la escritura de venta cuando se descubre que la finca se encuentra poseída en concepto de dueño por persona distinta al vendedor, ¿también entonces se deberá entender que lo que en realidad escondía el contrato transmisivo, que se consideró y quiso como compraventa de cosa, era una cesión del derecho de propiedad o de la acción que sobre la base de tal derecho permite reclamar de un tercero la posesión?»...* (27).

(26) A este caso, que es el **caso primordial**, me refiero en *Tráfico jurídico...* (pág. 153, apartado 1): «*Compraventa por el vendedor desposeído cuando el comprador CONOCE la situación de desposesión del vendedor, porque éste lo manifiesta o sin que lo manifieste. Compraventa-cesión directa (art. 1.526)*». A este caso se refiere la **sentencia de 21 de diciembre de 1905**.

(27) La cita de GORDILLO CAÑAS remite al lector a las páginas de la obra *Tráfico jurídico...* (págs. 168 a 172, apartado 2), referente a la «*Compraventa por el vendedor desposeído cuando el comprador DESCONOCE la situación de desposesión del vendedor: Compraventa-cesión por opción [elección] del comprador en una compraventa aparentemente normal (art. 1.460.2)*» (no confundir con art. 1.462.2).

La cita de GORDILLO CAÑAS parece olvidar que la obra citada considera, en el apartado 3) (págs. 172 a 181), la «*Compraventa aparentemente normal de una finca mediante*

Es claro que ALBALADEJO y LACRUZ, al comentar el Código Civil de 1889, no sólo olvidaron el criterio del legislador de la LH de 1861, el de GÓMEZ DE LA SERNA, para el caso primordial, sino que también olvidaron su adaptación histórica a este caso, aunque vieron, acertadamente, que según el Tribunal Supremo (sentencia del 20 de enero de 1912), la solución al aludido problema registral de la desposesión **desconocida** puede encontrarse en el artículo 1.462.2, aunque no explicaron cómo y por qué.

Para no rozar *la letra* del artículo 609.2 (cuando dice «por consecuencia de ciertos contratos mediante la *tradición*»), prefirieron exponer que la norma del artículo 1.462.2 contempla una **tradición** instrumental *en todo caso, tanto si el vendedor es el poseedor en concepto de dueño y hay implícita una tradición por constituto posesorio, como si el vendedor está desposeído*, aunque no ignoraron que atentaban contra el significado histórico de la tradición en el sistema vigente. Porque, verdaderamente, si el vendedor está desposeído **no hay tradición en el sentido técnico tradicional de transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa**, ni hay «puesta a disposición» del comprador.

Se llega a decir que existe una **tradición instrumental incorporal**, pese a que es evidente no se transmite la corporalidad y la posesión de la cosa cuando un tercero la posee en concepto de dueño antes de la compraventa y continúa poseyéndola en concepto de dueño después de la inscripción de la compraventa, cuando no hay ninguna clase, real o ficticia, de cambio de poseedor, y cuando lo incorporal es el derecho y no la tradición.

Lo cierto es que, pese a no existir cambio de poseedor, resulta transmitido al comprador el derecho de propiedad del propietario desposeído **en los casos de las dos sentencias del Tribunal Supremo que Albaladejo concretó** (después de leer «todas» las que se citaban en un verdadero cajón de sastre, la inmensa mayoría referentes al juicio de desahucio y no al juicio reivindicatorio), la del **21 de diciembre de 1905** y la del **20 de enero de 1912**, aparte la del **12 de abril de 1890**, que aplica el Derecho anterior al Código Civil (analizadas en *Transmisión...*, pág. 366 y sigs.).

En resumen, para el caso en que consta inscrita una compraventa y se comprueba que el vendedor era titular registral del dominio pero no poseedor, **manifiesta** GORDILLO CAÑAS, con especial cautela, **«prefiero la “propues-**

escritura notarial normal, en la que no se manifiesta la situación de desposesión del vendedor» (art. 1.462.2 y STS de 20 de enero de 1912).

Antes de pasar a considerar en el apartado 4) (págs. 181 a 189) el específico **caso planteado por la propuesta cuarta** y la sentencia de 20 de enero de 1912, porque *no se puede comprender por sí solo, sin tener en cuenta los apartados 1), 2) y 3), dentro de la «teoría de la cesión de acciones y derechos incorporales»*, que la «propuesta cuarta» no tiene en cuenta.

ta cuarta" mientras la "propuesta quinta" no aparezca con fuerza suficiente para imponerse indiscutiblemente».

Sin embargo, no analiza detenidamente la propuesta quinta, porque el problema «es de una **complejidad** cuyos detalles no caben en el presente contexto» y, sobre todo, porque cree que el problema lo resuelve **simplemente o sencillamente** la propuesta cuarta, *que tiene una solución o un fundamento muy sencillo, que es el de la equivalencia ordenada por el artículo 1.462.2, «sin tener que recurrir a las complicadas explicaciones que se hacen necesarias en la quinta propuesta para llegar al mismo resultado»:* Mediante la escritura notarial de venta por el propietario desposeído se transmite la propiedad de la cosa en la fecha de la escritura.

«Esta es la razón que nos lleva a preferir la propuesta cuarta "... si en la misma se logra explicar por qué una forma de traditio que no lleva efectivamente a la entrega puede servir como "modo" para transmitir el dominio».

Porque, muy acertadamente, la cartesiana duda metódica de la investigación científica impone a GORDILLO CAÑAS «dudar del preciso valor de los antecedentes históricos de las sentencias en que se concreta la propuesta cuarta» y «echar de menos que esta propuesta no justifique racionalmente por qué el mero símbolo de tradición (que para algunos es la tradición instrumental por el vendedor poseedor) puede suplantar a la realidad *simbolizada* cuando se comprueba que ésta es imposible y por qué puede valer para la transmisión de la propiedad la ficción de tradición que es la tradición instrumental si el tradens carece de toda forma de posesión, pese a que la ley no establece claramente que la ley permite prescindir de la realidad *fingida*».

Dice que «es inobjetable, en la tesis de GIMÉNEZ ROIG, que en la cesión o venta de la propiedad sin posesión [del vendedor] es imposible y, por tanto, inexigible [al vendedor] la entrega material de la cosa».

Pero tiene su pensamiento centrado en la interpretación usual del sistema del título y el modo con el cumplimiento de *cualquier forma de tradición*, ineludiblemente, *en todo caso*, incluso cuando la verdadera tradición es imposible, y así puede imaginar que para su explicación de la «propuesta cuarta» es «sencilla» **la idea de la equivalencia por el resultado y de la escritura notarial como forma de tradición instrumental**, mas no puede, con seguridad, creer que sea suficiente porque, como apunta MORALES MORENO, no se puede resolver la cuestión atendiendo sólo a la letra de la ley (28).

(28) La nota 423 incluye la opinión de ANTONIO MANUEL MORALES MORENO (*op. cit.*, pág. 161): que el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega, léxicamente puede significar una **equivalencia por el medio** transmisivo (que la escritura es una forma de entrega) o una **equivalencia por el resultado** (que la escritura no es una forma de entrega pero produce el mismo efecto que la entrega, o sea, la transmisión del dominio). Como ambas soluciones son léxicamente mantenibles, no se puede resolver

Sin embargo, a mi juicio, se puede resolver el dilema atendiendo a la Historia del Derecho, a la *fundamentación histórica de la denominada equivalencia por el resultado*, que verdaderamente se refiere a la eficacia traslativa del contrato de compraventa sin que medie tradición, aunque se diga está sustituida por la cesión *ex lege* de la acción reivindicatoria [y de la propiedad] cuando el vendedor está desposeído.

También para la explicación de la «propuesta quinta» es **«sencilla» e indiscutible la idea de que, históricamente, el sistema del título y el modo es perfectamente compatible con la llamada cesión de la acción reivindicatoria**, pues basta releer a GÓMEZ DE LA SERNA para convencerse, y los citados tres textos romanos de PAULO son totalmente decisivos, antes del Código Civil de 1889 y ahora.

Aunque las **explicaciones deducidas** de realidades históricas documentales y normativas se puedan considerar **complicadas explicaciones**, *grosso modo* y a primera vista, sin tener en cuenta la prolongada investigación necesaria para armonizar cuestiones muy dispersas y aparentemente contradictorias bastantes de ellas.

E) COLOFÓN TERMINOLÓGICO

Para orientar al lector de este estudio, estimo conviene centre su atención en los siguientes puntos del Sumario:

1. En A-2), 1. La tradición es la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa, pero tiene «fuerza» (*vim*) para que se realice la transmisión de la propiedad de la cosa específica vendida en cuanto es requisito legal adicional y condicionante de la eficacia transmisiva del contrato de venta, que es la causa jurídica de la transmisión de la propiedad (D. 41.1.31.pr., de PAULO, y Código Civil, arts. 609.2, 1.095 y 447).

2. En A-1), 3. La escritura notarial boloñesa del siglo XIII, para lograr la **simultaneidad** de la perfección del contrato de venta y de la transmisión de la propiedad de la cosa específica vendida (para que en la fecha de la escritu-

la cuestión atendiendo **sólo** a la letra de la ley». [Pero sí que se puede atendiendo a la Historia del Derecho...]

Según la misma nota 423: «En la doctrina más reciente, JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL («Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias», en *AAMN*, XXXII, págs. 214-215) opina que: «En la tradición instrumental, que no es ni una tradición simbólica ni una tradición fingida [...] el legislador se limita a reconocer un hecho: la normal simultaneidad entre el otorgamiento de la escritura y la puesta a disposición del adquirente de la cosa transmitida, en concepto de nuevo dueño de la misma [...]. La *traditio instrumental*, así entendida, trae consigo la determinación del momento [de la fecha dice el art. 1.526] en que se produce el efecto jurídico de la transmisión del dominio».

ra resulte transmitido el derecho de propiedad sobre la cosa), incluye el pacto expreso de tradición (por *constituto posesorio*) simultánea a la perfección del contrato y el pacto expreso de cesión de la acción reivindicatoria simultánea a la perfección del contrato, aplicable en sustitución del pacto de tradición por *constituto posesorio*, que resultaría de imposible cumplimiento si en el momento de la perfección del contrato el vendedor estuviera desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año.

En **B-2), 5.2.** El artículo 1.462.2 del Código Civil de 1889, sin tales pactos expresos, logra la misma simultaneidad para la actual venta mediante escritura notarial.

3. Con la escritura notarial boloñesa, si el vendedor posee la cosa en concepto de dueño, el pacto de tradición por *constituto posesorio* determina que en la fecha de la escritura resulta transmitida la posesión en concepto de dueño de la cosa al comprador, y mediante ella resulta transmitida la propiedad de la cosa al comprador si el vendedor ha cobrado el precio o ha consentido su aplazamiento y si el vendedor es el propietario.

Con el artículo 1.466 del Código Civil de 1889 y la unidad de acto para la perfección de la escritura notarial normal se llega al mismo resultado, aunque el cobro del precio o su aplazamiento ya no es requisito necesario para la transmisión de la propiedad de la cosa entregada.

4. En **A-2), 5.2.** Con la escritura notarial boloñesa, si el vendedor ha perdido la posesión de la cosa porque está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, en el momento de la perfección del contrato de venta es imposible el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, de la tradición por *constituto posesorio*, pero para mantener la vigencia del contrato con la voluntad acordada de un intercambio de propiedades, el pretor ordenó (D. 18.4.21, de PAULO) que el vendedor, en sustitución de la tradición actualmente imposible, debe ceder al comprador la acción reivindicatoria contra el «desposeedor», y esta cesión resulta cumplida en el momento de la perfección del contrato de venta con el incluido pacto de cesión de la acción reivindicatoria, y la cumplida cesión determina que, en el mismo momento, resulta cumplida la transmisión de la propiedad sin necesidad de esperar a que por el ejercicio de la acción reivindicatoria se recobre la posesión de la cosa y pueda ser recibida materialmente o *brevi manu* por el comprador.

Con el artículo **1.186** del Código Civil **corresponde** al comprador por cesión *ex lege* (cesión por la Ley del 1.186, o «cesión legal») el derecho de propiedad sobre la cosa, con la inseparable acción reivindicatoria contra el «desposeedor», como pertenecía al vendedor en el momento de la perfección del contrato de compraventa.

5. En la **Introducción** se precisa el concepto del **propietario desposeído y el de la cesión** propiamente dicha, transmisiva de la acción reivindicatoria, contrapuesta a la denominada cesión impropia de la antigua *procuratio*

in rem suam, no transmisiva de la acción reivindicatoria. La nota al pie concreta el sentido del subtítulo de mi obra sobre *Transmisión del derecho de propiedad...*, en relación con el final («mediante la tradición») del artículo 609.2 del Código Civil.

6. En **A-1**), 7. Es histórica, aunque hoy pueda parecer perturbadora, la distinción entre cosa corporal (que se puede tocar) y cosa incorporeal (que no se puede tocar, incluidas las acciones y los derechos, según GARCÍA GOYENA).

7. En **A-2**), **Cesión...** También es histórica, aunque hoy pueda parecer perturbadora, la *sinonimia* general entre *acción o derecho incorporeal* del artículo 1.526 del Código Civil y de su epígrafe.

8. Histórica es la *sinonimia* entre la *cosa* corporal y el llamado *derecho de propiedad* corporal, el derecho y la posesión del propietario poseedor de la cosa, o el derecho de propiedad efectivamente acompañado de la posesión en concepto de dueño de la cosa corporal, o el derecho y la posesión pertenecientes al propietario poseedor, que son presupuestos del artículo **1.445**.

9. Derecho de propiedad adjetivado como corporal para distinguirlo del derecho de propiedad circunstancialmente adjetivado como *incorporeal*, que es el *perteneciente al propietario desposeído*, en cuanto el propietario no tiene la posesión en concepto de dueño porque la tiene un tercero «desposeedor» contra el que procede ejercitar la acción reivindicatoria para defender la pertenencia controvertida del derecho y para recuperar la posesión. Se califica como *derecho de propiedad incorporeal y controvertido, con la inseparable acción reivindicatoria*, para incluirlo en el general supuesto de hecho del artículo **1.526**.

10. Aunque en el derecho de propiedad se integra la facultad de poseer la cosa en concepto de dueño, que es la verdadera posesión, la *posesión* por antonomasia. Diferenciada de la *cuasi posesión*, correspondiente a cualquier derecho real parcial cuasi posesorio, que puede ser objeto de cuasi tradición, a la que alude el artículo 1.464 del Código Civil, aunque hable impropriamente de derecho incorporeal.

11. En **A-2**), 1, al final. Resulta congruente la consideración como **inseparables** que se atribuye al *derecho de propiedad* que conserva el propietario desposeído y a la derivada *acción reivindicatoria* para defender la pertenencia controvertida del derecho contra el «desposeedor» y recuperar la posesión perdida transitoriamente.

12. En **A-2**), 2). Inseparabilidad unida a cierta **sinonimia o equivalencia**, porque es frecuente decir que se tiene la *acción reivindicatoria* para significar que se tiene el *derecho de propiedad incorporeal y controvertido, con la inseparable acción reivindicatoria, del propietario desposeído* (**D. 50.17.15** de PAULO).

13. En **B-2)**, 5.2. Al ordenar el artículo 1.462.2 del Código Civil que la venta mediante escritura notarial **equivale**, por su efecto, a la venta mediante entrega de la cosa, simultánea a la perfección de la escritura, **dispone que la venta mediante escritura notarial transmite la propiedad de la cosa simultáneamente a la perfección de la escritura, salvo pacto contrario en la misma escritura**, porque si el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, la venta mediante escritura notarial, *ex lege* transmite la posesión y mediante esta «*tradición legal*» *instrumental* resulta transmitida la propiedad de la cosa, y porque si el vendedor está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño por más de un año, la venta mediante escritura notarial, *ex lege* transmite o cede la acción reivindicatoria para obtener la posesión, lo que modifica sustitivamente, *ex lege*, el cumplimiento por el vendedor de su obligación de entregar la cosa, y mediante esta «*cesión legal*» *instrumental* de la acción reivindicatoria del propietario desposeído (o del derecho de propiedad incorporal y controvertido con la acción reivindicatoria) resulta transmitida la propiedad de la cosa, con la inseparable acción reivindicatoria para obtener la posesión *después* de haber adquirido la propiedad en la fecha de la escritura.

14. Opino que las objeciones a esta interpretación, en sus anteriores formulaciones, eran consecuencia de discrepancias o incomprensiones terminológicas, que confío haber contribuido a aclarar.

Sin descartar el que muchos opinen que la tradición es un negocio dispositivo a causa de un negocio solamente obligatorio de compraventa, aunque otros opinemos que es la transmisión de la posesión en concepto de dueño para que, mediante su cumplimiento obligado, resulte transmitida la propiedad a causa o por efecto transmisivo del contrato de compraventa, secularmente condicionado por la ley a la transmisión de la posesión en concepto de dueño.

Transmisión de posesión que la ley no exige, por excepción lógica, cuando es imposible a consecuencia de la circunstancial situación de desposesión del vendedor en el momento de la perfección de la venta, por lo que, simultáneamente, sustituye la imposible tradición por la «cesión legal» del derecho de propiedad con la acción reivindicatoria, salvo pacto contrario de reserva de la propiedad resultante de la misma escritura de venta, teniendo en cuenta o considerando una secular práctica notarial interpretativa de la voluntad de los contratantes.

Mantenida antes y después de la Ley Hipotecaria de 1861, hasta el Código Civil de 1889 con la equivalencia del artículo 1.462.2, que facilita la inscripción registral al amparo del artículo 2.º, primero, y al artículo 3.º de la LH.

Prácticamente, basta que la escritura de venta silencie la posible existencia de un tercero poseedor no propietario de la finca para eludir las dificultades de calificación o procesales que pudiera plantear el artículo 36 LH.

Valencia, octubre de 2002.

EUSEBIO JIMÉNEZ ROIG
Registrador de la Propiedad, jubilado