

Venta por el propietario desposeído: ¿anotación (Resolución de 25 de enero de 1990) o inscripción (art. 1.526, 2, CC)?

SUMARIO: INTRODUCCION: 1) Interpretación de la Administración: Resolución de 25 de enero de 1990. 2) Criterio del legislador Pedro Gómez de la Serna.—I. ALBACEA AUTORIZADO PARA VENDER Y TRACTO SUCESIVO REGISTRAL: 1) Inscripción solicitada. 2) Heredera propietaria y albacea autorizada para vender: 3) Prórroga del plazo a la albacea. 4) Manifestación de la desposesión. 5) Cesión de la acción reivindicatoria contra el poseedor titulado. 6) Inscripción de la cesión. 7) Comparación con la doble venta.—II. CONTRATO DE VENTA DE COSA NO POSEÍDA O CONTRATO DE CESIÓN DEL DERECHO INCORPORAL DE PROPIEDAD: 1) Cesión del derecho incorporal de propiedad: 1. El contrato de compraventa y la tradición en el Derecho español. 2. La herética tradición instrumental incorporal. 3. Opinión de Luis Díez Picazo. 2) Contrato de compraventa, dispositivo y obligatorio: 1. Venta de cosa poseída por el vendedor. 2. Cesión del derecho incorporal de propiedad. 3) Sentencia del 30 de junio de 1989. 4) Resolución de 25 de enero de 1990. 5) Desposesión no manifestada. 6) Desposesión manifestada: 1. Contrato de cesión. 2. Contrato de venta de cosa. 7) Opinión de Lacruz y criterio de Pedro Gómez de la Serna. 8) Momento de la transmisión.—III. ¿ANOTACIÓN O INSCRIPCIÓN?: 1) Resolución del 25 de enero de 1990. 2) Criterio de Pedro Gómez de la Serna: 1. Artículo 2, 1, LH. 2. Artículo 20 LH. 3. Opinión de Manresa y Morell. 3) Actualización del criterio de Pedro Gómez de la Serna: 1. Desposesión no manifestada. 2. Desposesión manifestada. 4) Principios de legalidad y de certidumbre: 1. Legalidad. 2. Certidumbre. 3. Artículo 1.526 CC y artículo 34 LH. 5) Legitimación registral. 6) Inoponibilidad, a tercero inscrito, de lo no registrado.—RESUMEN FINAL.

INTRODUCCIÓN

1) Interpretación de la Administración: Resolución de 25 de enero de 1990

1. Según reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del día 25 de enero de 1990 (publicada en el BOE del

día 14 de febrero, rectificado el 2 de marzo), se presenta a inscripción una escritura notarial de venta de una finca por una albacea solidaria, facultada para vender en el testamento del titular registral actual y con prórroga documentada del albaceazgo conferida por la heredera única, en la que manifiesta que el precio se destina al ejercicio de acciones judiciales dirigidas contra el que fue administrador del difunto, y aparece como adjudicatario en un falso cuaderno particional privado, acordando que si el comprador no pudiera tomar posesión de la finca, por cualquier causa, no podrá exigirse responsabilidad alguna al albaceazgo ni a la heredera universal.

2. El Registrador deniega la inscripción porque estima que existen tres defectos insubsanables:

"1.º Del texto de la escritura resulta que el comprador no ha entrado en posesión de los bienes, por lo que no ha surgido aún derecho real susceptible de inscripción (arts. 609, 1.095 y 1.462 del Código Civil y arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria).

2.º Falta la intervención de la heredera instituida en la venta concertada por la albacea, en razón a las especiales condiciones en que la misma se celebra (art. 903 del Código Civil).

3.º Carece la albacea de facultades para enajenar unos bienes que reconoce haber sido adjudicados en un cuaderno particional anterior y que, por consiguiente, han dejado de pertenecer al patrimonio relicto (arts. 901, 902, 903 y 911 del Código Civil.)"

3. La Dirección General argumenta y resuelve lo siguiente:

1. Deben enjuiciarse antes las cuestiones que plantea el tercer defecto de la nota de calificación, pues la decisión de estas cuestiones determina la improcedencia de tratar en este recurso las cuestiones que plantea el primer defecto de la nota (si en el presente supuesto el otorgamiento de la escritura equivale a la tradición: Cfr. arts. 1.462 y 1.464 del Código Civil). En opinión del Registrador y conforme expresa el defecto tercero, carece la "albacea de facultades para enajenar unos bienes que reconoce haber sido adjudicados en un cuaderno particional anterior". Es cierto que la albacea —nombrada en el testamento con otras dos personas con facultades que cada una de ellas puede ejercitar indistintamente en la escritura de venta presentada, otorgada por ella en ejercicio del poder que ostenta— admite la existencia de un cuaderno particional privado en el que las fincas que ella vende ya están adjudicadas a otra persona (aunque no se expresa por dicha albacea el concepto en que fueron adjudicadas). Pero es cierto también que afirma que la autenticidad y veracidad de ese cuaderno particional es objeto de acciones judiciales. Resulta, pues, de las mismas

manifestaciones de la albacea, que no se sabe si está o no vigente el poder de disposición que ella ejerce o si está ya agotado por haberse ejercitado debidamente por otro de los albaceas solidarios. El principio de legalidad —garantía de la eficacia de los asientos— exige con rigor que sean inscritos sólo los negocios que por lo que resulta de los documentos presentados y del propio Registro, sean ciertos y válidos. Si en el título básico el mismo otorgante pone en duda su propio poder y, por tanto, la validez de la venta, no puede procederse a la inscripción mientras estas dudas no queden dilucidadas. Ahora bien, al no tenerse en el Registro conocimiento directo de la adjudicación anterior, no puede decidirse si el obstáculo existe o no y cuál es su carácter, por lo que es más adecuado aplicar al defecto el régimen de los defectos subsanables a fin de que en el plazo correspondiente pueda bien verificarse la subsanación, bien pedirse anotación preventiva, bien *interponerse* demanda ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez de la venta.

2. En el segundo defecto de la nota se acusa que en la venta "falta la intervención de la heredera instituida", dadas "las especiales condiciones" en que la venta "se celebra (art. 903 del Código Civil)". La nota, que en este punto adolece de imprecisión, se apoya, según el informe del Registrador, en que el albacea, en la venta, como en todos los actos que acometa, "ha de ceñirse estrictamente a su función que no es otra que la ejecución del testamento" y en la escritura de venta "tal cometido o función aparece ampliamente *rebasado*". Limitándonos a la cuestión planteada —y no a las que pueda plantear la prórroga del albaceazgo, que quedan fuera del recurso— ha de partirse de que la albacea fue nombrada según el testamento "con las más amplias facultades, incluso la de vender inmuebles y cualesquiera otros bienes". De acuerdo con el artículo 901 del Código Civil y no habiendo legitimarios, los poderes para enajenar han de enjuiciarse por lo previsto en el testamento y no por lo previsto en el artículo 903. No se excluye que en el caso pudiera haber abuso o desviación, pero ni es el Registrador a quien tiene que rendir cuentas la albacea, ni se puede en la calificación registral afirmar, por los documentos presentados, que exista tal abuso, en términos oponibles incluso al comprador mismo, cuando, además, de los antecedentes se desprende que las atenciones a que ha de hacer frente el albacea puede que no se limiten, en este caso, a los gastos funerarios.

Esta Dirección General ha acordado revocar parcialmente la nota y auto apelados:

1.º No hacer pronunciamiento en cuanto al primer defecto de la nota.

- 2.º Revocar el segundo defecto.
- 3.º Confirmar el defecto tercero, pero estimando que es subsanable.

4. La Dirección General, *implícitamente*, considera cierta y aplicable al caso la interpretación del artículo 1462, párrafo 2.º, que propugnó el Profesor LACRUZ, al calificar tácitamente el contrato concertado como contrato de compra de una cosa, que obliga al vendedor a entregar la cosa al comprador (art. 1445 CC), contrato *por* el que el derecho queda transmitido *en el momento* de la tradición (arts. 609, 2, al final, y 1095 CC), a la que equivale el otorgamiento de la escritura notarial (art. 1462, 2, CC), como tradición instrumental *incorporal*.

Considera que es *dudosa* la validez de la venta por ser dudosa la subsistencia de la facultad dispositiva de la albacea después de la adjudicación por los otros dos albaceas solidarios, y que sólo si la adjudicación se declara nula será cierta dicha subsistencia y será válida la venta.

Entiende que, entretanto, esta *duda* es un defecto que impide la inscripción, pero no es un defecto insubsanable sino un defecto subsanable, así que puede practicarse anotación preventiva de suspensión de la inscripción solicitada por existir dicha duda, en cuanto a la validez de la venta, y puede practicarse anotación de la demanda en la que se pida la declaración de validez de la venta. (Defecto tercero.)

Sólo después de quedar declarada la nulidad de la adjudicación, y así subsanada la duda, se podrá pasar a considerar "si en el presente supuesto el otorgamiento de la escritura equivale a la tradición: cfr. arts. 1462 y 1464 del Código Civil". (Defecto primero.)

En un segundo plano, la Resolución interpreta que en el contrato concertado no ha de intervenir la heredera, atendidas las normas vigentes aplicables a las circunstancias del caso. (Defecto segundo.)

2) Criterio del legislador Pedro Gómez de la Serna

5. La Dirección General, al igual que la heredera o la albacea, el comprador, el adjudicatario, el Notario y el Registrador, parece desconocer que, según el criterio del legislador registral PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el contrato concertado debe ser calificado como un contrato de cesión del derecho de propiedad del propietario desposeído, también llamado contrato de cesión de la acción reivindicatoria:

1. Como un contrato de compraventa que ontológicamente, por ser su objeto un derecho incorporal o sea un derecho no acompañado con la posesión de su objeto mediato (la finca), no obliga a entregar una cosa según dispone "la ley" (art. 1526, 1, CC).

2. Como un contrato de compraventa que es causa de la inmediata transmisión del derecho que pertenece al cedente, porque su transmisión no está condicionada a la transmisión de la posesión de la cosa que es el objeto del derecho, por no ser aplicables los artículos 609, 2, al final, 1.095, 1.445, 1.462 y 1.464 Código Civil.

3. Como un contrato de compraventa que puede ser inscrito (art. 1.526, 2, CC), aunque claro que no como un contrato de venta de cosa poseída sino como lo que es: un contrato de cesión, de la acción reivindicatoria, utilizando la expresión del legislador GÓMEZ DE LA SERNA, o lo que es lo mismo un contrato de cesión del derecho del propietario que está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño, utilizando una expresión más actual y fácilmente comprensible.

I. ALBACEA AUTORIZADA PARA VENDER Y TRACTO SUCESIVO REGISTRAL

1) *Inscripción solicitada*

El testador, aunque haya instituido heredero único, puede autorizar al albacea para que venda bienes del patrimonio hereditario, *por sí solo* (arts. 901 y 903, 1, *a contrario*), y así ocurre en el caso comentado según interpreta la resolución al considerar el defecto 2.º de la nota.

La facultad de vender conferida por el testador al albacea hace innecesario que se inscriba el título del heredero para que se pueda inscribir el título de venta otorgado por el albacea, expresando en la inscripción que está autorizado para vender la finca inscrita a favor del causante, según conocida doctrina de la Dirección General. Esto es lo que intentaba el comprador: El causante aparecía como titular registral. La heredera única no había presentado para inscribir su título de herencia testada. Tampoco se había presentado para inscribir el título del adjudicatario quien sólo podía probar su pretendida adquisición con un documento privado en el que se formalizó un denominado cuaderno particional, que no consta fuera elevado a escritura pública ni protocolizado mediante acta.

2) *Heredera propietaria y albacea facultada para vender*

Según el Derecho español, el heredero único que aceptó la herencia, como sucesor universal del causante, es el propietario de la finca que el albacea está autorizado para vender, y lo es desde el fallecimiento del causante hasta el momento de la adquisición por el que compra, ya que, entretanto, la propiedad no puede ser atribuida al causante, ni a una

herencia sin personalidad jurídica, ni al albacea autorizado para vender, ni al comprador, dando a la compra efecto retroactivo desde el fallecimiento del testador, por lo que sólo imprecisamente puede decirse que, una vez vendida la finca, el heredero ha de ser considerado como si nunca hubiera sido propietario de ella (args. arts. 661, 657, 989, y arts. 1.010, 1.026, 1.030, 1.032 CC).

El albacea que acepta el encargo del testador queda *autorizado* (art. 901) y obligado (art. 899) a realizar actos de cooperación gestora de asuntos ajenos en relación necesaria con terceros (*vid.* DÍEZ PICAZO: *La representación en el Derecho privado*, Ed. Civitas, 1979, págs. 129 y 130).

El albacea, en sentido técnico estricto, ni es un mandatario ni es un representante del testador, que ya ha fallecido; ni de la herencia, que no tiene personalidad jurídica; ni del heredero, sin cuya intervención puede vender cuando el testador le ha autorizado.

Pero el albacea, prácticamente, se encuentra en una situación similar a la del mandatario representante. El mandatario no puede traspasar los límites del mandato (art. 1.714) y en lo que el mandatario se ha excedido no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente (art. 1.727). El albacea no puede traspasar los límites resultantes de la voluntad del testador, interpretada por el heredero, o por el Juez en su caso, a quienes ha de rendir cuentas el albacea (art. 907), los que pueden rechazar la actuación del albacea si interpretan que no se ajusta a la voluntad del testador. Por lo tanto, para la firmeza de la venta que puede otorgar el albacea resulta conveniente el conocimiento y el beneplácito del heredero, aunque no sea necesaria su intervención.

3) Prórroga del plazo a la albacea

La heredera conoció la adjudicación realizada por dos albaceas a favor del Administrador del causante, *a posteriori* de la formalización en documento privado, y no sólo rechazó la actuación de éstos sino que la denunció como delictiva, por lo que se siguen actuaciones penales contra el adjudicatario poseedor, por la falsedad del "documento particional privado", que es determinante de la nulidad de la adjudicación.

"En vista de la mala fe de los dos albaceas solidarios adjudicantes, quienes, por actuar dolosamente, no han ejecutado correctamente la voluntad del causante", sino que se han confabulado fraudulentamente con el administrador del causante, la heredera *creo* que el cuaderno particional privado es falso y nula la adjudicación al administrador del causante, es decir, que rechaza la validez y la eficacia traslativa de la adjudicación.

Por esto, la heredera considera vigente el albaceazgo y documental-

mente lo prorroga a favor de la albacea que no participó en la confabulación.

La albacea que, atendidas las circunstancias del caso, actúa con el conocimiento y el beneplácito de la heredera, vende la finca para cumplir la voluntad testamentaria y costear las actuaciones judiciales.

Por lo tanto, para el calificador no puede ser indudable sino dudoso que el albaceazgo terminó y quedó extinguido al firmar dos albaceas el cuaderno particional privado.

4) *Manifestación de la desposesión*

Teniendo en cuenta la situación de hecho (que el administrador del causante es el poseedor en concepto de dueño de la finca, con título de adquisición por adjudicación que realizaron dos de los tres albaceas solidarios facultados para venderla, título que está denunciado criminalmente como falso y, en consecuencia, nulo), en la escritura de venta se toman las usuales precauciones contractuales, conviniendo que "si el comprador no pudiera tomar posesión de la finca, por cualquier causa, no podrá exigirse responsabilidad alguna al albaceazgo ni a la heredera universal".

La albacea reconoce en la escritura notarial de venta que un tercero (no la heredera propietaria) es el poseedor en concepto de dueño de la finca, titulado, falsamente. Esto, naturalmente, no implica que reconozca que el derecho pertenece al poseedor en concepto de dueño: expresamente, manifiesta que ha impugnado la validez del título que exhibe el poseedor. Tampoco implica que reconozca que es dudosa la pertenencia del derecho a la heredera porque no quiera reconocerlo el poseedor que se atribuye la pertenencia. Aunque los que intervienen en la controversia puedan llegar a dudar del resultado favorable a la heredera y al comprador, que siempre es inseguro y, en cierto modo, aleatorio.

5) *Cesión de la acción reivindicatoria contra el poseedor titulado*

En las actuaciones penales puede entenderse que subyace el ejercicio de la acción reivindicatoria por la heredera, quien dice ser la verdadera propietaria (art. 348, 2, CC) contra el poseedor en concepto de dueño, quien no sólo está amparado por la presunción legal de que está titulada (fundada) su posesión (art. 448 CC), sino que alega un concreto título, el de adjudicación del dominio, que la heredera afirma y ha de probar que es falso y, por tanto, civilmente nulo y sin eficacia traslativa del dominio.

El derecho de propiedad sobre la finca es un derecho de pertenencia

controvertida, pero no es un derecho litigioso en el sentido legal (artículo 1.535, 2, CC), porque todavía no se ha interpuesto la demanda civil para obtener la posesión.

6) *Inscripción de la cesión*

Puesto que es posible que el albacea facultado para vender no llegue a ejercitar su facultad, sobre todo si su ejercicio resulta innecesario o inconveniente atendidos los fines del albaceazgo y las circunstancias de la realidad, resulta evidente que cuando el titular **registral** del dominio de una finca ya ha fallecido y en su testamento nombra heredero único, a la vez que designa un albacea al que confiere la facultad de vender la finca, se puede inscribir a favor del heredero su título de herencia testada (art. 14, 3, LH, y art. 79 RH) y hacer constar en la inscripción la facultad de vender conferida al albacea, aunque esta inscripción resulte innecesaria en cuanto se puede inscribir directamente la venta otorgada por el albacea del titular registral, sin que conste previamente inscrita la adquisición por el heredero y la facultad del albacea (art. 20, 4, LH) y sin que ello implique estrictamente un supuesto de tracto abreviado.

El análisis del caso comentado resulta más simple si hipotéticamente se piensa que está inscrito a favor de la heredera única su título de herencia testada, sin perjuicio de la facultad dispositiva de los albaceas solidarios. Así se puede ver claramente que la heredera, en cuanto titular registral, queda amparada por el principio de legitimación registral (art. 38, 1, 2, LH) es decir por la presunción registral de que la finca le pertenece por el título inscrito de herencia testada, contraria a la presunción civil de que el poseedor en concepto de dueño es un poseedor con título (art. 448 CC) a los efectos del artículo 41, 6, 2.^a, LH, frente a un poseedor *no* titulado. También se podría ver clara la aplicación del principio de inoponibilidad contra tercero inscrito a favor de sus causahabientes a título oneroso inscrito (arts. 32 y 34 LH), aunque ella no gozara de más protección que la correspondiente a su causante en cuanto titular registral anterior (artículo 34, 3, LH).

Pero lo cierto es que la heredera no ha **inscrito** su título, que el titular registral ha fallecido y que se solicita inscribir, directamente, la venta otorgada por la albacea.

El **título** de venta que se pretende inscribir ha de fundamentarse, registralmente, en la inscripción vigente, que es la del título adquisitivo del causante, ha de expresar el fallecimiento del titular registral y ha de referenciar el testamento (unido o acompañado), con el nombramiento de la heredera única y con la designación y facultades de la albacea que forma-

liza la venta, actuando en ejercicio de las facultades gestoras y dispositivas de un derecho ajeno (que fue del titular registral pero ya no lo es), conferidas por el anterior propietario (el testador) y prorrogadas por la actual propietaria (la heredera única), a la que ha de rendir cuentas para que apruebe o rechace su gestión (art. 911 CC).

Así puede decirse, en definitiva, que un representante interviene por poder del propietario actual, mientras que la albacea interviene por voluntad y autorización del propietario anterior, ya fallecido, que ha de acatar su heredera, como sucesora y propietaria actual.

7) *Comparación con la doble venta*

Civilmente se puede comparar el caso resuelto con otro hipotético en el que un propietario confiere mandato representativo para vender una finca a dos representantes solidarios, de los que uno formaliza una primera venta seguida de la entrega de la finca vendida, que el propietario mandante considera que es falsa, resultado de una confabulación fraudulenta del representante y el comprador, por lo que da su beneplácito al otro representante para que formalice una segunda venta, en la que el vendedor hace constar que inmediatamente no puede entregar la finca al comprador porque otra persona, un tercero, la posee en concepto de dueño y exhibe un título de compra anterior, que es nulo según el vendedor. Esta segunda venta es, en realidad, un contrato de cesión del derecho incorporal del propietario desposeído, históricamente denominado contrato de cesión de la acción reivindicatoria, un contrato que por ser su objeto un derecho incorporal, es decir, no acompañado con la posesión de una cosa aunque sea circunstancialmente como en el caso propuesto, no obliga al vendedor a entregar la posesión de una cosa y es inmediatamente traslativo del derecho vendido, presuponiendo que pertenece al vendedor (art. 1526 del Código Civil).

También civilmente se puede comparar con el supuesto de una primera venta y tradición por medio de representante, que el propietario considera nula, por lo que otorga, sin mediar representante, una segunda venta sin tradición.

Civilmente distinto es el caso de una primera venta no seguida de la entrega de la cosa y de una segunda venta complementada con la entrega de la cosa (art. 1.473, 1, y art. 1.473, 3, 1.ª parte, CC).

Pero similar es el caso en que el titular registral del dominio y poseedor real de la finca otorga una primera venta complementada con entrega instrumental (art. 1.462, 2, CC), sin que el comprador presente a inscribir su título adquisitivo, y después otorga una segunda venta en escritura

notarial cuando ya no es poseedor ni propietario, aunque parezca serlo (art. 38, 1, LH), y el comprador, que *presuntamente* es el nuevo propietario, según su título de compra y entrega (art. 1.462, 2) y según la inscripción del título del vendedor (art. 38, 1 y 2, LH), presenta a inscripción su título y logra que se inscriba en el Registro (art. 1.473, 2, CC, y art. 32 LH).

II. ¿CONTRATO DE VENTA DE COSA NO POSEÍDA O CONTRATO DE CESIÓN DEL DERECHO INCORPORAL DE PROPIEDAD?

Es evidente que las cuestiones que plantean los defectos primero y tercero están íntimamente relacionadas, y creo que la cuestión esencial consiste en precisar, en el Derecho español, civil, la naturaleza jurídica del contrato de *compraventa* y la naturaleza jurídica de la tradición, y diferenciar el *contrato de venta de cosa poseída* en concepto de dueño por el vendedor, del contrato de *cesión del derecho incorporal* del propietario que está desposeído de la cosa porque la posee un tercero en concepto de dueño, sin o con título, distinto del contrato de *venta de cosa no poseída con cesión impropia* (cesión del ejercicio por el comprador de la acción reivindicatoria del vendedor) y *eventual tradición futura*, y mal calificado como contrato de *venta de cosa no poseída con tradición incorporal actual*.

1) *Cesión del derecho incorporal de propiedad*

1. El contrato de compraventa y la tradición en el Derecho español

Un reciente estudio propio acerca de este tema ha sido incluido por la redacción de la *RCDI* en el número presentado como homenaje a don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS con ocasión del centenario de su nacimiento, el mismo año en que fue publicado el vigente Código Civil español de 1889 (*RCDI*, núm. 594, septiembre-octubre 1989, págs. 1595 a 1821), acaso porque lo denominé "Contrato de compraventa y tradición en el Código Civil español de 1889", pensando en que su publicación también coincidía con el mismo centenario.

En el estudio de 1989, de entrada, resumo y actualizo mis otros dos estudios anteriores, uno del año 1980 y otro del año 1987, sobre el tema de la cesión de la acción reivindicatoria ("Venta por el propietario desposeído: cesión de la acción reivindicatoria", *RCDI*, 1980, núms. 537, 538 y

539. "Cesión de la acción reivindicatoria, escritura e inscripción", *RCDI*, 1987, núm. 582).

Pero, como resulta del sumario, dicho estudio de 1989 se refiere, más exactamente, al "Sistema español de disposición y adquisición derivativa de derecho de propiedad por contrato de compraventa", es decir, que tiene una amplitud de tema y un alcance sistemático mayor que el exclusivo de la cesión de la acción reivindicatoria, si bien ésta, al quedar incardinada en el sistema, permite una mejor comprensión de la cesión y del sistema.

Intento en él *dignificar el contrato de compraventa y desmitificar la tradición*, para dejar aclaradas coherentemente muchas cuestiones que es usual presentar sin la conveniente y necesaria conexión e interdependencia.

A su contenido remito al lector, porque el presente estudio sólo puede ser considerado como anexo y complemento del último de dicha trilogía de estudios.

2. La herética tradición instrumental *incorporal*

Al enviar a la redacción de la *RCDI* mi estudio de 1989 decía que "Fue concebido como ensayo pormenorizado que intenta eludir la usual exposición en la que se deforma la realidad, por inspirarse en una visión desajustada de la llamada teoría del título y el modo, y en un excesivo Savignysmo, del que son consecuencia *dos errores muy arraigados*, uno iniciado por IHERING, aquí seguido por VALLET DE GOYTISOLO y ALVAREZ CAPEROCHIPI, con su teoría de la cesión impropia como única posible, y otro, más moderno, representado por LACRUZ, ALBALADEJO, PEÑA, GARCÍA GARCÍA y todos los demás que son *más papistas que nuestro gran Papa de la tradición*, el admirado PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, porque creen en la existencia de una herética tradición *incorporal*".

Después de muchos proyectos, para decir de qué se trata sin usar las palabras equívocas "título y modo", pero aludiendo a ellas de manera que todos lo puedan suponer, y para destacar la españolidad, aproveché la ocasión del centenario y bauticé el estudio con el nombre de "El contrato de compraventa y la tradición en el Código Civil español de 1889".

Aparte de un alegato contra el germanismo infiltrado, quiere ser un homenaje implícito al legislador, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, que marcó el rumbo vigente con su oposición al proyecto de Código Civil de 1851 y con su intervención decisiva en la Ley del Registro.

Pienso que puede ser útil para los opositores y los estudiantes universitarios, como perspectiva unitaria de un jurista práctico acerca de bastantes cuestiones dispersas y muy discutidas por no tener en cuenta nuestra

Historia y los sistemas francés e italiano, a los que más se parece el nuestro, por su visión realista y pragmática de lo que es el contrato de compraventa en la mente de los que contratan y no en la de SAVIGNY, en su escuela y en el sistema alemán actual.

Este estudio es algo que me sentía obligado a exponer para que se viera con claridad cómo encaja sistemáticamente la cesión de la acción reivindicatoria, algo que, de entrada, parece sonar a chino, aunque es la clave para entender qué es el contrato de compraventa y qué es la tradición en el Derecho español, y cómo se coordinan en las escrituras notariales de compraventa, que son el pan nuestro de cada día, para los Notarios y para los Registradores".

2.1. En mi estudio de 1989 (pág. 1.798) dije:

"Contradecir la opinión generalizada sobre los artículos 609, 2, 1.095 y 1.462, 2, es el motivo ocasional de este estudio, porque después de haber publicado otros dos estudios sobre la cuestión planteada aún confío en que, al fin, lograré exponer el auténtico criterio de FLORENCIO GARCÍA GOYENA y de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, que también es el de MORELL y el de MANRESA, y parece ser el de DIEZ PICAZO, debidamente actualizado, con claridad suficiente, para que, en verdad, llegue a ser leído y pueda ser asumido por el lector. Para que, excluidos los motivos de confusión, dicho criterio auténtico no continúe siendo desconocido y prejuizado peyorativamente o incomprendido y rechazado sin argumentos congruentes.

Para que se escuche el eco actual de la menospreciada voz de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA (que clama en el desierto desde que se publicó la Ley Hipotecaria de 1861) y sea comprendido y asimilado por cuantos deseen conocer la buena nueva del hallazgo de una clave olvidada, única que permite demostrar la inexistencia del grave problema registral que se dice existir y parece que existe cuando el titular registral *vendedor* no es poseedor; lo que, en realidad, sólo es un pseudoproblema registral, un problema *imaginario*, porque el problema civil subyacente históricamente existió, pero quedó resuelto hace muchos siglos; sin tener que recurrir a imaginar la existencia de una tradición *incorporal*, que no es tradición (corporal, siempre, por definición).

Trato de explicar que muchos opinantes, proclives á sustituir la tradición española de GÓMEZ DE LA SERNA por la inscripción de LUZURIAGA, atribuyen a la tradición distinto sentido y mayor importancia que le atribuía GÓMEZ DE LA SERNA; el *Papa del principio romano de la publicidad por la tradición*, enfrentado y victorioso contra el *Antipapa del principio prusiano de la publicidad por la inscripción* sustituyente de la tradición

respecto a inmuebles (CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA) y contra el *Anti-papa del principio francés de la clandestinidad del consentimiento contractual* excluyente en todo caso, de la tradición (FLORENCIO GARCÍA GOYENA). Resultan *más papistas que el Papa de la tradición* al interpretar el artículo 609, 2, del Código Civil, exigiendo masoquistamente que se realice una tradición actualmente imposible, que el Papa tradicionalista excluye. Sin darse cuenta, debilitan la institución registra!, el Registro de la Propiedad y la inscripción, en su confrontación con la magnificada tradición, que puede determinar el momento del comienzo de la posesión apta para la usucapión contra el Registro.

Acaso muchos opinantes puedan considerar suficiente y conveniente imaginar, siguiendo el parecer de los Profesores LACRUZ y ALBALADEJO, que la escritura notarial de venta por el propietario desposeído equivale a una tradición incorporal (art. 1.462, 2, según ellos), porque "se non é vero é ben trovato", y como "ya vale", con el "yavalismo", de que hablaba JULIÁN MARÍAS, les parece ocioso y aun incómodo el comprobar si es cierta cualquier otra argumentación y les basta pensar que, en el mejor de los casos, sólo servirá para apoyar la *moderna invención teórica* de LACRUZ y ALBALADEJO, porque —según ellos dicen— es la piedra filosofal, *única "teoría" posible* para resolver el problema de la validez y eficacia de la inscripción del que compra al titular registral desposeído e inscribe su compra, sin infringir la "teoría" del título y el modo recogida como principio civil en los artículos 609, 2, y 1.095".

2.2. En mi estudio de 1989 (págs. 1604 a 1606) me refería a *dos errores derivados de un error fundamental*.

"Vaya por delante el decir que nunca he pretendido que se inscriba la cesión de la acción reivindicatoria con separación o independencia del derecho de propiedad, porque esto es imposible legalmente, según creo haber probado en aquellos estudios.

Además, en ellos y en éste, me opongo a la interpretación de algunos autores, como VALLET DE GOYTISOLO, al que aún hoy sigue ALVAREZ CAPEROCHIPI; para quienes la cesión de la acción reivindicatoria sólo puede ser y sólo es la autorización para el ejercicio por el cesionario de la acción del cedente, y nunca puede ser ni es una cesión propiamente dicha, inmediatamente traslativa del derecho.

Es decir, me opongo a quienes entienden que, en el caso de compra al vendedor propietario desposeído, el comprador que conoce la desposesión no es propietario sino que sólo está facultado para ejercitar la acción reivindicatoria del vendedor, por lo que sólo llegará a ser propietario en el momento en que obtenga la posesión por tradición, y me opongo porque eso no es lo que dispone el Código Civil (art. 1.526).

Aunque, por algún tiempo y respecto del Derecho romano, lo creyera el genial IHERING, quien, al parecer, aún tiene fieles seguidores que magnifican y quieren fortalecer el sentido social de la posesión y la función de la tradición, de tal manera que, a la vez, menosprecian el sentido social de la propiedad y minimizan y debilitan el sentido y eficacia de la inscripción registral (JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho inmobiliario registral*, Editorial Civitas, Madrid, 1986. En particular páginas 131 y 143).

La Ley resultante de la evolución histórica secular (arts. 1.526 y 1.460, 2, por analogía) no obliga al vendedor propietario desposeído a que reivindique y recupere la posesión para poder entregarla al comprador, y preconiza que el comprador reivindique como propietario (S. 20 enero 1912). Claro que la ley no impide que el vendedor y el comprador puedan contratar, excepcionalmente, una cesión *impropia*, para que el comprador reivindique por *autorización* del vendedor y recuperada la posesión para éste, seguidamente la adquiera para sí (por tradición *brevi manu*).

Asimismo, es necesario y resulta perturbador imaginar la existencia de una tradición *incorporal* o idealizada cuando el vendedor está desposeído y la venta se otorga en escritura pública, aunque sea ésta la opinión de los Profesores LACRUZ y ALBALADEJO; de MANUEL PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 43); de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (*Derecho inmobiliario registral e hipotecario*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, t. I, págs. 661 a 671), y de otros muchos autores y profesionales del Derecho, como ANTONIO JOSÉ RAMOS BLANES: *La posesión y el Registro de la Propiedad*, ciclo de conferencias del centenario de la Ley de Bases del Código Civil, CNRP, Madrid 1989, págs. 185 a 188).

Cuenta la fábula que todos los cortesanos de cámara elogian la sutil camisa de dormir que el Rey lleva puesta, hasta que la ingenua veracidad de un espectador advierte que el Rey está **desnudo**. Simboliza la verdad que enmascara dicha elucubración *teórica*, al magnificar la importancia de la posesión y de la tradición, hasta llegar a imaginar y ver la existencia de una tradición que no es transmisión de la posesión, de una tradición que no es tradición, para que el contrato quede imaginariamente vestido con la tradición y no desnudo de ella, porque, según el principio romano, los contratos desnudos de tradición no transmiten el dominio (*...dominia rerum non nudis pactis transferuntur*)—*en todo caso*, según interpretación conceptualista y no teleológica ni sistemática—, para no verse forzados los opinantes a reconocer que el Rey de los contratos desnudo de la tradición transmite el dominio desnudo de la posesión, aunque resulta conveniente que el Rey de los contratos se invista con el manto real de la

escritura **notarial**, porque es prueba documental pública y aparente de su existencia y de su inmediata eficacia traslativa del derecho que no está investido con la posesión porque otra persona se **ha** apropiado de la vestidura posesoria, que es prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho (art. 448, frente a arts. 348, 2, 1.526, 1, y 1.218).

El Rey de los derechos, desnudo de la posesión (no investido con la posesión de la cosa que tiene un poseedor en concepto de dueño) queda transmitido inmediatamente por el Rey de los contratos, solo, no acompañado con una adicional tradición que es imposible mientras no se recupere la posesión que tiene el tercero poseedor.

El Rey de los contratos, el contrato genéricamente nombrado *compraventa*, en tal caso se denomina, específicamente, contrato de *cesión* (de derecho incorporal) y conviene que se invista con la escritura notarial, que será la prueba documental de su existencia y de su efectividad inmediata, de la transmisión del derecho del *verdadero propietario desposeído*, para oponerla a la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho al poseedor en concepto de dueño, *al presunto propietario en cuanto poseedor*.

Imaginar lo que imaginan el profesor LACRUZ y sus seguidores es lo mismo, en realidad, que hacer caso omiso de la tradición en el caso contemplado, por lo que *parece* no andan descaminados los que patrocinan tal interpretación; precisamente, dicho caso es el único en que el derecho de propiedad se transmite voluntariamente por el contrato de venta sin mediar transmisión de la posesión, voluntaria (art. 1.095) o forzosa (art. 1.096, 1, y 2), como es lógico y legal (art. 1.526).

Pero no se transmite mediante una imaginaria tradición instrumental incorporal o idealizada, que se dice visible en el artículo 1.462, 2, porque ni es tradición, ni es lógica, ni es legal, ni es jurisprudencial, y así, *en realidad*, andan descaminados quienes olvidan que, desde hace muchos siglos, el caso contemplado por ellos se denomina cesión de la acción reivindicatoria y bajo esta "advocación" está acogido en el artículo 1.526 del Código Civil, aunque tenga otros nombres más conocidos y tranquilizadores como el de venta por el propietario que no es el poseedor en concepto de dueño.

Se trata de dos errores, el de VALLET y el de LACRUZ, que, como otros muchos, nacen de un gran error conceptualista: el error de creer que el artículo 609, 2, excluye la posibilidad de la transmisión por venta sin tradición cuando el vendedor es el propietario pero no es el poseedor en concepto de dueño. Es el mismo error lógico en que incurrió IHERING al no interpretar sistemática y teleológicamente dos preceptos romanos (C. 4, 39, 9 y D. 6, 1, 63), forzando la interpretación de otro (D. 6, 1, 47),

para mantener la interpretación conceptualista de otros dos (D. 41, 1, 31, pr. de PAULO; y C. 20, 30, 20).

El aludido error conceptualista, acerca del principio romano y acerca del Derecho español vigente, se demuestra con la interpretación histórica y sistemática, lógica y teológica, que expuse en mis dos anteriores estudios.

Es más, al error se oponen dos argumentos, literales y sistemáticos.

Si el artículo 609, párrafo segundo, se lee entero, no sólo su final sino también su principio, se comprueba que existen otros modos de adquirir el dominio, por transmisión, que no son la donación, ni la sucesión, ni la compraventa mediante la tradición, y que están regulados "por la ley", que en este caso concreto es la ley del Código Civil en general y, en particular, la ley del artículo 1.526, distinta de la ley del artículo 1.445, ambas leyes referentes al "contrato de compra y venta", pero una ley relativa a la venta que obliga a entregar la cosa poseída por el vendedor (art. 1.445) y la otra ley relativa a la venta (llamada cesión) que no obliga a entregar porque el objeto vendido no es una cosa poseída por el vendedor sino un derecho incorporal (art. 1.526), como el derecho de la propiedad sobre la cosa que otro posee en concepto de dueño (art. 348, 2).

Si el artículo 1.095 se lee sin olvidar el artículo siguiente, el artículo 1.096, 1, se deduce que la voluntad de entregar y la tradición puede ser suplida por la ejecución forzosa judicial, lo que no puede ocurrir con el consentimiento contractual, dispositivo primordialmente, y obligatorio consecuentemente.

"En la actualidad, se admite por todos que el artículo 1.526 incluye la cesión del crédito hipotecario, aunque el crédito sea lo principal y el derecho real no posesorio e incorporal de hipoteca sea lo accesorio, pero también se ha de admitir que el artículo incluye la cesión del derecho de propiedad incorporal (es decir, de la acción reivindicatoria), porque en definitiva la cesión de la acción reivindicatoria, con eficacia inmediata, mas que una excepción al 'principio de la tradición' es una consecuencia necesaria del mismo, si se atiende a que es imposible la tradición actual de la posesión que no se tiene, y al fundamento probatorio de la exigencia de la tradición, para aquel que puede entregar (art. 448), pero no para el que no puede entregar porque está enfrentado al poseedor en concepto de dueño (art. 348, 2)."

3. Criterio de Luis Díez Picazo

En mi estudio de 1989 (pág. 1.645) añadí lo siguiente:

"Acaso por las razones que expuse en otra ocasión (en mi estudio de

1980, págs. 583 y sigs.), el criterio auténtico de FLORENCIO GARCÍA GOYENA y de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA parecía olvidado y aun traicionado por la doctrina española, que prácticamente sólo ve en el artículo 1.526 a la cesión de créditos.

No obstante, como ya apunté (en mi estudio de 1980, pág. 827) el Profesor LUIS DIEZ PICAZO observa que 'de acuerdo con la técnica de nuestro Código debe incluirse en la referida regulación —de la cesión— incluso la cesión de una acción, como por ejemplo la acción reivindicatoria' (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, pág. 789).

Expone su opinión en otro párrafo (*Fundamentos...*, pág. 793) que estimo ha de entenderse referido a que 'la transmisión se produce por el negocio consensual de cesión... como efecto del simple contrato', implicando que la denominada cesión de la acción reivindicatoria es la cesión del derecho de propiedad del que la acción deriva para su defensa y del que es inseparable negocialmente, por lo que en verdad se dice que se transmite el derecho de propiedad no acompañado de la posesión al decir que se transmite la acción; es decir, que no sólo se genera un derecho personal que autoriza al cesionario para el ejercicio de la acción del cedente, como entendía IHERING en 1857, al que siguen otros muchos y entre ellos VALLET DE GOYTISOLO, al que hoy se suma ALVAREZ CAPERACHIPI.

Del mismo párrafo resulta, expresamente, que el profesor DIEZ PICAZO entiende que el contrato de cesión es un contrato consensual, es decir, que se perfecciona por el solo consentimiento, de manera que el artículo 1.526, 1, se refiere no a una forma esencial sino a la prueba del contrato de cesión.

En el mismo párrafo dice el profesor DIEZ PICAZO que el contrato de cesión es un contrato traslativo por sí solo, que la transmisión se produce como efecto del "simple contrato", acaso recordando la expresión *nudis pactis*, es decir, excluyendo la tradición, lo que determina la eficacia inmediata al desaparecer el condicionamiento suspensivo que supone la tradición."

2) Contrato de compraventa, dispositivo y obligatorio

El contrato de compraventa, en el Derecho español, no es, simplemente, un contrato obligatorio, sino que primordialmente es un contrato *dispositivo*, por el que el vendedor *dispone* de su derecho para que lo adquiera el comprador.

Sin embargo, en el supuesto de que el vendedor sea el poseedor de hecho en concepto de propietario de la cosa vendida, la presunción de pertenencia del dominio al poseedor en concepto de dueño (art. 448 CC)

determina que la eficacia traslativa del contrato está condicionada legalmente a la adquisición de la posesión de la cosa por el comprador, bien sea mediante la entrega de la cosa por el vendedor (art. 1.095 CC) o bien sea, supletoriamente, mediante la puesta en posesión por el Juez, pese a la voluntad rebelde del vendedor (art. 1.096 CC).

Por la misma razón, cuando el vendedor está desposeído por un tercer poseedor en concepto de dueño, amparado en la presunción de pertenencia del dominio al poseedor (art. 448 CC), que el verdadero propietario ha de desvirtuar ejercitando la acción reivindicatoria para recuperar la posesión (art. 348, 2, CC), entonces, la transmisión del dominio del vendedor propietario al comprador, salvo pacto, se realiza *por* el contrato y *en* el momento de la perfección del contrato (art. 1.526 CC), es decir, no en el mismo momento futuro de la entrega de la cosa al comprador previa recuperación de la posesión de la cosa por el vendedor.

A este aspecto *dispositivo*, que es el primordial del contrato de compraventa, se refiere el artículo 609, párrafo segundo, del Código Civil.

1. Venta de cosa poseída por el vendedor

El supuesto de hecho ordinario o normal del vendedor que al vender es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, además de ser el propietario de ella, está contemplado *al final* del párrafo citado, cuando dispone que la propiedad se transmite "por consecuencia de ciertos contratos —de los que el contrato de compraventa es el más importante y modélico— mediante la tradición", o sea mediante la entrega de la posesión en concepto de dueño de la cosa por el vendedor al comprador (art. 1.095 y art. 1.462, 1, CC), aunque también, supletoriamente, no hay que olvidarlo, mediante la puesta en posesión en concepto de dueño de la cosa por actuación judicial (art. 1.096 CC).

La condición legal expresada, la obtención de la posesión por el comprador, se ha de considerar fundada en la legal presunción probatoria de la pertenencia del derecho de propiedad al poseedor en concepto de dueño (art. 448 CC), salvo prueba en contrario (art. 348, 2, CC). La ley quiere que la prueba por presunción posesoria (art. 448 CC) corresponda al comprador y no al que le ha vendido si éste es el beneficiario de la presunción en el momento de vender.

A este contrato, pero sólo a su aspecto *obligatorio*, y no a su aspecto dispositivo que es el primordial, se refiere el artículo 1.445 CC al imponer al vendedor, que es el poseedor en concepto de dueño, la obligación de entregar la cosa al comprador, es decir, la obligación de ponerle "en poder y posesión" en concepto de dueño de la cosa (art. 1.462, 1, CC), si bien

cuando la venta se formaliza en escritura notarial, y no se manifiesta en ella reserva alguna en contra, la ley considera cumplida la obligación de entregar, de manera que el comprador ya no puede pretender que el vendedor le entregue, lo que ya le entregó y recibió según la escritura y la ley (art. 1.462, 2, CC).

Este es el significado cierto del precepto y no el que propuso el Profesor LACRUZ y ha sido adoptado por muchos seguidores que creen ver en el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil la articulación de una forma de tradición, por ellos denominada tradición instrumental incorporal, a efectos de lo dispuesto en el artículo 609, párrafo segundo, al final, del Código Civil, opinión que considero infundada (ver mi estudio de 1989, págs. 1788 a 1798).

2. Cesión del derecho incorporal de propiedad

En cambio, al supuesto especial del vendedor propietario que está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, alude el párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil, pero no con dichas palabras finales sino con las palabras que *al principio* del precepto se refieren a los diversos supuestos de hecho configurados "por la ley" como suficientes para la transmisión del derecho de propiedad.

"La ley" aplicable, en este supuesto especial, es el artículo 1.526 del Código Civil, referido a un contrato de compraventa que ontológicamente, por razón de su objeto que siempre es un derecho incorporal, o sea un derecho no acompañado con la posesión de una cosa (caso de desposesión si se trata del derecho de propiedad de una cosa), *no obliga al vendedor a entregar una cosa*, cuando es el verdadero propietario pero está desposeído de ella porque otro es el poseedor en concepto de dueño, y, por lo tanto, *actualmente*, en el momento de contratar, no puede entregar la posesión de la cosa y, además, nunca la podrá entregar a menos que logre recuperar la posesión, porque se la devuelve el poseedor, o reivindicándola, a lo que no está obligado por la ley (S. 20 enero 1912).

En este caso, la legal presunción probatoria de la pertenencia del derecho de propiedad deducida de la posesión (art. 448 CC) no favorece al vendedor sino al poseedor en concepto de dueño, y el verdadero propietario ha de desvirtuarla probando que el derecho le pertenece (art. 348, 2, CC). Claro que el propietario desposeído puede preferir no reivindicar sino vender su derecho, como lo tiene, sin la posesión.

En el momento de la perfección de esta venta es inaplicable el condicionamiento legal del traspaso posesorio normalmente exigido para la transmisión del dominio por contrato de venta (art. 609, 2, al final) y la ley

(art. 1.526) excluye su aplicación; no impone al vendedor desposeído una obligación de entregar, que le obligaría a recuperar la posesión de la cosa para entregarla, sino que considera vendido un derecho incorporal, un derecho de propiedad sin la posesión que normalmente le acompaña.

Al ser inaplicable al caso, la condición legal suspensiva de la efectiva transmisión del dominio, *la voluntad dispositiva del vendedor es inmediatamente eficaz* y su derecho de propiedad queda transmitido en el momento de la perfección del contrato, tal como lo tiene el vendedor, controvertido por otro que es el poseedor en concepto de dueño, quien se lo atribuye (amparado en la presunción legal probatoria deducida de la posesión) y se niega a devolver la posesión de la cosa al que dice ser el verdadero propietario y ha de reivindicar y probar su afirmación (arts. 448 y 348, 2, CC), es decir, que ha de probar su título de adquisición y, en su caso, la nulidad del título opuesto por el poseedor titulado.

Si la sentencia declara que el título del poseedor es nulo y que el vendedor era el verdadero propietario al vender, quedará declarado que el comprador reivindicante pasó a ser el nuevo propietario desde el momento de la perfección del contrato. Así lo entendía el legislador PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, seguido por MORELL y MANRESA, y hoy, a mi entender, LUIS DIEZ PICAZO.

Si, por el contrario, la Sentencia declara que el título del poseedor es válido, de manera que el vendedor no era el verdadero propietario al vender, se tratará de un supuesto de venta o cesión de derecho ajeno y no de venta del derecho propio, que es la hipótesis contemplada.

3) Sentencia de 30 de junio de 1989

Al igual que la resolución que comento, también es muy reciente, y posterior a mi estudio de 1989, una sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo del día 30 de junio de 1989 (Aranzadi, Jurisprudencia, ref. 4.800), de la que hice un pequeño comentario en la publicación *Lunes 4,30* (núm. 43, págs. 21-25).

Esta sentencia no entra a considerar si la desposesión del vendedor por un poseedor en concepto de dueño implica la no transmisión del dominio hasta la recuperación de la posesión por el vendedor seguida de la entrega al comprador, porque según la sentencia se trata de una "cuestión nueva", es decir, planteada en el recurso de casación pero no propuesta, debatida y probada, en primera instancia. Observa el Tribunal, además, que la sentencia de instancia no califica al poseedor como un poseedor titulado en concepto de dueño sino como un mero *detentador*.

La sentencia cita a las otras dos sentencias, **sobradamente** conocidas,

que analicé en mi estudio de 1987 (págs. 1347 a 1361) y en el de 1989 (págs. 1647 a 1651 y 1778 a 1788), en las que se plantea el tema de la desposesión del vendedor (S. 21 diciembre 1905 y S. 20 enero 1912), pero nada nuevo y definitivo añade a lo que estas dos sentencias declararon.

No obstante, al relacionarlas con el caso sentenciado en 1989 viene a recordar que, si bien directamente resuelven la cuestión planteada por el comprador contra el vendedor (fundada en que el vendedor estaba desposeído y el comprador no recibió la posesión de la cosa), denegando la pretensión del comprador, también declaran incidentalmente que el comprador puede reivindicar contra el poseedor *en concepto de dueño*. Así da a entender que, con mayor razón, cabe la reivindicación contra el *detentador* en el caso sentenciado en 1989.

Lo que no dice expresamente es que, en el caso sentenciado, también cabría la reivindicación por el comprador, como propietario, contra el poseedor, aunque se hubiera probado que era un poseedor titulado en concepto de dueño y no sólo un mero detentador.

4) Resolución de 25 de enero de 1990

En el caso ahora resuelto por la Dirección, entiendo que la albacea ha contratado la *cesión del derecho de propiedad que se atribuye el poseedor* en concepto de dueño, quien exhibe un documento privado de adjudicación, tachado de falso por la albacea.

Por esta razón, la albacea manifiesta en la escritura de venta (cesión) que "si el comprador *no pudiera tomar posesión* de la finca por cualquier causa no podrá exigirse responsabilidad alguna al albaceazgo ni a la heredera universal", aunque la representación del comprador en el recurso entendió que "lo único que hacen las partes intervinientes en dicho dispositivo, presuponiendo el nacimiento del derecho real (quiere decir presuponiendo realizada la transmisión del derecho de propiedad) es formular un pacto de exoneración de responsabilidad en el caso de evicción o vicios ocultos (arts. 609, 1.095, 1.462, 1.474, 1.475 y 1.481)". Es claro que el comprador estima transmitido el dominio como lo tiene el vendedor (es decir, controvertida su pertenencia y sin la posesión de la cosa), aunque por olvido de lo que es el contrato de cesión de un derecho incorporal su técnica jurídica no sea acertada.

A mi entender, insisto, se trata de un contrato de compraventa (del título IV del libro IV del Código Civil), pero no de un contrato de compraventa *de una cosa* poseída por el vendedor (al que se refieren los capítulos I a VI del mismo título), que obliga al vendedor a entregar la cosa al comprador (art. 1.445 CC), sino que se trata de un contrato de

compraventa de un derecho incorporal (al que se refiere el capítulo VII del mismo título) que *no obliga al vendedor a entregar una cosa* que no posee y que *es inmediatamente traslativo del derecho* de propiedad no acompañado de la posesión (art. 1.526 CC).

Claro que, aménos que el poseedor reconozca *extrajudicialmente* que la heredera era la verdadera dueña al vender la albacea, autorizada por el testador, tendrá que ser una sentencia firme de juicio declarativo la que así lo declare, una vez probada la nulidad del título de adjudicación al administrador, demandado por acción reivindicatoria como poseedor en concepto de dueño con título nulo. Si la sentencia estima la reivindicación pretendida queda *aclarado* que la venta es válida y eficaz e inmediatamente traslativa al comprador del derecho que la heredera dijo que le pertenecía, aunque no lo reconociera así el adjudicatario poseedor en concepto de dueño.

5) *Desposesión no manifestada*

Si, en la escritura de venta, la situación de desposesión del vendedor no se hubiera manifestado (bien porque la desposesión *conocida* se hubiera silenciado, bien porque la desposesión fuera *desconocida* al vender) y, al no manifestarse la desposesión, el registrador, sin dudar, hubiera inscrito el título de compra (pese a no haberse realizado realmente la transmisión de la posesión en concepto de dueño), nos encontraríamos ante el pseudo problema que los hipotecaristas estudian al tratar de las llamadas relaciones entre la tradición y la inscripción, que unos creen zanjar diciendo que, en tal caso, la *inscripción* suple a la tradición (LA RICA) y otros diciendo que, en tal caso, la *escritura* notarial *equivale* a la tradición y es una tradición instrumental *incorporal* (LACRUZ, ALBALADEJO, MANUEL PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL GARCÍA GARCÍA, etc.), para salvar a la inscripción *ya practicada* del descrédito que supone la tesis según la cual, en tal caso, la propiedad no quedará *transmitida* hasta que el comprador obtenga la posesión, para lo que tendrá que accionar como cesionario del ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor, salvo que al comprar desconociera la desposesión del vendedor, por aplicación entonces —se dice— del principio de fe pública registral (VALLET DE GÓYTISOLO y ALVAREZ CAPEROCHIPI).

En mi estudio de 1989, como ya antes dije, analizo (págs. 1.788 a 1.811) dos errores de Derecho resultantes del olvido de la aplicabilidad de la norma civil vigente (art. 1.526 CC) al supuesto de desposesión del vendedor: el error de configurar el contrato como venta de cosa con cesión *impropia* de la acción reivindicatoria y *eventual tradición futura* (histori-

cismo *involucionista* de IHERING, seguido por VALLET y ALVAREZ CAPE-ROCHIPÍ entre otros muchos), y el error de configurar el contrato como venta de cosa con *tradición instrumental incorporal actual* (paralogismo metahistórico de LACRUZ y otros muchos).

Cuando se trata de la inscripción *ya practicada* de una escritura notarial de compra al vendedor desposeído, en la que no se manifiesta esta situación anómala, cabe que la desposesión fuera conocida pero *silenciada* (y este es el supuesto más particularmente contemplado en mi estudio de 1987, en relación con el artículo 36, 2, LH, y el art. 41, 6, 2, LH) o bien cabe que la desposesión fuera *desconocida* (y este es el supuesto particularmente contemplado en mi estudio de 1989, en relación con los artículos 1.460, 2, y 1.462, 2 CC).

6) *Desposesión manifestada*

Ahora, en el caso resuelto por la Dirección General, se trata de una escritura notarial de compra que *se quiere inscribir* pero que el Registrador no inscribe porque en la escritura se manifiesta, expresamente, la situación de desposesión de la heredera propietaria de la finca que vende la albacea (ya que se prefiere litigue el comprador contra el poseedor).

1. Contrato de cesión

Según mi tesis, teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica del contrato concertado no depende de las palabras con las que lo denominan las partes, cuando el vendedor está desposeído, aunque los contratantes aludan a un contrato de compraventa, sin más aclaraciones, el intérprete ha de entender que se ha convenido un contrato de compraventa específicamente referido a la transmisión de un derecho incorporal, es decir, un contrato de cesión (art. 1.526), porque, en caso de desposesión, según la ley (art. 1.526), lo excepcional será contratar una compraventa de cosa que obligue al vendedor a reivindicar, aunque sea el comprador quien ejercite la acción reivindicatoria del vendedor que continúa siendo el propietario y el titular de la acción hasta el momento en que haga tradición de la posesión después de recuperarla.

En este sentido, el Tribunal Supremo (S. 21 diciembre 1905) aclaró que el comprador de una finca que está poseída en concepto de dueño por un tercero *sin que se manifieste* en la escritura de venta la situación de desposesión del vendedor, si *conoce* la desposesión, no puede pedir al vendedor la entrega, pero sí que puede, como comprador, reivindicar

contra el poseedor, pedir al poseedor la devolución de la posesión de la cosa de la que ha comprado el derecho de propiedad incorporal.

La solución ha de ser la misma cuando el comprador *conoce* la desposesión del vendedor y *la manifiesta* (véase mi estudio de 1987, al analizar esta Sentencia de 1905 y la de 20 de enero de 1912, págs. 1347 a 1361, y también mi estudio de 1989, págs. 1647 a 1651 y págs. 1778 a 1788).

2. Contrato de venta de cosa

Pero la resolución comentada, evidentemente, no interpreta que la albacea ha otorgado un contrato de venta de un derecho incorporal.

2.1. Según la opinión errónea de IHERING, en su interpretación del Derecho romano, *en todo caso* de desposesión del vendedor la *única solución* para que se transmita el derecho de propiedad consiste en que el vendedor, que continúa siendo el propietario, recobre la posesión —aunque sea el comprador quien ejercite la acción *reivindicatoria* por cesión impropia o cesión del ejercicio de la acción derivada del derecho ajeno (el del vendedor)— y después de haberla *recuperado* la entregue al comprador, aunque la tradición será *brevi manu* si el comprador ya ha recobrado la cosa para el vendedor, de manera que en el momento de recobrarla para el vendedor la recibe de éste para sí mismo.

2.2. A mi modo de ver, la Dirección General superpone a esta opinión de IHERING la opinión infundada del profesor LACRUZ acerca de la denominada tradición instrumental incorporal, dando a entender, aunque no lo diga expresamente, que si la sentencia declara que el derecho vendido *no* pertenecía al adjudicatario en el momento del *otorgamiento de la escritura notarial* de venta (o, mejor dicho, del otorgamiento de la venta en escritura notarial), en este mismo momento quedó válidamente perfeccionada la venta y, además, quedó cumplida la tradición, antes de que el comprador hubiese obtenido la posesión.

En consecuencia, si se presenta nuevamente a inscripción la escritura notarial de venta, ahora acompañada del testimonio de la correspondiente sentencia firme —como documento que subsana un defecto puramente registral, que es la *duda* acerca de la nulidad de la adjudicación al administrador del *causante*— puede practicarse la *inscripción*, mas no porque el comprador acaso ha recibido la posesión de la finca, sino porque el otorgamiento de la *escritura* equivale a la tradición, aunque el vendedor no era el poseedor al vender y aunque el comprador no haya obtenido la posesión después de recaer la sentencia.

2.3. Sin embargo, también puede entenderse que la Dirección General

no ha querido llegar directamente a esta interpretación, no propuesta por el recurrente, dejando en libertad al Registrador para que, al calificar nuevamente la escritura y por primera vez la sentencia, estime si la tradición ha quedado cumplida *realmente*, porque el comprador ya ha obtenido la posesión en ejecución de la sentencia, cuando así resulte de la documentación presentada, o bien si la tradición ha quedado cumplida *por equivalencia*, porque la escritura notarial de venta *equivale* al cumplimiento de la tradición, de manera que la transmisión de la propiedad quedó consumada en el momento del otorgamiento de la escritura.

2.4. La interpretación por la Dirección General del caso resuelto podría resumirse así: Como sólo se transmite el derecho de propiedad por contrato de compraventa si éste es válido y si queda complementado con la tradición, por ahora hay que esperar hasta que una sentencia aclare que la venta es válida porque la anterior adjudicación al administrador del causante es nula, y después, una vez presentada nuevamente la escritura a la que se acompañará el testimonio de dicha sentencia firme, se podrá calificar si también en este caso el otorgamiento de la escritura de venta equivale a la tradición, en el sentido de que la transmisión del dominio se produjo en el momento del otorgamiento del contrato, o bien en el sentido de que la transmisión del dominio se produjo en el momento de obtener el comprador la posesión, judicialmente pero en mérito de la voluntad del *tradens* manifestada en la escritura.

Hasta entonces se puede practicar anotación de la suspensión de la inscripción por el defecto subsanable de ser actualmente incierta o dudosa la validez de la venta, o sea, la nulidad de la adjudicación anterior; y, por si no se consigue subsanar el defecto durante la vigencia de esta anotación, no se quiere solicitarla, se puede practicar la anotación de la demanda reivindicatoria dirigida contra el adjudicatario poseedor.

2.5. Cabe pensar que la Dirección General interpreta, *a contrario sensu*, que si en la escritura notarial se manifiesta la desposesión del vendedor pero no se atribuye al poseedor un título específico (que ha de ser nulo para que sea válida la compra al propietario desposeído), es decir, si se manifiesta que existe un poseedor sin título (poseedor no titulado) y no un poseedor con título nulo (poseedor titulado), entonces, la propugnada tradición instrumental incorporal es inmediatamente aplicable porque no se alude en la escritura a un contrato (o adjudicación) anterior que haya de ser declarado nulo, de manera que el comprador adquiere el derecho de propiedad por el contrato de compraventa y en el momento de la tradición instrumental incorporal, o sea, *en el momento del otorgamiento de la escritura* notarial de compraventa (art. 1.462, 2, según la interpretación de LACRUZ).

Pero es más probable que si un calificador registral se encuentra ante un supuesto de poseedor *no titulado*, buscará otro defecto subsanable, como podría ser la *duda* acerca de si el poseedor al que alude la escritura acaso tiene un concreto título válido y es el verdadero propietario, incluso por título de usucapión consumada *contra tabulas*.

7) Opinión de Lacruzy criterio de Pedro Gómez de la Serna

1. La interpretación comentada no considera que el verdadero "defecto subsanable" para que la tradición *corporal* se realice es la falta de posesión del vendedor y que este "defecto" sólo se subsana cuando el vendedor recupera la posesión porque el poseedor la devuelve, bien voluntariamente o bien en trámite de ejecución de sentencia firme recaída en juicio reivindicatorio, en el que quedó probada la nulidad del título del poseedor cuando se trata de poseedor titulado.

2. Es más, no considera, al menos con claridad, expresamente, que la *duda* aludida no se refiere a la *nulidad* de la anterior adjudicación al administrador, determinante de la *validez* de la venta, como he venido diciendo por seguir la línea expositiva de la resolución, sino que dicha *duda* se refiere, en el fondo, a la *pertenencia* del derecho a la heredera en el momento de vender la albacea, pues no es segura e indudable la *hipótesis* de que el *verdadero* propietario sea la heredera, como ella afirma.

3. No tiene en cuenta, la resolución, que cuando el vendedor está desposeído (por un poseedor sin título *concreto*, o por un poseedor con título concreto, y no sólo con título inconcreto, presunto según el art. 448 del CC), la escritura notarial de venta, en realidad, formaliza un contrato de cesión del derecho incorporal de propiedad, del derecho sin la posesión, contrato que no requiere una entrega o tradición, ni corporal ni incorporal (ver mi estudio de 1989, págs. 1788 a 1811).

3.1. Los seguidores del profesor LACRUZ creen ver un contrato de venta de cosa con *tradición incorporal* actual y efecto traslativo actual, cuando en realidad están viendo un contrato de venta de *derecho incorporal*, es decir, un contrato de cesión, que ontológicamente no obliga a hacer tradición y que, por sí solo, sin tradición alguna, transmite el hipotético derecho del vendedor, como lo tiene sin la posesión. Lo incorporal no es la tradición; que se cree ver en el artículo 1.462, 2, sino que lo incorporal es el derecho; al que se refiere el artículo 1.526. Y la voluntad de transmitir el derecho es elemento del contrato; no es elemento de la tradición como lo es en el Derecho alemán mobiliario.

El resultado de aplicar la teoría de LACRUZ parece ser el mismo que el resultado de aplicar el criterio de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA: la transmisión del derecho se realiza en el momento de la perfección del contrato (en el momento del otorgamiento de la escritura dice LACRUZ). Pero a este resultado llega LACRUZ por el camino equivocado de confundir el contrato de cesión, que no obliga a hacer tradición (art. 1.526), con un contrato de venta que obliga a hacer tradición (art. 1.445), lo que impone considerar cumplida la obligación sin tradición *corporal* alguna (aunque sea "desmaterializada"), proponiendo que en el caso considerado la tradición corporal se suple o sustituye por el otorgamiento de una escritura notarial, que es una "forma" de tradición, pero *incorporal*.

3.2. En cambio, la calificación como contrato de cesión de derecho incorporal permite el tratamiento coherente de todas las cuestiones relacionadas con la situación de desposesión del titular registral del dominio, tanto si la desposesión es conocida y *manifestada* al vender, como si la desposesión es conocida pero no manifestada al vender (desposesión *silenciada*), como si la desposesión es *desconocida* al vender. No sólo desde el punto de vista civil sino también desde el punto de vista registral, sustantivo y procesal (principios registrales de legitimación y de inoponibilidad a tercero, de legalidad, de tracto sucesivo, de prioridad, procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, etc.).

Se trata de un punto de vista que arranca de la profundización en el conocimiento del sistema español de disposición y adquisición derivativa del derecho de propiedad por contrato de compraventa, y también por otros contratos asimismo traslativos del dominio, bien diferenciado del sistema alemán y liberado de algunas teorías propuestas con más buena voluntad que fundamentación jurídica.

3.3. Mi estudio de 1989 creo que demuestra la inconsistencia de la teoría de LACRUZ, como simple consecuencia de la tesis que mantengo, fundada en el criterio del legislador PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA. Rechazada dicha teoría en mi estudio de 1980, con argumentación adicionada en mi estudio de 1987, en el de 1989 reiteradamente insisto en el rechazo y al final del estudio resumo las *diferencias* de la teoría de LACRUZ y del criterio actualizado de GÓMEZ DE LA SERNA (págs. 1794 a 1811, en particular págs. 1804 y sigs.).

8) *Momento de la transmisión*

En el supuesto de desposesión del vendedor, es fundamental determinar el momento en que queda transmitido el derecho del vendedor al comprador, y más concretamente si la sentencia del juicio *declarativo* reivindicativa

torio seguido por el comprador contra el poseedor en concepto de dueño (enfrentado al titular registral del dominio en su caso) ha de declarar propietario al que lo era antes de vender y lo será hasta que el comprador obtenga la posesión en concepto de dueño por contrato de compra con adicional cesión *impropia* de la acción reivindicatoria que hasta entonces tiene el vendedor (solución IHERING); O bien la sentencia ha de declarar propietario al comprador desde el momento de la perfección del contrato de compra, aunque sólo cuando está otorgado en escritura notarial, si fuera cierto que en tal supuesto existe una tradición incorporal que no transmite la posesión pero complementa el contrato para que quede transmitido el derecho de propiedad (solución LACRUZ); O bien la sentencia ha de declarar propietario al comprador desde el momento de la perfección del contrato de compra denominado contrato de cesión de derecho incorporal, sin ninguna entrega o tradición adicional, ni siquiera la ficticia tradición instrumental incorporal (solución GÓMEZ DE LA SERNA).

1. De entrada, contra la solución IHERING, es muy importante observar que cuando el vendedor está desposeído, la Sentencia estimatoria de la reivindicación significa que se considera probada la pertenencia del derecho, en el momento de la perfección de la venta, al vendedor y no al poseedor, de manera que después de la sentencia la posesión del demandado deja de tener la virtualidad probatoria que le liberaba de exhibir su título adquisitivo (art. 448). En el momento de la sentencia, la presunción legal del artículo 448 ha cedido ante la prueba contraria del reivindicante (art. 348, 2). Después de la sentencia, la posesión que pueda continuar teniendo el demandado vencido, hasta el momento de la obtención de la posesión por el demandante vencedor en el trámite de ejecución de la sentencia, ya no es una posesión en concepto de dueño apta como prueba de la pertenencia del derecho. Recaída la sentencia estimatoria firme, prácticamente, desaparece la *fundamentación* del condicionamiento legal de la transmisión de la posesión, es decir, *desaparece el fundamento de la exigencia legal de la tradición* al efecto de quedar transmitido el dominio al comprador (art. 609, 2, al final).

2. Según la solución LACRUZ, la sentencia estimatoria de la reivindicación declarará que se ha producido el efecto traslativo en el momento de la perfección del contrato, pero en cuanto éste es el momento del otorgamiento de la escritura que lo formaliza, porque este otorgamiento *equivale* a la tradición que es necesaria para que se transmita el dominio por consecuencia del contrato según el artículo 609, 2, al final.

3. Según la solución GÓMEZ DE LA SERNA, la sentencia estimatoria declarará que se ha producido el efecto traslativo en el momento de la

perfección del contrato, porque no es necesaria tradición alguna para que por el contrato quede transmitido el derecho de propiedad del vendedor, sin tradición corporal y sin tradición incorporal (art. 609, 2; al principio, "por la ley" del art. 1.526).

La sentencia desestimatoria de la reivindicación, según la solución GÓMEZ DE LA SERNA, declarará que el contrato de cesión, con terminología española, es nulo o inválido, mas no por defecto del contrato sino por faltar un presupuesto del acuerdo: la *pertenencia* al disponente del derecho de que dispone, ya que ha resultado probado que dispuso de un derecho ajeno como si se tratara de un derecho propio. El vendedor no era un propietario desposeído; el vendedor era un no propietario enfrentado jactanciosamente al poseedor y verdadero propietario.

III. ¿ANOTACIÓN O INSCRIPCIÓN?

Una vez examinada la naturaleza jurídica del contrato concertado procede considerar si la inscripción pedida ha de ser denegada ó debe ser suspendida o puede ser practicada.

En principio, parece que se trata de una cuestión exclusiva y típicamente registral, por lo que los hipotecaristas y la Dirección General tienen la última palabra, pero esto sólo será así en cuanto su interpretación no desvirtúe el sistema español de disposición y adquisición derivativa del derecho de propiedad por contrato de compraventa tal como lo plantearon los legisladores o, si se prefiere, como ordenan las leyes vigentes.

1) Resolución de 25 de enero de 1990

Según la resolución: "El principio de legalidad —**garantía** de la eficacia de los asientos— exige con rigor que sean inscritos sólo los negocios que, por lo que resulta de los documentos presentados y del propio Registro, sean *ciertos y válidos*. Si en el título básico el mismo otorgante pone en duda su propio poder y, por tanto, la validez de la venta, no puede procederse a la inscripción mientras estas dudas no queden dilucidadas. Ahora bien, al no tenerse en el Registro conocimiento directo de la adjudicación anterior, no puede decirse si el obstáculo existe o no y cuál es su carácter, por lo que es más adecuado aplicar al defecto el régimen de los defectos subsanables a fin de que en el plazo correspondiente pueda bien verificarse la subsanación, bien pedirse anotación preventiva, bien interponerse demanda ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez de la venta".

2) *Criterio de Pedro Gómez de la Serna*

Pero procede recordar lo que a propósito del tema dijo el legislador hipotecario PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el autor de la Ley que ampara a la propiedad y al crédito territorial, al tercero hipotecario y a muchos profesionales del Derecho; criterio auténtico que siempre he considerado muy fiable y que he intentado actualizar en mis tres estudios citados.

En 1862 publica sus *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, de los que, por su importancia decisiva para el tema que se trata, conviene transcribir algunos textos:

1. Al estudiar los títulos sujetos a inscripción traslativos de dominio y comentar el artículo 2.º, 1, de la LH, afirma que **la enajenación de las acciones reivindicatorias de inmuebles está sujeta a inscripción** (pág. 260), argumentando así:

"El célebre jurisconsulto PAULO dijo en un fragmento, que por su importancia ha sido colocado en el *Digesto* entre las reglas del Derecho: *Is qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (Ley 15, título XVII, libro L del *Dig.*). Esta regla no debe ser entendida literalmente, porque sin duda es mejor tener la cosa que la acción, según concisamente escribió 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, a lo que es consiguiente que ésta toma el carácter de cosa inmueble cuando se refiere a la propiedad de cosas raíces. Esta ha sido la doctrina corriente entre los jurisconsultos de todas las épocas. POTHIER (*Communauté*, núm. 69) dijo a este propósito: *actio ad mobile est mobilis; actio ad immobile est immobilis*. Entre nosotros esta doctrina ha sido aceptada: nuestros jurisconsultos han seguido la escuela de los romanos, como lo han hecho por regla general los demás Estados de Europa. El Código Civil francés ha ido más adelante: ha elevado a ley la máxima romana, declarando que por el objeto a que se aplican son bienes raíces las acciones reivindicatorias de cosas inmuebles, ejemplo imitado en otros Códigos modernos. A esto parece adherirse nuestro proyecto de Código Civil (art. 380. Son bienes inmuebles: Las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles). No creemos, pues, que haya motivo para excluir de la inscripción las acciones reivindicatorias de inmuebles: haciéndolo nos pondríamos en contradicción con nuestros precedentes.

Pero no sólo por esta consideración opinamos así: hay otras más fuertes que nos moverían a ello, aunque no encontráramos ni textos expresos ni doctrina recibida en este sentido. El que traspasa a otro la acción reivindicatoria de una cosa inmueble no le traspasa la misma cosa; lejos de

esto, al adquirente se transfiere solamente un derecho, más o menos dudoso, más o menos contestable: su acción ha de correr los azares de un pleito; pero si llegó a triunfar, si la acción que antes representaba al dominio es reemplazada por la declaración judicial del dominio 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, no a transferir la propiedad: el derecho del adquirente 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, dar al adquirente lo que a no habérselo 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, sino desde el traspaso de la acción, lo que es una prueba de que este acto fue el traslativo del derecho real.

Ni se crea que esta cuestión es más especulativa que práctica: si lo creyéramos así no la habríamos propuesto. El caso de comprar, de ceder acciones reivindicatorias y de celebrar otros contratos o actos relativos a su enajenación es bastante frecuente: puede suceder muy bien que aquel a quien corresponde la acción la cede primero a uno y después, u olvidado de la cesión hecha, o por mala fe, y cometiendo un estelionato, se la ceda a otro; y este caso, si bien no frecuente, no es tan raro como de desear fuera: si no se considerase como bien inmueble la acción reivindicatoria sucedería en este caso que aquel a quien se hubiesen entregado los documentos sería el verdadero dueño de la acción, porque la entrega le transfirió el dominio, sin que ningún otro pudiera disputárselo; mas si se reputa raíz, como creemos, el dueño será el que haya inscrito su derecho, aunque sea el segundo cesionario. Y si el que recibió documentación e hizo escritura no hubiera inscrito su derecho y, sin embargo, siguiese el pleito y, lo que es más, triunfara, el triunfo en último resultado no vendría a aprovecharle a él, sino al que oportunamente hubiese inscrito en el Registro su derecho si entablara un segundo litigio, porque no podría menos que sucumbir en él el que por su negligencia había dejado de cumplir con el requisito de la inscripción."

2. En otro lugar, como apéndice final al *comentario del artículo 20* de la LH de 1861 (pág. 553, nota *a*), dice PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA que "se ha impugnado la tesis de que las acciones reivindicatorias de inmuebles están sujetas a inscripción" y manifiesta textualmente: "Respetamos todas las opiniones, y con la mejor voluntad reconocemos los errores en que, a pesar de la más detenida reflexión, podemos incurrir. No hemos tenido nunca inconveniente en reformar una opinión después de haber sostenido otra diferente cuando estudios más profundos y concienzudos nos han

hecho conocer que nos habíamos equivocado. Este es un deber de lealtad, una obligación de conciencia que no deben excusarse de llenar los que toman sobre sí la misión de escribir para el público. Pero en el caso actual no tenemos que corregirnos, sino, por el contrario, repetir una vez más que las enajenaciones de las *acciones reivindicatorias de bienes inmuebles están sujetas a inscripción*. [La bastardilla está en el original].

Para demostrarlo hemos dicho lo bastante en el comentario al artículo 2.º (págs. 260 a la 261 de este tomo), donde, aunque sucintamente, examinamos la cuestión bajo el doble aspecto de la teoría y de la práctica. Dando, pues, por reproducido lo que allí dijimos, nos limitaremos a añadir algunas palabras sobre el argumento con que se nos impugna [por ARIZA y ESCOSURA].

Redúcese a decir que el que tiene inscrito el dominio no necesita reivindicarlo, y que si no lo tiene inscrito y enajena la acción reivindicatoria, el adquirente no podrá inscribirla, porque encontrará para ello obstáculos en el artículo 20 de la Ley, que dejamos comentado.

Para que se conozca la ninguna fuerza del argumento que se ha querido presentar con la forma de dilema, basta considerar que no es exacto que aquel a quien corresponde el dominio no tenga a veces la necesidad de reivindicarlo; por el contrario, sólo el que es dueño puede reivindicar, y éste es el único medio que tiene para obtener material y físicamente la cosa que legalmente es suya y está poseída o detentada por otro. La acción real por excelencia o reivindicatoria sólo se da al que es dueño contra el que posee, para que entregue la cosa que indebidamente retiene. *In rem actio est*, dice ULPIANO (par. inicial de la ley 25, título VII, libro XLIV, del *Digesto*), *per quam rem nostram quae ab alio possidetur, petimus; et ex tempore adversus eum est qui rem possidet*. Esta es también la doctrina de nuestras leyes, como la de todas las naciones: es la ciencia; la ley 2.ª del título III, partida III, dice: "Pidiendo el demandado en juicio alguna cosa por suya, deve catar el demandado a quien la pide, que non entre en pleito sobre ella, si la non *teniese*". Así, se ha dicho siempre que la reivindicación es la acción que compete al dueño de la cosa contra el que la posee o es considerado por el Derecho como poseedor, para que la entregue con sus frutos y acciones.

Esto es lo que también diariamente sucede en la práctica, en que son tan frecuentes los juicios de reivindicación de inmuebles contra los que sin ser dueños las poseen de buena fe unas veces, y de mala fe otras. No creemos que haya quien crea que lo que sucede hoy cese por completo desde que empiece a ejecutarse la Ley Hipotecaria, si bien es de presumir y de desear que sea en mucha menor escala. Lo demás sería suponer el imposible de que esta ley había de producir el milagro de que no hubiera

en adelante poseedores injustos, ni usurpadores, ni personas que creyéndose de buena fe dueños de la finca ajena que poseían estuvieran dispuestos a sostener el que conceptuaron su derecho, negándose por lo tanto a dejar libre al que **extrajudicialmente** reclamase. Por más **confianza**, y es grande la nuestra, que tengamos en que la Ley Hipotecaria ha de atajar muchas de estas cuestiones, en que ha de cortar frecuentemente el vuelo a usurpaciones y fraudes, en que ha de dar más fijeza y seguridad al dominio y a los demás derechos en las cosas inmuebles y en que ha de impedir adquisiciones que se han hecho hasta ahora con buena fe, reputando por dueño al que no lo es, estamos muy lejos de imaginar que produzca el resultado prodigioso de hacer desaparecer las reivindicaciones, lo que supondría imposible el caso de que la finca cuyo dominio estuviera inscrito a nombre de uno pudiera ser poseído injustamente por otro. Esto sería alcanzar el bello ideal a que nunca llegaron las obras de los hombres.

De lo dicho se infiere que el que tenga el dominio inscrito a su favor podrá reivindicar la finca en todas las ocasiones en que otro la posea, y diremos más, que no tendrá otro remedio legal para conseguirlo. Véase, pues, cómo el propietario que tiene inscrito su derecho tiene la acción reivindicatoria para poder reclamarlo del que posee la finca. Y no tendrá, como se supone, que provocar la cuestión de quién es el dueño aquel que posee la finca registrada a su nombre con el número... al folio... del libro de la propiedad. Esto no sería reivindicar: el que reivindica, según las leyes, tiene que formular su petición de modo diferente: tiene que afirmar que es dueño de la cosa, asegurar que está poseída por otro, expresar la persona determinada que la posee y presentar los *títulos en que funda su acción*, que en el presente caso partimos del supuesto de que están inscritos, y en virtud de todo, solicitar que el Juez mande que el poseedor deje libre y desembarazada la finca, restituyéndola con todos los frutos y rentas que haya producido o podido producir desde el tiempo en que injustamente se haya detentada. [A esto se refiere hoy el art. 41 LH].

Pero el que tiene el dominio inscrito cuando su cosa se halla poseída por otro puede preferir, para libertarse de las molestias, de los gastos y de las responsabilidades de un juicio, traspasar a un tercero la acción reivindicatoria, y así implícitamente todos los derechos que tenga en la cosa inmueble: de esta facultad nadie puede dudar, porque las acciones reales del mismo modo que las personales y mixtas son enajenables en los casos en que no hay una prohibición expresa en la ley. Esto es incuestionable, y la práctica ha enseñado el modo de ejecutarlo, satisfaciendo la condición que suelen poner los enajenantes de que se entienda que sólo traspasan o ceden el derecho que les corresponde, sin que estén obligados a la evicción o saneamiento en el caso de no salir el adquirente airoso de su pleito; al

efecto, después de hacer mención de que la finca objeto de la escritura es propia del enajenante y que está poseída injustamente por otro, en lugar de expresar que se transmite su dominio, se dice que se traspasa el derecho que ha y tiene en la expresada finca, y en lugar de la cláusula de saneamiento y evicción se pone la que es propia de las cesiones de derechos, a saber, que responde el enajenante de la certeza y pertenencia del título, y se limita a obligarse ulteriormente sólo a las responsabilidades que dimanen de sus actos, como si molesta al cesionario o hace a favor de otro cosa que puede perjudicarlo. Es verdad que estas cláusulas pueden ser sustituidas por otras a voluntad de las partes; pero las personas previsoras, que al enajenar las acciones suelen hacerlo con condiciones muy ventajosas, si se comparan con los que traspasan el dominio de lo que poseen, no suelen descuidarse en fijar cláusulas que los pongan a cubierto de tener que resarcir a los adquirentes de las acciones, en el caso de que no les sea favorable el éxito del pleito. Estas acciones reivindicatorias de bienes inmuebles deben inscribirse en el Registro por las razones que dejamos expuestas cuando examinamos esta cuestión, y damos aquí por reproducidas.

No debe perderse tampoco de vista que aun contra el que tiene inscrito un derecho real y está en posesión o cuasi posesión de él puede haber lugar a la reivindicación, porque los actos o contratos a que debe origen su derecho pueden ser ilegales, tal vez falsos, y, con arreglo al artículo 33, la inscripción no convalida los actos o contratos inscritos, que son nulos con arreglo a las leyes; y, por consiguiente, a pesar de la inscripción el poseedor puede perder el señorío de la cosa en un juicio de reivindicación.

Concluimos diciendo que ni hemos dicho ni podíamos decir que se puede inscribir el título de enajenación de una acción real sobre un inmueble, sin que antes esté inscrito a favor del enajenante o cedente. Siempre hemos procurado hablar dentro de las condiciones de la ley, explicándolas rectamente, aunque desconfiando de nuestro trabajo.

Destruída una de las proposiciones disyuntivas del dilema, pierde éste por completo su fuerza, y no necesitamos decir en justificación de lo que hemos escrito respecto a que las enajenaciones de las acciones reivindicatorias de inmuebles están sujetas a inscripción."

3. Hasta ahora no se ha dado a estos concretos Comentarios la trascendencia que realmente tienen, probablemente porque entonces no se comprendió el tema, como demuestra el mismo comentario y las opiniones de algunos autores coetáneos. Es más, actualmente, nadie cita este texto de GÓMEZ DE LA SERNA, lo que resulta sorprendente.

Como resumen de dichas opiniones, basta considerar lo que, mucho más tarde, escribe MANRESA en sus *Comentarios al Código Civil español*:

"¿Puede en el Registro ser objeto de inscripción la cesión de acción reivindicatoria? No creemos sea inoportuno el tratar, aunque sea a la ligera, esta cuestión, tan íntimamente relacionada con la propiedad."

El señor LASERNA [GÓMEZ DE LA SERNA], al comentar la Ley Hipotecaria, sostenía la afirmativa.

Sostienen la opinión contraria, esto es, la no inscripción de dicha cesión, los señores ARIZA y ESCOSURA fundando su criterio en que si el dueño del inmueble lo tiene inscrito en el Registro no necesita reivindicarlo, y si no lo tiene inscrito no podrá inscribirse la cesión sin que previamente conste inscrito el dominio [del cedente].

Los señores GALINDO y ESCOSURA creen que, anotada una demanda presentada en virtud de acción reivindicatoria, puede anotarse el traspaso de dicha acción (tomo I, pág. 372, ed. 1880).

El señor MORELL, en sus modernísimos *Comentarios*, resuelve con claridad y exactitud el problema de que se trata: Las acciones, dice, no son otra cosa que medios concedidos por las leyes para ejercitar en juicio el derecho que nos compete. El derecho no se concibe sin acción para hacerlo valer en caso necesario; pero las acciones por sí solas no son derechos. *La cesión de una acción reivindicatoria o significa la cesión del derecho que esa acción representá o sólo envuelve un apoderamiento o mandato.* En el primer caso el acto será inscribible si el derecho recae sobre bienes inmuebles o derechos reales; no en cuanto cesión de acciones; sino en cuanto cesión de derechos. En el segundo caso no hay acto inscribible (tomo I, pág. 437)".

3) Actualización del criterio de Gómez de la Serna

Hay que reconocer que el legislador PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA no desarrolló su criterio concretando todas sus consecuencias prácticas o de aplicación, ni concretamente indicó las circunstancias de la inscripción que preconizaba.

Pero estimo que estas dificultades no deben arredrar a nadie que haya llegado al convencimiento de que, en el Derecho civil puro; sin interferencias registrales, la transmisión *actual* del *derecho* del propietario desposeído no está suspensivamente condicionada por la ley a la transmisión actual de la posesión (corporal) ni a la transmisión futura de la posesión una vez recuperada por el vendedor, ni a una imaginaria tradición *incorporal* actual mediante el otorgamiento de la venta en escritura notarial, sino que el derecho *incorporal*, sin la posesión, queda transmitido en el momento del otorgamiento *del contrato de cesión* del derecho incorporal, dando por supuesto, naturalmente, que el derecho pertenece al cedente, de

manera que incumbe al cesionario, como propietario, obtener para sí la posesión que tiene un tercero, si es preciso reivindicando en juicio declarativo y probando en él la nulidad del título concreto en que el poseedor intente fundamentar su posesión:

En mi estudio de 1987 (pág. 1362) dije:

"El *Registrador* ha de calificar la compra y la entrega documentadas en la escritura y la solución de la cesión traslativa permite enfocar adecuadamente la problemática de la calificación de la tradición como requisito necesario para que se transmita el derecho de propiedad del vendedor.

En la inmensa mayoría de los casos, de la escritura no resultará que el vendedor está desposeído o que, por acuerdo de las partes, el otorgamiento no equivale a la entrega. La inscripción se practicará porque se presume que el propietario vendedor es poseedor y realiza la entrega, según resulta de la inscripción del vendedor (art. 38, 1 y 2) y de la escritura (art. 1.462, 2).

Aunque el vendedor haya sido desposeído, si no se manifiesta la desposesión en la escritura, porque se desconoce o porque se oculta, la inscripción se practicará, pues la apariencia documental es la misma que cuando el vendedor es poseedor.

Según la opinión común, si acaso en la escritura se manifiesta la desposesión del vendedor el Registrador tendrá que *denegar* la inscripción; sin embargo, supuesta la posibilidad de la cesión traslativa por compra del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, no es descabellado que se pueda *practicar* la inscripción.

1. Es decir, que conviene considerar la realidad registral, el hecho cierto de la inscripción practicada de la escritura en la que no se declaró la situación de desposesión del vendedor, cuando la desposesión era conocida por el comprador, pero no se manifiesta y se oculta, disimula o silencia en la escritura, para registrar la compra (el caso silenciado, el supuesto de "mala fe" en sentido impropio), y cuando la desposesión era desconocida por el comprador (el caso desconocido, el supuesto de "buena fe" en sentido impropio). Ambos casos son los verdaderamente importantes y a los que se refiere el presente estudio [de 1987], porque en ellos, aunque no lo parezca, realmente consta registrada la compra al propietario desposeído, es decir, la cesión de la acción reivindicatoria, la excepcional adquisición del dominio por compra, sin entrega adicional por ser actualmente imposible, frente al principio general de adquisición por compra y entrega inmediata al pago del precio. Una vez más, al referirse a la inscripción en el Registro, contrasta la apariencia, de una tradición por el otorgamiento del contrato en escritura, con la realidad, de la transmisión de la propiedad incorporal y controvertida por el contrato solamente.

En resumen, hay una realidad que no cabe desconocer. El oponerse,

conforme a la opinión común, a la inscripción de la compra a un vendedor desposeído, no impide el hecho real de la inscripción de las escrituras en las que no se manifiesta la desposesión, que el comprador desconoce o que el comprador oculta que conoce para lograr la inscripción y ampararse en el artículo 41 para lograr fácilmente la posesión, y hay que explicar la eficacia de tal inscripción.

No parece descabellado inscribir la hipotética escritura en la que se manifiesta la desposesión del vendedor, pero, de todos modos, la práctica imposibilidad de que se inscriba puede orillarse, pues basta no manifestar la desposesión del vendedor, lo que es perfectamente lícito, aunque decidir con cierta seguridad responsable este silenciamiento y las cautelas adecuadas exige una cuidadosa atención y no olvidar los vericuetos por los que se llega a la salida o final del laberinto".

2. Respecto al supuesto de *conocimiento manifestado de la desposesión*, dije (pág. 1332):

"Desde luego, si se entiende que el derecho de propiedad sólo se transmite por compra desde el momento en que se transmite la posesión del vendedor al comprador, sin excepción alguna, es evidente que no se puede inscribir una hipotética escritura de compra en la que se manifiesta que el vendedor no es poseedor, que no puede entregar y que, por tanto, no lo hace pese a la presunción de entrega por el otorgamiento (art. 1.462, 2).

Pero si se estima que es posible la cesión del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, la cesión de la acción reivindicatoria, traslativa del derecho desde la perfección de la compra (art. 1.526), supuesta la sentencia estimatoria de la pretensión del reivindicante, entonces hay que considerar el tema con mayor atención.

2.1. Inmediatamente después de la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1861, GÓMEZ DE LA SERNA, legislador y comentarista auténtico de la Ley, venía a decir lo siguiente, con otras palabras (págs. 574-580):

Al Registro no han de acceder derechos dudosos y el derecho del cesionario de la acción reivindicatoria es un derecho controvertido, por lo que no es posible practicar inscripción de inmatriculación por título de compra o cesión de la acción reivindicatoria.

En cambio, si el vendedor es titular registral, aparente y presunto propietario, al parecer injustamente desposeído, ya que el poseedor no ha contradicho registralmente la presunción a favor del titular registral (hoy art. 38, 2), el comprador cesionario adquiere el mismo derecho que ya está inscrito a favor del vendedor y podrá reivindicar para recuperar la posesión, al igual que podía hacerlo el vendedor inscrito. Por ello, la compra de la acción reivindicatoria al titular registral del dominio se puede inscribir cuando la escritura se refiere a la desposesión del vendedor.

Además, esta compra se ha de poder registrar para evitar que la protección registral llegue a perjudicar al primer cesionario con título no inscrito porque no se le permitió inscribir la escritura de compra en la que se manifiesta la desposesión del vendedor; frente al segundo cesionario con título inscrito porque en su escritura de compra no consta la desposesión del vendedor.

2.2. Desde los orígenes del actual Registro, la opinión del legislador (GÓMEZ DE LA SERNA), favorable a la inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria, contratada expresamente por el vendedor inscrito (pág. 577), tropezó con la oposición de insignes juristas, como GALINDO y ESCOSURA, oficiales letrados de la Dirección General de los Registros (págs. 577 y 581), aunque otros juristas insignes entendieron que su criterio era acertado, entre ellos MANRESA, que fue Director general de los Registros (pag. 581). Pero más tarde, aproximadamente desde 1925, se empezó a perfilar (J. GONZÁLEZ, en la *RCDI*, cuando ya era Subdirector de los Registros y del Notariado), y luego prosperó entre los más ilustres publicistas, como opinión, que civilmente sólo es posible la cesión del ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor, pues no es posible la cesión traslativa al comprador de la acción reivindicatoria inseparable del derecho, al dar como válido en el Derecho español histórico y en el Código Civil el criterio interpretativo de IHERING referente al Derecho romano que como Derecho común estaba vigente en Alemania antes de la entrada en vigor del Código Civil alemán en 1900, y al desenfocar el sentido de la jurisprudencia referente al artículo 1.462, 2, en relación con el deshaucio por precario.

La reforma de la Ley Hipotecaria en 1944 parece inspirada en el mismo criterio de IHERING, aunque no impide aplicar el criterio de GÓMEZ DE LA SERNA a la inscripción de la escritura en la que no se manifiesta la desposesión del vendedor, pues el efecto traslativo de la cesión de la acción reivindicatoria explica, sin duda ni inconveniente alguno, lo que dispone la Ley a propósito de la posesión *contra tabulas* (art. 36, 2).

2.3. Pero si la escritura manifiesta la desposesión del vendedor, parece que deja en entredicho la presunción de pertenencia del derecho al titular registral (art. 38, 1, punto primero), o sea, que se opone al fundamental principio de exactitud y de legitimación registral, quedando dañado el de fe pública registral, con lo que se perjudica la seguridad del tráfico jurídico para la que se instituyó el Registro de la Propiedad en 1861 y se reformó en 1862 la actuación notarial, condicionada por la conveniencia de que la inscripción se practique. Resulta, pues, necesario examinar tales apariencias y matizar algunas afirmaciones.

2.3.1. En primer lugar, la declaración o reconocimiento por el vende-

dor de que no es poseedor se opone a la presunción de posesión, pero no implica el reconocimiento de que el poseedor es el propietario. El poseedor tiene a su favor, a efectos probatorios, la presunción, resultante de la apariencia posesoria, de que tiene un título adquisitivo del derecho de propiedad, que no exhibe (art. 448), mientras que el titular registral tiene a su favor la presunción, resultante de la apariencia registral, de que le pertenece el derecho de propiedad, por su concreto título inscrito, como causahabiente de los titulares registrales anteriores (art. 38, 1, LH).

Si el titular registral se limita a reconocer que no es poseedor, reconoce el hecho en que se funda la presunción de posesión titulada, derivada de la apariencia posesoria, pero ni reconoce la consecuencia *legalmente* deducida en principio, que el poseedor tiene título adquisitivo, ni reconoce que esta consecuencia implique una prueba incontrovertible, sin posibilidad de prueba contraria, como si se tratara de una *presunción juris et de jure*, ni reconoce que tener título adquisitivo implique tener el derecho. Esto, tanto en juicio declarativo ordinario como en el procedimiento de ejecución posesoria sumaria del artículo 41 LH.

2.3.2. El poseedor puede esperar a que el titular registral le demande para actuar desde la cómoda posición del demandado (art. 448), pero cabe que el poseedor, pese a la menor comodidad procesal, demande al titular registral y se anote la demanda de propiedad (art. 42, 1) y de contradicción formal del Registro (art. 38, 2) en la que pretenda se declare que le pertenece, por usucapión consumada o por título derivativo, el derecho inscrito a favor del titular registral, para evitar que la protección del Registro a un tercero adquirente de buena fe llegue a perjudicarlo (art. 36, 1; 34 y 32; 69 LH), impidiendo así la eventual inoperancia de la sentencia declaratoria de su derecho, porque el titular registral vendedor no poseedor no era propietario al vender. Hay que pensar ahora en el poseedor que afirma e incluso cree tener el derecho de propiedad y no en el mero usurpador.

En tal caso, el titular registral podrá vender y transmitir su derecho, incorporal y controvertido, y el comprador podrá registrar la compra sin perjuicio de la efectividad de la sentencia correspondiente a la demanda anotada (art. 71 LH). Obsérvese que en este caso hipotético se trata de la compra a un vendedor desposeído y que con la anotación de la demanda queda registrada la causa de una posible declaración de la ineficacia transmisiva de dicha compra, de la inexistencia del aparente efecto; incluso podría constar la desposesión del vendedor, si resulta de la anotación de la demanda de contradicción del poseedor.

De esto cabe deducir que no es muy lógico negar la posibilidad de inscribir una escritura de compra al titular registral desposeído cuando se solicita la inscripción antes de practicar, *eventualmente*, tal anotación de

la demanda de propiedad y de contradicción del Registro (art. 38, 2), si se admite la posibilidad de inscripción de la misma escritura de compra cuando es solicitada después de practicada dicha anotación".

2.4. Por otra parte es cierto que "la constancia registral de acciones rescisorias o resolutorias o revocatorias (art. 37 LH), o de nulidad (ROCA SASTRE) o de ineficacia, ha de admitirse con cierta prevención, para evitar que las llamadas "escorias registrales" lleguen a "ensombrececer la nitidez de los asientos del Registro, sembrando la confusión en los libros, y puedan constituir verdaderas trampas para incautos, incluso para el Registrador que debe certificar de las cargas registradas" (ROCA SASTRE, ed. 1968, II, pág. 738). Pero, obsérvese que, según la opinión común, se trata de la inscripción de la constitución de *un jus ad rem*, pues no hay transmisión del derecho de propiedad hasta que se cumpla la condición legal de la tradición, que es condición suspensiva del efecto transmisivo de la compra, mientras que si se entiende que se registra la transmisión de la acción reivindicatoria, la sentencia desestimatoria de la acción ejercitada implica la inexistencia de la cesión y no sólo la resolución de su efecto, porque se trata de la inexistencia de un presupuesto de la adquisición, de la falta del derecho del vendedor que no ha sido subsanada".

Hasta aquí lo que dije en 1987.

Ahora hay que añadir algo más.

4) Principios de legalidad y de certidumbre

1. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, cuando considera el supuesto de desposesión del titular registral vendedor manifestada en la escritura notarial de venta, no estima que el Registrador pueda calificar (art. 18 LH) que existe una eventual invalidez que daña al principio de *legalidad*, pese a que se plantea, expresamente y con todo su alcance, la cuestión de la *duda o incertidumbre* a que se refiere la resolución comentada, porque, para el autor de la Ley Hipotecaria de 1861, la inscripción correspondiente no es una normal inscripción de un título de venta y entrega de una finca, sino una especial *inscripción de un contrato de cesión de la acción reivindicatoria*, de la venta por el titular registral del derecho de propiedad cuando está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño, de manera que en la inscripción ha de quedar claramente registrada la posibilidad de que una sentencia declare la nulidad del título de cesión que se inscribe, porque el vendedor acaso no sea el verdadero propietario. Al igual que en el supuesto de venta sometida a *condición resolutoria* expresa ha de constar claramente registrada la posibilidad de que una sentencia

declare la resolución del contrato de venta que se inscribe, porque se ha llegado a cumplir el hecho futuro e incierto en que consiste la condición pactada.

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la de 1861 y la vigente, contempla los supuestos de posible *nulidad* declarada por causas registradas en el cuerpo de una inscripción (no sólo mediante anotación preventiva) y éste es uno de ellos.

La inscripción ha de publicar, de una u otra forma pero claramente, que el Registrador inscribe a favor del cesionario su título de cesión del derecho de propiedad, o sea, su título de adquisición del derecho de propiedad que, por *hipótesis* y según *presunción legal*, pertenece al titular registral, que se manifiesta está desposeído por un poseedor en concepto de dueño de la finca, contra el que el cedente podría ejercitar (o está ejercitando) la acción reivindicatoria para recobrar la posesión.

Es más, la inscripción podrá publicar, en su caso, que el poseedor ostenta un título que el vendedor manifiesta que es nulo, acaso por falsedad o simulación o estafa punibles.

Así quedaría publicado que se cede un derecho de pertenencia controvertida, de manera que una sentencia puede declarar que el cedente no era el propietario, que el título de la cesión es nulo por falta de derecho del cedente, por no pertenecerle el derecho.

2. Obsérvese que la condición resolutoria registrada en la inscripción del título de compra implica, por definición, que la transmisión del derecho al comprador puede quedar resuelta si se cumple un hecho futuro, posible pero no seguro, incierto, de manera que resulta *dudosa* la efectiva pertenencia del derecho al comprador, en cuanto puede consolidarse o quedar resuelta. El pacto condicionante expresa la *causa* determinante de la posible resolución futura del contrato.

Similarmente, resulta *dudosa* la efectiva pertenencia del derecho al cesionario que compra al titular registral desposeído. La manifestación en el contrato de la desposesión expresa un *indicio* de la posible declaración judicial de la pertenencia actual del derecho al poseedor, contraria a la hipotética nulidad del título concreto que opone en el juicio, en el que se ejercita la acción reivindicatoria y se intenta probar que el derecho pertenece al reivindicante y que no pertenece al poseedor.

Ni el denominado principio de *certidumbre* es absoluto ni la apreciación de la *certidumbre* o *incertidumbre* depende del criterio libre del calificador, sino que ha de matizarse en atención a otros principios, sin olvidar el de *legalidad*.

3. El contrato de cesión del derecho incorporal del propietario desposeído es perfectamente *legal* e hipotéticamente *válido* (art. 1.526), aun-

que la pertenencia del derecho al vendedor sea controvertida por el poseedor y aunque la transmisión (más que el contrato) pueda resultar judicialmente *invalidada* o *declarada nula* si se prueba que el derecho pertenece al poseedor.

Por otra parte, el Registro de la Propiedad da seguridad al tráfico jurídico de inmuebles, principalmente al comprador y al acreedor hipotecario, pero dentro de los límites del ordenamiento jurídico, y *en la ley* está previsto que las acciones de nulidad y las acciones de resolución que civilmente afectan a un tercero civil, no dejan de perjudicarlo aunque haya pasado a ser un tercero registral (porque ha comprado a un titular registral y se ha inscrito su título de compra) si constan claramente registradas las causas de dichas acciones (art. 34 LH).

Lo que procede es precisar en qué supuestos y cómo podrá constar claramente registrada una causa de posible nulidad o resolución.

4. La ley, expresamente, no prohíbe que se inscriba un contrato de cesión del derecho incorporal de propiedad, y no hay ningún inconveniente absoluto para que se inscriba, al menos si en el cuerpo de la inscripción se hace constar, expresamente, su verdadera naturaleza (sin confundirlo con un contrato de compra de cosa poseída por el vendedor) y su posible ineficacia por nulidad si acaso se declara judicialmente que el poseedor es el verdadero propietario. En este sentido podría decirse que el asiento practicado sería, a la vez, una inscripción y una anotación de la acción *ya derivada* del derecho del titular registral del dominio contra el poseedor, sin perjuicio de que aun no se haya formalizado la demanda.

4.1. La resolución comentada aclara que la manifestación de la desposesión del vendedor no impone al calificador el *denegar* la inscripción solicitada.

4.2. Al interpretar que cabe *suspender* la inscripción por existir un defecto subsanable, permite prescindir de mi propuesta, planteada en el estudio de 1987, de *silenciar* en la escritura notarial de venta la situación de desposesión del vendedor, o de *omitir* en la inscripción la circunstancia manifestada en la escritura de existir un poseedor en concepto de dueño. Propuesta referida, en principio y sobre todo, al poseedor *no titulado*.

4.3. La interpretación de la resolución no impide *proponer* ahora el *inscribir*, pero no un contrato de venta de cosa con tradición incorporal instrumental, sino inscribir un contrato de cesión del derecho incorporal del propietario desposeído, si se entiende que no es defecto subsanable y ni siquiera es defecto alguno la *duda* que pueda plantearse al calificador acerca de la verdad o *falsedad* de la presunción de pertenencia del derecho al titular registral (art. 38, 1, punto primero, LH), siempre que en la

inscripción se haga constar, claramente, la situación de desposesión del cedente del derecho incorporal de propiedad, de manera que quede claramente registrada la posibilidad eventual de que una sentencia declare que el derecho pertenece al poseedor y que es nula y cancelable la inscripción (art. 38, 2, LH), posibilidad que legalmente se puede deducir del hecho de estar desposeído el titular registral cedente.

5. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA insistió en la conveniencia de inscribir la cesión de la acción reivindicatoria, es decir, de inscribir la cesión del derecho incorporal del propietario desposeído, para evitar el posible perjuicio al primer cesionario que no inscribió, dando lugar a que lo hiciera un segundo cesionario de buena fe, desconocedor de la primera cesión.

5.1. Por ello dije en mi estudio de 1989 (págs. 1756 y 1773) que conviene pensar en la posibilidad de que el Registrador sea responsable del perjuicio que pueda causar al primer cesionario si *denegó* la inscripción de su título adquisitivo porque en la escritura se manifestaba la situación de desposesión del vendedor y, en cambio, practicó la inscripción de la compra por el segundo cesionario porque en la escritura no se manifestaba la situación de desposesión del vendedor.

5.2. Claro que, después de la resolución comentada, el Registrador podrá *anotar la suspensión de la inscripción* de la cesión cuando se manifiesta la desposesión del vendedor, de manera que en el folio registral quedará constancia de la primera cesión expresamente manifestada, y aunque la anotación haya caducado ya no será fácil que se inscriba una segunda cesión en la que *no se manifieste* la situación de desposesión del vendedor.

6. Cabe pensar que en el Derecho español sería conveniente que las acciones de nulidad sólo pudieran quedar registradas mediante anotación de la demanda en que se ejerciten. Pero esta es una cuestión de reforma del ordenamiento vista la norma vigente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

También en una reforma futura podría regularse una anotación especial, pero no de demanda, sino referida a la *suspensión* de la inscripción por la situación de desposesión del vendedor, aunque con la duración de las anotaciones ordenadas judicialmente (art. 199, 2, RH), que permitiera la anotación de una posterior venta (cesión) por el comprador (cesionario) y la *conversión* en inscripción de dichas anotaciones una vez terminada la *controversia* y aclarada la *duda*. Quizá GALINDO y ESCOSURA se referían a una anotación de esta índole. Obsérvese que el llamado derecho hereditario en abstracto, que antes se registraba en forma de inscripción, ahora se registra en forma de anotación, para evitar confusiones.

5) Legitimación registral

1. El contrato de cesión del derecho incorporal del propietario desposeído es un contrato que, según la ley (art. 1.526), tiene por objeto un derecho de pertenencia controvertida, tradicionalmente denominado acción reivindicatoria, porque el poseedor, *presuntamente titulado* como propietario (art. 448 CC), niega que pertenece a quien *por hipótesis es el verdadero propietario*, como afirma cuando demanda al poseedor (art. 348,2, CC).

Claro que ni la *controversia* determina que el contrato sea *defectuoso* ni la *hipótesis* expresada impide que una sentencia judicial pueda declarar que, *en realidad*, el *verdadero* propietario es el poseedor y no el cesionario, porque no lo era el cedente cuando vendió el derecho que manifestó le pertenecía.

Es decir, que si la sentencia es *desestimatoria* de la pretensión del cesionario, declarará la *ineficacia originaria* del contrato, pero no por defecto de algún *elemento esencial* del mismo sino por faltar un *presupuesto* del contrato, que es la *pertenencia* del derecho al que dispone de él como propio manifestando su situación de desposesión.

2. En el juicio declarativo, el demandante que dice o afirma ser el verdadero propietario pero que está desposeído porque existe un poseedor en concepto de dueño que es el demandado, y que éste es un poseedor titulado, que ostenta un concreto *título* de pertenencia pero que es *nulo*, *reconoce una situación de hecho*, que dice ser *injusta* o infundada, *pero no reconoce la pertenencia del derecho al poseedor*, aunque la afirmación del demandante implique la necesidad de probar no sólo su título de adquisición sino también la nulidad del título de adquisición ostentado por el demandado, por la razón, evidente, de que no es posible la coexistencia de dos títulos que *fundamenten* la pertenencia actual y exclusiva a dos personas distintas.

El hecho injusto reconocido no "pone en duda" al que lo reconoce sino al Juez, o al que califica, porque le hace dudar de la exactitud, de la certeza, de la veracidad de la inscripción, es decir, del hecho básico de la presunción legal de justa pertenencia del derecho al titular registral (art. 38, 1, punto 1.º, LH), no puesto en entredicho mediante anotación de demanda de contradicción (art. 38, 2, LH).

La duda de que se viene hablando, aparentemente se refiere a la validez del título de venta, a la que alude la resolución, o lo que os prácticamente lo mismo a la nulidad del anterior título de adjudicación; pero en el fondo se refiere a la *pertenencia* del derecho a la heredera después de la adjudicación al administrador del causante que se afirma es falsa y nula, sin

olvidar qué “título” es el fundamento de la pertenencia del derecho, al cesionario, y ésta se funda en el contrato y en la verdadera pertenencia al cedente.

3. Sabido es que la presunción legal de derecho es una deducción que hace la ley, y no el Juez o el calificador, acerca de la pertenencia de un derecho a una persona determinada; que no es un medio de prueba sino un favor legal que libra de la carga de la prueba al favorecido por la presunción, es decir, una exclusión o exención de prueba; y que la prueba en contra de la *presunción juris tantum* es una prueba principal, y no una contraprueba, y que ha de ser una prueba *plena*, que ha de llevar al Juez a la plena convicción de que los hechos probados demuestran la falsedad de la presunción; pues no basta con que introduzcan la duda en el ánimo del juzgador o del calificador.

El *hipotético* propietario cedente, si es titular registral del dominio, es un *presunto* propietario (art. 38, 1, 1.^a parte, LH), *sin* dejar de estar el poseedor presuntamente titulado como propietario (art. 448 CC).

Es decir, que el *poseedor* se presume por la ley que es un poseedor *titulado*, con algún título de adquisición del dominio, salvo prueba en contrario (arts. 448 y 348, 2), y el *titular registral* se presume por la ley que es el *verdadero* propietario, que le pertenece el derecho de propiedad, precisamente por el título inscrito, salvo prueba en contrario (art. 38, 1 y 2, LH).

4. En el juicio declarativo de reivindicación por el titular registral, el Juez ha de atenerse a las reglas que determinan, en el momento de la sentencia, quién debió probar lo que no está probado: en este sentido se asigna la carga de la prueba a uno u otro contendiente.

4.1. El reivindicante ha de probar su título, que es el fundamento de su adquisición del derecho, que está publicado por la inscripción, y también ha de probar, en su caso, la nulidad del título concreto que acaso alega el poseedor como fundamento de su afirmación de la propia pertenencia del derecho.

4.2. Pero estimo que el poseedor demandado por el titular registral ha de desvirtuar la presunción legal de pertenencia del derecho al titular registral (art. 38, 2, LH), acaso probando la usucapión consumada *contra tabulas*; de manera que ya no le basta con negar que el derecho pertenezca al demandante, sino que, por ser el demandante titular registral del dominio, el demandado ha de reconvénir y probar, *con prueba plena*, la inexactitud del Registro, lograr el pleno convencimiento del Juez de que el Registro es inexacto, para que pueda declarar su derecho y la nulidad del título inscrito y la cancelación de la inscripción (art. 38, 2, LH), puesto

que "los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen *todos sus efectos* mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos" en la Ley Hipotecaria (art. 1, pág. 3, LH).

La situación del poseedor demandado es similar a la del poseedor que demanda al que se jacta de ser el propietario desposeído, ejercitando la acción declaratoria del dominio, quien tendrá que probar su título de adquisición, aunque fuera el de usucapión consumada, y, además, tendrá que probar la nulidad del título del titular registral demandado, es decir, tendrá que contradecir la exactitud del Registro, la presunción legal de pertenencia del derecho al titular registral (art. 38, 2, LH), aunque expresamente no aluda a la contradicción ni pida la declaración de la nulidad o la cancelación de la inscripción, según la jurisprudencia.

5. Y si el Juez ha de atenerse a dichas reglas, no parece que *extrajudicialmente* puede prescindir de ellas el Registrador que califica el valor probatorio de un título de cesión del derecho incorporal del propietario que está desposeído a efectos de practicar o no su inscripción, de manera que llegue a suspender la inscripción solicitada cuando estime que *acaso* el Registro no sea exacto, que acaso no coincida con la realidad jurídica extrarregistral, porque, al Registrador, "le pone en duda" el cedente, al afirmar que el poseedor ostenta un título, otorgado por el representante del cedente, que el cedente ha denunciado como falso ante el Juez de lo penal, y "le hace dudar" de la certeza o falsedad de la pertenencia del derecho al cedente, pese a que éste es el titular registral, sin contradicción alguna anotada.

No es éste el caso resuelto, exactamente, pero piénsese que un representante interviene por poder del propietario titular registral, mientras que los albaceas intervienen por voluntad y autorización del propietario titular registral, que ha de acatar su heredera como sucesora y propietaria actual.

Es cierto que, con anterioridad al otorgamiento del contrato de cesión, los otros albaceas solidarios intervinieron en la adjudicación "en representación" del testador y de la heredera, pero la heredera rechazó su gestión, que ha denunciado como falsa, al igual que un propietario puede rechazar como falsa la venta seguida de tradición realizada por su apoderado y, a continuación, otorgar otra venta mediante otro apoderado, o sin mediar apoderado, haciendo constar que está desposeído por consecuencia de una falsa venta y entrega realizadas por su primer apoderado.

6. Así, pues, conforme al principio de legitimación registral (art. 38, 2, LH) es el poseedor quien tendrá que oponerse a la apariencia registral, bien a la inscripción a favor del *causante*, pidiendo la inscripción de su título de adquisición o la anotación de suspensión de la inscripción solici-

tada si el título es defectuoso, como ocurre por tratarse de un cuaderno particional privado, bien a la inscripción a favor del *cesionario*, pidiendo la anotación de su demanda de contradicción de la exactitud del Registro, si acaso estima insuficiente la publicidad resultante de la constancia registral de la desposesión del vendedor en la inscripción de la cesión del derecho incorporal, presuponiendo que se ha practicado y en ella consta la desposesión y sus posibles consecuencias.

Es digno de observar que cuando el titular registral demanda reivindicatoriamente no procede practicar obligadamente asiento alguno, sin perjuicio de que el demandado logre que se anote su posible demanda reconvenzional, y que el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria se tramita sin que proceda registrar, mediante nota marginal, ni la instancia de ejecución contra el poseedor *no titulado* ni la llamada demanda de contradicción de la instancia por el poseedor *titulado* (art. 41, 6, 2.ª, LH).

7. La Dirección General, en cambio, impone al cesionario ejercitar la acción reivindicatoria y anotar la demanda, en la que, según la resolución, ha de pedir que se declare la validez de la venta. Ya no le bastará esperar a que el poseedor pida que se inscriba su título (supuesto que no está inscrito el del cesionario, que es posterior), o esperar a que el poseedor demande al cesionario si acaso logró que se inscribiera su título, o demande a la heredera del titular registral y al cesionario si éste no logró la inscripción, pidiendo el poseedor que se anote su demanda de contradicción (art. 38, 2, LH).

Así pues, prácticamente, la resolución hace prevalecer la presunción de pertenencia del derecho de propiedad deducida de la *posesión* (art. 448) ante la presunción de pertenencia del derecho de propiedad deducida de la *inscripción* del título del cesionario (art. 38, 1, LH).

Esto, aparte de la posibilidad de solicitar la anotación preventiva de la suspensión de la inscripción del cesionario por el defecto subsanable de la duda acerca de la "validez" del título presentado a inscripción, por plazo de sesenta días hábiles; prorrogables por el Juez hasta ciento ochenta días hábiles (art. 96 LH), sin alcanzar la duración ordinaria de cuatro años, prorrogables hasta la terminación del procedimiento judicial (art. 199, 2, RH) que corresponde a las anotaciones ordenadas por la autoridad judicial.

6) *Inoponibilidad, a tercero civil inscrito, de lo no registrado*

1. Cuando el titular registral del dominio que está desposeído cede expresamente su derecho incorporal a un cesionario y no se inscribe el

título de cesión, si después cede el mismo derecho incorporal, que ya no le pertenece, a un segundo cesionario de buena fe, porque desconoce la primera cesión, y se inscribe el título de esta segunda cesión, el primer cesionario pierde su derecho incorporal porque lo adquiere en firme el segundo cesionario.

Así resulta al aplicar lo dispuesto por el artículo 32, que es el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 al que aludía el legislador PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA cuando resaltaba la conveniencia para el cesionario de la inscripción de su título, antes de que llegara a inscribirse el título de un segundo cesionario de buena fe.

2. Si se inscribe un contrato de cesión expresa del derecho incorporal del propietario desposeído, se debe hacer constar en la inscripción la situación de desposesión del vendedor (cedente), porque existe un tercero que es el poseedor en concepto de dueño de la finca, de manera que claramente resulte de la inscripción la posibilidad de que una sentencia judicial declare que el derecho pertenece al poseedor y no al vendedor (cedente).

El posible subcomprador (subcesionario) queda suficientemente informado del estado de desposesión de su cedente, y del cedente a éste, para que si se declara nulo el título inscrito de la anterior cesión, no pueda alegar ignorancia o buena fe al intentar ampararse en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Civilmente, la no pertenencia del derecho al vendedor (cedente) determina la nulidad del título del cesionario según la terminología española (*nemine plus juris ad alium transferre potest quam ipse sibi habet*), y la inscripción del título del cesionario, naturalmente, no impide oponerle dicho resultado, porque es parte en el contrato de cesión expresa declarado nulo (art. 33 LH).

3. Se da por supuesto que si el cesionario dispone del derecho incorporal a favor de un subcomprador (subcesionario), podrá ser inscrito el título del subcesionario. La inscripción, al referirse al estado de *cargas* de la finca, debe incluir el *arrastre* de la situación de desposesión del primer cedente, al igual que se arrastraría una condición resolutoria registrada en la inscripción anterior, y en el *acta* de la inscripción debe ser calificado el título que se inscribe como título de cesión de derecho incorporal y no como título de venta de cosa poseída por el vendedor.

4. No es conveniente una interpretación que implique *congelar* la apariencia registral a favor del titular registral originariamente desposeído, no incentivando al poseedor *contra tabulas* a que, mediante anotación de

demanda de contradicción (art. 38, 2, LH), logre dar publicidad a su afirmación de que el derecho le pertenece, y relegando así a la realidad jurídica extrarregistral el tráfico del derecho inscrito que ha pasado a ser incorporal en la realidad.

A lo más, podría entenderse conveniente aclarar reglamentariamente las especiales circunstancias de la inscripción del contrato de cesión de este derecho de propiedad circunstancialmente incorporal.

5. Por otra parte, el poseedor que contradice la inscripción sólo puede hacerlo anotando su demanda reconvenzional frente a la reivindicatoria o la demanda en que ejercite la acción simplemente declaratoria del dominio, porque, según la hipótesis, es el poseedor en concepto de dueño y no ha de reivindicar para recuperar la posesión que ya tiene.

Y para registrar la transmisión del derecho aducido por el poseedor no hay un cauce de anotaciones sucesivas, al que parece aludían GALINDO y ESCOSURA.

RESUMEN FINAL

En un supuesto de contrato de venta (escriturada notarialmente por un albacea) el derecho de la propietaria (heredera única del titular registral del dominio de la finca, sucesora o continuadora de la "personalidad patrimonial" del causante) que está desposeída (por el administrador del causante, poseedor en concepto de dueño, con anterior título de adjudicación por otros dos albaceas solidarios, a quien se denunció en el juzgado de instrucción por haber cometido delito de falsedad).

1) La Resolución de 25 de enero de 1990 interpreta que el contrato concertado de venta ha de ser complementado mediante la tradición, en todo caso (arts. 609, 2, al final, art. 1.095, art. 1.445 y art. 1.462, 1, CC); aunque la escritura notarial equivale a la tradición al efecto de quedar transmitido el derecho de propiedad, en el momento de su otorgamiento (art. 1.462, 2, CC), si el Juez declara ser cierto que la venta es válida en cuanto declara nula la anterior adjudicación al poseedor; y hasta que recaiga la sentencia se puede practicar anotación preventiva de suspensión de la inscripción solicitada, por el defecto subsanable de ser dudosa la validez de la venta (art. 18 LH), en cuanto en la escritura consta manifestada la existencia de un tercero poseedor en concepto de dueño de la finca, quien se atribuye la pertenencia del derecho, ostentando un título de adjudicación, denunciado como falso; sin perjuicio de poder anotar la

demanda del comprador para que judicialmente se declare la validez del contrato.

2) Pero existe otra interpretación, fundada en el criterio de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, legislador civil (opuesto a GARCÍA GOYENA y a LUZURIAGA) y registral (autor de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 e intérprete auténtico en sus Comentarios de 1862), según la cual, el contrato de venta concertado es, en realidad, un contrato de cesión del derecho incorporal del propietario que en la actualidad de la cesión está desposeído por un tercero que es el poseedor en concepto de dueño (contrato que, históricamente, se denomina contrato de cesión de la acción reivindicatoria):

1. Un contrato de compraventa especial por razón de su objeto, que es un derecho *incorporal*; en este caso el derecho de *propiedad* que en la actualidad y accidentalmente es incorporal en cuanto no está acompañado con la posesión de la finca que es el objeto del derecho (u objeto mediato del contrato); aunque generalmente el derecho incorporal es un derecho de *crédito*, que esencialmente no va acompañado con la posesión de una cosa y puede estar incorporado a un título valor.

Por lo que este contrato, según la ley, no obliga al vendedor a entregar una cosa, que es el objeto del derecho vendido (art. 1.526 y no art. 1.445 CC).

Por lo que este contrato, según la ley, no tiene la eficacia traslativa del derecho condicionada suspensivamente a la transmisión de la posesión de su objeto, del vendedor que no la tiene al comprador que no la recibe; de manera que, en el momento de su perfección, transmite al cesionario el derecho del cedente, como lo tiene, sin la posesión de la cosa propia. Según el artículo 609, 2, al principio, "por la ley", que es la ley del artículo 1.526. No según el artículo 609, 2, al final; ni según el artículo 1.095, hasta la tradición; ni según el artículo 1.462, 2, ni según el artículo 1.464, referidos estos dos últimos a la prueba de la tradición cumplida, aunque sea por constituto posesorio.

2. *Puede* inscribirse el contrato de cesión de la acción reivindicatoria siempre que se inscriba como lo que es y de forma adecuada para que no sea una trampa para incautos, es decir, como un título traslativo de un derecho de pertenencia controvertida y sometido a la eventualidad de una declaración de nulidad (art. 34 LH), si el cesionario no logra probar que el derecho pertenecía al cedente y que es nulo el título del poseedor; quien puede anotar su demanda reconvencional frente a la reivindicatoria (art. 38, 2, LH) o puede ejercitar la acción declaratoria del dominio que dice tener.

2.1. *Y es conveniente* que se inscriba este título para que los interesados no dejen en entredicho la seriedad del Registro silenciando la desposesión del vendedor, con el fin de que la inscripción lograda les permita ejercitar el procedimiento del artículo 41 LH contra el poseedor *no titulado*.

2.2. *Y es conveniente* que se inscriba "para evitar el posible perjuicio al primer cesionario que no inscribió, dando lugar a que lo hiciera un segundo cesionario de buena fe". Por esto dije en mi estudio de 1989 (págs. 1756 y 1773) que conviene pensar en la posibilidad de que el Registrador sea responsable del perjuicio que pueda causar al primer cesionario, si *denegó* la inscripción de su título adquisitivo porque en la escritura se manifiesta la situación de desposesión del vendedor y, en cambio, practicó la inscripción de la compra por el segundo cesionario porque en la escritura no se manifiesta la situación de desposesión del vendedor".

3. El Registrador, al calificar la *validez* del contrato concertado (art. 18 LH), lo que califica es si puede rechazar la inscripción solicitada en atención a que la facultad de la albacea ya no subsiste al vender si fuera válida una adjudicación anterior determinante de la *pertenencia* del derecho al poseedor actual.

3.1. Pero ha de calificar teniendo en cuenta los principios que regulan la carga de la prueba y concretamente el principio de *legitimación*, en atención a tratarse de la venta en que interviene una albacea designada en su testamento por el titular registral formalmente actual (art. 38, 1, LH), con inscripción no contradicha (art. 38, 2, LH), que manifiesta no vende una cosa que posee sino un derecho que no ha dejado de pertenecer a la heredera sucesora del testador, aunque exista un poseedor con título de adjudicación por otros dos albaceas, rechazado por la heredera y denunciado como falso.

3.2. También ha de tener en cuenta el principio de inoponibilidad a tercero de lo no registrado (art. 32 LH) en relación con el principio de prioridad formal (art. 17 LH) al que alude el Notario en el recurso, y el principio de tracto sucesivo (art. 20, LH) al que aludió el legislador.

3.3. Asimismo ha de considerar que el artículo 36, párrafo 2.º, de la LH da por supuesto que está inscrita la compra a un propietario desposeído (sin que aluda a si éste desconocía la desposesión o la conocía y la silenció, o la manifestó al contratar), y ha de considerar que el artículo 41, 6, 2.ª, de la LH da por supuesto que el titular registral del dominio puede actuar un procedimiento especial en el que la presunción registral de pertenencia del derecho (art. 38, 1, LH) prevalece sobre la presunción

civil de posesión titulada (art. 448 CC), frente a un poseedor no titulado adecuadamente, pero no frente a otro que ostenta un concreto título que sólo pueda ser declarado nulo en un juicio declarativo (art. 41, 7, LH).

Valencia, abril 1990.

EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG

Registrador de la Propiedad