

# Contrato de compraventa y tradición en el Código Civil español de 1889

El contrato de compraventa es dispositivo y obligatorio, y la transmisión de la posesión en concepto de dueño es condición legal suspensiva de la transmisión del dominio del vendedor que no está desposeído.

**SUMARIO:** TESIS. INTRODUCCION.—RECAPITULACION ACTUALIZADA DE DOS ESTUDIOS ANTERIORES: Venta de derecho corporal y cesión de derecho incorporal. Cesión probada con documento (art. 1.526, 1). Cesión inscrita (art. 1.526, 2; arts. 32 y 36, 2, LH). Obtención judicial de la posesión por el cesionario (art. 348, 2; art. 41 LH).—PUNTUALIZACIONES SOBRE EL SISTEMA ESPAÑOL DE DISPOSICION Y ADQUISICION DERIVATIVA CONTRACTUAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD: I. COMPRAVENTA, CONTRATO DE VOLUNTADES QUE SON CAUSA DE EFECTOS DISPOSITIVOS Y OBLIGATORIOS: *Una teoría, del título y del modo. Dos sistemas vigentes, latino y de Savigny. Voluntad, dispositiva y obligatoria. Voluntad dispositiva y seudoobligación de transmitir la propiedad: Venta de cosa ajena. Adquisición derivativa, ineficacia del título y Registro de la Propiedad (art. 34 LH).*—II. EL ARTÍCULO 609 Y SU APARTADO SEGUNDO, AL FINAL Y AL PRINCIPIO (arts. 448 y 348, 2). *Sistema español:* A) Contrato de *venta*, que obliga a dar posesión (art. 1.445).—*a*) Cumplimiento, voluntario (*tradición*, arts. 1.462 y 1.095) o forzoso (*ejecución* judicial, art. 1.096, 1). *b*) Posesión, prueba de la pertenencia del derecho, condición legal suspensiva de su adquisición y de su ejecución. *c*) Condición contractual y tradición. *d*) Contrato de venta de cosa y tradición. B) Contrato de *cesión*, que no obliga a dar posesión (art. 1.526). *Incumplimiento del contrato de compraventa (art. 1.124). Segunda venta y segunda cesión (art. 1.473 y art. 32 LH). Desconocimiento de la desposesión (arts. 1.460, 2 y 1.462, 2). Dos errores de Derecho:* 1.º Venta, con acuerdo de cesión impropia y tradición futura. 2.º Venta y tradición incorporal actual.—CONCLUSIONES: PUNTO FINAL.

## TESIS

Conforme al Código Civil español es necesario distinguir dos clases de disposición por contrato de compraventa:

1.<sup>a</sup> La disposición por contrato de *venta* del derecho de propiedad corporal, del propietario poseedor (art. 448), y la consiguiente adquisición en el momento de recibir la cosa: la transmisión «por consecuencia» del contrato que obliga a entregar (arts. 1.445, 1.461 y 1.462), pero «mediante la tradición» (art. 1.095) o, en su defecto, mediante la ejecución judicial (art. 1.096, 1), al amparo del artículo 609, párrafo segundo, al final.

2.<sup>a</sup> La disposición por contrato de *cesión* del derecho de propiedad incorporal, del propietario desposeído (art. 348, 2), y la consiguiente adquisición en el momento de contratar; la transmisión «por consecuencia» del contrato que, ontológicamente, no obliga a entregar (arts. 1.526 y 1.460, 2, por analogía secular), al amparo del artículo 609, párrafo segundo, al principio; la transmisión por contrato incluido entre los supuestos de hecho causa de adquisiciones derivativas que, además de la donación, la sucesión, y ciertos contratos mediante la tradición, están admitidos «por la ley». Es erróneo creer que la transmisión del de propiedad del propietario desposeído exige la eventual *recuperación* por el vendedor de la posesión en concepto de dueño que tiene un tercero y la posterior tradición futura de la cosa por el vendedor, o bien la *sustitución* de la tradición actual de la cosa por una imaginaria tradición incorporal instrumental.

Aplicada la tesis civil al caso más discutido resulta lo siguiente.

Cuando el otorgamiento del contrato de compraventa de una finca está documentado en escritura notarial, en la que no se expone o manifiesta la situación de desposesión del vendedor, y no se formula reserva de acciones respecto al cumplimiento de la obligación de entregar, no queda convenido un contrato de venta de cosa, que obliga a dar posesión de la cosa vendida, sino que queda convenido un contrato de venta de derecho incorporal, un contrato de cesión, que ontológicamente no obliga a dar posesión de la cosa.

En consecuencia, queda transmitido el derecho de propiedad incorporal, el derecho sin la posesión, en el momento de la perfección del contrato, que es el de la autorización de la escritura.

Tanto si el comprador *conocía* la desposesión del vendedor, pero no se manifestó convenido un contrato de cesión regulado por el artículo 1.526, que es el supuesto de la Sentencia de 21 de diciembre de 1905.

Como si el comprador *desconocía* la desposesión del vendedor, caso en el que, por haberse otorgado la venta mediante escritura notarial, es improcedente pretender se declare judicialmente rescindido el contrato alegando el desconocimiento de la desposesión (arts. 348, 2, 1.526, 1.460, 2 y 1.462, 2), que es el supuesto de la Sentencia de 20 de enero de 1912.

En ambos casos, lo procedente es que, quien compró al verdadero propietario su derecho de propiedad no investido con la posesión, y es el

actual verdadero propietario sin la posesión, demande reivindicatoria-mente al tercero poseedor en concepto de dueño, para desvirtuar la presunción legal de título de pertenencia a éste y obtener la posesión (art. 348, 2, contra art. 448); es improcedente que demande al vendedor pretendiendo que éste recupere la posesión y se la entregue o pretendiendo que se declare rescindido el contrato por incumplimiento de la obligación de entregar.

PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, paladín de la tradición frente al afrancesado Proyecto de Código Civil de 1851 elaborado por FLORENCIO GARCÍA GOYENA, autor de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y coautor de ella, *el legislador*, destaca que la distinción *civil* tiene trascendencia *registral*.

Este y otros dos estudios anteriores pretenden actualizar el criterio auténtico, civil y registral, de GÓMEZ DE LA SERNA, y demostrar el error de ciertas creencias teóricas.

El comprador obtiene la posesión mediante la ejecución judicial contra el tercero poseedor en juicio declarativo reivindicatorio, o actuando el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria si el comprador es titular registral del dominio enfrentado a un tercero poseedor no titulado.

La tesis, explícita en el Sumario, queda resumida ampliamente en las Conclusiones, referidas al contrato y a la tradición, por separado.

## INTRODUCCION

### I. SUPUESTO DE HECHO A ESTUDIAR

La situación de hecho a considerar en este estudio es la del verdadero propietario que está desposeído porque otra persona es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, situación en la que dos personas se atribuyen la pertenencia del derecho de propiedad sobre una misma cosa, cada una con exclusión de la otra.

A esta situación de controversia son aplicables, fundamentalmente, dos preceptos civiles (con los que se ha de hacer compatible la interpretación de otro precepto referido al titular registral del dominio, el art. 38, 1, LH).

Por una parte, el artículo 448 del Código Civil, que dispone se ha de considerar propietario al poseedor en concepto de dueño, mientras no pruebe ser el verdadero propietario quien no es poseedor como dueño; de esta manera, la posesión, probada, es prueba pública y aparente de la propiedad, por presunción legal, con el fin de evitar actuaciones de hecho perjudiciales para la paz jurídica.

Por otra parte, el artículo 348, 2, del Código Civil, que atribuye al *verdadero* propietario, contra el *aparente y presunto* propietario (contra el poseedor en concepto de dueño), la acción o pretensión reivindicatoria, la facultad de exigir al poseedor que le devuelva la posesión y pedir al Juez que, después de reconocerle y declararle verdadero propietario, condene al poseedor a que le devuelva la posesión, pasando a ejecutar la condena si fuere menester.

Aquella presunción, *directamente*, condiciona la actuación procesal del reivindicante, en cuanto ha de probar que el derecho le pertenece desvirtuando la presunción, probando la «nulidad» del concreto «título» de pertenencia que, en su caso, oponga el «poseedor titulado», para que se declare la inoperancia del título del poseedor frente a la vigencia del título del propietario; es claro, que las palabras «nulidad» y «título» han de ser entendidas en su amplio sentido jurisprudencial (S. 23 enero 1989, la más reciente) y no en otro sentido distinto, ya que *no* se refieren, exclusivamente, por ejemplo, a la nulidad de pleno derecho de un contrato de compraventa, ni a éste como título frente a la entrega como modo, puesto que el *título de pertenencia* está integrado por el contrato de compraventa (título según una teoría) y por la posesión, obtenida por entrega (modo según la misma teoría) u obtenida por ejecución procesal.

Además, aquella presunción, *indirectamente*, condiciona a la obtención de la posesión, por entrega o por supletoria ejecución judicial (arts. 1.095 ó 1.096, 1), la efectividad de la transmisión del derecho de propiedad querida, por la voluntad dispositiva del vendedor y por la voluntad adquisitiva del comprador vinculadas recíprocamente por el contrato de compraventa, cuando se trata del verdadero propietario que es *poseedor* y vende. Pero aquella presunción no impide que el verdadero propietario *desposeído* venda y quede transmitido, en el momento de perfeccionarse la venta, su derecho de propiedad *incorporal*, es decir, su derecho no investido con la posesión, en concepto de dueño, que, injustamente, tiene otra persona, que también puede, pero sólo de hecho e injustamente, vender y entregar, la cosa que no le pertenece, la cosa ajena.

Cuando el verdadero propietario está desposeído, lo normal es considerar la venta por el poseedor en concepto de dueño pero no propietario, en relación con la venta de cosa ajena, con la usucapión por el comprador de cosa inmueble o mueble, y con la prescripción instantánea de cosa mueble (art. 464, 4).

Lo que aquí se estudia es el aspecto opuesto de la misma situación: la venta por el verdadero propietario cuando no es el poseedor en concepto de dueño, a la que se refiere el artículo 1.526 del Código Civil; así como la reivindicación *por* el titular registral que compró al titular registral



anterior desposeído (art. 348, 2 y art. 36, 2 LH), pero no la reivindicación *contra* el titular registral (art. 38, 2 LH).

Pero se estudia la situación de desposesión del vendedor junto con otras muchas cuestiones conexas, enmarcadas en la configuración legal de *contrato* de compraventa como contrato dispositivo y obligatorio, de adquisición derivativa del derecho de propiedad (art. 609, 2, al final, a causa, o «por consecuencia», o por efecto del contrato), en su relación con la *posesión* en concepto de dueño de la cosa —que es prueba, por presunción legal, de la pertenencia del derecho de propiedad (art. 448)— porque la ley condiciona suspensivamente la efectividad de la transmisión del derecho a la transferencia y recepción de la posesión del propietario *poseedor*, por tradición (art. 609, 2, al final, y art. 1.095) o, bien, supletoriamente, por ejecución judicial (art. 1.096, 1).

Aunque esta condición legal no puede afectar y no afecta al verdadero propietario *desposeído* que cede su derecho de propiedad incorporal (art. 348, 2 y art. 609, 2, al principio, «por la ley» del art. 1.526). El contrato de cesión es el contrato de compraventa de derechos incorporales, es decir, de derechos no acompañados o no investidos en posesión (o cuasi posesión) que, por su objeto, no obliga a dar posesión (o cuasi posesión) y, por tanto, excluye el condicionamiento de la tradición (o de la cuasi tradición). Por ello, conviene documentarlo en escritura notarial, a efectos de prueba, contra tercero civil, del contrato y de su eficacia traslativa inmediata a su perfección (art. 1.526, 1, 1.218, 1.280, 1, 1.º y 6.º), y conviene inscribirlo para que pueda ser oponible a tercero registrado y protegido por su inscripción (art. 1.526, 2).

Así pues, se tiene en cuenta que son distintos, por una parte, el contrato de *venta* del derecho de propiedad corporal, es decir acompañado o investido con la posesión, y, por otra parte, el contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal, es decir, no acompañado o no investido con la posesión, el derecho sin la posesión. Históricamente, en este sentido, se distingue la venta de *cosa*, o sea la venta del derecho de propiedad investido con la posesión, y la cesión de *acción reivindicatoria*, o sea, la venta del derecho de propiedad no investido con la posesión.

Por todo ello, se estudiará, no sólo la relación entre la tradición y la inscripción, sino las relaciones del *contrato*, con la *posesión*, que prueba, indirectamente, por presunción legal, el título de pertenencia del derecho, con la *escritura* notarial, que prueba directamente el título de pertenencia, y con la *inscripción* del título de pertenencia del derecho documentado en escritura notarial, que tiene efectos probatorios, como presunción legal (art. 38, 1, LH), y efectos sustantivos (arts. 32, 34, 40, ap. final, LH).

## 2. VENTA Y CESIÓN

El derecho de propiedad se *transmite* voluntariamente, *inter vivos*, onerosamente, a causa o por consecuencia o por efecto de la voluntad del transmitente o enajenante y de la voluntad del adquirente, acordadas en los contratos dispositivos traslativos, como los de intercambio de propiedades, venta y permuta (art. 609, 2, «por consecuencia de ciertos contratos»), que también son contratos obligatorios, es decir, causa o fuente de obligaciones adecuadas a la plena realización de las dos disposiciones recíprocas convenidas en cada caso de venta o de permuta (arts. 1.089 y 1.254); contratos que son causa de la adquisición *derivativa* del derecho de propiedad y causa del nacimiento y de la adquisición *originaria* de derechos personales, correspondientes a obligaciones asumidas por la otra parte contratante.

Cuando el vendedor propietario es el poseedor de la cosa que vende, el derecho de propiedad queda transmitido en el momento de la recepción u obtención de la posesión de la cosa por el comprador, bien mediante la obligada tradición o entrega, por el vendedor al comprador (art. 1.095), o bien mediante la supletoria ejecución judicial, o puesta en posesión, por el Juez al comprador (art. 1.096, 1 y 2).

La venta por antonomasia, la venta ordinaria, la venta en sentido estricto, es esta venta de una cosa, la venta del derecho de propiedad corporal, del derecho acompañado o investido con la posesión, la venta que esencialmente obliga al vendedor a transmitir o transferir la posesión en concepto de dueño de la cosa; no sólo para que el comprador pueda ejercitar de hecho el derecho que compra (arts. 1.445 y 1.462, 1), sino para que se realice la adquisición del derecho en el mismo momento de la recepción de la posesión (arts. 1.095 y 1.096, 1 y 2). Según la ley, la posesión es una prueba, por presunción *iuris tantum*, de la existencia de *título* de pertenencia del derecho, de título de adquisición vigente, a favor de quien lo ejercita de hecho, es decir, la posesión es una apariencia legal de la pertenencia del derecho (art. 448), y, según la ley, el cambio de la apariencia posesoria es condicionante del cambio de la realidad de la pertenencia del derecho de propiedad (art. 609, 2, al final).

Por ésto, se encuentra en difícil situación el *verdadero* propietario cuando otra persona es el *presunto* propietario por ser el poseedor en concepto de dueño de la cosa (art. 448).

Al verdadero propietario que perdió la posesión, al propietario desposeído, le queda el derecho de propiedad incorporeal, es decir, el derecho que en la actualidad no está acompañado o investido con la posesión (también denominada acción reivindicatoria) que le faculta para actuar en juicio contra quienquiera que sea el poseedor en concepto de dueño de la

cosa (*erga omnes possidentes*), para probar que el derecho le pertenece, desvirtuando la presunción legal deducida de la apariencia posesoria, y, en consecuencia, para recuperar o recobrar la posesión (art. 348, 2).

El derecho de propiedad incorporal puede ser objeto de un contrato de venta especial denominado contrato de cesión o, simplemente, cesión.

La cesión es una venta especial por su objeto, porque éste no es una cosa, no es un derecho de propiedad corporal, no es un derecho que en la actualidad esté acompañado o investido con la posesión, sino que su objeto es un derecho incorporal, un derecho que no está acompañado o investido con posesión; un derecho también denominado acción, real o personal; un derecho que puede ser un derecho incorporal o *circunstancialmente*, por la situación actual de desposesión en que se encuentra el titular del derecho posesorio o cuasi posesorio, como ocurre con el derecho de propiedad incorporal (o acción reivindicatoria) del propietario desposeído, y que puede ser un derecho incorporal *esencialmente*, sea un derecho real no cuasi posesorio como el de servidumbre discontinua, sea un derecho personal o de crédito, identificado como acción personal.

La cesión, ontológicamente, por razón de su objeto, que siempre es un derecho incorporal, excluye la obligación de dar posesión, de entrega, de hacer tradición.

La cesión transmite el derecho incorporal al contratar, en el momento de la perfección del contrato, por quedar excluida la obligación de entregar y por desaparecer, así, el condicionamiento legal de la obtención de la posesión por el comprador (art. 1.526, por contraposición al art. 1.445). Aunque más bien, al contrario, la posesión como prueba, históricamente, impone el condicionamiento de la tradición, cuando el vendedor es el poseedor.

La transmisión del derecho de propiedad incorporal por contrato de venta (llámese venta del derecho de propiedad incorporal o cesión del derecho de propiedad o, lo que es lo mismo, cesión de la acción reivindicatoria) es uno de los supuestos de transmisión del derecho de propiedad que, según el artículo 609, 2, al principio, están regulados «por la ley», por alguna ley o norma jurídica, que, en este caso, según los antecedentes históricos, la interpretación auténtica y la jurisprudencia, es la ley del artículo 1.526.

La cesión del derecho de propiedad es un contrato traslativo, por consecuencia del cual se transmite el derecho de propiedad, es una venta en sentido genérico de intercambio de propiedades, de cambio de un bien patrimonial por dinero, pero la cesión no es uno de los «ciertos contratos» traslativos «mediante tradición» o ejecución judicial supletoria (no es una venta en sentido estricto, que obliga a entregar su objeto, que es una cosa), pues no obliga a entregar su objeto, porque éste es un derecho incorporal,

un derecho que, por definición, no está acompañado o investido con posesión, resultando ilógico y contradictorio decir que se puede entregar su posesión y afirmar que existe una tradición *incorporal*.

Ahora bien, induce a confusión el supuesto de hecho que normalmente consideran los hipotecaristas; cuando la escritura notarial que *parece* referida a la venta de una finca inmatriculada, otorgada por el verdadero propietario, titular registral del dominio, y poseedor de ella, pues *en realidad*, el vendedor está desposeído y el comprador desconoce la desposesión del vendedor.

Este supuesto, de *aparente venta* del derecho de propiedad *corporal*, se configura «por la ley» como un supuesto de *verdadera cesión* del derecho de propiedad *incorporal*, de contrato de cesión, que, como tal, no obliga a hacer tradición (art. 1.526); y esto por analogía secular de la pérdida de la posesión con la pérdida de una parte física de la cosa (art. 1.460, 2), y porque el otorgamiento del contrato de compraventa en escritura notarial excluye la posibilidad de rescindir el contrato alegando incumplimiento de la obligación de entregar (art. 1.462, 2, salvo pacto expreso, o tácito pero claro).

No se configura «por la ley» como un contrato de venta que obliga a entregar en un futuro incierto, previa recuperación de la posesión por el vendedor, quien autoriza al comprador a ejercitar la acción reivindicatoria para que actúe judicialmente, al efecto de que el vendedor recupere la posesión y pueda entregarla al comprador. Esta autorización no es una cesión de la acción, inmediatamente traslativa de la misma, o sea del derecho de propiedad *incorporal*, sino una cesión *impropia* o cesión del ejercicio del derecho ajeno, adicionada a una venta.

Mas adelante se considerará este supuesto con detenimiento. Entretanto, se ha de tener en cuenta que dicho supuesto de aparente venta del derecho de propiedad *corporal* es un supuesto de verdadera cesión del derecho de propiedad *incorporal*, y que a él aludiré, también, al hablar de cesión del derecho de propiedad, aunque lo matice hablando del «caso de *desconocimiento* por el comprador de la desposesión del vendedor en escritura pública».

El contrato de *cesión del derecho* de propiedad *incorporal* es el mismo que el profesor LACRUZ y sus seguidores configuran como un contrato de *venta complementado con tradición incorporal* instrumental.

La tesis mantenida, conforme a lo dispuesto por los artículos 3 y 4 del Código Civil, se fundamenta en la interpretación gramatical (palabras y oraciones), en la sistemática (contexto), en los antecedentes históricos, doctrinales y legislativos, en la realidad social, en el espíritu (lógico) y en la finalidad (teleológica) de las normas de los artículos 1.526 y 1.460, 2 (éste por aplicación analógica), en la doctrina del Tribunal Supremo (art.

1, 6) contenida en tres importantes Sentencias (S. 21 diciembre 1905, S. 20 enero 1912 y S. 12 abril 1890, esta última no considerada por algunos autores); en congruencia con el artículo 1.473, 3, parte 2.<sup>a</sup>, y con el artículo 36, 2, LH; sin olvidar el artículo 609, 2, al principio, cuando alude a la transmisión «por la ley», referida al artículo 1.526; sin extrapolar la aplicación del artículo 1.095 y del artículo 1.096, 1, al supuesto de desposesión; sin desorbitar el sentido histórico y vigente del artículo 1.462, 2; conforme a la jurisprudencia; en congruencia con otros preceptos y sin incongruencia.

La tesis se funda en el *criterio auténtico* de los *legisladores civil y registral*, criterio que FLORENCIO GARCÍA GOYENA manifestó en los Comentarios a su Proyecto de Código Civil de 1851, en el que se inspira el vigente, aunque lo manifestó muy escuetamente (pág. 822, como luego se considerará), criterio que PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA argumentó en los Comentarios auténticos a su Ley Hipotecaria de 1861, extensamente y con mucha claridad (pág. 574, como luego se considerará), criterio que no ha sido desvirtuado por ley alguna sino confirmado por el Código Civil, como entendieron MORELL y MANRESA (pág. 581), criterio que sigue el profesor Díez PICAZO, a mi entender (pág. 278, como luego se considerará), criterio que es el del Tribunal Supremo, según resulta de las *tres* sentencias antes citadas (pág. 1347, como luego se considerará), criterio que intento exponer, actualizando su forma de presentación por PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, para el Derecho Civil y para el Derecho Registral, de conformidad con el Derecho español vigente.

A exponer la tesis he dedicado antes dos estudios, publicados en esta *Revista*, en 1980 (núm. 537, págs. 275-384; núm. 538, págs. 557-598, y núm. 539, págs. 802-857) y en 1987 (núm. 582, págs. 1311-1429). A ellos remite este estudio tercero en sus citas de páginas (p.) y de notas al pie (n.), cuando no indica otra obra. Por ejemplo, los preceptos del Derecho romano se copian, con su traducción, en pág. 313 y n. 80. En el primer estudio cito la bibliografía que considero más interesante y no sólo reiterativa de las opiniones de otros autores. Los artículos del Código Civil se citan por su número tan sólo; los de la Ley Hipotecaria con las siglas.

En este tercer estudio expongo la recapitulación de los dos anteriores, actualizada, y la complemento con algunas puntualizaciones o consideraciones puntuales, acerca de la voluntad contractual en la venta, del contrato de venta seguido de tradición o ejecución judicial, y del contrato de cesión, que excluye la obligación de hacer tradición, siempre en relación con la escritura notarial y con la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Pienso que todos los equívocos suscitados por las denominaciones adoptadas para los dos primeros estudios, que aluden a la cesión de la

acción reivindicatoria y parece que tratan de algo «raro» o «antiguo», sin interés actual, se aclaran observando que esta trilogía de estudios se refiere al momento en que se transmite el derecho de propiedad por contrato de venta, en particular cuando un tercero es el poseedor en concepto de dueño contra quien el propietario verdadero puede ejercitar la acción reivindicatoria, por lo que también se refiere a las llamadas «relaciones» entre la tradición y la inscripción, o relaciones de la Posesión, la Tradición y la Usucapión con el Registro de la Propiedad, pero desde la perspectiva del contrato de venta, con la tradición cumplida (art. 1.462) o con la tradición excluida ontológicamente (art. 1.526), y de su documentación en escritura notarial.

Este estudio es reiterativo, a mi entender necesariamente, porque sus ideas fundamentales interconectan un buen número de cuestiones discutidas y la aplicación de aquellas ideas a estas cuestiones ha de ser expuesta con suficiente extensión y claridad, perfilada y matizada, con el fin de evitar dudas que pudieran oscurecer el sentido de la tesis mantenida; de manera que las ideas fundamentales se recuerdan, en todo caso, cuando se trata de puntualizar o matizar opiniones o criterios que no parecen fundados en ellas y todo el estudio gira en torno a las mismas ideas en círculos concéntricos cada vez más detallados.

### 3. 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 ésto 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 CAPEROCHIPÍ, 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 mag-

nifican 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 CAPEROCHIPÍ: *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 comprador reivindique por *autorización* del vendedor y recuperada la posesión para éste, seguidamente la adquiera para sí, tradición *brevi manu*.

Asimismo, es innecesario 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: del 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 teleológica, que expuse en mis dos anteriores estudios.

Es más, al error, literalista y sistemático, 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 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).

#### 4. TERMINOLOGÍA Y EQUÍVOCOS

Si no se quiere hablar de la cesión de la acción reivindicatoria, porque no se quiere verificar el sentido histórico de la expresión, o porque la expresión parece algo rimbombante y utilizada para asombrar al burgués o ciudadano jurista, o parece sonar como algo raro y antiguo, no moderno o actual y progresista, tampoco pasa nada siempre que no se olvide que

significa y nombra lo mismo que todos acostumbran a nombrar como venta por el propietario que no es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, o con otra expresión similar. Se trata de una situación, la del opinante, en cierto modo comparable a la del observador de una moneda, que la puede mirar por una cara o por la otra pero siempre mira y ve la misma moneda.

Precisamente, si desde hace muchos años vengo hablando de la cesión de la acción reivindicatoria no es por puro capricho o afán de escribir sobre algo raro e inútil, sobre una elucubración teórica sin importancia práctica actual, sino porque con este nombre comencé a estudiar el caso en los textos históricos, legales y doctrinales, que conducen a lo largo del tiempo hasta el artículo 1.526 y hasta los artículos 1.460, 2, y 1.462, 2, del Código Civil, vigentes e importantes para los juristas prácticos, Abogados, Notarios y Registradores, entre otros.

Sobre estos preceptos conviene llamar la atención, aunque algunos queden confusos porque para ellos el artículo 1.526 sólo se refiere a la cesión de un crédito, sobre todo litigioso (y como transmisión efectuada más que como contrato por el que se efectúa), o a la cesión de una herencia o a la cesión de la totalidad de ciertos derechos o productos, y así opinan, a bote pronto y sin más averiguaciones, que la cesión de la acción reivindicatoria no puede ser otra cosa más que el encargo del propietario demandante para que su mandatario continúe el ejercicio judicial de la acción reivindicatoria, opinión que está muy lejos de la verdad, o quizá, alude a la anotación de la demanda reivindicatoria y de rectificación del Registro, interpuesta contra el titular registral del dominio (art. 38, 2, LH), que es una cuestión distinta.

No obstante, en la doctrina española actual, el profesor DÍEZ PICAZO apunta que el artículo 1.526 también se refiere a la cesión de la acción reivindicatoria, como ya dije en mi primer estudio (pág. 278), con expresión que más adelante consideraré en este tercer estudio.

## 5. APLICACIÓN NOTARIAL Y REGISTRAL

La cesión del derecho de propiedad se ha de tener en cuenta a efectos registrales, como la tuvo en cuenta el legislador PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, para comprender bien el alcance de muchos preceptos (arts. 605, 606, 608, 1.473, 1.567 CC y arts. 2-1.º, 3, 5, 7-1, 20-1, 32, 34, 36-1, 2, 38-1, 2, 41-6, 2.ª, LH, sin afán exhaustivo).

El titular registral del dominio, que es el *verdadero* propietario pero está desposeído porque otro es el poseedor en concepto de dueño, continúa siendo el propietario, y tiene la acción reivindicatoria para recuperar la

posesión, mientras el poseedor no consume la usucapión; sin que, naturalmente, sea necesario, ni siquiera posible, inscribir o anotar en el folio registral el ejercicio judicial de la acción reivindicatoria, si se decide a ejercitarla.

El mismo titular registral, también puede vender su derecho de propiedad del que es inseparable la acción reivindicatoria contra el poseedor. Esta venta se denomina cesión del derecho de propiedad, o cesión de la acción reivindicatoria, tanto si la venta se refiere a un derecho litigioso porque el verdadero propietario ya ha demandado al poseedor, y a éste se le ha dado traslado de la demanda, como si el verdadero propietario aún no ha decidido si le conviene o no interponer la demanda y la venta se refiere a un derecho controvertido, porque el poseedor se lo atribuye, pero no a un derecho litigioso. En ambos casos, el comprador deviene nuevo propietario por la compra y en el momento de la perfección del contrato.

El comprador, nuevo propietario, podrá obtener la posesión ejercitando en juicio declarativo ordinario la acción reivindicatoria, demandando al poseedor o, en su caso, continuando el proceso iniciado por el vendedor contra el poseedor.

1.º A la prueba por presunción *juris tantum* del título adquisitivo ordenada a favor del poseedor en concepto de dueño, deducida legalmente del hecho probado de la posesión, del ejercicio de hecho del derecho (art. 448) ha de oponer el cesionario su propia prueba de la pertenencia del derecho, con los medios adecuados al caso, y, tratándose de fincas, sobre todo, aportando, como títulos probatorios de su título adquisitivo, escrituras notariales que sean prueba plena de la adquisición por el propietario que fue poseedor y luego quedó desposeído, y prueba plena del contrato de cesión por el propietario ya desposeído, aparte de la prueba complementaria del tiempo de posesión anterior a la desposesión, a efectos de probar la anterior pertenencia al derecho al cedente, y a sus causantes si fuere menester.

En este juego de prueba por la apariencia de la posesión y de contra-prueba por la apariencia de la escritura notarial, se puede observar la importancia que ha de atribuirse a la disposición legal que condiciona suspensivamente la realización del efecto transmisivo del derecho, acordado en el contrato de venta, a la realización del hecho de la obtención de la posesión por el comprador [mediante entrega voluntaria (art. 1.095) o mediante puesta en posesión judicial supletoria y forzosa (art. 1.096, 1, 2)] cuando el vendedor es poseedor en concepto de dueño, y la importancia que tiene la convivencia de habilitar una prueba plena documental, notarial, cuando el vendedor está desposeído (art. 1.526, 1, en relación con el artículo 1.280, 1, 6.º).

Normalmente, en el juicio reivindicatorio, contra el demandado investido con la posesión, actúa el cesionario demandante investido, con la escritura notarial, acreditativa de la existencia del contrato por el que el *verdadero* propietario le cede y transmite su derecho no investido de la posesión.

En la cuestión de la pertenencia o titularidad del derecho, acerca de quién de los dos contendientes es el verdadero propietario, y tienen *el título* (vigente) de pertenencia del derecho, a la prueba del demandado, indirecta, por presunción legal deducida de la posesión en concepto de dueño (art. 448), se opone la prueba del demandante, directa, por escritura notarial, que es prueba plena del contrato de cesión (art. 1.526), unida a la escritura notarial que es prueba plena del *título* del cedente, de su adquisición de la propiedad y de la posesión (art. 1.462, 2, si adquirió por compra y entrega), que fue desposeído antes de ceder su derecho, aunque la cesión parezca ser una venta seguida de entrega si de la escritura no resulta la desposesión del vendedor. Claro que el poseedor puede aportar algún documento con el que pretenda probar que es un *poseedor titulado*, con *título* vigente, y entonces el demandante tendrá que contradecir la vigencia del título aducido, es decir, oponer que el título del poseedor es «nulo», en el amplio sentido jurisprudencial de «nulidad» y de «título».

2.º Es posible que dicho comprador haya inscrito su título adquisitivo, traslativo del dominio (art. 2, 1, LH), y la ley presupone que puede estar inscrito (art. 36, 2, LH), acaso porque el calificador no ha podido conocer que el vendedor estaba desposeído y no transmitía la posesión al comprador, por no manifestarse en la escritura la situación de desposesión, aunque la verdad es que ningún precepto impide que se inscriba la escritura en que se manifieste la desposesión del vendedor, circunstancia irrelevante (art. 5 LH) que no ha de hacerse constar en la inscripción (págs. 1332 y 1361). Este comprador, titular registral, también puede instar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, ejercitando su derecho a poseer contra el poseedor en concepto de dueño no titulado suficientemente (art. 41, 6, 2.ª causa de oposición, LH).

Los calificadores dispuestos a ver que, en tal caso, el rey de los contratos está desnudo de tradición (no vestido con una imaginaria camisa de tradición instrumental *incorporal*), y dispuestos a recordar que el concepto de cesión del derecho de propiedad (o, lo que es lo mismo, de cesión de la acción reivindicatoria) es la clave olvidada para considerar acertadamente la relación entre la tradición y la inscripción, cuando califican una venta probada por escritura notarial, no se inquietarán pensando si el vendedor puede ser un propietario desposeído, porque si lo fuera vende lo que tiene, su derecho de propiedad, pero no la posesión en concepto de dueño que tiene un tercero, y el comprador adquiere el derecho del propietario des-

poseído en el momento de perfeccionarse la venta, pero no porque la escritura equivale a una tradición sino porque es contrato de venta, llamado cesión, ontológicamente excluye la obligación de entregar (art. 1.526).

Resulta curiosa la actitud de los que insisten en resolver, con una imaginaria y taumatúrgica tradición *incorporal*, un problema civil al que, ya muchos siglos atrás, se dio una solución sencilla y de sentido común, que está vigente como solución legal, pese al empeño en dejarla enmascarada por aquella apariencia de solución milagrosa, curiosa actitud que obliga a tener que redescubrir el Mediterráneo por segunda y por tercera vez...

De la escritura notarial, cuando formaliza la venta por el verdadero propietario que está desposeído, se dice que es forma probatoria del contrato de *venta* que obliga a entregar (art. 1.445) y que, además, *equivale* a la forma instrumental de la tradición corporal (art. 1.462, 2), pero procede decir que es forma probatoria del contrato de *cesión* que no obliga a entregar, por ser su objeto un derecho incorporal (art. 1.526 y no art. 1.445 ni art. 1.462).

Parece como si se creyera que el acuerdo dispositivo del derecho es parte integrante de un negocio dispositivo, integrado por el contrato y la tradición, en vez de creer que el acuerdo dispositivo es el contrato, prioritariamente dispositivo y consecuentemente obligatorio, y que la tradición sólo es la transmisión voluntaria de la posesión en concepto de dueño. Aunque la ley condicione la efectividad de la transmisión del derecho, acordada al contratar, a la transmisión, voluntaria o forzosa para el vendedor, de la posesión en concepto de dueño, en cuanto la posesión es prueba de la pertenencia del derecho por presunción *juris tantum* (art. 448); condicionamiento que no es aplicable al vendedor que es el verdadero propietario pero está desposeído (art. 348, 2), al vendedor que es titular de un derecho posesorio (que faculta para poseer) pero circunstancialmente incorporal (no acompañado o investido con la posesión en la actualidad); al igual que el condicionamiento no se aplica a cualquier derecho no posesorio y esencialmente incorporal, como un crédito (art. 1.526).

Sin desconocer las funciones de asesoramiento y de cooperación en la seguridad del tráfico jurídico de bienes, tanto los Notarios como los Registradores, en su respectivo campo de actuación, actúan en el espacio limitado de la *prueba documental*, referida al derecho de propiedad y a la hipoteca, a más de otros derechos y situaciones; prueba documental que los Registradores recibimos y que también producimos, al inscribir o anotar previa calificación de la legalidad, y al expedir certificaciones que acreditan la inscripción o anotación, para que se hagan valer sus respectivos efectos, adecuados a lograr la seguridad del tráfico jurídico inmovi-

liario, por lo que todas estas cuestiones afectan a la concepción profunda de lo que es y significa nuestra profesión.

En conclusión, de todo lo dicho y de algo más que pueda decir, deduzco que *conviene dignificar el contrato de compraventa y desmitificar la tradición*, para que se pueda centrar la comprensión de la eficacia de la inscripción. Conviene precisar *qué es* el contrato de compraventa y *qué es* la tradición en el Derecho español, para aclarar algunas cuestiones del Derecho registral español, para defender adecuadamente la institución registral española y para entrar con pie derecho en la Comunidad jurídica europea, conociendo bien las similitudes y las diferencias de nuestro ordenamiento con el italiano o francés por una parte (los más semejantes al nuestro) y con el alemán por otra parte (el más diferente), sin adoptar la postura del que no quiere ver la realidad, como si de esta manera pudiera impedir que le afecte.

## 6. ESTUDIOS ANTERIORES

Un estudio primero, de la *Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria*, y un estudio segundo, de la *Cesión de la acción reivindicatoria, escritura e inscripción*, antes referenciados, son antecedentes de éste.

Del estudio primero considero fundamental el análisis histórico evolutivo, legislativo y doctrinal, de la venta o cesión de la acción reivindicatoria, al que adicione algunas precisiones históricas en el estudio segundo, para interpretar los artículos 1.526 y 1.460, 2, del Código Civil, que preconizan legalmente el contrato de cesión del derecho de propiedad como solución verdadera al problema de la recuperación de la posesión cuando el vendedor está desposeído; sin perjuicio de la posibilidad, poco probable, de que los contratantes prefieran la solución primitiva del adicional acuerdo de cesión *impropia* del derecho de propiedad.

El estudio segundo, en torno a un hipotético caso similar a otro real del que soy protagonista perjudicado, se refiere al aspecto práctico del tema, al contrato de cesión de la acción reivindicatoria que consta escrito e inscrito (es decir, a la inscripción causada por una escritura de venta por el propietario no poseedor anterior titular registral) que es objeto de consideración práctica por un Abogado, Notario y un Registrador, a su génesis y a su eficacia, sustantiva y procesal, civil y registral, a la problemática forense, notarial y registral; destacando el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. 21 diciembre 1905, 20 enero 1912 y 12 abril 1890), así como el *hecho* real de constar inscrita una escritura de venta por titular registral no poseedor, y la *posibilidad* de la

inscripción sin hacer constar en ella la situación de desposesión del vendedor cuando ésta resulta de la escritura presentada a inscripción, previa calificación favorable.

Exclusivamente para obsequiar a los amigos juristas que pudieran estar interesados en el tema, se imprimió una edición separada, muy reducida, del estudio segundo, completado por el primero, con el fin de facilitar la lectura del conjunto sin tener que recurrir a la busca en los cuatro números de la REVISTA donde aparecen, y se envió a sus destinatarios con un folleto, epílogo y guía del contenido y sentido de ambos estudios, que hace remisión a las páginas de la REVISTA en las que se tratan algunas de las cuestiones estudiadas.

Se reproduce a continuación, para posible conocimiento de todos los lectores de esta REVISTA, porque a través de él se enlazan aquellos dos estudios en este estudio tercero, que los confirma y continúa su apuntada línea de propósitos.

### CESION DE LA ACCION REIVINDICATORIA

#### EPÍLOGO

A) *a)* Conforme a la tradición histórica resultante de una evolución progresiva, en España, al tiempo de la codificación del siglo XIX, la cesión de una acción personal es la venta traslativa de un derecho de crédito, antes o después de la posible demanda para exigir su cumplimiento, y la cesión de la acción reivindicatoria es la venta traslativa del derecho del propietario desposeído, que puede ejercitar o está ejercitando judicialmente la acción reivindicatoria contra el poseedor de la cosa en concepto de dueño. Desde la Glosa, los textos del Derecho romano que se consideran aplicables son el D. 6,1,63, del período clásico (pág. 344 y n. 98) y el C. 4,39,9, del período justiniano (art. 1.526 CC equivalente), así como el D. 18,4,21 (art. 1460,2, CC equivalente). (Ver pág. 585, n. 188, ROLANDINO, pág. 304, BUSSI, pág. 305.)

1. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, coautor de la Ley Hipotecaria de 1861, en su exposición de motivos (pág. 845, n. 283), destaca la vigencia del denominado sistema del título y el modo para la transmisión del dominio por compra, mediante tradición, porque fue el adalid de su continuidad frente a las tendencias reformistas contemporáneas, la prusiana de Luzuriaga (que propugnaba sustituir la tradición por la inscripción constitutiva para la transmisión de inmuebles) y la afrancesada de GARCÍA GOYENA (que propugnaba suprimir la tradición como requisito complementario de la compra); pero, en sus comentarios a la Ley Hipotecaria publicados en 1862 (pág. 577, n. 163), considera que el supuesto de cesión de la acción reivindicatoria la sentencia estimatoria de la reivindicación declarará transmitida la propiedad desde la compra, lo que prueba que ésta es el acto traslativo del derecho real (pág. 575), deduciendo la posibilidad y la conveniencia de la inscripción de dicha cesión,

cuando la realiza un titular registral (pág. 574). Es decir, según este defensor del sistema, legislador y comentarista auténtico, la necesidad de la tradición complementaria de la compra se refiere, exclusivamente, al supuesto en que el vendedor es poseedor en concepto de dueño, y no rige cuando existe un tercero poseedor en concepto de dueño.

2. Después de entrar en vigor el CC español, en 1889, el criterio de GÓMEZ DE LA SERNA fue expresamente compartido por MORELL Y MANRESA, quienes contraponen la cesión de la acción reivindicatoria, traslativa por sí sola de la acción y del derecho (inseparables), y la venta por el propietario desposeído a la que se adiciona un poder o mandato para que el comprador pueda ejercitar judicialmente la acción reivindicatoria del vendedor, con el fin de obtener la posesión y, al mismo tiempo, la propiedad. Para ellos, la expresión cesión de la acción reivindicatoria significa una cesión del derecho que la acción representa y entonces el acto será inscribible, o sólo envuelve un apoderamiento o mandato para actuar judicialmente y entonces no hay acto inscribible (pág. 581). Es decir, el problema de la recuperación de la posesión tiene dos soluciones alternativas: cesión o cesión impropia (págs. 1312-1314).

b) En Alemania, RUDOLF VON IHERING publica en 1857 (pág. 317, n. 81) un estudio referido a la transmisión de la propiedad de una mercancía mediante la transmisión del conocimiento que la representa, en el que, para precisar su punto de vista, estudia la cesión de la acción reivindicatoria (pág. 319). Argumenta su opinión interpretativa del Derecho romano que, como Derecho común, estaba vigente en Alemania, hasta concluir que, según un texto fundamental, el D. 6,1,47, la cesión de la acción reivindicatoria sólo autoriza a ejercitar la acción reivindicatoria del cedente para que el cesionario obtenga la propiedad al obtener la posesión (pág. 329, n. 82); es decir, sólo es posible la cesión impropia. Esta opinión fue acogida por WINDSCHEID (pág. 330) y ENNECCERUS (pág. 312, n. 77 y 78), que la expone al comentar el CC alemán, vigente desde 1900, en su monumental Tratado, publicado en 1926, con traducción española de 1934 (pág. 280, n. 11). Claro que el CC alemán regula la cesión traslativa (pág. 332) conforme a la tradición histórica, contra la que significa una involución regresiva la opinión conceptualista de IHERING (págs. 310-312).

Pero, en España, una generalizada y poderosa corriente doctrinal de inspiración germánica, representada por JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ y otros autores, a través de ENNECCERUS y de WINDSCHEID, acoge la opinión de IHERING, sin cuestionar su verosimilitud, y deduce que es indudable su aplicación al Derecho español, porque el Derecho romano fue supletorio en España hasta la entrada en vigor del Código Civil español, en 1889, y porque parece ser la única acorde con la interpretación (gramatical) de los artículos 609 y 1.095 CC, que se estima confirmada por cierta interpretación jurisprudencial referida al desahucio por precario extinguido (págs. 583-598). Así, la interpretación auténtica de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA se olvida y queda suplantada por la creencia en que el comprador adquiere un derecho personal a la cosa (*jus ad rem*) hasta que obtiene la posesión y, simultáneamente, la propiedad



(*jus in re*), en todo caso, incluso cuando el vendedor está desposeído y se conviene la cesión de la acción reivindicatoria, puesto que ésta —se dice— sólo puede ser admisible como autorización al comprador para el ejercicio judicial de la acción reivindicatoria del vendedor, quien continúa siendo propietario hasta que el cesionario toma posesión.

B) En el Derecho español vigente, el titular registral, cuando queda desposeído después de inscribir, puede recuperar la posesión en concepto de dueño instando el procedimiento del artículo 41 LH y no necesita acudir al juicio de desahucio por precario extinguido o al juicio declarativo ordinario, supuesto que ya no sea viable el interdicto de recobrar la posesión; también puede vender, pero, conforme a la opinión de IHERING, el comprador no resulta propietario sino titular de un derecho personal y, por ésto, aunque consiga inscribir su título de compra (si en la escritura no se declara la desposesión) no está legitimado para instar el procedimiento del artículo 41 LH, ni tampoco puede instar el juicio de desahucio por precario, porque nunca ha sido poseedor real, de modo que sólo puede demandar en juicio declarativo ordinario, como cesionario del ejercicio de la acción reivindicatoria del cedente, para obtener la propiedad al obtener la posesión.

Esta consecuencia de la opinión de IHERING afecta gravemente a la eficacia y al prestigio de la institución registral, por lo que al problema planteado se proponen diversas soluciones o remedios, sobradamente conocidos (págs. 583 y sigs.).

Desde un punto de vista registral, se ha propugnado que a tal comprador inscrito le ampara el principio de fe pública registral, si era de buena fe al comprar, porque desconocía la desposesión del vendedor, o que le ampara el principio de legitimación registral, o que existe una dualidad legislativa tal que, respecto a inmuebles registrados, la inscripción sustituye a la tradición, etc.

Desde un punto de vista civil y notarial se ha dicho que, cuando el vendedor está desposeído, el otorgamiento de la escritura, de alguna manera, equivale o sustituye a la tradición (art. 1.462, 2, CC y, aparentemente, la jurisprudencia).

Resulta sorprendente que ningún autor preocupado por el tema ponga en duda la certeza del fundamento de la opinión de IHERING y de su aplicación, histórica y actual, al Derecho español. Sin embargo, se puede argumentar su inexactitud y la vigencia de la cesión traslativa de la acción reivindicatoria, que es la «clave olvidada» para la solución del problema registral, por simple aplicación de la solución de un problema puramente civil.

C) a) Es muy grande el vacío doctrinal respecto a la cesión de la acción reivindicatoria (pág. 585, n. 187).

GÓMEZ DE LA SERNA, en 1862, alude a este vacío en sus comentarios a la Ley Hipotecaria (págs. 574 y sigs.); IHERING, en 1857, decía que la cesión de la acción reivindicatoria ha sufrido «tratamiento de madrastra» por parte de la jurisprudencia (doctrina) romana y moderna (pág. 318).

En el Derecho comparado actual sería inútil su estudio porque en Francia (pág. 277) y en Italia (pág. 279) la venta transmite la propiedad,

inmueble o mueble, sin tradición, y porque en Alemania (pág. 280) la tradición y, en su defecto, la cesión de la acción reivindicatoria sólo se refiere a la venta de cosa mueble (párr. 931, pág. 282) y, además, no es posible reivindicar contra el poseedor subadquirente de buena fe, según el principio *Hand Wahre Hand* (párrs. 932 y sigs.).

Prácticamente (pág. 383), sólo en España subsiste la cesión de la acción reivindicatoria respecto a fincas, de aquí la dificultad de su estudio, y también la importancia y la necesidad de afrontarlo.

b) Pero puede parecer grave osadía el poner en duda una opinión, referente al Derecho romano, concebida por el eminentísimo jurista alemán autor de las *Bromas y veras en la ciencia jurídica* (antes traducida como *Jurisprudencia en broma y en serio*, reeditada en 1987 por Ed. Civitas, con una introducción de VALLET DE GOYTISOLO).

1. Sin embargo, la opinión contraria de un contemporáneo de IHERING, de un influyente romanista y civilista español, defensor del sistema del título y el modo, la opinión del legislador y comentarista auténtico GÓMEZ DE LA SERNA, publicada en 1862, y seguida por MORELL Y MANRESA, ya vigente el Código Civil, impone reconsiderar el tema (págs. 572-583).

2. Lo cierto es que la opinión de IHERING respecto al Derecho romano, sin duda concebida durante su etapa conceptualista, resulta opuesta a la de otros romanistas, de este siglo XX, que han podido estudiar con mejores medios, documentales y de crítica histórica, los textos romanos referentes al procedimiento formulario clásico y a la cesión de la acción reivindicatoria, sin olvido de su aplicación desde la Glosa hasta la Codificación (págs. 335-383). Entre otros romanistas, EDUARDO CARRELLI, en un profundo estudio que trata de *La adquisición de la propiedad por litis aestimatio en el proceso civil romano* (Milán, 1934, págs. 338 y sigs.), desvirtúa la interpretación del D. 6,1,47, en la que IHERING fundamentó su opinión, sin citar a éste sino a otros autores romanistas más modernos. Además, el Catedrático de Derecho romano EMILIO VALIÑO, con su magnífico estudio de las *Acciones útiles* (Pamplona, 1974, págs. 357 y sigs.), ayuda a interpretar el D. 6,1,63, y destaca la importancia del C. 4,39,9.

La aplicación de los estudios de estos romanistas a las dos soluciones del problema que plantea la recuperación de posesión, en Roma y desde la Glosa (págs. 1376-1397), se expone, como labor personal sometida a otros criterios que pudieran resultar mejor fundados, en los estudios sobre la *Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria* (RCDI, 1980, núms. 537, 538 y 539) y sobre la *Cesión de la acción reivindicatoria, escritura e inscripción* (RCDI, 1987, núm. 582).

1.º En el estudio de 1980, teniendo en cuenta que no existe en el Derecho español monografía o artículo de revista, tratado o manual, que se refiera a la cesión reivindicatoria propiamente dicha como objeto de consideración general o especial, se hicieron las oportunas referencias bibliográficas específicas y puntuales mediante notas al pie, sin perjuicio de transcribir literalmente la traducción de los textos de IHERING (págs. 314 y sigs.) y de WINDSCHEID (pág. 330), por una parte, y de incluir una

exposición bastante extensa de los estudios de CARRELLI (págs. 338 y sigs.) y de VALIÑO (págs. 335 y sigs.), aparte de destacar la opinión de los legisladores españoles, por copia literal la de GÓMEZ DE LA SERNA (págs. 572 y sigs.), así como la de MANRESA (pág. 581), y, por referencias extensas, la de GARCÍA GOYENA, en sus comentarios al formulario *Fenbrero* (págs. 565 y sigs., en particular págs. 569-571) y el proyecto del Código Civil de 1851, para comparar éste con el Código Civil vigente (págs. 599 y sigs., en particular pág. 822), porque estos son los textos fundamentales de entre los conocidos y citados, porque es conveniente su fácil consulta.

2. El estudio de 1987 pretende corregir algunas deficiencias del anterior, en especial respecto a la Jurisprudencia (págs. 596-597), a la inscripción (págs. 847-848) y a la actuación procesal (pág. 849, 1), para confirmar que el tema tiene interés práctico, forense, notarial y registral, según resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

1. Se intenta conciliar las posiciones doctrinales (págs. 1312-1314 y págs. 1363-1376) al precisar que la tradición del vendedor al comprador es actualmente imposible cuando un tercero es poseedor de la cosa que se desea vender, pues no se puede entregar sin antes recuperar la posesión perdida; en tal caso resulta actualmente imposible la ordinaria compraventa de la cosa, es decir, del derecho de propiedad y de la posesión (arg. arts. 1.445, 1.461, 1.261, 1.272, CC), pero es posible la especial compraventa de la acción reivindicatoria, o sea del derecho del propietario desposeído, traslativa por sí sola del derecho de propiedad incorporal (porque un tercero tiene la posesión en concepto de dueño) y controvertido (porque el tercero poseedor se atribuye el derecho de propiedad) (art. 1.526 CC); sin perjuicio de que se pueda acordar vender condicionalmente la cosa —el derecho, que se tiene, y la posesión, que no se tiene— con efectivo traslativo del derecho condicionado a la eventual recuperación de la posesión de la cosa, anterior a la entrega (que es caso distinto al de la entrega actualmente posible pero condicionada voluntariamente).

2. También se intenta conciliar la interpretación literal de los artículos 609 y 1.095 del Código Civil con la interpretación del artículo 1.526 del Código Civil y de la jurisprudencia referente al artículo 1.462, 2 (págs. 1.397 y sigs.), en el sentido de que para la transmisión del derecho del propietario desposeído basta la eficacia del contrato de compraventa (cesión) de la acción reivindicatoria (art. 1.526), aunque se ha de considerar o se ha de presumir, *juris tantum*, contratada la cesión de la acción reivindicatoria (inseparable del derecho de propiedad del que deriva para defender su titularidad y recuperar la posesión) si aparece escriturada la compra de una cosa a propietario que no sea poseedor en concepto de dueño al tiempo de la venta (art. 1.460, 2 —no 1.462, 2—, equivalente al art. 1.526, en relación con el art. 1.280, 1.º y 6.º).

3. Esto permite conciliar consigo misma a la jurisprudencia (págs. 1347-1363), que, por una parte, resuelve mantener la existencia y plena eficacia vinculante del contrato cuando el comprador, al comprar, conocía la desposesión del vendedor (S. 21 diciembre 1905), mientras que, por

otra parte, resuelve admitir la posibilidad de «desistir» del contrato, es decir, el que se pida y declare judicialmente la inexistencia del contrato cuando el comprador, al tiempo de comprar, desconocía la desposesión del vendedor (SS. 20 enero 1912 y 12 abril 1890), en congruencia con la interpretación histórica de la pérdida de la posesión como pérdida parcial y jurídica de la cosa, equivalente a la pérdida parcial y física (art. 1.460, 2, CC), de tal modo que, en caso de desconocimiento, si el comprador lo pide oportunamente la sentencia declarará «desistido» al comprador (S. 2 abril 1890), mientras que si el comprador no formula oportunamente esta petición la sentencia declarará que el comprador quedó vinculado por el contrato, que será de compra de la acción reivindicatoria, con efecto traslativo del derecho de propiedad desde la compra (S. 20 enero 1912).

D) La encomiable corriente doctrinal que tanto ha insistido en destacar la conveniencia de la inscripción constitutiva habida cuenta de la importancia de la publicidad registral, y que ha logrado facilitar al titular registral de la recuperación de la posesión (art. 41 LH), se olvidó de acotar o delimitar el ámbito de aplicación de la tradición, históricamente referida a la venta por el propietario poseedor y no a la venta por el propietario desposeído, haciendo posible que, por una errónea creencia, se magnificara desmesuradamente la trascendencia de la posesión contra tabulas, respecto al titular registral por compra a un anterior titular registral desposeído, pero que no había perdido la propiedad por usucapión contra tabulas, dificultando la interpretación del artículo 36, 2, LH en relación con el artículo 41, 6, 2.<sup>a</sup>, LH, con el resultado de la pérdida de gran parte del tiempo y el esfuerzo aplicados a defender el valor de la inscripción frente a la tradición y a la posesión (págs. 1325-1329, 1421-1424).

Se puede concluir que, para mejor comprender el sistema español y su futuro, quizá sea conveniente insistir en el estudio específico de la tradición, y delimitar con precisión su verdadero alcance en el sistema del título y el modo (págs. 1.397 y sigs.), considerándola como requisito necesario cuando el vendedor es poseedor, no cuando el vendedor está desposeído (tesis de ambos estudios); requisito necesario como mera *conditio juris* del efecto traslativo, esencialmente fundado en el acuerdo de voluntades del contrato de compraventa (págs. 1400-1407); requisito que se puede cumplir por simple acuerdo de cesión de la posesión, *brevi manu traditio* cuando el comprador ya era el poseedor, no en concepto de dueño, o por *constituto posesorio* cuando el vendedor continuará siendo el poseedor, no en concepto de dueño, por lo que resulta exagerado hablar del valor publicitario de la tradición (págs. 1352 y 1401); acuerdo de cesión de la posesión que se presume concertado cuando la compraventa se otorga y documenta mediante escritura pública, salvo voluntad contraria (art. 1.462, 2), que se ha de referir a la entrega, a la voluntad traslativa de la posesión (págs. 805-811, 1347-1361 y 1401-1407); sin olvidar los supuestos, especiales según la Suma de Rolandino, en que la eficacia de la voluntad contractual traslativa del derecho está condicionada resolutoriamente y afecta a los subadquirentes, sin tradi-

ción (pág. 295) ni aquellos en que la eficacia está sometida a condición suspensiva; aparte de otras cuestiones, como la de precisar si el CC se refiere a «contratos» que no sean la compraventa y la permuta (págs. 1398-1399).

## 7. DOS TEORÍAS ERRÓNEAS

Según la tesis que mantengo, son erróneas *todas* las teorías u opiniones que se fundan en el error de principio de entender que, conforme al Derecho romano (D. 41,1,31; C. 2,30,20) y al Derecho español vigente (art. 609, 2, al final, y art. 1.095) la transmisión del derecho del propietario *no poseedor* se realiza, civilmente, por el contrato de venta de cosa (aunque no poseída actualmente por el vendedor), mediante la tradición, en el momento en que ésta se ha de entender realizada.

Dicen unos que mediante una tradición *verdadera*, es decir, mediante la transmisión de la posesión en concepto de dueño, aunque posterior a la recuperación de la posesión por el vendedor: por contrato de venta condicional, con cesión impropia, y (previa recuperación de la posesión) mediante la tradición. Esta es la *única* solución posible al problema de la desposesión del vendedor en el Derecho romano, según opinaba IHERING en 1857, y en el Derecho español vigente, según VALLET DE GOYTISOLO, al que sigue ALVAREZ CAPEROCHIPI.

Dicen otros que mediante una «tradición instrumental *incorporal*», independiente de la transmisión de la posesión, pues formalizar la escritura notarial de venta *equivale* a realizar la tradición, al efecto de que se transmita el derecho de propiedad, en cumplimiento de los artículos 609, 2, y 1.095; el vendedor no transmite la posesión, que ha de recuperar el comprador (ya propietario por la venta y mediante la escritura notarial). esta es la *única* solución posible al problema de la desposesión del vendedor según los profesores LACRUZ y ALBALADEJO, a quienes siguen PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS y GARCÍA GARCÍA.

Por aplicación del principio erróneo, el titular registral actual, por compra al titular registral anterior que no era poseedor al vender, resulta que no es propietario civil por compra y transmisión de la posesión, lo que parece implicar un grave «problema registral».

Se intenta encontrar una solución *registral*, en la *inscripción*, por aplicación del principio de fe pública registral (VALLET DE GOYTISOLO y ALVAREZ CAPEROCHIPI), o por aplicación del principio de legitimación registral (ROCA SASTRE), e incluso imaginando que existe una dualidad legislativa, civil-registral, y que la inscripción sustituye a la tradición, al menos en el caso contemplado (LA RICA).

Se intenta encontrar una solución *civil* en la *escritura notarial*, rechazando la imaginaria dualidad legislativa, pero imaginando que, excepcionalmente, la escritura notarial de venta sustituye a la tradición, es decir que no es precisa la transmisión de la posesión para que se transmita la propiedad en el caso contemplado (LACRUZ, ALBALADEJO, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS y GARCÍA GARCÍA).

Todas estas soluciones son erróneas porque lo es el principio en que se fundan.

La verdadera solución, *civil*, se encuentra en un estrato más profundo que los antes explorados: no en la *inscripción*, no en la *escritura* notarial, sino en el *contrato* que excluye la tradición, en el contrato de cesión, tal como lo concibieron los fundadores romanos, según criterio de GARCÍA GOYENA, GÓMEZ DE LA SERNA, MORELL, MANRESA, y también DÍEZ PICAZO a mi entender.

Insisto en que la recepción de mis dos primeros estudios tropieza con una creencia bastante generalizada, que puede resumirse como sigue:

1. Premisa cierta es que el derecho de propiedad se transmite y adquiere por el contrato de compraventa, pero mediante la tradición *en todo caso*, incluso cuando el vendedor no es poseedor, es decir, incluso cuando existe un tercero poseedor en concepto de dueño que niega la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor y se la atribuye. Así lo disponen los artículos 609 y 1.095 del Código Civil.

2. Aplicación cierta es que el titular registral actual por compra al titular registral anterior que no era poseedor sólo es propietario civil, antes de inscribir, en tanto en cuanto el otorgamiento de la escritura notarial de compraventa equivale a la tradición, en todo caso, incluso cuando el vendedor no es poseedor, salvo si se pacta la no equivalencia en la misma escritura. Así lo dispone el artículo 1.462, párrafo segundo, del Código Civil, según los profesores LACRUZ y ALBALADEJO.

Por contra, según lo ya esbozado, creo lo siguiente:

1. La premisa no es cierta. La verdad es que el derecho de propiedad del propietario *no poseedor* se transmite al comprador por el contrato de compraventa, en el momento de su perfección, si mediar tradición. Así se dispone «por la ley» a la que se refiere el mismo artículo 609, párrafo segundo, que es «la ley» del artículo 1.526 del Código Civil, que trata del contrato de cesión de derecho incorporal, que no es uno de los «ciertos contratos» a los que alude el final del párrafo segundo del artículo 609.

Pero la doctrina española no recuerda la existencia de la «clave olvidada» que resuelve definitivamente, como única solución vigente, el equívoco de la premisa, olvida la historia de la «cesión de la acción reivindicatoria»

y el origen histórico y alcance general del artículo 1.526 del Código Civil.

2. La aplicación no es cierta. La verdad es que el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil ante todo se refiere a la prueba por documento notarial de la entrega realizada conforme a su párrafo primero, en cumplimiento del contrato de compraventa ordinaria que el vendedor es poseedor y puede realizar la transmisión de la posesión. Denominada tradición, desde siempre, hasta que los profesores LACRUZ y ALBALADEJO imaginaron la posibilidad de una tradición incorporal o idealizada, que no es una tradición corporal, de una tradición que no es una tradición porque no transmite la posesión, y se alcanzó el ideal soñado de eludir la consecuencia necesaria de la premisa sin alterarla en apariencia pero prescindiendo de ella en realidad, lo que bastó para tranquilizar a la gran mayoría de los opinantes.

Al contrato de compraventa que transmite, por sí solo, el derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído, se refiere el artículo 1.526; y, además, el artículo 1.460, 2, para el caso de desconocimiento por el comprador de la desposesión del vendedor (si bien, en tal caso, la disposición del artículo 1.462, 2, impide que el comprador, en escritura notarial, pueda actuar contra el vendedor pidiendo la rescisión del contrato, y sólo cabe que, como cesionario, actúe contra el tercero poseedor, pidiendo la puesta en ejecución de sentencia de condena estimatoria de la acción reivindicatoria).

### RECAPITULACION ACTUALIZADA DE DOS ESTUDIOS ANTERIORES

*Venta de derecho corporal y cesión de derecho incorporal* (arts. 448 y 348, 2).

En el ordenamiento jurídico español, el contrato de venta es *dispositivo y obligatorio*. En la voluntad *única* de cada uno de los contratantes, ambos aspectos son inseparables, aunque es primordial el aspecto dispositivo y consecuente el aspecto obligatorio. En el momento de la perfección del contrato, vendedor y comprador declaran acordadas sus voluntades, por las que, recíprocamente, cada uno de ellos *dispone* traslativamente del derecho de propiedad que le pertenece (sobre las cosas y sobre el dinero respectivos) a favor del otro, que acepta la disposición traslativa (art. 609,2), y, en consecuencia complementaria, cada uno *se obliga* a realizar ciertas prestaciones a favor del otro (art. 1.089), adecuadas a la plena efectividad de las disposiciones traslativas recíprocas contratadas: ante todo, cada uno se obliga a *entregar* al otro *la posesión* que tiene, de la cosa y del dinero respectivos.

1) En el momento de la perfección del contrato, *el vendedor y el comprador quieren* que el *derecho* de propiedad sobre la cosa poseída por el vendedor quede transmitido al comprador, conforme a la ley y a sus voluntades, y *la ley condiciona* la eficacia jurídica traslativa del contrato, la efectividad de la transmisión del derecho, a la efectiva transmisión de la *posesión*, a la obtención de la posesión por el comprador, *normalmente* mediante el acto obligado de la tradición o entrega de la cosa por el vendedor (art. 609,2, al final, y art. 1.095), en caso de cumplimiento voluntario de su obligación de transmitir la posesión (arts. 1.445, 1.461 y 1.462), o, *supletoriamente*, mediante el acto judicial de la puesta en posesión, en caso de incumplimiento de la misma obligación (art. 1.096, 1, 2), aunque así sea, prioritariamente, porque el vendedor vinculó por contrato su voluntad *dispositiva* traslativa del derecho, y la ley no permite que su posterior voluntad contraria pueda impedir la realización de cuanto sea necesario para que el derecho quede transmitido, sin perjuicio de que también vinculó por contrato su voluntad *obligatoria*, de manera que debe transmitir la posesión correspondiente al derecho del que dispone y responde del incumplimiento de su deber, que implica un intento de impedir que el derecho quede transmitido, y no sólo un intento de impedir una transmisión de posesión posterior a una transmisión del derecho (como en los ordenamientos francés e italiano).

En reciprocidad, el vendedor y comprador quieren que el dinero del precio, que se contrata como cantidad o suma monetaria, quede determinado específicamente en el momento de la entrega por el comprador (enajenante del dinero y adquirente de la cosa) y de la recepción por el vendedor (adquirente del dinero y enajenante de la cosa), que es el momento de la transmisión de su propiedad.

Cada parte dispone del derecho que le pertenece y se obliga a entregar la posesión que tiene, de la cosa o del dinero, recíprocamente. En cuanto a la cosa no determinada específicamente al contratar, y en cuanto al dinero del precio, el género del que se especificarán ha de ser propiedad y ha de estar en posesión del disponente, en principio, al perfeccionarse el contrato, si se trata de una venta ordinaria pura y simple (arg. artículos 1.100, 3; 1.113, 1; 1.125, 1; 1.466 y 1.500, 2).

Es decir, si el vendedor es el propietario y es el poseedor de la cosa en el momento de la perfección del contrato (presupuestos del negocio jurídico contractual dispositivo y obligatorio), el derecho de propiedad sobre la cosa se transmite, del vendedor al comprador, por efecto o consecuencia del contrato de venta (aspecto dispositivo traslativo del contrato), pero en el momento en que el comprador obtiene la posesión de la cosa (condición legal suspensiva de la transmisión contratada), momento desde el que puede ejercitar de hecho el derecho que ha comprado y desde el que puede



probar la adquisición del derecho por medio de la presunción *juris tantum* de existencia del título adquisitivo, deducida de la apariencia posesoria (art. 448), sin más que probar la posesión. Presunción establecida para beneficiar al verdadero propietario poseedor al facilitarle la defensa de su derecho (que le permite negar la pertenencia del derecho a un reivindicante sobre quien recae la carga procesal de la prueba de su pretensión, prueba con la que ha de quedar desvirtuada dicha presunción legal) aunque también la misma presunción puede perjudicar al que es el verdadero propietario pero no es poseedor, en cuanto beneficia al poseedor en concepto de dueño que se opone a la acción reivindicatoria del propietario verdadero.

Esta es la solución del Derecho romano evolucionado, cuando el contrato de venta ha pasado a ser consensual (para que las entregas de las cosas y del dinero sean diferibles o no simultáneas) y cuando, además, la transmisión de la posesión de la cosa, posterior a la perfección del contrato, se puede ejecutar forzosamente (*manu militari*) contra la voluntad del vendedor que se niega a cumplir su obligación de transmitirla.

1. También por el contrato de compra y venta y mediante tradición (art. 609, 2, al final, y art. 1.464) se adquiere derivativamente, por constitución o por transmisión, un *derecho real parcial posesorio*, es decir, un derecho real parcial de disfrute que implica una posesión, que es susceptible de tradición, y que se puede adquirir por usucapión: usufructo (art. 468), uso y habitación (constitución solamente, arts. 528 y 525) o servidumbre predial continua y aparente (art. 537), tanto positiva como negativa (art. 538).

Ahora bien, en sentido estricto, se contraponen la *posesión*, o posesión en concepto de dueño, que se transmite mediante la tradición o entrega de la cosa corporal, a la *cuasi posesión*, o posesión en concepto distinto al de dueño (porque implica el reconocimiento de la posesión del dueño, por el mediador de la posesión del dueño y, a la vez, poseedor inmediato, como usufructuario, arrendatario, precarista, etc., del art. 432), cuasi posesión que se transmite mediante *cuasi tradición* o cuasi entrega de la cosa corporal; adecuada al contenido del derecho.

No obstante, los derechos reales parciales posesorios o derechos cuasi posesorios, susceptibles de cuasi tradición (art. 1.454) y de usucupación (arts. 1.940 y 1.959), cuando están acompañados o investidos de la cuasi posesión correspondiente, se denominan, a veces, «bienes incorpóreos» (art. 1.464) (para diferenciarlos del derecho de propiedad acompañado de la posesión plena y no «parcial» de un bien corporal, de una cosa corporal, de una cosa física, con la que se identifica sinónimamente).

2. Pero estos «bienes incorpóreos» no se han de confundir con los estrictamente llamados *derechos incorpóreos* o derechos no acompañados con posesión o cuasi posesión, por su esencia o por su situación actual de

desposesión, que quedan ontológicamente excluidos de la tradición (art. 1.526, pág. 785).

2) Cuando, en el momento en la actualidad de la perfección del contrato de venta, el vendedor es el verdadero propietario pero un tercero es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, y se enfrenta el verdadero propietario no poseedor (art. 348, 2) al poseedor no propietario a efectos de la acción reivindicatoria (art. 448), el vendedor propietario desposeído no puede transmitir la posesión, que no tiene, y nunca podrá transmitirla si antes no la recupera, por lo que no puede asumir la obligación de entregar la cosa, inmediatamente que cobre el precio, que es la obligación esencial del vendedor en el contrato de venta ordinaria pura y simple (art. 1.445), ni sería posible ejecutarla (art. 1.096, 1), y así, por imposibilidad objetiva no puede existir dicho contrato («no hay contrato» según el artículo 1.261, 2, en relación con el art. 1.272).

El problema planteado tiene, teóricamente, dos soluciones alternativas.

1.º Una solución, hoy puramente teórica y arcaizante, procede del Derecho romano primitivo, y *parece* respetar ciertos preceptos que en realidad se refieren a la venta ordinaria por el propietario poseedor (D. 41,1,31, pr. y C. 2,30,20; hoy art. 1.095).

Si las partes conocen la desposesión del vendedor pueden contratar una venta sometida a la condición voluntaria de la recuperación de la posesión, por la que el vendedor prácticamente se obliga a recuperarla, al autorizar al comprador a que ejercite en juicio la acción reivindicatoria del vendedor y a que, si logra recuperar la posesión para el vendedor, en el mismo momento de la recuperación, *brevi manu traditio* adquiera para sí mismo la posesión y el derecho de propiedad. Se trata de una venta, con adicional *cesión impropia*, y tradicional.

Si, en el momento de comprar, el comprador desconoce la desposesión del vendedor, al llegar a conocerla después (como si la hubiere conocido antes) acaso podrá convenir con el vendedor la venta sometida a dicha condición voluntaria de recuperación de la posesión, novando la venta pura y simple, pero ni la ley obliga al vendedor a que reivindique para recuperar la posesión y entregarla después al comprador (S. 20 enero 1912), ni la ley faculta al comprador para que imponga al vendedor esta solución, sino que preconiza la otra solución, es decir, la cesión propiamente dicha (arts. 1.526, 1.460, 2 y 1.462, 2).

Al acuerdo que vincula a esta solución, algunos lo denominan contratos de cesión de la acción reivindicatoria (IHERING, VALLET DE GOYTISOLO, etc.), aunque, en realidad, tal acuerdo es tan sólo un contrato de cesión *impropia* de la acción reivindicatoria (o, lo que quiere decir lo

mismo, un contrato de cesión *impropia* del derecho de propiedad) *adicional* al contrato de venta.

Esta solución primitiva, ya anticuada en el Derecho romano clásico, en la actualidad es excepcional y puramente voluntaria, por su eficacia traslativa condicionada y *futura*.

2.º La otra solución, prácticamente la solución verdadera y única, que procede del Derecho romano clásico, es el contrato de *cesión* (cesión propiamente dicha) del derecho de propiedad, que el ordenamiento jurídico vigente, la ley, preconiza como solución ordinaria, con eficacia traslativa pura o simple y *actual*, inmediata a la perfección del contrato.

El Código Civil, en el título que trata «del contrato de compra y venta» (T. IV, L. IV) regula, por una parte, el contrato de *venta* en sentido estricto, en sus seis primeros capítulos (arts. 1.445 al 1.525), y regula, por otra parte, el contrato de venta especial denominado contrato de *cesión* de créditos y demás derechos incorporales, en un capítulo independiente, propio y exclusivo, el séptimo (arts. 1.526 al 1.536), aunque en él sólo un artículo, el primero, el artículo 1.526, es de carácter general, aplicable a toda clase de derechos incorporales.

El contrato de venta en sentido estricto es el contrato de venta de una cosa de la que el vendedor es propietario y poseedor, del que nace la obligación, como poseedor, de entregar, o sea, de transmitir la posesión de la cosa, por el que, como propietario, transmite el derecho de propiedad al comprador, aunque el efecto transmisivo se realiza, según condición legal, en el momento de obtener la posesión el comprador (arts. 1.445, 1.461, 1.462, 1.095 y 609, 2, al final, «mediante la tradición» o mediante la ejecución judicial del art. 1.096).

En cambio, el contrato de cesión es el contrato de venta de un derecho incorporal, por lo que ontológicamente queda excluida la obligación de entregar, y así el efecto transmisivo del derecho se realiza en el momento de la perfección del contrato, al no estar condicionada suspensivamente su efectividad transmisiva.

Lo que el Código Civil regula, en sus artículos 1.526 al 1.536, es el contrato de cesión propiamente dicho, que *transmite*, por sí solo, e inmediatamente, en la actualidad de su perfección, el derecho incorporal objeto del mismo, y ningún precepto se refiere al *adicional* contrato de cesión impropia, atípico, fundado solamente en la libertad contractual, que, en la actualidad de su perfección, sólo *autoriza* para ejercitar la acción correspondiente al derecho objeto del contrato; aunque respecto al «usufructo de una acción» reivindicatoria se autoriza legalmente al usufructuario para exigir al propietario que «le ceda su representación», reivindicando sin finalidad ni eficacia traslativa del derecho de propiedad (art. 486).

1. *Derechos incorporales*, es decir, derechos no acompañados con posesión, son, *ocasionalmente*, los derechos reales posesorios pero en situación actual de desposesión, sobre todo el derecho del propietario desposeído, pero también los derechos reales parciales posesorios no acompañados con la posesión correspondiente (como el derecho del usufructuario cuando el propietario posee la finca y niega la existencia del derecho de usufructo), y son *esencialmente* incorporales los derechos reales no posesorios (como los de servidumbre continua no aparente, o discontinua, y el de hipoteca), y los derechos de crédito.

2. Así pues, al decir propietario desposeído se significa que son distintas personas el *verdadero propietario* pero no poseedor (art. 348, 2) y el *poseedor en concepto de dueño* pero no propietario, que niega la pertenencia del derecho al verdadero propietario y se la atribuye, amparado en la presunción legal de que posee por título adquisitivo del derecho (art. 448). También se significa que el propietario ha de recuperar la posesión perdida si no quiere llegar a perder la propiedad, en el momento en que el poseedor la adquiere por usucapión.

3. Mientras no haya transcurrido el primer año siguiente al día en que el propietario *perdió* la posesión por despojo, puede intentar *recuperarla* ejercitando la acción posesoria, es decir, la acción fundada en su anterior posesión, el *interdicto de recobrar la posesión*, actuando contra el despojante, actual poseedor; y se dice que, entretanto, el propietario ha perdido la posesión real, corporal o de hecho, pero no la posesión ideal o de Derecho, así como también se dice que por el despojo se pierde la posesión provisionalmente y por la prescripción de la acción interdictal se pierde la posesión definitivamente (art. 460, 4).

La posibilidad de recuperar la posesión ejercitando la acción interdictal, que es medio de defensa, simple y urgente, relativo al hecho de la posesión (a la posesión anterior y a la posesión actual), puede evitar tener que recurrir al ejercicio de la acción reivindicatoria, que es medio de defensa, complejo y lento, relativo al derecho de propiedad, pero no obsta a que el propietario pueda ejercitar la acción reivindicatoria después de perder el interdicto, o sin llegar a ejercitarlo (sobre todo cuando se trate de un poseedor titulado, con título exhibido y no sólo presunto).

Ahora bien, a efectos de este estudio, la situación resulta más clara cuando el propietario verdadero ya no puede ejercitar la acción interdictal, y a ese supuesto me refiero, normalmente, al hablar del propietario desposeído, y también al hablar del propietario no poseedor (excluido el propietario de la cosa *perdida*; no la cosa poseída pero en paradero desconocido, sino la cosa que nadie posee, conforme al art. 461).

4. El derecho del propietario desposeído, históricamente, es un derecho *incorporal*, de propiedad (o lo que es lo mismo, un derecho de propie-

dad incorporal) en cuanto es un derecho posesorio que no está, en la actualidad, acompañado con la posesión.

Pero, además, es un derecho *controvertido*, porque el poseedor en concepto de dueño se atribuye la pertenencia del derecho de propiedad, amparado en el hecho de la posesión en concepto de dueño, hecho que prueba, por presunción legal, la pertenencia del derecho de propiedad o, mejor dicho, la existencia de un título adquisitivo del derecho que el poseedor no está obligado a exhibir para ser considerado como propietario, mientras no se pruebe lo contrario, por el verdadero propietario (arts. 448 y 348, 2).

Ahora bien, el derecho del propietario desposeído, controvertido por el poseedor en concepto de dueño, sólo es un derecho *litigioso* cuando ya se está ejercitando en juicio la acción reivindicatoria (derivada e inseparable del mismo), precisamente desde el momento en que ha quedado trasladada la demanda (arg. art. 1.535); en otro caso, es un derecho controvertido pero no un derecho litigioso propiamente dicho.

5. El históricamente denominado contrato de cesión de derecho incorporal, contrato de cesión, o simplemente *cesión*, también suele designarse con la denominación genérica de contrato de compraventa (o, simplemente, compraventa o venta) de derecho incorporal, y así se hará en este estudio, para resaltar la naturaleza genérica del contrato de cesión como contrato de compraventa y evitar algún equívoco frecuente.

El contrato de cesión, cuando tiene por objeto el derecho de propiedad del propietario desposeído, es decir, el *contrato de cesión del derecho de propiedad*, por razones históricas, se denomina contrato de compraventa de la acción reivindicatoria o contrato de cesión de la acción reivindicatoria o, simplemente, *cesión de la acción reivindicatoria*.

Según la terminología histórica, son cesibles y se ceden las *acciones*, mientras que son vendibles y se venden sólo las *cosas*, si bien cesión de una *acción* significa lo mismo que cesión de un *derecho incorporal*, sobre todo cuando la acción personal se identifica con el mismo nombre del derecho personal correspondiente, nace y se confunde con él y defiende su pertenencia, o cuando la acción real deriva del derecho real para defender su pertenencia y es inseparable negocialmente del mismo, como ocurre con la acción reivindicatoria respecto al derecho de propiedad.

En este sentido, la *cosa*, física, poseída, *representa* al derecho de propiedad corporal del poseedor vendedor amparado en la presunción legal de pertenencia del derecho (art. 448), mientras la *acción representa* al derecho incorporal de propiedad del vendedor o cedente que afirma ser el verdadero propietario (art. 348, 2), frente al presunto propietario (art. 448).

Por esto, significa lo mismo decir se vende o cede el derecho del

propietario desposeído que decir se cede la acción reivindicatoria.

No obstante, en este estudio procuro eludir la expresión *cesión* de la acción reivindicatoria para que el caso considerado no se confunda con un caso de simple *autorización* para el ejercicio procesal de la acción reivindicatoria del propietario vendedor por el comprador, es decir, con un caso de *cesión impropia*, adicionada a una venta.

Además, utilizo como sinónimas las expresiones «*cesión*», *del derecho de propiedad*, y «venta del derecho de propiedad incorporal», porque la cesión siempre se refiere a un derecho incorporal; y reservo la palabra «*venta*» para la venta ordinaria o venta de cosa, poseída por el vendedor.

6. Así pues, resumiendo lo expuesto, la ley regula (arts. 1.526 a 1.536) el *contrato de cesión* del derecho incorporal, que puede ser el derecho del propietario desposeído (art. 1.526, en relación con el art. 609, 2, al principio «por ley»). Pero la ley no impide el contrato de venta con adicional acuerdo de cesión impropia y entrega futura (venta con eficacia traslativa condicionada voluntariamente a la recuperación de la posesión).

Por otra parte, la ley preconiza el contrato de cesión en el caso de *desconocimiento de la desposesión* por el comprador. Cuando, en el momento de la perfección del contrato, el comprador desconoce la situación de desposesión del vendedor, la ley considera perfeccionado un contrato de cesión del derecho de propiedad, a menos que el comprador manifieste que desiste del contrato después de conocer la desposesión del vendedor, porque no se conforma con adquirir el derecho de propiedad no acompañado con la posesión actual para reivindicar él mismo su obtención contra el poseedor en trance de usucapir (art. 1.460, 2, que se refiere directamente a la pérdida de una parte física de la cosa, porque se aplica al supuesto de pérdida de la posesión de la cosa por la posesión de otro, según analogía secular resultante del D. 18,4,21). Por contra, el vendedor no tiene alternativa alguna. Y ninguno de los dos contratantes puede, unilateralmente, imponer al otro el contrato de venta, con adicional acuerdo de cesión impropia, y tradición futura, que es la solución arcaica (venta con eficacia traslativa condicionada voluntariamente a la recuperación de la posesión).

Pero dicho comprador no puede desistir del contrato cuando la venta se ha formalizado en *escritura notarial* (art. 1.462, 2, y S. 20 enero 1912). Cuando se ha formalizado escritura notarial, en la que *no* se hace constar que un tercero es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, *parece* que existe un contrato de venta de cosa poseída por el vendedor, pero, *en realidad*, en verdad legal, siempre y en todo caso, existe un contrato de cesión del derecho de propiedad (o lo que es lo mismo, un contrato de cesión de la acción reivindicatoria), tanto si el comprador *conoce* la desposesión del vendedor (S. 21 diciembre 1905, en relación con el art. 1.526), como si el comprador *desconoce* la desposesión del vendedor (S. 20 enero

1912, en relación con el art. 1.460, 2), pues *al conocerla no puede desistir del contrato escriturado notarialmente* (S. 20 enero 1912, en relación con el art. 1.462, 2).

7. Así pues, insisto, cuando el propietario desposeído desea vender, son posibles *dos soluciones alternativas* para resolver el problema de la recuperación de la posesión perdida por el vendedor.

1.<sup>a</sup> La solución primitiva y hoy anticuada, arcaica o arcaizante, *excepcional y puramente voluntaria*, contraria a la preconizada por la ley (en este sentido, *contra legem*), consiste en que reivindique el vendedor, pero actuando procesalmente el comprador, autorizado por contrato de cesión impropia del derecho de propiedad.

Contrato de cesión impropia, en general, es el contrato que autoriza al comprador a ejercitar en juicio un derecho del vendedor, para que el derecho pueda quedar transmitido en un momento posterior al de la perfección del contrato.

Por el contrato de venta y cesión impropia del derecho de propiedad, el vendedor propietario no poseedor transmite su derecho de propiedad, pero el efecto transmisivo se realiza solamente si logra recuperar la posesión de la cosa y la entrega al comprador; el vendedor autoriza al comprador para que recupere la posesión ejercitando la acción reivindicatoria del vendedor y para que el momento de la recuperación de la posesión *del tercero*, por el vendedor, sea también, para el comprador, el momento de la adquisición de la posesión *del vendedor* (mediante tradición *brevi manu*) y el momento de la adquisición del derecho de propiedad comprado. Se trata de un contrato de venta de una cosa, con eficacia traslativa condicionada a la recuperación de la posesión (a la que se obliga el vendedor) y consumada mediante tradición *brevi manu*, entrega del vendedor que acaba de recuperar la posesión por la actuación procesal del comprador.

Es la solución del Derecho romano primitivo, expuesta por IHERING en 1857 como *única* posible conceptualmente en el Derecho romano vigente en el siglo XIX en Alemania, inspirada en la resolución romana primitiva expuesta por MUHLENBRUCH como *única* posible conceptualmente, en el Derecho romano vigente en el siglo XIX en Alemania, para la cesión de acciones personales o créditos, argumentada con un precepto (D. 6,1,47) que no se refiere a la cesión de la acción reivindicatoria, según aclaró CARRELLI, y que los glosadores aplican a la venta de cosa no presente ante los contratantes, objeto de tradición por *constitutio posesorio*, sobre todo notarial.

Esta opinión se consideró acertada, para el Derecho romano, por WINDSCHEID y por ENNECERUS. IHERING, aunque abjuró del conceptualismo de la cesión de MUHLENBRUCH, y del suyo propio, no se opuso al

conceptualismo del negocio dispositivo abstracto de cesión imaginado por SAVIGNY.

A través de la doctrina alemana, se ha considerado que, en el Derecho español vigente, es la *única* solución posible, según VALLET DE GOYTISOLO y otros autores.

2.<sup>a</sup> Pero existe otra solución, no sólo posible sino *preconizada por la ley* como normal y *ordinaria* (art. 1.526), incluso cuando el comprador desconoce la situación de desposesión del vendedor (art. 1.460, 2, por analogía secular, según el D. 18,4,21, con la pérdida de una parte física de la cosa, de la pérdida de la posesión de la cosa por el vendedor, analogía confirmada por la jurisprudencia). Consiste en que reivindique el comprador, propietario desde la perfección del contrato de cesión, que puede pedir ser asistido por el vendedor (art. 1.482).

Es la solución del Derecho romano justiniano (C. 4,39,9), ya vigente con anterioridad (D. 6,1,63, parte segunda, del período clásico), aplicada por y desde los glosadores, también en España, según FLORENCIO GARCÍA GOYENA (año 1852) y según PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA (año 1862), y recogida por el Código Civil vigente (art. 1.526), según MORELL Y MANRESA, y, actualmente, según DÍEZ PICAZO, a mi entender. Si bien la transmisión por cesión, como cualquier otra transmisión por venta, ya no se condiciona legalmente al pago del precio no aplazado expresamente, a diferencia del Derecho anterior al Código.

Si se observa que, en caso de desconocimiento de la desposesión del vendedor por el comprador, la solución preconizada por la ley es la cesión del derecho de propiedad (arts. 1.460, 2 y 1.462, 2), es claro que la solución legal y ordinaria, la solución verdadera, es el contrato de cesión del *derecho* de propiedad (o sea, el contrato de cesión de la acción reivindicatoria) y no el contrato de venta con adicional acuerdo de cesión del *ejercicio* de la acción reivindicatoria (o sea, con adicional acuerdo o contrato de cesión *impropia* del derecho de propiedad).

8. El *momento* en que se transmite el derecho de propiedad del vendedor al comprador es distinto en cada uno de los supuestos siguientes:

1.º Con carácter *normal* u ordinario, para cuando el vendedor es el poseedor de la cosa, por el contrato de venta (ordinaria, de cosa poseída por el vendedor), el comprador pasa a ser el nuevo propietario en el momento en que recibe u obtiene la posesión del vendedor, por tradición o entrega de éste (art. 1.095) o por ejecución judicial supletoria (art. 1.096, 1).

Con carácter *excepcional*, para cuando el vendedor no es el poseedor de la cosa, por el adicional acuerdo o contrato de cesión impropia del derecho de propiedad (es decir, por el contrato de venta, especial y condi-



cional, de la cosa que un tercero posee como dueño), el vendedor desposeído, prácticamente al menos, asume la obligación especial de recuperar la posesión de la cosa para entregarla al comprador, al autorizarle para que ejercite la acción reivindicatoria del vendedor, y para que, una vez obtenida sentencia firme estimatoria de la reivindicación del vendedor contra tercero poseedor, en trámite de ejecución de sentencia, pase a ser el nuevo poseedor y el nuevo propietario, porque obtiene la posesión, del vendedor, *brevi manu traditio*, en el mismo momento en que el vendedor recupera la posesión, del tercero, por mediación judicial. En este caso, el comprador adquiere el derecho de propiedad del vendedor por contrato de venta, mediante tradición, pero previo cumplimiento de la condición voluntaria de recuperación de la posesión por el vendedor; adquiere por contrato de cesión impropia del derecho de propiedad, en el momento de la obtención de la posesión por tradición, pero previa recuperación por el vendedor.

2.º Con carácter *especial*, aunque ordinario para cuando el vendedor no es el poseedor de la cosa, porque un tercero posee la cosa en concepto de dueño, en virtud del contrato de cesión del derecho de propiedad (es decir, de venta especial, pura y simple, del derecho de propiedad incorporal, o sea, del derecho del vendedor no poseedor de la cosa que un tercero posee como dueño), el comprador pasa a ser el nuevo propietario, en el momento de la perfección del contrato (art. 1.526). Después, el comprador (ya propietario) obtiene la posesión, del tercero poseedor, por mediación judicial.

Si el comprador desconoce la desposesión del vendedor, aunque en apariencia se acuerda un contrato de venta de cosa poseída por el vendedor, en realidad, según la ley (art. 1.460, 2) y según la jurisprudencia (S. 20 enero 1912), queda acordado un contrato de cesión del derecho incorporal de propiedad, con reducción del precio, a menos que, al llegar a conocer el comprador la desposesión del vendedor, elija desistir del contrato (porque no está dispuesto a tener que recuperar la posesión actuando contra el tercero), si bien no cabe desistir cuando la venta se otorgó en escritura notarial (art. 1.462, 2, y S. 20 enero 1912).

9. Los preceptos citados disponen lo siguiente, dicho en forma resumida y adaptada al tema:

La propiedad se transmite... por consecuencia de ciertos contratos (como el contrato de *venta*) mediante la tradición... o, sin mediar tradición, conforme a lo dispuesto «por la ley» que regula el contrato de *cesión* o venta del derecho de propiedad incorporal y controvertido, que no obliga a realizar una entrega que es imposible ontológicamente en la actualidad de la perfección del contrato (art. 609, 2).

El contrato de *venta* (ordinaria) obliga al vendedor a entregar al com-

prador la cosa determinada objeto de la venta (art. 1.445 y art. 1.461), es decir, a poner al comprador en poder y posesión de la cosa, aunque ésta se considera entregada si de la escritura notarial de venta no resulta o se deduce claramente lo contrario (art. 1.462), y a causa o por consecuencia o por efecto traslativo del contrato de venta el comprador adquirirá la propiedad, en el momento de la entrega (art. 1.095) o de la puesta en posesión judicial (art. 1.096, 1).

El contrato de *cesión* del derecho de propiedad incorporal y controvertido es válido y tiene eficacia traslativa inmediata (art. 1.526 y epígrafe), cualquiera que sea su forma (art. 1.278). Es oponible a tercero civil su existencia en la fecha probada conforme a las normas generales sobre prueba documental, pública (art. 1.218) o privada (art. 1.227), pues ontológicamente no es aplicable la prueba de presunción de pertenencia del derecho que la ley deduce del hecho de la posesión (art. 448), por lo que la ley resalta la importancia de la prueba documental del contrato (art. 1.526, 1). Es oponible a tercero registral su existencia en la fecha de la inscripción del título adquisitivo, que es la fecha y hora de la presentación del título probatorio (arts. 24 y 25 LH), cuando el contrato es traslativo de un derecho inscribible, como el del propietario no poseedor (art. 1.526, 2, en relación con el art. 606).

Si al tiempo de celebrarse la venta el vendedor hubiera perdido la posesión y el comprador *desconocía* la desposesión, al conocerla después se considera contratada la cesión del derecho de propiedad incorporal y, en consecuencia, podrá reclamar la devolución al tercero poseedor de la cosa, ejercitando la acción reivindicatoria en su caso, y podrá pagar al vendedor una parte proporcional del precio inicialmente convenido, a menos que el comprador manifieste la voluntad de desistir del contrato, como si se hubiera perdido totalmente la cosa (art. 1.460, por analogía histórica), aunque no cabe desistir si la venta se otorgó en escritura notarial (art. 1.462, 2).

*Cesión probada con documento, oponible a tercero civil* (art. 1.526, 1).

#### 1. Derecho subjetivo y acción, apariencia y prueba

En este punto parece oportuno recordar que el derecho personal es un poder jurídico de exigir una actuación, hacer o no hacer, de otra persona determinada por una relación existente entre acreedor y deudor, mientras que el derecho real es un poder jurídico sobre una cosa, y el derecho de propiedad es el poder o señorío jurídico más amplio posible sobre una cosa (sin perjuicio de sus limitaciones, normales y anormales), del que deriva la acción reivindicatoria, no dirigida contra persona determinada

por un vínculo personal con el actor, sino dirigida contra cualquier persona determinada por el solo hecho de ser el actual poseedor en concepto de dueño de la cosa (*erga omnes possidentes*) para probar que el derecho de propiedad pertenece al reivindicante y, obtenida la declaración judicial, recuperar la posesión de la cosa y poder ejercitar de hecho el derecho de propiedad.

Además, se ha de recordar que cualquier derecho probado debe ser respetado por todos, en particular por aquellos a quienes debe afectar la existencia o pertenencia de un derecho probado mediante una apariencia jurídica que sólo puede quedar desvirtuada en un juicio, por la prueba aportada y por la declaración judicial congruente: sea la apariencia *pose-soria*, derivada del ejercicio de hecho del derecho presunto, que es prueba indirecta del título adquisitivo del derecho de propiedad (art. 448), sea la apariencia *documental*, que es prueba directa del título adquisitivo de cualquier derecho (en especial según la escritura notarial) (art. 1.218), y según el documento privado con firmas reconocidas (arts. 1.225 y 1.226), desde la fecha fehaciente (art. 1.227), sea la apariencia *registral* (art. 38 LH).

La prueba de la pertenencia del derecho personal se refiere, prioritariamente, a la prueba de su adquisición por *constitución* (lo que no ocurre con el derecho de propiedad, a menos que se trate de probar la ocupación), sin perjuicio de la prueba de su adquisición por *transmisión* (que es la normal respecto al derecho de propiedad a menos que se trate de probar la usucapión), pero no excluye la contraprueba procedente (de la prescripción, de la ineficacia del negocio, etc.).

La transmisión del derecho de propiedad se realiza, legalmente, por algún *título* adquisitivo; entendido, según la jurisprudencia, como legal supuesto de hecho, fundamento de hecho, causa fundada, causa justa o justa causa de la adquisición, que, en su caso, será el contrato de venta y, además, la tradición, presupuestas la propiedad y la posesión del vendedor.

La prueba de la pertenencia del derecho de propiedad, respecto a todos, puede lograrse, en principio, indirectamente y provisionalmente, probando la *posesión* en concepto de dueño de la cosa (posesión que significa el ejercicio de hecho del derecho de propiedad), habida cuenta de la presunción *juris tatum* de la existencia de título adquisitivo, a favor del poseedor en concepto de dueño, que sólo puede quedar desvirtuada en juicio, probando la pertenencia del derecho a persona distinta (art. 448). La fecha del principio de la posesión es la fecha de la tradición, cuando se ha cumplido.

La prueba del título adquisitivo, derivativo, por contrato, sobre todo respecto a un tercero (no parte en el contrato) a quien ha de afectar,

importar, favorecer o perjudicar, quien sea el propietario, puede ser la prueba *documental*, el documento que formaliza la perfección del contrato traslativo, de venta en su caso, y que «hace prueba» contra tercero de su contenido desde cierta fecha (arts. 1.218, 1.225 a 1.227), que «hace prueba plena», porque esta prueba documental sólo puede quedar desvirtuada en juicio, por la apreciación judicial de cada una de las pruebas contrarias y del conjunto de todas las pruebas.

La *escritura notarial* de venta, cuando el vendedor es el poseedor, prueba la venta y, además, el cumplimiento de la obligación de entregar, a menos que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario (art. 1.462, 2).

La *escritura notarial* de venta, cuando el vendedor está desposeído, prueba la existencia de un contrato de cesión del derecho de propiedad, que excluye la tradición (art. 1.526); cuando el comprador conocía la desposesión del vendedor en el momento de la perfección del contrato (S. 21 diciembre 1905).

Así pues, la *fecha* de la transmisión del derecho cuando la prueba es la posesión será la fecha de la tradición en la que aquélla empezó, y cuando la prueba es la escritura será la fecha de la autorización, pero en uno y otro supuesto se prueba que el derecho quedó transmitido por el efecto traslativo del contrato, sea el efecto legalmente condicionado (venta y tradición), sea el efecto inmediato (cesión que excluye la tradición).

Se suele denominar *título probatorio*, o título formal, al documento probatorio del título adquisitivo, o título material; el título formal se presenta en el Diario del Registro para que se inscriba el título material o título adquisitivo del derecho de propiedad sobre la finca.

Es claro que el Registrador actúa, califica y registra, en el reducido ámbito de la prueba documental auténtica de las variaciones jurídicas reales, sobre todo de la propiedad, campo en el que cuentan la apariencia documental y la apariencia registral adicional frente a la apariencia posesoria cuando, en algún caso, no coinciden, sino que son contradictorias.

## 2. Contrato, forma y prueba

Según una opinión, el contrato de venta, en cuanto contrato obligatorio se rige por el principio de libertad de forma (art. 1.278), mientras que en cuanto contrato de finalidad traslativa del dominio requiere la tradición como adicional forma esencial, con la que comienza la posesión que es medio de publicidad probatoria, según presunción legal, de la pertenencia del derecho (por justo título adquisitivo) al poseedor en concepto de dueño (art. 448).

Esta opinión se inspira en el sistema alemán, para el que la voluntad del vendedor, en el negocio obligacional de venta, es distinta de su consiguiente voluntad en el negocio dispositivo de transmisión de cosa mueble.

1. Pero en el Derecho español la *voluntad* del vendedor es *única*: la que manifiesta en el momento de la perfección del contrato, que es primordialmente voluntad dispositiva (art. 609, 2) y sólo consecuentemente voluntad obligatoria (arts. 1.445 y 1.526), al igual que en el Derecho francés y en el italiano, así como en el Derecho romano.

2. Ante todo, los contratos «serán obligatorios cualquiera que sea la *forma* en que se hayan contratado» (art. 1.728), aunque «si la ley exige el otorgamiento de escritura pública u otra forma esencial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez» (art. 1.279), de lo cual deduce la jurisprudencia que la exigencia de forma documental, a menos que expresamente se disponga su carácter esencial, no afecta a la existencia del contrato sino a la posibilidad de hacer efectivas, respecto a tercero, obligaciones nacidas del mismo, por lo que cualquier contratante puede exigir al otro la formalización documental posterior a la perfección contractual.

Sólo en este sentido, deben constar en escritura pública, la *venta* que tiene por objeto la transmisión del dominio de una finca (art. 1.280, 1, 1.º), y la *cesión* de derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública (art. 1.280, 1, 6.º), así como la cesión o renuncia de una herencia o de una participación en gananciales (art. 1.280, 1, 4.º, en relación con los arts. 1.008 y 1.394); y deben constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos, de venta o de cesión, «en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas» (art. 1.280, 2), que hoy serán casi todos.

3. Ahora bien, a efectos no de la existencia sino de la *prueba* de la existencia del contrato, cuando se ha perfeccionado en forma documental, el documento público, por sí solo, y el documento privado debidamente complementado «son prueba plena» o «hacen prueba plena» mientras no quede desvirtuada en juicio y por otras pruebas su fehaciencia, que el Juez no puede apreciar libremente, salva la apreciación judicial del conjunto de las pruebas.

1.ª La *escritura notarial*, por sí sola, es prueba plena o fehaciente de la perfección y contenido del contrato documentado y de la fecha del otorgamiento, que es la fecha de la autorización de la escritura. En este sentido, la escritura pública, por sí sola, en cuanto a tercero, respecto a

tercero, aun contra tercero o en perjuicio de tercero (el que no es parte o causahabiente de parte contratante), hace prueba, tanto en juicio como extrajudicialmente, «del hecho que motiva su otorgamiento» (art. 1.218, 1), de la perfección del contrato entre los contratantes, el día en que el Notario autoriza el documento.

Desde luego, hace prueba de la autenticidad y del contenido de las declaraciones de cualquiera de los contratantes contra él mismo y sus causahabientes (como confesión judicial), y a favor de la otra parte y sus causahabientes o de tercero (art. 1.218, 2).

Claro que las copias impugnadas tendrán dicha fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas con la matriz del protocolo (art. 1.220) y que ciertas copias, cuando no existe la matriz, sólo servirán como un principio de prueba por escrito, o serán apreciadas por los Tribunales según las circunstancias (art. 1.221, párrafos último y penúltimo), aparte de la eficacia de la escritura hecha para desvirtuar otra anterior entre los mismos interesados (art. 1.219), de la escritura defectuosa con valor de documento privado (art. 1.223), y de la escritura de reconocimiento, que sólo hace prueba contra el contrato reconocido cuando hay novación (art. 1.224).

2.<sup>a</sup> En cambio, el *documento privado*, por sí solo, no es prueba plena fehaciente de la perfección del contrato y de su fecha, pues para quedar acreditada su autenticidad, caso de oposición a ella, las firmas de los contratantes han de ser autenticadas notarial o judicialmente, y, así, las declaraciones contractuales tendrán la misma eficacia probatoria que tienen las declaraciones en escritura pública, reconocimiento que corresponde a los herederos o causahabientes del contratante si éste hubiere fallecido (arts. 1.225, 1.226); y el documento será fehaciente de la existencia del contrato desde la fecha de su inscripción o incorporación a un Registro público, o de la entrega a un funcionario público por razón de su cargo, o de la muerte de cualquiera de los que lo firmaron (art. 1.227). Además, los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto contra tercero (art. 1.230) y los asientos, registros y papeles privados hacen prueba contra el que los ha escrito si se acepta por el beneficiario lo que le perjudica (art. 1.228, 1.229).

3.<sup>a</sup> Cuando el contrato se perfecciona en *forma verbal*, su prueba, realizada por declaración de la parte procesal que confiesa (arts. 1.231, 1, y 1.239) o de los testigos (art. 1.248), podrá ser apreciada libremente por el Juez, al igual que el conjunto de todas las pruebas. No obstante, el contrato verbal podrá ser formalizado, más tarde, en documento privado o en escritura notarial (arts. 1.278 y 1.279). Entretanto, el contrato verbal no puede ser opuesto a tercero, a contrario sensu de lo que ocurre con el contrato que consta en documento fehaciente.

### 3. Voluntad, tradición y cesión

El Código Civil, por ser única la voluntad de cada una de las partes contratantes, no exige, en un contrato dispositivo y obligatorio como el de venta, una forma referida al aspecto obligatorio y otra forma referida al aspecto dispositivo, sino que más bien exige una forma documental como prueba de la existencia del contrato, no en cuanto negocio obligatorio que puede perjudicar a tercero (art. 1.280, 1, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º) sino en cuanto negocio dispositivo o traslativo, como prueba de la transmisión querida, que conviene sea conocida públicamente (art. 1.280, 1, 1.º y 4.º).

1.ª La función de publicidad de la pertenencia del derecho de propiedad, la función de prueba indirecta del título adquisitivo, la cumple secularmente la *posesión*, que en caso de contrato de venta debe ser transmitida por el vendedor poseedor mediante *tradición* (art. 1.095), aunque la *voluntad* de transmitir la posesión puede ser suplida o sustituida por la ejecución judicial realizada contra la voluntad del vendedor (art. 1.096, 1, 2), para que en el mismo momento de la obtención de la posesión por el comprador quede transmitido el derecho de propiedad. Esta función resulta de la presunción legal de existencia de título adquisitivo de dominio deducida de la posesión probada (art. 448).

Pero ni la voluntad de transmisión de la posesión ni el acto de transmisión (tradición) requieren una *forma* tipificada que sea esencial o constitutiva, ni siquiera alternativamente (art. 1.462, 1), si bien la escritura notarial que formaliza el contrato es la *prueba* normal del cumplimiento de la obligación de entregar, prueba de que las partes están de acuerdo en que la transmisión de la posesión se ha realizado, aunque sea por simple acuerdo de tradición *brevi manu* o de *constituto posesorio*, que es lo más frecuente respecto a fincas, siempre que de la misma escritura no resulte o se deduzca claramente lo contrario, es decir, que las partes no consideran realizada la entrega y cumplida la obligación de entregar (art. 1.462, 2). Esto sin perjuicio de la prueba de otros hechos que la ley, sobre todo en caso de discrepancia entre las partes, considera significativos del acto de entrega y recepción de la posesión (art. 1.463 respecto a cosa mueble y art. 1.464 respecto a derechos reales parciales posesorios).

La obtención de la posesión por el comprador, mediante tradición o mediante ejecución judicial supletoria, es *condición legal* de la transmisión del derecho de propiedad vendido por el propietario poseedor, y en este sentido son constitutivas de la adquisición del derecho tanto la tradición (art. 1.095) como la toma de posesión judicial (art. 1.096, 1, 2); pero la tradición no es forma esencial, ni de un acuerdo dispositivo traslativo distinto de un contrato obligatorio de venta, ni de un componente de un «negocio de transmisión» integrado por el contrato de venta y por una

tradición con forma esencial (traslativa de la posesión, y del derecho por consecuencia del contrato); aunque la posesión en concepto de dueño es prueba, por deducción legal, de la existencia de título adquisitivo del derecho de propiedad, como el de compra y tradición (art. 448).

2.<sup>a</sup> Por otra parte, la *forma documental* del genérico contrato traslativo y obligatorio de compraventa no es forma esencial o constitutiva del acuerdo de voluntades contractuales (arts. 1.258 y 1.278), ni siquiera cuando se trata de la cesión o venta de un derecho incorporal, como el del propietario desposeído (art. 1.526, 1, por remisión a los artículos 1.218 y 1.227 sobre prueba documental, a contrario sensu).

No obstante, la escritura notarial de venta es *prueba* documental plena, contra tercero (art. 1.218), de la transmisión del derecho de propiedad, por contrato de venta y mediante tradición presunta cuando el vendedor es el poseedor (art. 1.462, 2), o por contrato de cesión que excluye la tradición cuando el vendedor está desposeído (art. 1.526).

Pero resulta equívoco equiparar la escritura notarial de venta y la posesión en concepto de dueño a efectos probatorios de la adquisición del derecho de propiedad, pues la escritura es prueba *directa* del título adquisitivo y la posesión es prueba *indirecta* del título adquisitivo, por presunción *juris tantum*; las apariencias documental y posesoria son diferenciables, claramente, en el juicio reivindicatorio, comparando la apariencia documental a favor del actor y la apariencia posesoria a favor del demandado, y también son diferenciables en el procedimiento del artículo 41 de la LH, comparando la apariencia documental y registral a favor del que insta y la apariencia posesoria a favor del poseedor no titulado que formula demanda de contradicción.

Por esto, resulta erróneo decir que la escritura notarial, como forma no esencial de perfección de la venta, así como cualquiera de las «formas» de la tradición (por lo que se obtiene la posesión, y mediante la que se obtiene el dominio que se transmite por el contrato), son las «formas» respectivas de los dos elementos integrantes de un negocio de transmisión, y que quedan unidas en la forma de escritura notarial tanto la forma del contrato de venta como la «forma» instrumental de la tradición (que incluye la tradición corporal por *constituto posesorio* cuando el vendedor es el poseedor, y la tradición «incorporal o idealizada» cuando el vendedor está desposeído), interpretando que una «forma corporal» de tradición queda sustituida por una «forma incorporal» de tradición cuando no es posible la forma corporal; con este juego de palabras se denomina tradición (incorporal) a lo que no es tradición porque no es transmisión de posesión, entendiéndolo que la posesión, prueba indirecta por presunción legal de la adquisición del derecho (art. 448), queda constituida por la escritura notarial, que es prueba directa de la adquisición del derecho,



porque así lo dispone, según el profesor LACRUZ y sus seguidores, el artículo 1.462, 2, cuando en verdad este precepto sólo se refiere al cumplimiento de la obligación de entregar, a la transmisión de la posesión (art. 1.462, 1), realizada por el vendedor poseedor, aunque sea por *constituto posesorio*, o no realizada por el vendedor desposeído.

En verdad, cuando el vendedor está desposeído el comprador es un cesionario del derecho de propiedad (se sobreentiende que incorporal), y si la venta está formalizada en escritura notarial, la forma documental es prueba documental del contrato y de su defecto transmisivo inmediato, en el momento de la perfección del contrato documentado, pero no porque la tradición ha quedado *suplida* sino porque la tradición está *excluida*, ontológicamente (art. 1.526); entonces, el comprador que desconocía la desposesión (art. 1.460, 2), no puede pedir la rescisión del contrato (art. 1.462, 2), y sólo puede obtener la posesión reivindicando como cesionario.

En el fondo, la opinión que rechazo se funda, quizá subconscientemente, en la distinción alemana entre un contrato obligacional de venta y una tradición de cosa mueble concebida como negocio dispositivo, integrado por un acuerdo real abstracto y una transferencia posesoria que se considera forma de manifestación del acuerdo real, al no advertir que en el Derecho español la *voluntad contractual* del vendedor (como la del comprador) es única (art. 609, 2), con un aspecto dispositivo primordial (que en el Derecho alemán sería dicho acuerdo real) y un aspecto obligatorio (que en el Derecho alemán sería aquel contrato de venta, causa abstraída del acuerdo real), pero distinta de la *voluntad de transmitir la posesión*, o sea de la voluntad de cumplir la obligación de entregar que incumbe al vendedor poseedor, voluntad ésta que puede ser suplida por la ejecución judicial cuando el vendedor incumbe la obligación de entregar (art. 1.096, 1).

Según el Derecho alemán, el negocio dispositivo de transmisión de cosa mueble no poseída por el vendedor (abstracto respecto al contrato obligatorio de venta) queda integrado por un acuerdo real y un adicional acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria, es decir, por dos acuerdos, dispositivos ambos, distintos y abstraídos respecto al acuerdo obligatorio o contrato de venta, porque el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria se considera que sustituye el traspaso posesorio actual, que es imposible, por un traspaso posesorio futuro, a obtener por el cesionario. Esta *solución de los tres acuerdos* ha sido tachada de irreal y conceptualista por la moderna doctrina alemana, que rechaza el conceptualismo de la abstracción causal, y el ver tres acuerdos donde sólo hay uno real y expreso, pues los otros dos se consideran tácitos o implícitos (ver más adelante y mi primer estudio pág. 284).

Por contra, en el Derecho español, como en el Derecho romano, sólo hay un acuerdo, el contrato de venta, específicamente denominado contrato de cesión cuando tiene por objeto un derecho incorporeal, como el del propietario desposeído, derecho tradicionalmente designado con la expresión acción reivindicatoria, que da lugar a la expresión cesión de la acción reivindicatoria, contrato de venta del derecho del propietario desposeído, que ontológicamente excluye la obligación de transmitir la posesión y, por tanto, no exige una adicional cesión de la acción reivindicatoria, una albarda sobre albarda, porque el contrato, por sí solo, transmite el derecho del propietario desposeído, como lo tiene, y con él la inseparable acción reivindicatoria.

La cesión de la acción reivindicatoria no es una forma de *tradición* instrumental mediante la cual se transmite por contrato de venta el derecho del propietario desposeído, sino que la cesión de la acción reivindicatoria es el *contrato* de venta que tiene por objeto de derecho del propietario desposeído y que lo transmite, por sí solo, inmediatamente, en el momento de la perfección del contrato. Después, el comprador, ya propietario si lo era el vendedor no poseedor, obtendrá la posesión en concepto de dueño que tiene el tercero contra el que puede dirigir la acción reivindicatoria.

*Cesión inscrita, oponible a tercero registral* (art. 1.526, 2, y artículo 32, LH).

La expresión usual «sólo la escritura de venta registrada transmite el derecho de propiedad respecto a todos» también requiere alguna precisión, relacionada con la inscripción registral de la cesión a la que se refiere el artículo 1.526, 2.

a) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, se despreocupa de la transmisión por venta y mediante tradición conforme al Derecho civil, porque la competencia de la comisión redactora del proyecto de ley no alcanza a la reforma de aquél entre las partes contratantes (ya desechada la reforma afrancesada de GARCÍA GOYENA) y ha de considerar tan sólo la eficacia del Registro nuevo respecto a terceros inscritos, así como los consiguientes resultados de hecho, con algunas alteraciones, que me permito introducir entre paréntesis, dice lo siguiente:

Según el sistema de la comisión, resultará, de hecho, que, para los efectos de la seguridad de un tercero (inscrito), el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideran constituidos (caso de la hipoteca) o traspasados (caso del dominio) en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contratantes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo (el sistema del Derecho civil y de la Con-

taduría de Hipotecas anterior a la Ley Hipotecaria). Así, una ventâ (otorgada por un titular registral poseedor) que no se consuma por la tradición, no traspasa el dominio al comprador en ningún caso; (aunque obtenga la posesión (el comprador, y no sólo por *constituto posesorio* acordado en la escritura), será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otro adquirente (comprador de buena fe) que haya cumplido con el requisito de la inscripción; si se inscribe ya se lo traspasa respecto a *todos* (incluso los terceros inscritos con posterioridad).

Este párrafo, que algunos autores han interpretado acomodaticiamen- te, significa que un segundo comprador, de buena fe, se anticipa al primero al presentar en el Diario del Registro su título probatorio de una segunda venta, que es ilícita, y de una entrega de posesión, por *constituto posesorio* acordado en la escritura, que sólo es aparente (ya que el vendedor ha dejado de ser poseedor y propietario, por el primer contrato de venta y mediante la tradición consiguiente, según la primera escritura) y, sin embargo, el segundo comprador adquiere el desecho de propiedad en el momento de la presentación en el Diario, supuesto la calificación favorable y la inscripción consiguiente, derecho que pierde el primer comprador, quien lo había adquirido por la venta y *mediante* la tradición por *consti- tuto posesorio* acordado en la escritura.

A este resultado se llega por la alianza de dos apariencias, la apariencia documental o notarial y la apariencia registral, lo que conviene destacar porque la apariencia documental no suele tenerse en cuenta, y algunos creen que el primer comprador no llega a ser propietario por compra y entrega, cuando la verdad es que deja de ser prioritario, pierde la propie- dad, si la adquiere un tercero protegido (art. 23, hoy 32, LH), ya que el supuesto en que el primer comprador no es propietario, por no haber recibido la posesión, se reconduce al supuesto de adquisición de la posesión por el segundo comprador mediante escritura pública (art. 1.473, 2, par- te 1.<sup>a</sup>).

b) El mismo PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, que se está refiriendo a una venta de cosa poseída por el vendedor en el párrafo citado de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, pasa a referirse, además, a la cesión de la acción reivindicatoria, que es la expresión histó- rica de la venta por el propietario no poseedor de la cosa, en sus *Comen- tarios a la Ley*, publicados el año siguiente (el año de la Ley del Notariado), al tratar de los derechos y títulos inscribibles (art. 2, 1) y al tratar del principio de tracto sucesivo (art. 20), en relación con el principio de opo- nibilidad (art. 23, hoy 32). Conviene leer con detenimiento sus propias palabras, que transcribí en mi primer estudio (págs. 574 a 578, y notas al pie) y ahora entresaco.

El legislador afirma que «la *enajenación* de las acciones reivindicatorias de inmuebles está sujeta a inscripción», conforme al artículo 2, 1, LH (v. página 574 de mi primer estudio), pues considera que la doble cesión de la acción reivindicatoria no es tan rara «como desear fuera» y la ley es aplicable al supuesto, conforme al art. 23, hoy 32, y al art. 20 (v. pág. 575 y n. 172), diciendo «ni se crea que esta cuestión es más especulativa que práctica: si lo creyéramos así no lo habríamos propuesto».

Más adelante (v. pág. 577) insiste, diciendo que «se ha impugnado la tesis de que las enajenaciones de las acciones reivindicatorias de inmuebles están sujetas a inscripción... 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 cesiones de) *las acciones reivindicatorias de bienes inmuebles están sujetas a inscripción*» (en bastardilla el original, al que he antepuesto el entreparéntesis).

Pero el legislador cuida de aclarar (v. pág. 580) que «ni hemos dicho ni podíamos decir que se puede inscribir el título de enajenación de una acción real de un inmueble, sin que antes esté inscrito a favor del enajenante o cedente...» aludiendo a la necesidad de cumplir el principio del tracto sucesivo, del que está hablando, y excluyendo la inmatriculación del título de cesión.

El criterio de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA fue considerado válido, después de publicado el Código Civil por MORELL y MANRESA (v. página 581).

1.º En apoyo de su tesis, GÓMEZ DE LA SERNA (de quien no se ha de olvidar es el que defiende la necesidad de la tradición contra la tendencia afrancesada de GARCÍA GOYENA), afirma: «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, tít. 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 tome 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» (v. pág. 574).

Dicha regla del Derecho (D. 50,17,15, de PAULO) también la cita GARCÍA GOYENA para argumentar que las acciones reales relativas a inmuebles son inmuebles (v. pág. 575, n. 167), dando por supuesto que, de acuerdo con la terminología usual, la acción real referida es la acción reivindicatoria, la acción real por antonomasia.

Esta regla del Derecho guarda evidente relación con un fragmento del mismo autor, de PAULO (D. 18,4,21; v. pág. 315, n. 80), conforme al cual el vendedor que al tiempo de vender hubiere perdido la posesión de la cosa debe ceder la acción para recuperarla, al igual que el vendedor de un edificio incendiado debe entregar el solar, lo que le queda. El fragmento establece una relación de analogía del supuesto de pérdida de la posesión con el supuesto de pérdida parcial de la cosa física, al que hoy se refiere el Código Civil en su artículo 1.460, 2, que es aplicable, por analogía secular, al caso en que el comprador desconoce al perfeccionarse la venta la situación de desposesión del vendedor.

2.º El precepto romano más específicamente referido a la cesión de la acción reivindicatoria procede del Código de Justiniano (C. 4,39,9; v. página 317, n. 80). Alude a la venta de la acción real, de la acción real por antonomasia, de la acción reivindicatoria, que transmite ésta, es decir, el derecho de propiedad del propietario desposeído, al igual que la venta de una acción personal, de un crédito, transmite éste.

Antecedente histórico del precepto es un fragmento de PAPINIANO (D. 6,1,6, 2.ª parte; v. pág. 314, n. 80), procedente del Derecho romano clásico, relacionado con otros (D. 6,1,69, de PAULO, y D. 6,1,70, de POMPONIO; v. pág. 514).

Tanto el precepto del Código justiniáneo como el fragmento del *Digesto* fueron referidos por los glosadores a la cesión de la acción reivindicatoria.

Sólo IHERING discrepó de esta interpretación común, fijándose en otro precepto (D. 6,1,47, de PAULO), que CARRELLI ha demostrado no se refiere a la cesión de la acción reivindicatoria y que los glosadores consideraron fundamento del pacto de *constituto posesorio* (págs. 314, 335 y 1376).

1. El artículo 1.526 del *Código Civil Español* tiene como antecedente histórico dicho precepto del Código justiniáneo (C. 4,39,9).

Lo confirma FLORENCIO GARCÍA GOYENA, el legislador del Proyecto de Código Civil de 1851, en su libro de *Concordancias*, que como ha demostrado el profesor LACRUZ es un libro clave para conocer el Código Civil vigente (v. págs. 781, 783), al hablar de la venta de un crédito litigioso (v. págs. 821 y 822).

El Código Civil, a propósito de la cesión de un derecho incorporal de crédito litigioso, porque al perfeccionarse la cesión ya había sido reclama-

do judicialmente y la demanda estaba contestada (art. 1.535, 2) o, mejor dicho, ya estaba trasladada la demanda al demandado, dispone que el deudor tendrá derecho a extinguir el crédito reembolsando al cesionario el precio que pagó, los intereses desde el día en que fue satisfecho y las costas que se le hubieren ocasionado (art. 1.535, 1), si lo ejercita dentro de los nueve días siguientes a la reclamación del pago por el cesionario (art. 1.535, 3).

Este derecho a *extinguir* el crédito, por ello mal denominado derecho de «*retracto anastasiano*», no se concede al «poseedor de una finca sujeta al derecho litigioso que se cede» (art. 1.536, 3.<sup>a</sup>), es decir, al propietario de la finca gravada con hipoteca en garantía del crédito ya litigioso del que no es deudor y que es objeto de cesión, o sea, el «tercero poseedor» entendido como tercero respecto al crédito aunque propietario, poseedor, en concepto de dueño de la finca gravada.

Es muy importante considerar que FLORENCIO GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo correspondiente del proyecto de Código Civil de 1851 (art. 1.466), plantea la cuestión de si este «*retracto anastasiano*» es aplicable a la cesión del derecho de propiedad ya litigioso, a la cesión de la acción reivindicatoria ya en ejercicio judicial, de manera que el poseedor demandado pudiera adquirir la propiedad controvertida, pagando al cesionario el precio, los intereses y las costas, lo que entiende sólo sería posible reformando el precepto.

Literalmente dice (pág. 822 de mi primer estudio): «Yo poseo una finca; sobre su dominio me suscita otro un pleito, y durante éste enajena su acción o derecho; ¿por qué no he de tener yo el beneficio del presente artículo? ¿No militan los mismos temores o sospechas de codicia o malignidad? ¿La misma utilidad de cortar pleitos? ¿La mayor de asegurar desde luego la propiedad de una finca? ¿Es por ventura la acción de dominio más real que la hereditaria? Lo mismo digo de las servidumbres y de todos los otros derechos reales, que... son inmuebles; y todo derecho, sea cualquiera la cosa sobre que recaiga, es incorporal por su naturaleza», y —digo yo— será corporal cuando vaya acompañado o investido de la posesión.

La importancia de esta manifestación radica en que, con toda claridad, entiende FLORENCIO GARCÍA GOYENA, el «legislador» de dicho proyecto de 1851, y prácticamente del Código vigente (pág. 721) que la venta del derecho de propiedad del propietario desposeído, enfrentado a un poseedor en concepto de dueño, no es una venta de cosa sino una venta de derecho incorporal, una cesión, traslativa del derecho del cedente en el momento de la perfección del contrato al igual que la venta de cosa según dicho proyecto, pero que, a diferencia de la venta de cosa, no obliga a entregar.

El proyecto de 1851 no exige la entrega o transmisión de la posesión para que se transmita la propiedad de la cosa, esté poseída o no lo esté por el vendedor, por lo que la posibilidad cuestionada, a efectos de dicho «retracto», de equiparar la venta de la acción reivindicatoria que se está ejercitando en juicio con la venta de un crédito también ya litigioso significa que la especialidad del contrato de cesión radica en su objeto, que es un derecho incorporeal y, por tanto, no susceptible de tradición actual, por lo que no obliga a entregar, así como también significa que, según el Proyecto de 1851, en el contrato de venta hay que distinguir su aspecto traslativo del derecho y su aspecto obligatorio, de manera que la venta, al igual que la cesión, transmite el derecho de propiedad del vendedor en el momento de la perfección del contrato, pero la venta obliga a entregar la cosa para que el comprador pueda ejercitar el derecho sobre ella mientras que la cesión no obliga al vendedor desposeído a entregar la cosa, porque está prestación es imposible a menos que, en el futuro, se logre recuperar la posesión, y en tal caso el ejercicio del derecho por el cesionario consiste, primariamente, en reivindicar para recuperar la posesión y poder, después, ejercitar normalmente el derecho sobre la cosa.

Acaso por las razones que expuse en otra ocasión (v. pág. 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 la cesión de créditos. No obstante, como ya apunté (v. pág. 827), el profesor DÍEZ 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».

Expone su opinión en un párrafo que estimo ha de entenderse referido a que «la transmisión se produce por el negocio consensual de cesión... como efecto del simple contrato» (pág. 793 de su obra citada), 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 ÁLVAREZ CAPEROCHIPI.

Del mismo párrafo resulta expresamente que el profesor DÍEZ 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 DÍEZ PICAZO que el contrato de cesión es un contrato traslativo por sí solo, que la transmisión se produce como efecto de «simple contrato», acaso recordando la expresión *nudis pactis*, es decir, excluyendo la tradición, lo que determina la eficacia inmediata al desaparecer el condicionamiento suspensivo de la entrega.

2. Pero nadie, que yo sepa, ha relacionado el artículo 1.460, 2, con el artículo 1.526, y con el supuesto de desconocimiento por el comprador de la situación de desposesión del vendedor, que es, precisamente, el supuesto concreto que consideran los hipotecaristas al tratar de las relaciones entre tradición e inscripción.

Sin embargo, la analogía del supuesto de pérdida de la posesión de la cosa con el supuesto de pérdida de una parte física de la cosa tiene un evidente origen histórico secular, que se aprecia en el citado fragmento de PAULO (D. 18,4,21), y esta analogía es la que ponen de relieve los legisladores, FLORENCIO GARCÍA GOYENA y PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, al citar el principio de Derecho según el cual quien tiene la acción para recuperar la cosa se ha de considerar que tiene la misma cosa, como también decía PAULO, el mismo autor del fragmento antes citado (D. 50,17,15).

Según la ley, cuando en el momento de la perfección de la venta el vendedor está desposeído, existe un contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal, y no un contrato de venta de cosa o derecho de propiedad corporal, tanto si el comprador conoce la situación de desposesión del vendedor (art. 1.526), como si el comprador desconoce la situación de desposesión del vendedor pero no desiste del contrato (artículo 1.460, 2).

Ahora bien, pese a que el comprador que desconocía la desposesión del vendedor, al llegar a conocerla puede optar por conformarse con la situación de desposesión (y pedir la reducción del precio), o por desistir del contrato, es decir, por pedir la rescisión del contrato, según aplicación analógica del artículo 1.460, 2, sin embargo, cuando el contrato de venta está formalizado en escritura notarial, en la que no se manifiesta la situación de desposesión del vendedor, por aplicación de la disposición del artículo 1.462, 2, el comprador sólo puede pedir la reducción del precio, una vez conocido el resultado y los costes del pleito que ha de entablar contra el tercero poseedor, ejercitando, como comprador cesionario, la acción reivindicatoria para obtener la posesión, ya que el precepto impide que pueda pedir y obtener la rescisión del contrato actuando contra el vendedor, con la alegación de que no ha cumplido la obligación de entregar o dar posesión, porque resulta que la tiene un tercero y esto lo desconocía al comprar.

El artículo 1.462, 2, dispone que el otorgamiento de la venta en escritu-



ra notarial, en la que no se pacta expresamente, o de la que no se deduce con claridad una reserva de la acción para pedir la entrega, implica que el comprador, que conoce o ha tenido medios racionales y motivos suficientes para conocer la situación posesoria del vendedor, se conforma con ella, en el sentido de que ya no podrá exigirle la entrega, sin perjuicio de dirigirse contra él, ejercitando la acción de desahucio, cuando se niega a abandonar la posesión de hecho que continúa teniendo por *constituto posesorio* y en concepto de precarista, o bien, si el vendedor resulta que estaba desposeído, sin perjuicio de dirigirse contra el tercero poseedor, ejercitando la acción reivindicatoria, como propietario por contrato de cesión (art. 1.460, 2), con ayuda procesal del vendedor, quedando a salvo la responsabilidad de éste en caso de evicción, es decir, en el caso de declarar la sentencia que el Derecho de propiedad pertenece al tercero poseedor demandado.

3. En igual sentido que GÓMEZ DE LA SERNA se manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ninguna sentencia recaída en juicio declarativo ordinario de reivindicación por el comprador *contra el tercero poseedor* apoya la opinión de IHERING, que es la de VALLET y la de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ: que la cesión impropia es la única cesión posible del derecho de propiedad. Ninguna sentencia desestima la demanda tan sólo porque el demandado manifiesta, y quizá prueba, que ya era poseedor en concepto de dueño en la fecha de la perfección del contrato de venta, si resulta probado que en tal momento era propietario el vendedor y no el poseedor. Ninguna sentencia estima la demanda declarando que el poseedor debe devolver la finca al vendedor y liquidar con él la situación posesoria anterior, porque el comprador sólo estaba autorizado para ejercitar la acción reivindicatoria en nombre del vendedor propietario reivindicante.

Como demostró el profesor ALBALADEJO, las sentencias que se citan en apoyo de la opinión de IHERING no recayeron en juicio declarativo ordinario sino en juicio de desahucio por precario extinguido y, congruentemente, deniegan la acción de desahucio a quien nunca ha sido poseedor real (v. págs. 590 a 593).

En cambio, tiene un claro apoyo jurisprudencial la solución secular, la cesión propiamente dicha del derecho de propiedad expuesta como vigente por PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, al menos en dos sentencias conformes o coincidentes, por todos conocidas, la primera de 21 de diciembre de 1905 y la segunda de 20 de enero de 1912, recaídas en juicio declarativo ordinario en el que el comprador, que es el *titular registral* actual por compra al *titular registral* anterior, *demandando al vendedor para que le entregue la finca* que le vendió, porque, según dice, existe desde antes de la venta un tercero poseedor en concepto de dueño, de manera que el vendedor no

cumplió su obligación de entregar, pese a la apariencia documental de haber realizado la entrega conforme al artículo 1.462, 2 (a la que hoy habría que agregar la apariencia registral del artículo 38, 1, parte segunda, de la Ley Hipotecaria). Ambas sentencias se resumen y analizan detenidamente en mi estudio segundo (pág. 1.347 y sigs.).

Obsérvese que se trata de *escrituras notariales* de ventá en las que no se manifiesta la situación de desposesión del vendedor.

La primera de dichas sentencias (S. 21 de diciembre 1905) *deniega* la demanda, contra el vendedor, porque el comprador *conocía* la situación de desposesión del vendedor, y se sometió a las consecuencias al no manifestar reserva alguna en el contrato escriturado. Es decir, que la sentencia, en caso de *conocimiento* de la desposesión, estima contratada una cesión del derecho de propiedad con su inseparable acción reivindicatoria (art. 1.526) y no una venta de cosa (art. 1.445).

La segunda de dichas sentencias (S. 20 enero 1912) *deniega* la demanda, contra el vendedor, del comprador que manifiesta *desconocía* la desposesión del vendedor, al comprar. Es decir, que la sentencia, en caso de *desconocimiento* de la desposesión, resuelve la cuestión en el mismo sentido denegatorio que si el comprador hubiera conocido la desposesión del vendedor antes de contratar y no sólo después.

Una sentencia (S. 12 abril 1890), que se refiere a cuestión posterior a la vigencia de la Ley Hipotecaria pero anterior a la del Código Civil, *estima* la demanda, contra el vendedor, del comprador que *desistió* del contrato inmediatamente que, después de la compra llegó a conocer la situación de desposesión del vendedor que antes desconocía, y pudo probar tales circunstancias. Esta sentencia es aplicación clara de la histórica solución alternativa que, referida directamente a la pérdida de una parte física de la cosa, se adapta analógicamente a la pérdida de la posesión de la cosa (art. 1.460, 2), porque la ley considera que el comprador se conforma con la cesión del derecho de propiedad para obtener la posesión reivindicando y luego conseguir la adecuada reducción del precio, a menos que manifieste que desiste del contrato. Pero este criterio jurisprudencial quedó exceptuado por la Sentencia de 1912 (20 enero) en el supuesto de constar la venta documentada en *escritura notarial*, porque así lo impone el artículo 1.462, 2 del Código Civil vigente (procedente del Proyecto de 1851) que impide estimar la alegación de desistimiento por incumplimiento de la obligación de entregar la posesión en concepto de dueño, según se expondrá hacia el final de este estudio.

Así, cuando el comprador conoce la desposesión (S. 21 diciembre 1905) y cuando el comprador desconoce la desposesión (S. 20 enero 1912) se resuelve que el vendedor no ha vendido una cosa, el derecho y la posesión, por lo que no está obligado a entregar ni a reivindicar para

poder entregar, sino que ha cedido el derecho de propiedad, incorporal, con su inseparable acción reivindicatoria.

En ambos supuestos, el comprador, y sólo él, puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, para obtener la posesión en ejecución de la sentencia estimatoria, y en el segundo supuesto, después de lograr la sentencia contra el tercero poseedor, puede reclamar contra el vendedor la reducción del precio adecuado.

En ambos supuestos, si la sentencia firme desestima la demanda, el comprador puede ejercitar, contra el vendedor, la acción de garantía o saneamiento por evicción del derecho, que la sentencia declara pertenece al poseedor (arts. 1.475 al 1.482).

Es claro que las sentencias estiman legitimado al comprador como posible propietario por la compra solamente, porque ésta, por sí sola, le faculta para reivindicar en nombre propio y, en su caso, para exigir la responsabilidad por evicción del derecho, pero no para compeler al vendedor a que realice una entrega que es imposible y a que, subsidiariamente, le satisfaga una indemnización por incumplimiento de la obligación de entregar o transmitir la posesión en concepto de dueño (art. 1.096, 1, 2, y art. 1.101).

Ni la Sentencia de 1905 ni la de 1912 aluden al artículo 1.526 como fundamento de Derecho. En cambio, la Sentencia de 1905 considera «el valor legal que tiene el otorgamiento de la escritura a tenor de lo previsto en el artículo 1.462 del Código Civil», y la Sentencia de 1912 considera que dado «el precepto claro y terminante del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil... es manifiesto que por la expresada tradición... el comprador, por título singular, adquiere todos los derechos del vendedor...»

A primera vista, ambas sentencias parece que confirman la opinión de los profesores LACRUZ y ALBALADEJO, como si expresamente declararan que la escritura notarial de compra tiene valor sustitutivo de la tradición o transmisión de la posesión.

1.º Pero, en verdad, las sentencias consideran el valor de prueba plena de la adquisición del derecho de propiedad que la ley atribuye a la escritura notarial de venta. Significan que, en los supuestos contemplados, el comprador demandante aparece como propietario que *puede* demandar al tercero poseedor, según prueba plena documental, referida a la adquisición del dominio por el vendedor (según escritura inscrita, referenciada en el título probatorio) y a la adquisición del dominio por el comprador (según escritura inscrita, aportada como título probatorio), a la que el Juez se ha de atener, si el tercero poseedor (amparado inicialmente en la presunción posesoria) no logra desvirtuar la prueba plena del demandante, o no prueba haber adquirido el dominio por usucapión.

Lo que se discute en un juicio reivindicatorio es la pertenencia del derecho de propiedad al demandante o al demandado, de manera que si se prueba que el vendedor, al tiempo de la venta al reivindicante, era el propietario, no poseedor, y no se prueba que el demandado, al tiempo de la demanda, es el propietario por usucapión consumada, resulta irrelevante discutir e improcedente declarar que el reivindicante se vió forzado a reivindicar porque ni obtuvo la posesión del vendedor (art. 1.462, 1) ni pudo compelerle a entregarla (art. 1.096, 1) pues no la tenía.

En cualquier caso, en trámite de ejecución de sentencia, el poseedor debe devolver la posesión al propietario reivindicante y liquidar con él la situación posesoria extinguida; no con el vendedor, que cedió su derecho al comprador, según quedó probado en el juicio.

Esto es lo que entendía el legislador, profesor y abogado en ejercicio, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, paladín de la publicidad posesoria y de la tradición y, sin embargo, creyente en el contrato de cesión de la acción reivindicatoria como contrato de venta del derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído, y creyente en la posibilidad y conveniencia de su inscripción (v. pág. 575 de mi primer estudio).

Las sentencias citadas dan por supuesto que el comprador puede ejercitar la acción reivindicatoria *contra el tercero poseedor en concepto de dueño*, actuando como propietario por compra, sin tradición, por la voluntad dispositiva del vendedor vinculada contractualmente, a la que se refieren los artículos 609, 2, al principio, 1.526 y 1.460, 2, por lo que transmite su derecho, de manera que ya no puede reivindicar él, para recuperar la posesión y entregarla al comprador.

2.º La Sentencia de 1912 (20 enero) aclara que el comprador, mediante escritura notarial, en cambio, no puede actuar *contra el vendedor* alegando incumplimiento de la obligación de entregar, porque lo impide el artículo 1.462, 2, precepto que no se refiere a la relación entre comprador y tercero poseedor en concepto de dueño, sino que se refiere, exclusivamente, a la relación entre comprador y vendedor, y, concretamente, al cumplimiento de la obligación de entregar y a su prueba, es decir, no al aspecto dispositivo sino al aspecto obligatorio del contrato.

El comprador, si no hizo reserva alguna *en la misma escritura notarial*, no puede dirigirse contra el vendedor exigiendo que le entregue la posesión, que el vendedor no tiene porque la tiene un tercero en concepto de dueño, sin perjuicio de dirigirse contra el tercero poseedor, ejercitando la acción reivindicatoria, como propietario por contrato de cesión (art. 1.526), con ayuda procesal del vendedor, quedando a salvo la responsabilidad de éste en caso de evicción, es decir, en el caso de declarar la sentencia que el *derecho* de propiedad pertenece al poseedor demandado y quedando

a salvo la posibilidad de pedir reducción del precio si la sentencia estima la reivindicación.

En este sentido, el artículo 1.462, 2, modifica la legislación anterior al Código Civil, de tal manera que cuando la venta se otorga en escritura notarial y el comprador desconoce la desposesión del vendedor, al llegar a conocerla ya no puede pedir la rescisión del contrato, quedando así limitado el alcance del artículo 1.460, 2, en este caso especial, pero no en los supuestos de venta en documento privado o de contrato verbal, en los que el comprador podrá optar por desistir o por obtener la elevación a escritura pública del contrato, para oponerlo al tercero poseedor ejercitando la acción reivindicatoria (art. 1.526, 1).

Por lo tanto, la Sentencia de 12 de abril de 1890, citada como complementaria de la Sentencia de 20 de enero de 1912, se refiere al Derecho anterior al Código Civil, pero no sin limitaciones al Derecho vigente, desde la entrada en vigor del Código Civil, y de su artículo 1.462, 2. Con lo dicho queda matizada la referencia a esta sentencia de 1890 en mi estudio segundo.

Pero he de advertir que el supuesto de desconocimiento de la desposesión se examina con mayor detalle hacia el final del presente estudio.

### *Obtención judicial de la posesión por el cesionario del dominio*

#### 1. Juicio declarativo ordinario reivindicatorio (art. 348, 2).

En la demanda reivindicatoria, el *demandante* afirma que le pertenece el derecho de propiedad sobre la cosa, por lo que ha de cargar con la prueba de su afirmación, y reconoce el hecho de ser el demandado poseedor en concepto de dueño, si bien injustamente, sin justo título, con respecto al justo título vigente del demandante.

El *poseedor* reconocido por el demandante puede limitarse a negar la afirmación del demandante, porque la ley deduce, con presunción *juris tantum*, del hecho de la posesión en concepto de dueño, la existencia de justo título de adquisición del dominio por el poseedor y le dispensa de la exhibición en juicio del título directamente probatorio de la adquisición (art. 448).

Ahora bien, si el poseedor se opone como poseedor titulado, aportando prueba de un concreto título adquisitivo, incluso el de usucapión ordinaria (art. 1.954), el demandante tendrá que desvirtuar la prueba del demandado con su propia prueba, y en este sentido la jurisprudencia exige que el demandante, además de probar su título adquisitivo, pida y pruebe la nulidad del título presentado por el poseedor titulado.

Es decir, el hecho de la posesión en concepto de dueño tiene un valor

probatorio, provisional, de la pertenencia del derecho de propiedad por justo título de adquisición a favor del poseedor, en cuanto hecho básico o premisa de una presunción legal que sólo admite como prueba contraria, en juicio, la prueba completa de la pertenencia del derecho al demandante.

Obsérvese que la posesión por justo título derivativo, aunque sea presunto, se ha de entender adquirida de un poseedor anterior, o por sucesión (art. 440) o por entrega (tradición), y que el momento de este traspaso posesorio es el momento inicial del plazo de usucapión cuando el *tradens* no es el propietario de la cosa entregada, sin perjuicio de la accesión de posesiones.

Todo ello destaca la importancia de la íntima relación existente entre la posesión, la tradición y la usucapión.

Ahora bien, el propietario desposeído, en vez de demandar al poseedor o después de haber interpuesto la demanda, puede vender y transmitir su derecho como lo tiene (no acompañado de la posesión de la cosa, en el momento de la perfección del contrato) porque la entrega actual es imposible y la ley no la exige (art. 1.526 y art. 1.460, 2, por analogía), ni obliga al vendedor a reivindicar (S. 20 enero 1912).

Es decir que, como ontológicamente queda excluida la obligación de entregar, el derecho de propiedad se transmite del vendedor al comprador en el momento de la perfección del contrato de venta especial por su objeto denominado contrato de cesión, de derecho incorporal; sin que el comprador tenga que esperar a que llegue el momento en que el vendedor logre recuperar la posesión de la cosa y, después, se la entregue, contratando al efecto una cesión impropia, que obliga al vendedor a recuperar la posesión, contra la previsión legal de que sea el comprador quien reivindique y si resulta evicto reclame la garantía (art. 1.526).

El comprador, como propietario por contrato de cesión, puede reivindicar o continuar la reivindicación formulada por el vendedor, y si prueba que el vendedor era el propietario al vender, y vence al poseedor, obtendrá la posesión por mediación judicial.

Si no lo prueba, y es vencido por el poseedor, podrá ejercitar contra el vendedor la acción de garantía o saneamiento por evicción del dominio, es decir, porque se ha declarado en sentencia firme que el vendedor no era el propietario al vender, pues lo que se discute procesalmente cuando se ejercita la acción reivindicatoria es la pertenencia del derecho que faculta para poseer.

La escritura notarial es *prueba* documental plena del contenido y de la fecha del contrato de compraventa otorgado por el vendedor, que afirma ser el propietario desposeído, al comprador que está dispuesto a ejercitar la acción reivindicatoria contra el poseedor en concepto de dueño (art. 1.218). El mismo valor probatorio tiene el documento privado de ce-

sión reconocido legalmente (arts. 1.225 y 1.226) con fecha fehaciente (art. 1.227). A esta eficacia probatoria documental se refiere el Código Civil (art. 1.526, 1) dando por supuesta la validez y eficacia entre partes del contrato verbal de cesión, conforme al principio general de libertad de forma contractual (arts. 1.278 y 1.279), y también dando por supuesto que el contrato de cesión es traslativo del derecho de propiedad del vendedor en el momento de la perfección del contrato (epígrafe y art. 1.526, frente al art. 1.445 y al art. 1.095).

Pero, en todo caso, la prueba del contrato de cesión será una prueba adicional a la prueba principal de la anterior pertenencia del derecho de propiedad al vendedor desposeído, aunque hubiera adquirido por compra y entrega probadas documentalmente, mediante escritura pública (art. 1.462, 2).

2. La Ley Hipotecaria presume la pertenencia del derecho al titular registral (art. 38, 1) y le faculta, tanto si es el propietario que fue desposeído como si es quien le compra (y adquiere en el momento de la perfección del contrato) su derecho de propiedad incorporal (art. 36, 2), para que en procedimiento judicial especial (art. 41) pueda recuperar la posesión, probando que el derecho le pertenece según título probatorio de la adquisición inscrito en el Registro de la Propiedad, a menos que el poseedor pruebe que es un *poseedor* con título, sobre todo cuando posee en concepto de dueño por contrato u otra relación jurídica directa con el titular registral actual o con titulares registrales anteriores, o bien por usucapión consumada contra titular registral (art. 41, 6, 2.º, causa de oposición), salvo si el titular registral actual es un comprador al que no perjudica la usucapión consumada antes de la compra o dentro de año siguiente (art. 36, 1), lo que se puede debatir en este procedimiento.

Este procedimiento permite que el propietario según el Registro recupere la posesión de la finca, que tiene un *poseedor* en concepto de dueño *no titulado*, en cuanto acompañe a su instancia el título inscrito probatorio de su adquisición y la certificación registral probatoria de la vigencia de su inscripción sin contradicción alguna.

Al poseedor que se oponga ya no le basta con ampararse en su posesión y en la presunción de título adquisitivo del derecho como un demandado (art. 448), sino que, como un demandante, ha de acompañar a su «demandada de contradicción» un concreto título probatorio de la adquisición del derecho. Si resulta que es un poseedor no titulado, se dictará sentencia estimatoria y se practicarán cuantas diligencias sean necesarias para la plena efectividad posesoria del derecho del titular registral.

Si el poseedor alega título de usucapión (consumada) tendrá que probar el justo título de la usucapión ordinaria, en su caso, y el plazo de posesión correspondiente, y también que el *tercero*, que insta la ejecución

dentro del año siguiente a su compra, conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, al comprar, la posesión en concepto de dueño del contradictor (art. 36, 1, LH).

En modo alguno le bastará alegar, tan sólo, que el tercero ha comprado a un titular registral desposeído (art. 36, 2, LH, y mi estudio segundo, página 1.326).

En cuanto al titular directamente desposeído, el artículo 41, prácticamente, prorroga la posibilidad de una actuación procesal posesoria, habida cuenta de la brevedad del plazo de prescripción de la acción interdicial recuperatoria, el año siguiente al día de la desposesión (art. 460, 4, y art. 1.968, 1), y así evita la necesidad de acudir a un juicio declarativo ordinario por aplicación de una presunción (art. 448) que, en principio, intenta facilitar la prueba del derecho del verdadero propietario, poseedor (cuando la posesión era casi su única posibilidad probatoria), pero que perjudica al verdadero propietario, titulado según la inscripción, frente a un poseedor no titulado (que tampoco puede probar una prescripción adquisitiva).

A su vez, el cesionario del titular desposeído queda personalmente subrogado en la situación del cedente frente al poseedor no titulado.

En este sentido, la carga de la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad corresponde al poseedor no titulado «demandante de contradicción», al prevalecer la protección legal a la apariencia documental y registral sobre la protección legal a la confianza en la apariencia posesoria, cuando colisionan las presunciones legales respectivamente deducidas de la inscripción (art. 38, 1, LH) y de la posesión (art. 448 C.C.).

En su *demanda* de contradicción, el poseedor, *demandante* contra la exactitud del Registro, tiene tasadas las causas de oposición (art. 41, 6), que le permiten evitar el lanzamiento, con reserva de las demás alegaciones para ejercitarlas en juicio declarativo, sin suspender ni entorpecer el procedimiento (art. 41, 7). Pero (aunque el procedimiento no es declarativo de derechos sino de carácter posesorio, en cierta manera similar al interdicto de recobrar la posesión o al desahucio por precario, y no produce excepción de cosa juzgada, art. 41, ap. final), lo cierto es que si el titular registral logra recuperar la posesión por este procedimiento, el contradictor ya no actuará como poseedor demandado amparado por la presunción de título adquisitivo sino como demandante, contra el titular registral, que será el poseedor demandado en dicho juicio declarativo.

A efectos de este estudio importa destacar que en el procedimiento del artículo 41 LH el titular registral actual por compra al titular registral anterior no poseedor debe acompañar a su instancia la prueba de su derecho de propiedad según el Registro, es decir, los títulos probatorios inscritos de su propia adquisición por compra (cesión) y de la anterior



adquisición del vendedor que no pudo hacerle tradición, junto con la certificación registral acreditativa de la vigencia sin contradicción de las inscripciones.

Mucho más importante es comprobar que la doctrina de los hipotecaristas españoles se refiere, exclusivamente, al caso concreto en que son titulares registrales sucesivos el vendedor desposeído y el comprador que *desconoce* la situación de posesión del vendedor (art. 1.460, 2) con una perspectiva muy parcial del estudio de la relación entre la tradición y la inscripción, porque no atiende a la cuestión civil y de fondo, y ni siquiera se plantea la posibilidad de que se inscriba una escritura de compra en que se haga constar la desposesión del vendedor, pero sin hacer constar en la inscripción la desposesión, que se manifiesta en lo que claramente es un contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal.

A la obtención de la posesión por el cesionario se dedica la mayor parte de mi estudio segundo, al que me remito para completar lo expuesto.

En este estudio, al tratar de la doble venta y de la doble cesión, también se considera la obtención de la posesión por rescisión de la segunda venta al comprador de mala fe.

Aquí interesa puntualizar que el reivindicante pretende que el poseedor, en concepto de dueño, le devuelva la posesión de la cosa, y ante el Juez afirma ser el verdadero propietario, lo que ha de probar, para que el Juez declare que le pertenece el dominio y, por tanto, tiene derecho a poseer la cosa como dueño, por lo que de condenar al poseedor a devolver la posesión al propietario verdadero, y para que, si no acata la sentencia, sea ejecutada judicialmente la condena, logrando así recuperar la posesión (art. 348, 2). El poseedor, en concepto de dueño, demandado, se opone a la devolución porque niega que el dominio pertenezca al actor, argumentando que es poseedor titulado y manifestando su justo título de pertenencia si lo estima conveniente, puesto que no está obligado a exhibirlo en cuanto la ley presume que lo tiene (art. 448).

#### PUNTUALIZACIONES SOBRE EL SISTEMA ESPAÑOL DE DISPOSICION Y ADQUISICION DERIVATIVA CONTRACTUAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

*Compraventa, contrato de voluntades que son causa de efectos dispositivos y obligatorios.*

En el sistema español de adquisición derivativa contractual del dominio, el principio fundamental es la configuración legal de la venta como contrato dispositivo y obligatorio.

Esta afirmación exige aclarar algunas cuestiones acerca de la llamada teoría del título y el modo, relacionadas con la configuración del contrato de venta y de la tradición en el Derecho alemán.

#### A) UNA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO

No está vigente en España una *teoría* causalista del título y el modo tal como la explicaron maestros medievales, sino un sistema o conjunto de normas coherentes, al que tampoco conviene denominar *sistema* del título y el modo porque la expresión se presta a confusiones.

No se trata de ir explicando la adquisición del dominio por contrato de compraventa y entrega, y las otras adquisiciones derivativas como si fuera esencial el justificar la no inclusión de algunas en un sistema acomodado a la confusa teoría causalista del título y el modo, que estuviera vigente en virtud de no se sabe qué principio general.

A lo más, interesa considerar el ordenamiento español para ver con qué sentido actual acoge, en algún supuesto, lo que dijeron aquellos Maestros para explicar el ordenamiento entonces vigente; pero con cuidado y precaución, para no confundir opiniones exposiciones didácticas con realidades normativas, sin olvidar que el objetivo es conocer el ordenamiento español y el sistema español.

Concretamente, la teoría causalista medieval gira en torno a la adquisición del derecho de propiedad por contrato de venta o causa remota (título), pero mediante la tradición, en el momento de la tradición, o causa próxima (modo). Modelo que los Maestros medievales hipertrofian al comparar otras adquisiciones de la propiedad para acomodarlas a su teoría causalista; así, al incluir la adquisición sucesoria por el testamento o causa remota (título) mediante el fallecimiento del testador o causa próxima (modo, *mortis causa*), momento en el que adquiere el derecho de propiedad y la posesión, equiparando el fallecimiento a la tradición.

1. El confusionismo de la teoría se origina, como otros, al suplantarse lo que por su origen es una explicación teórica de algo, por la creencia en que la explicación didáctica es más importante que aquello que se quiere explicar.

La impresión que resulta de hacer prevalecer la teoría sobre la realidad del sistema legal aparece claramente cuando algunos explican que el epígrafe del libro tercero del Código Civil, que trata «de los diferentes modos de adquirir la propiedad», es una manifestación expresa de la vigencia de tal teoría, y deducen, como inmediata consecuencia simplista, que la tradición es el modo de adquirir, relegando a un segundo plano al contrato de compraventa, como título meramente obligatorio, al «estilo» alemán, distinto del vigente en España.

A esto se añade que el artículo 609, el primero de dicho libro, alude a la adquisición *por...* la ocupación, la ley, la donación y la sucesión, sin más, pero incluye la adquisición «*por consecuencia de ciertos contratos*» agregando «*mediante la tradición*», expresión que parece asimilable a la adquisición *por medio* de la prescripción, y se concluye que son dos «modos», totalmente distintos, la tradición y la usucapión.

Por eso, el creyente en la vigencia de la teoría le sorprende que el artículo 433 considere poseedor de buena fe a quien ignora que en su *título o modo* de adquirir existe vicio que lo invalida.

Porque dicho creyente parece no reconocer que la expresión *modos* de adquirir, en el Código Civil y en su antecedente Proyecto de 1851, significa las maneras de adquisición, los medios por los que se adquiere el dominio, porque así lo dispone la ley; es decir, las maneras o medios a causa, o por consecuencia, o por efecto de los cuales se adquiere el dominio, aunque sea a causa de ciertos contratos, o por consecuencia de ciertos contratos, o por efecto de ciertos contratos, pero, además, mediante la tradición adicional, es decir, siempre que medie y en el momento en que medie la tradición por el enajenante (art. 1.095) ... o la supletoria puesta en posesión por el Juez, contra la voluntad del vendedor rebelde al cumplimiento de la entrega debida (art. 1.096, 1, 2), cuando el vendedor no está desposeído.

Porque dicho creyente no considera que, según la doctrina clásica y la jurisprudencia, tiene título de pertenencia, o *título adquisitivo*, del dominio, el que prueba en juicio reivindicatorio haber adquirido el dominio por cualquier modo, manera o causa de los reconocidos por el ordenamiento (art. 609), y tiene «*título o modo de adquirir*» apto para la usucapión, o lo que es lo mismo tiene *justo título o justa causa* apta para la usucapión, el poseedor en concepto de dueño que acredita un medio, manera, título o modo, título o causa, por el que sería propietario si lo hubiera sido aquel de quien parece que adquirió el derecho por dicho medio, manera, título o modo o causa, y concretamente por el contrato de compraventa seguido de la tradición, desde la que comienza la posesión en concepto de dueño *titulado*, con título verdadero y no sólo presunto (art. 1.954 y no art. 448), que es fundamento de la verdadera usucapión, la ordinaria, pero no de la prescripción adquisitiva o usucapión extraordinaria, lo que no impide que también ésta se denomine modo de adquirir (art. 609, 3).

A este concepto de *título de pertenencia o título adquisitivo*, y no al de título probatorio, se refiere la vigente Ley Hipotecaria, como la de 1861, cuando dispone que en los Registros de la Propiedad se inscribirán «los *títulos* traslativos o declarativos del dominio...» (art. 2, 1.º), entre ellos, y sobre todo, el título adquisitivo-traslativo de venta y tradición, o, en su caso, el título adquisitivo traslativo de cesión del derecho de propiedad,

que excluye la tradición, como entendía PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA (pág. 574). También se inscribirán «los *títulos* en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan... «derechos reales parciales (art. 2, 2.º), entre ellos el de venta y cuasitradición y el de cesión».

Puede decirse, con palabras actuales, que el *título adquisitivo* significa el *supuesto de hecho* al que la ley confiere el efecto traslativo, integrado, en su caso, por un negocio traslativo, el contrato de compraventa, y por una adicional condición suspensiva del efecto traslativo acordado, ya cumplida, una tradición que forma parte del título traslativo del supuesto de hecho de la transmisión y adquisición por consecuencia del contrato de venta, pero que no forma parte del contrato de venta, del negocio jurídico, según la terminología alemana, una tradición que no procede cuando el vendedor está desposeído.

Sin embargo, una cierta obsesión por la teoría del título y el modo, y por la moda alemana, induce a hablar de las *formas* de la tradición, como si estuvieran tipificadas en el Código Civil algunas formas únicas de tradición, exteriorizadoras de un acuerdo real, prueba tasada, frente a tercero, de un acuerdo real, e incluso se llega a confundir la prueba del *contrato* de venta especial llamado cesión (art. 1.526, en relación con los arts. 1.278, 1.279 y 1.280, y con los arts. 1.218 y 1.227), con la prueba de la *tradición* (art. 1.462, 2), es decir, de la entrega consumada, de la efectiva transmisión de la posesión en concepto de dueño cuando se realiza acordada y voluntariamente, como acto debido, aunque sea por simple acuerdo de constituto posesorio (art. 1.095).

2. Por otra parte, la teoría es origen de graves equívocos al centrarse en la idea de *causalidad*, sin aclarar que cualquier medio, manera o modo por consecuencia del cual se adquiere el dominio, se denomina causa de la adquisición, y que, por tanto, son modos de adquirir o *causas* de la adquisición, siguiendo el orden del artículo 609, la ocupación, la donación, la sucesión, el contrato traslativo y la prescripción, más otras causas reguladas «por la ley». Esto significa que la palabra causa se utiliza en sentido distinto al que tiene cuando designa la llamada causa finalista del contrato y la causa o motivación atendible de la voluntad respectiva de cada uno de los contratantes (arts. 1.261, 3; 1.262, 1; 1.274 a 1.277).

Claro que la teoría del título y el modo, plegándose a las ideas escolásticas medievales sobre la causalidad, sobre el nexo o tracto causal, con la obsesiva idea «el que es causa de la causa es causa del mal causado», que tanta importancia tiene en el Derecho penal y en la teoría del delito, del ilícito civil... y del pecado, distingue unas causas remotas y unas causas próximas.

Por esto, el contrato se considera causa remota de la adquisición del dominio, además de ser causa próxima de la tradición y adquisición de la

posesión y la tradición, a su vez, se considera causa próxima de la adquisición de la posesión y del dominio, sin perjuicio de entender que la causa del contrato o la causa de la voluntad de cada contratante son causas aún más remotas de la adquisición del dominio. También es posible considerar como causas del contrato de venta la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor y la posesión de la cosa por el que ha de entregarla, en cuanto son presupuestos de la voluntad contractual de *disponer* del derecho y de *obligarse* a dar posesión de la cosa, que es distinta de la voluntad de dar posesión o hacer tradición de la cosa, única que puede ser suplida judicialmente.

Así pues, los adjetivos remota o próxima que califican el sustantivo causa no tienen un significado filosófico preciso y menos aún lo tienen jurídico, por lo que el tratamiento legal de unas u otras causas puede ser el mismo o distinto.

El llamar al contrato de venta causa remota, de la adquisición del derecho añadiendo al sustantivo causa el adjetivo calificativo remota, puede inducir a pensar que lo remoto, o sea el contrato, es algo menos importante que lo próximo, que es la tradición. Sin embargo, en los textos romanos y en los actuales la causa o justa causa o justo título de la adquisición del dominio por compraventa (o por usucapión), sin adjetivo calificativo de remota, es primordialmente el contrato, mientras que la tradición o transmisión de la posesión es un requisito o condicionamiento legal suspensivo de la transmisión del derecho contratada, que con cierta precaución dialéctica se puede decir que es requisito «constitutivo» del efecto traslativo del Derecho, pero nunca se puede decir que es su causa jurídica. Basta releer el precepto fundamental según el cual *nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur*. Aunque el concepto clásico, doctrinal y jurisprudencial, de título adquisitivo, incluye el contrato de compraventa, que es la causa contractual de la adquisición, del derecho y la tradición o, más bien, la obtención de la posesión, que es la ya cumplida condición legal suspensiva del efecto traslativo del derecho causado por el contrato, por las voluntades de los contratantes, reconocidas por la ley.

El equívoco nace, insisto, al centrar el estudio de la adquisición del dominio en la equívoca concepción medieval de la *causa*, dejando en un segundo plano u olvidando las *voluntades* causales, las voluntades del contrato o acuerdo contractual, dispositivo y obligatorio, y las voluntades de la entrega y recepción de la posesión en concepto de dueño de la cosa, y, sobre todo, nace al no observar que nadie distinguía un acuerdo obligatorio y un acuerdo dispositivo o, más concretamente, un acuerdo real, hasta que el maestro SAVIGNY ideó e imbuyó a sus discípulos que la voluntad dispositiva o traslativa, que es la médula esencial del contrato o

acuerdo contractual de compraventa romano, deba entenderse como médula esencial del negocio «tradición», de tal manera que el prius lógico y volitivo, el primordial aspecto traslativo de las dos únicas voluntades acordadas en el contrato de venta, quedó configurado como un acuerdo dispositivo real, distinto (y acordado cumplimiento) de un anterior acuerdo de voluntades obligatorias que es su causa, aunque se entienda como un acuerdo abstracto o sea inicialmente abstraído de su causa.

Importa recordar, siempre, que las ideas escolásticas sobre la causalidad quedaron definitivamente excluidas para la investigación científica en el método cartesiano, respetando la Teología del Creador, primera causa increada.

En definitiva, una teoría escolástica medieval no es un dogma que condiciona la interpretación de un sistema vigente, y la teoría del título y el modo es perturbadora por cuanto el concepto clásico y jurisprudencial de *título* de pertenencia o de adquisición comprende el contrato (título según la teoría) y la tradición (modo según la teoría), y este concepto de título es sinónimo del concepto de *modo* de adquisición por contrato de compraventa y mediante la tradición adicional; aparte de que diferenciar el contrato como causa remota y la tradición como causa próxima de la adquisición del dominio no tiene significado legal y técnico distinto al de considerar a las voluntades contractuales como causa de la transmisión del derecho y a la transmisión de la posesión como condición legal suspensiva de la efectividad de la transmisión del dominio (véase la muy reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 23 de enero de 1989, en este mismo sentido).

Hay que desmitificar «la teoría», con su título, su modo, y sus causas mediata e inmediata.

La causalista «escala de Jacob» tiene muchos más peldaños; sin contar los intermedios, pueden citarse escolásticamente: La causa increada, el hombre creado, el conocimiento, la motivación personal, la voluntad individual de contratar, el contrato o acuerdo de voluntades, la obligación contractual, el pago de la obligación, la tradición de la posesión de la cosa, la transmisión del dominio, la adquisición de la propiedad, la titularidad del verdadero dueño actual, la prueba de la pertenencia, la inscripción, la actuación procesal, la obtención de la posesión, etc.

## B) DOS SISTEMAS VIGENTES, LATINO Y DE SAVIGNY

La comparación de diversos ordenamientos jurídicos y de distintas opiniones doctrinales sólo puede ser fructífera si son conocidos suficientemente los principios en que se funda cada uno (los ordenamientos considerados y los autores consultados) así como el significado que atribuyen

a los conceptos (ideas y palabras), normativos y doctrinales; es decir, cuando la comparación es sistemática y no sólo puntual o, lo que es peor, incoherente. Tampoco hay que descuidar el tiempo, la Historia, el desarrollo evolutivo de las normas de cada ordenamiento y la evolución del pensamiento de los autores, porque en su respectiva escala temporal pueden apreciarse importantes variaciones.

Sin considerar estos presupuestos metodológicos, sistemático y temporal, y sin un cierto sentido crítico cartesiano, de profunda duda metódica, analítico y también sintetizador, es muy fácil incurrir en graves errores al estudiar cualquier institución jurídica, al enjuiciar o calificar cualquier caso de la realidad práctica y, más aún, al exponer críticamente el ordenamiento vigente, comparándolo con otros, incluso con propósitos de reforma, porque conviene conocer bien lo propio y lo ajeno antes de reformar lo propio.

Es lógicamente absurdo el trasplante al ordenamiento español de conceptos y soluciones de un ordenamiento como el alemán, simplemente, porque se estima modélico por sus principios o por su técnica legislativa; trasplante que en algunas ocasiones ha ocurrido por puro deslumbramiento y prisa en estrenar lo nuevo, sin una reflexión suficiente acerca de las discrepancias esenciales; trasplante perturbador y perjudicial por sus consecuencias, en cuanto enturbia y oscurece las perspectivas para el conocimiento de la realidad por el estudiante o el profesional.

Al igual que es lógicamente peligroso hacer un recuento o exposición de opiniones doctrinales heterogéneas, por su diversidad de principios y tecnologías (española y alemana o italiana o francesa, etc.), sin las oportunas correcciones homogeneizadoras, como si se tratara, en todo caso, de sacralizar una opinión numéricamente mayoritaria u otra intermedia, o sincrética.

Pero resulta cierto, y fácil de comprobar, que la doctrina de los autores españoles está muy influenciada o interferida por la de autores alemanes, que, como es natural, exponen *su* legislación, muy diferente de la nuestra en bastantes aspectos: la inmisión es casi siempre inconsciente o subconsciente, pero a veces está forzada por la búsqueda de las concordancias con menosprecio de las discordancias.

Manifestación de tales influencias es la ordinaria exposición de las denominadas relaciones entre la tradición y la inscripción en cuanto al contrato de compraventa, así como de algunas preguntas formuladas en temarios de oposiciones que responden a una generalizada corriente u orientación germanista, no acordada con el Derecho español vigente.

En este estudio se toma como criterio orientador unitario la configuración legal del contrato de compraventa, el contrato modelo, para enfocar un conjunto de ideas conexas e inseparables e intentar eludir algunas

desorientaciones originadas por dichos trasplantes germanistas; aunque, naturalmente, sin pretensiones exhaustivas ni dogmatizantes, sino como ensayo o resumen, dando por sabidas las ideas que suelen ser repetidas de una manera u otra, pero enfocándolas desde el inusual punto de vista de la voluntad contractual.

1. Existe una interpretación del contrato de compraventa y de la tradición que fue común en Europa desde los *glosadores*, es decir, desde que el Derecho romano y bizantino aplicado en el Imperio Romano de Oriente es recibido y vuelve a ser aplicado en los reinos que se consideran continuadores del destruido Imperio Romano de Occidente; interpretación que se explicaba, con influencias de la filosofía escolástica sobre la causalidad (la remota y la próxima), por la teoría del título y el modo; interpretación que subsiste en el sistema que continúa vigente en el Derecho español actual, con las variaciones introducidas por la Ley Hipotecaria de 1861 o por sus reformas y por el Código Civil de 1889, ya centenario.

Según este sistema e interpretación:

1.<sup>a</sup> La compraventa es un contrato, declaración de un acuerdo de voluntades referidos al cambio de cosa por dinero, a la transmisión de la propiedad de la cosa a cambio de la transmisión de la propiedad del dinero, acuerdo del que nacen obligaciones o deberes y derechos o facultades correlativas para el vendedor transmitente de la cosa y adquirente del dinero, así como para el comprador transmitente del dinero y adquirente de la cosa por el que el vendedor debe entregar la cosa que posee y garantizar su propiedad (art. 1.461) y el comprador debe entregar el dinero (art. 1.500).

La compraventa es la causa próxima de la tradición y la causa remota de la transmisión del dominio, y se denomina «título» por aquella teoría, confusa y que induce a confusiones.

2.<sup>a</sup> La tradición o entrega es la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa.

Pero cuando tiene por causa el contrato de compraventa y es cumplimiento de la obligación de entregar asumida por el vendedor, en el mismo momento en que la *tradición* transmite la *posesión* en concepto de dueño de la cosa, el *contrato* transmite el *derecho* de propiedad sobre la cosa (si el precio se ha pagado o se ha pactado su aplazamiento, según disponía la ley antes de entrar en vigor el Código Civil).

Así, la tradición es la transmisión de la posesión en concepto de dueño que se realiza en cumplimiento de la obligación de entregar (art. 1.462, 1), y este cumplimiento de una obligación es, a la vez, cumplimiento de un requisito que la ley exige *conditio juris* para que se produzca el efecto querido por el vendedor y el comprador al perfeccionarse el contrato, pues



el momento de este cumplimiento es el momento en que queda transferida la propiedad, según la ley (art. 1.095).

La tradición es la causa próxima de la transmisión del dominio y se denomina «modo» por aquella teoría causalista, que también considera «modo» al fallecimiento del causante respecto al «título» sucesorio, testamentario o abintestato.

El Código Civil francés y el italiano vigentes mantienen la tradicional interpretación del contrato de compraventa, del que nacen las obligaciones del vendedor de entregar la cosa (de realizar la tradición), así como de prestar la garantía; pero en ellos queda claro que el derecho de propiedad se transmite por el acuerdo de las voluntades que integran el contrato de compraventa, sin más requisitos, en el momento del consentimiento, o sea de la perfección del contrato consensual.

La tradición continúa siendo la transmisión de la posesión de la cosa en concepto de dueño y significa el cumplimiento de la obligación de entregar, pero deja de ser condición legal adicional para la producción del efecto transmisivo de la propiedad querido por los contratantes, porque el consentimiento o acuerdo de las voluntades de éstos es considerado suficiente por la ley para la perfección del contrato y para que la eficacia traslativa del contrato se realice inmediatamente, sin condicionarla a la efectividad del traspaso de la posesión, tradición que es simple acto de cumplimiento de la obligación principal del vendedor que ha transmitido el derecho.

Queda en primer plano el aspecto dispositivo y traslativo de las voluntades acordadas y vinculadas y queda en segundo plano el aspecto obligatorio de las voluntades acordadas.

2. En el siglo XIX, contemporáneamente al proceso codificador español, el maestro SAVIGNY y sus discípulos de la llamada Escuela Histórica, o dogmático-conceptualista, incluido el genial IHERING, interpretaron el Derecho romano, que como Derecho común, estaba vigente en los estados alemanes, con cierta libertad romántica, frente a la interpretación clásica o tradicional; comprensible y disculpable porque no disponían de algunos textos romanos ni de un adecuado método de crítica histórica que hoy son utilizados por los romanistas, y, sobre todo, comprensible por su finalidad de innovar cuanto fuere menester en la codificación que se elaboraba.

Inicialmente, los pandectista germanos, estudian el Derecho Romano como un Derecho modélico y no sólo vigente, abstrayendo unos conceptos bien definidos, de los que por simple crítico lógico se deducen consecuencias que han de ser aplicadas indefectiblemente.

Más tarde, desde la conversión metodológica de IHERING, se pretende estudiarlo como un Derecho que debe ser interpretado con criterio teleológico, porque puede estar en discordancia con los fines e intereses de la

realidad económica y social contemporánea, a la que ha de ser adecuado; aunque este criterio, en ocasiones, conduce a forzar la historia, la letra y aun el espíritu originario y la interpretación usual de la norma que se quiere reformar en un futuro Código Civil; algo que no deja de ser otra manifestación conceptualista y anticientífica, por no buscar la verdad histórica sino la conveniencia actual. Algo similar a la lectura ideológica de preceptos vigentes en el Derecho español actual, a la luz de unos pretendidos principios generales del Derecho, deducidos de unos preceptos constitucionales en los que se mezclan, con rara simbiosis, dos concepciones ideológicas enfrentadas, una liberal y otra intervencionista.

Los pandectistas liberales estiman conveniente la finalidad de proteger la seguridad del tráfico jurídico de los bienes y del crédito, para escapar del absolutismo económico estatal y del inmovilismo o vinculación señorial de la propiedad inmueble, guiados por un sentido de libertad económica pendularmente inmoderado en su aplicación de un modelo mercantilista, propio de las cosas muebles calificables como mercaderías, incluidos los créditos derivados de su compra o negociación incorporados a letras o pagarés; modelo mercantilista aplicado a la compra e hipoteca de fincas, rústicas sobre todo, que se materializa en las teorías generales del negocio abstracto y de los títulos valores, técnicamente fundadas en una radical diferenciación de la voluntad dispositiva y de la voluntad obligacional, en particular de la voluntad traslativa del dominio y de la voluntad contractual.

Por todo ello, al final de la evolución doctrinal precodificadora orientada a la formulación de un nuevo Código Civil alemán, acaba por prevalecer la siguiente interpretación de la transmisión del dominio por compra en el Derecho romano vigente como Derecho común en los estados de Alemania, que se resume a grandes rasgos para destacar las ideas más importantes:

1.<sup>a</sup> La compraventa es un contrato, un negocio jurídico obligacional, que obliga al vendedor a realizar, mediante la tradición, la transmisión al comprador de la posesión y del derecho de propiedad, del señorío de hecho y de derecho sobre una cosa.

2.<sup>a</sup> La tradición de la cosa es un negocio jurídico dispositivo, por sí solo traslativo del derecho de dominio. Está integrado por un acuerdo real o voluntad acordada de transmisión del Derecho de propiedad sobre la cosa (*animus transferendi et accipiendi dominii*) y por un elemento de forma probatoria y publicitaria, que es la efectiva transmisión de la posesión de la cosa (*corpus rei*) asimismo acordada.

La tradición se funda o tiene su causa en un anterior contrato de venta (D. 41,1,31, pro.; C. 2,30.20), pero la tradición es un negocio dispositivo abstracto, es decir, inicialmente abstraído del negocio obligacional que es

su causa, en cuanto inicialmente produce por sí solo el efecto de la transmisión de la propiedad; sin perjuicio de que si la compraventa, que es su causa abstraída, resulta que adolece de ineficacia originaria o sobrevenida, el vendedor, que ha dejado de ser propietario por la tradición, tiene una acción personal (*condictio*) contra el comprador, para que la retrotransmita la propiedad, y si no puede hacerlo, porque hizo tradición a un tercero, para que le indemnice y se corrija y actúe obligacionalmente y con dinero el perjuicio económico de la privación de la cosa específica, y así se restablezca el equilibrio económico alterado por el enriquecimiento sin causa del comprador.

Es decir, la ineficacia declarada del negocio obligacional, de la compraventa, de la causa de la transmisión, tan sólo implica la obligación o el deber personal del comprador de retrotransmitir la cosa, si aún la posee como dueño, o, supletoriamente, de resarcir al vendedor con dinero, si al hacer tradición de ella ha impedido que el vendedor pueda recuperar la cosa que vendió, y esta obligación se puede exigir por una acción personal del vendedor, por un *condictio*, calificada de acuerdo con su fundamento (*condictio sine causa, condictio ob causam finitam, condictio causa data causa non secuta, condictio ob terpem vel injustam causam, etc.*), referida más a un contrato (venta) o disposición unilateral (donación) que al cumplimiento de una obligación (*causa solvendi*), de la que no se precisa formalmente la fuente o causa.

La tradición de dinero por entrega y recepción manual, en algún caso, puede dar lugar a un error vicio del consentimiento en cuanto sea discutible si se realiza por donación o por préstamo mutuo, cuando no es por compra u otra justa causa. Caso distinto del que resulta cuando algunos mendigos modernos no piden limosna (por el Amor de Dios) sino que solicitan un préstamo (y dicen, préstame cuarenta duros para gasolina). Aquel equívoco se contempla por el precepto del Derecho romano en el que fundamentó SAVIGNY su teoría del negocio dispositivo traslativo real abstracto, en el Derecho romano, para conseguir algunos de los resultados que consideraba convenientes para lograr la seguridad del tráfico jurídico, en su contemporánea Alemania.

La interpretación conceptualista del Derecho romano, iniciada por el maestro SAVIGNY toma forma legal en el *Código Civil Alemán* de 1896, con una nueva normativa, que aparece clara en sus conceptos y coherente en su sistema, en la que cristaliza el deseado objetivo del negocio dispositivo abstracto; tanto a efectos de la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa, por *negocio dispositivo real*, integrado por el acuerdo real y por la forma publicitaria del acuerdo (que es la transmisión de la posesión si se trata de cosa mueble, y la inscripción registral si se trata de cosa inmueble); como a efectos de la transmisión de créditos o acciones por

acuerdo de cesión, muchas veces forma, considerado negocio jurídico y denominado *negocio de cesión*.

Todos ellos negocios dispositivos (el negocio dispositivo Tradición, el negocio dispositivo *Auflassung*, y el negocio dispositivo Cesión), diferenciados del negocio obligacional (del contrato de compraventa) que es su causa, y abstraídos de ella, de tal manera que la ineficacia de la compraventa no determina la ineficacia del negocio dispositivo y de la transmisión efectuada, sin perjuicio de la acción personal para la retrotransmisión o, en su defecto, para el resarcimiento por el enriquecimiento sin causa.

En este sistema, los derechos reales parciales posesorios muebles se constituyen y transmiten por tradición y los posesorios inmuebles por inscripción (al igual que los no posesorios, como el derecho de hipoteca).

Además, la aplicación de la abstracción causal se extiende a la constitución de créditos (promesa y reconocimiento de deuda) abstraídos de su causa contractual, fuente de la obligación que con el pago se extingue.

En ciertos casos se representan créditos y derechos reales no posesorios por títulos valores que corporalizan o «cosifican» el incorporado derecho de crédito o de hipoteca, que así son transmisibles abstractamente, por tradición del título valor, a veces con previo endoso en el mismo título valor, considerado como cosa mueble. Lo mismo que ocurre con los títulos que incorporan participaciones sociales (acciones).

Conviene reconocer y es muy importante tener en cuenta que, en la génesis conceptual y en la construcción doctrinal, las ideas de seguridad y de movilidad son las que determinan la idea de abstracción causal y ésta, a su vez, es la que determina la idea de diferenciación y escisión de voluntades, obligacional y dispositiva; porque *en el Derecho constituyente* el configurar la voluntad diferenciada permite configurar y regular la abstracción causal en la que se quiere fundamentar la seguridad del tráfico jurídico de cosas o de créditos incorporados.

Este es el origen de los muchos equívocos en que se halla inmersa la doctrina española, más germanista que latinista, a veces por un afán de imitación, más o menos consciente, pero innecesario unas veces e impropio o ilegal otras, que se quiere fundamentar en el Derecho romano tal como lo interpretó SAVIGNY, pero no los glosadores y los autores españoles, lo que conduce a la obsesión por una consideración causalista de diversos temas, descuidando una mayor consideración de las voluntades que pudieran estimarse causadas, sin distinguir claramente las voluntades *contractuales* y sus causas o sus motivos (las voluntades contractuales de enajenar y de adquirir el derecho que se transmite, y de constituir obligaciones adecuadas), de las voluntades de *dar* y de *recibir la posesión*, y sus causas, contractuales o legales.

Así, inspirado en la interpretación de los pandectistas alemanes, que

en el acuerdo *único* del contrato de compraventa diferenciaron conceptualmente una voluntad dispositiva y una voluntad obligacional, el Código Civil alemán no sólo las diferencia sino que las disocia o desintegra, considerando a cada una como esencial elemento volitivo de un negocio jurídico, el negocio jurídico dispositivo por una parte y el negocio jurídico obligacional u obligatorio por otra parte.

Para ello, del contrato de los glosadores *segrega* las voluntades traslativas, o sea, la voluntad de enajenar y la voluntad de adquirir, a las que denomina acuerdo real si se refieren a cosas, y acuerdo de cesión si se refieren a créditos o acciones.

Seguidamente, *agrupa* el acuerdo real con la tradición posesoria de cosa mueble, integrando el negocio dispositivo real mobiliario, que se denomina «Tradición», empleando una acepción de esta palabra; y *agrupa* el acuerdo real con la inscripción registral de cosa inmueble integrando el negocio dispositivo real inmobiliario, que se denomina *Auflassung*, empleando una de las varias acepciones de esta palabra.

También constituye con el acuerdo traslativo, expresado en ciertas formas, el negocio dispositivo de créditos o acciones denominando «Cesión».

El *resto* del contrato de compraventa es el convenio o acuerdo obligacional u obligatorio en que consiste el nuevo contrato de compraventa. Cualquier «contrato», propiamente dicho, es sólo un acuerdo obligacional.

Todo esto se articula en párrafos que regulan el negocio dispositivo como negocio abstracto, es decir, abstrayendo sus efectos inmediatos de la eficacia o ineficacia, originaria o sobrevenida, del contrato de compraventa que es su causa.

Con el fin de facilitar y asegurar el tráfico jurídico de cosas y de créditos y para fomentar el crédito hipotecario, mercantilizándolo.

A diferencia de este sistema alemán, en el actual sistema español:

1.<sup>a</sup> Ni la venta obliga a transmitir el derecho de propiedad por acuerdo real posterior, porque la venta es, ante todo, el acuerdo de voluntades que transmiten el Derecho de propiedad, asumiendo las correspondientes obligaciones legales o contractuales, y en este sentido es un negocio dispositivo y obligacional, más concretamente un contrato traslativo y obligatorio.

2.<sup>a</sup> Ni la tradición es un negocio jurídico en el que se integra el acuerdo de voluntades de transmitir el derecho de propiedad, porque este acuerdo es lo más esencial del contrato de compraventa español, y la tradición no es más que el hecho de la transmisión de la posesión por voluntad de dar y de recibir la posesión.

3.<sup>a</sup> Ni la venta es causa de una voluntad dispositiva sino la voluntad dispositiva misma, por lo que resulta imposible lógicamente la abstracción causal, so pena de forzar una concepción tradicional y vigente para suplantarla por una concepción extraña y artificiosa, de la que están de vuelta los autores alemanes y no sólo la conciencia popular alemana.

En conclusión, esencial, el contrato de compraventa en el Derecho español es, con terminología alemana, un negocio dispositivo y obligacional, suma del acuerdo real y del contrato obligacional, excluida la obligación de transmitir el derecho, o dicho con terminología española un contrato traslativo y obligatorio, aunque la eficacia del negocio dispositivo, el aspecto traslativo del derecho, esté condicionada al cumplimiento de un requisito o condición legal que es la tradición, obligada cuando es posible, eficacia traslativa a la que coadyuvan las obligaciones de dar posesión de la cosa y de garantizar el derecho sobre la cosa.

Olvidar este principio, pensar que el acuerdo de voluntades para la transmisión del derecho de propiedad reside en la tradición y pensar que esta tradición es el modo de adquirir, supone desconocer el sistema romano latino y pasarse al sistema pseudorromano y alemán, acaso inconscientemente, y porque así parece mejor fundada la conveniencia de sustituir la tradición por la inscripción como condición legal para que se produzca el efecto de transmisión del derecho de propiedad de los inmuebles y de algunos muebles asimilables, que se pueden identificar y que son muy valiosos.

El más o menos irreflexivo trasplante conceptual germanizante induce a pensar que el artículo 609 del Código Civil se refiere a la tradición como negocio dispositivo, integrado por el acuerdo real (el *animus transferendi et accipiendi dominii*) y por la transmisión de la posesión de la cosa (*corpus rei*), además de referirse al contrato de compraventa exclusivamente como negocio obligacional; aunque la tradición se considere un negocio causal, no abstraído de su causa, que es el contrato de compraventa.

Se olvida así que algunos glosadores, como UNZOLA, el discípulo de ROLANDINO, salían al paso del error de otros advirtiendo que *tradere* no significa «transferir a otro la propiedad» sino que significa «llevar a uno a la posesión corporal de la cosa» (pág. 293).

En cambio, se acoge la interpretación forzada de SAVIGNY del texto romano referente al *animus transferendi et accipiendi dominii* como si el *animus* fuera el acuerdo real alemán y como si la transmisión de la posesión fuera el elemento publicitario del *animus*, integrantes ambos del negocio jurídico dispositivo transmisivo llamado tradición.

Es frecuente origen de confusión el usar la palabra tradición en un

doble sentido, como simple transmisión voluntaria de la posesión, que es la tradición de los glosadores, o como negocio jurídico de transmisión de la propiedad, integrado por el acuerdo real y por la transmisión de la posesión, que es la tradición según SAVIGNY. Por esto, algunos llegan a opinar que el pago de la obligación de entregar es un negocio, y que se paga con un negocio (tradición) la obligación resultante de otro negocio (compraventa). Porque estos opinantes no consideran que el «modo de transmitir la propiedad» al que se refiere el epígrafe del artículo 609, 2, no es la tradición sino que es el contrato de compraventa, complementado con la transmisión de la posesión mediante el cumplimiento de la obligada tradición suplida por la puesta en posesión judicial en caso de incumplimiento de dicha obligación (art. 1.096, 1), porque la obtención de la posesión es requisito legal o condición legal suspensiva de la acordada transmisión de la propiedad a efectos de la prueba de la pertenencia del derecho, que la ley presume corresponde al poseedor en concepto de dueño, que está actuando de hecho como propietario (art. 448), sin perjuicio de la prueba contraria (art. 348, 2).

Puede inducir a cierta confusión el que PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, contrapuso al «principio de la tradición» español, como principio de publicidad posesoria, el «principio del consentimiento» francés, como principio de clandestinidad, cuando aún no se conocía el que se denomina por algunos «principio de consentimiento material» alemán, el principio del acuerdo real integrante de la tradición, negocio abstraído de su causa, propio de Código Civil alemán vigente pero no del Código prusiano en que se inspiró la Ley Hipotecaria de 1861.

La impresión se observa incluso en algunos grandes juristas prácticos; por ejemplo, cuando NÚÑEZ LAGOS dijo que su fórmula usual para la compra es «la consagración de la transmisión por el solo acuerdo de transmisión, por acto de disposición, porque la *traditio* ha sido absorbida por el acto de disposición».

Opuso ROCA SASTRE que la *traditio* no absorbe el acto de disposición ni, inversamente, aquella es absorbida por el acto de disposición, aunque el requisito de la tradición exigido por el Código Civil debiera desaparecer sustituido por el acuerdo de disposición (diferenciado, aunque) causalizado por el contrato de finalidad traslativa.

Ambas opiniones están claramente influídas por el trasplante conceptual del acuerdo dispositivo real alemán, pese a insistir NÚÑEZ LAGOS en que con el sistema español no se puede distinguir legalmente más que el contrato de compraventa y el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, y pese a reafirmar ROCA SASTRE que toda la virtualidad traslativa queda concentrada indiferenciadamente en el contrato de finalidad trasla-

tiva, por lo que no puede entrar en juego el expediente de la abstracción del convenio causal (pág. 805).

Abundantes muestras del germanismo infiltrado pueden verse en la mayor parte de los escritos de profesores y autores españoles, incluso en los grandes maestros, porque es muy difícil escapar del atractivo de los muchos logros conceptuales del Derecho alemán y ceñirse a la terminología de un Código que parece técnicamente obsoleto, si se le compara con el alemán o el italiano vigente, sin considerar que idéntica terminología puede significar algo más que sinónima y que las novedades terminológicas pueden conllevar novedades sustanciales o de fondo.

En un sistema legal sobre transmisión del Derecho de propiedad hay que distinguir su principio esencial y las consecuencias sistemáticas, si se quiere entender que dos legislaciones, que dos ordenamientos jurídicos actuales, pueden estar fundados en sendos principios fundamentales diferentes, de los que se derivarán consecuencias sistemáticas divergentes, aunque las disposiciones legales comparadas se refieran al mismo supuesto de hecho concreto, por lo que serán comparables pero no sustituibles.

Desatender esta idea fundamental es causa de errores de interpretación y aplicación de preceptos, al menos en la doctrina española, porque, sin que el autor se dé cuenta, es frecuente trasplantar al ordenamiento español las consecuencias sistemáticas del ordenamiento alemán.

El equívoco es más grave cuando se intenta alcanzar las consecuencias sistemáticas del ordenamiento alemán deformando el principio esencial o fundamental del sistema español, la naturaleza del contrato de compraventa como contrato traslativo y obligatorio, lo que implica, al mismo tiempo, deformar la naturaleza jurídica de la tradición, al considerar ésta como un negocio jurídico integrado por el acuerdo real alemán aunque causalizado (?) y por una forma publicitaria, mediante traspaso posesorio.

Por todo ello, podría hablarse del mal o enfermedad jurídica del «Savignyismo», con múltiples manifestaciones patológicas sintomáticas.

El equívoco se observa cuando el profesor LACRUZ, prácticamente, confunde el contrato de compraventa del artículo 1.445 con el contrato de cesión del artículo 1.526, al interpretar el artículo 1.462, 2, porque éste sólo se refiere a la *tradición*, en cumplimiento del contrato de venta de cosa cuando el vendedor es poseedor y debe entregar (art. 1.445), mientras que el artículo 1.526 se refiere al *contrato* de venta cuando el vendedor no es poseedor pero es propietario y tiene la acción reivindicatoria para recuperar la posesión y puede ceder su derecho como lo tiene, sin la posesión, sin tradición alguna, ni siquiera imaginaria.



*Voluntad dispositiva y obligatoria*

En el sistema español, el contrato de compraventa es, en todo caso y primordialmente, un contrato dispositivo, por el que el vendedor dispone y enajena o transmite al comprador, que adquiere el dominio de una cosa determinada y, a cambio, el comprador dispone y enajena o transmite al vendedor, que adquiere el dominio de una suma de dinero.

Con terminología española, es un contrato traslativo del dominio, aunque también puede ser traslativo o constitutivo de un derecho real parcial, o traslativo de un crédito u otro derecho incorporal, denominándose en este caso contrato de cesión.

1. Este es el contenido primordial y esencial del contrato, el acuerdo de las voluntades declaradas de las partes contratantes que quieren se produzca en la realidad jurídica el efecto transmisivo de la cosa y del dinero, el cambio de la cosa por el dinero.

Al *aspecto dispositivo*, al *animus transferendi et accipiendi dominii*, se refiere el libro III del Código Civil, que trata «de los diferentes modos de adquirir la propiedad», encabezado por el artículo 609, que en su párrafo segundo alude a la adquisición por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, pero también alude a la adquisición «por ley», conforme a alguna ley, incluyendo la adquisición por contrato de cesión, sin mediar tradición (art. 1.526), y la adquisición contra la voluntad del propietario anterior (art. 1.456).

El artículo 609 tiene su desarrollo en el mismo libro III, pero también en el libro IV.

Al párrafo primero del artículo 609, que trata de la ocupación, se refiere el libro III, capítulo I.

Al párrafo tercero del artículo 609, que trata de la prescripción, se refiere el título último (el t. XVIII) del libro IV, porque la prescripción afecta no sólo al dominio sino también a las obligaciones, según la concepción legal.

Al párrafo segundo del artículo 609, que trata de la adquisición derivativa, se refiere el libro III, en cuanto a la donación (título II) y a las sucesiones (título III), y el libro IV, en cuanto a los contratos, pues aunque este libro trata «de obligaciones y de los contratos», en modo alguno se ha de interpretar que los contratos sólo pueden ser obligatorios.

Basta considerar que en este libro se regulan los contratos de prenda, hipoteca y anticresis (t. XV) que, ante todo, son constitutivos de un derecho real parcial, aunque sea en garantía de un derecho de crédito, pero, más aún basta observar que los contratos de cambio de cosa por dinero (t. IV, del contrato de compra y venta) o de cosa por cosa (t. V, de la

permuta), primordialmente traslativos del dominio, son los primeros que se regulan (aunque sea después del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio-desgajado del libro I, «de las personas» y de la familia que trata en primer lugar de las donaciones por razón de matrimonio y en particular de la dote). Además, el libro IV comienza con unas disposiciones generales (C. I) y su primer artículo (art. 1.088) alude en primer lugar a las obligaciones de dar, al igual que el primer artículo (art. 1.094) del capítulo siguiente referente a la naturaleza y efectos de las obligaciones (C. II), en cuanto se trata de las obligaciones de transmitir la posesión en concepto de dueño, de hacer entrega o hacer tradición, porque, por consecuencia de un contrato traslativo, como el de compraventa o el de permuta, queda transmitido el dominio en el momento de la transmisión de la posesión, mediante tradición (art. 1.095) o mediante ejecución judicial supletoria (artículo 1.096, 1 y 2), según artículos consecutivos.

Entre las normas relativas al «contrato de compra y venta» (t. IV) también están incluidos preceptos referentes al aspecto dispositivo del contrato, como el que trata de la *enajenación forzosa* por causa de utilidad pública, que se rige por leyes especiales (art. 1.456), y el que regula la atribución del dominio en el caso de *doble venta* (art. 1.473), así como el que alude a la privación del derecho por *evicción*, de la que *responde* el vendedor (arts. 1.474 y 1.475), por razón de su voluntad dispositiva vinculada contractualmente, no por una especial voluntad que le obligue a transmitir el dominio, aunque sí le obliga a realizar los actos necesarios para que quede transmitido.

Al aspecto dispositivo traslativo se refiere, en particular, el capítulo del contrato de compra y venta que trata de las *transmisiones* de créditos y demás *derechos incorporales* (C. VII) y, concretamente, el artículo 1.526, referido a la prueba del contrato que es dispositivo antes que obligatorio, así como el precepto que alude a la transmisión de derechos accesorios (art. 1.528), y los artículos relativos a la responsabilidad del vendedor que no transmite aquello de que dispuso traslativamente (arts. 1.520, 1.532).

Todo ello dicho sin afán exhaustivo.

2. El aspecto dispositivo del contrato de compraventa es el primordial, sin perjuicio, claro está, de las consecuentes *obligaciones* que el ordenamiento jurídico impone a una y otra parte para que acaten y cumplan lo que declaran querer al perfeccionarse el contrato, con todas sus consecuencias económicas y jurídicas.

En primer lugar, para que el comprador de la cosa pueda ejercitar en paz su derecho de propiedad sobre la cosa comprada.

Con este fin, la ley obliga al vendedor a que entregue al comprador la cosa vendida como de su propiedad y posesión (art. 1.445); ejercicio en

paz que incluye la prueba de la pertenencia del derecho mediante la prueba del ejercicio de hecho del derecho, mediante la prueba de la posesión, atendida la presunción legal de ser la posesión en concepto de dueño una posesión *titulada* ejercitada con título adquisitivo del derecho (art. 448).

Aunque, aparte de la regulación de la situación normal del propietario poseedor que vende, la ley regula un contrato de compraventa especial, llamado contrato de cesión (art. 1.526) para el caso en que el vendedor no es poseedor y, no obstante, el comprador quiere adquirir el derecho de propiedad del vendedor, como lo tiene, sin la posesión, para reivindicar el derecho frente al poseedor en concepto de dueño y obtener la posesión perdida por el vendedor; contrato que no obliga al vendedor a entregar la cosa que es de su propiedad pero que no posee; contrato que se refiere, en general, a los derechos incorporales, es decir, a los derechos de crédito, a los derechos reales no posesorios y también a los derechos reales posesorios pero no acompañados con la posesión circunstancialmente, llamados todos derechos incorporales, respecto a los cuales es imposible la entrega y la ley no la exige, por excepción lógica al supuesto normal de la compra ordinaria que es la de cosa corporal, la del derecho de propiedad y de la posesión de la cosa.

Dicho deber genérico del vendedor incluye, en uno y en otro caso, otras prestaciones, como la de entregar la documentación probatoria del derecho del vendedor y del contrato perfeccionado y consumado, aparte de la obligación de entregar la cosa cuando la posea el vendedor, para que la presunción legal (art. 448) no se disocie de la voluntad contractual.

En segundo lugar, a consecuencia de su deber genérico, el vendedor garantiza al comprador que le pertenece el derecho de propiedad que le vende, para el caso de evicción (arts. 1.475 a 1.482) y que la cosa no está afectada por gravámenes ocultos (art. 1.483), y se encuentra en perfecto estado físico, sin defectos de cabida (arts. 1.469 a 1.472), sin defectos o vicios ocultos (arts. 1.484 a 1.490), incluidos los defectos físicos o enfermedades del animal vendido (arts. 1.491 a 1.499), sin que falte una parte física de la cosa (art. 1.460, 2) y sin que falte la posesión de la cosa, porque un tercero vence al comprador en un juicio interdictal (art. 1.474, 1.º) o porque un tercero posee la cosa en concepto de dueño (negando que el vendedor sea el propietario) y para recuperar la posesión de la cosa pueda ser necesario ejercitar la acción reivindicatoria; excepto cuando, al contratar la compraventa, el comprador conocía la situación de desposesión del vendedor, porque en tal caso el vendedor ni puede entregar ni, por lo tanto, ha de garantizar la posesión (art. 1.526), o cuando el comprador desconocía la desposesión del vendedor en documento privado y al llegar a conocerla no desiste oportunamente del contrato (art. 1.460, 2, y art. 1.462, 2), todo sin perjuicio de la acción por evicción del derecho de

propiedad si resulta que el vendedor desposeído no era propietario al vender.

La garantía, en definitiva, no es más que el deber y la responsabilidad que el vendedor tiene de acatar su voluntad acordada de transmitir el derecho que manifiesta tener.

Procede observar, ahora, que no es cierta la afirmación frecuente según la cual el contrato de compraventa francés es traslativo y el contrato de compraventa español es obligatorio, porque el contrato de compraventa francés no condiciona la transmisión del derecho de propiedad al cumplimiento de la obligación de entregar que incumbe al vendedor, en ningún caso, ni aun cuando el vendedor sea el poseedor en concepto de dueño, y sólo en esto se diferencia del contrato de compraventa español.

La verdad es que el contrato de compraventa francés, el italiano, y el español son contratos traslativos del dominio, en cuanto la ley reconoce la eficacia transmisiva del acuerdo de voluntades de las partes contratantes; aunque el Derecho español, por razones históricas relacionadas con la prueba de la propiedad y la apariencia posesoria (art. 448), traslade el momento de la transmisión del derecho al momento de la transmisión y obtención de la posesión por el comprador, que es el momento del cumplimiento de la obligación de entregar la posesión de la cosa, que incumbe al vendedor cuando es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, y que puede ser exigida coactivamente y cumplida forzosamente (art. 1.096, 1).

Sin perjuicio de todo lo cual, tales contratos de compraventa son contratos obligatorios en cuanto imponen a los contratantes unas obligaciones determinadas, todas ellas conducentes a que sea una realidad pacífica y duradera la transmisión del derecho para su ejercicio normal, conforme a la voluntad de las partes «bendecida» por las leyes.

En este sentido, la obligación esencial del vendedor es hacer todo lo necesario y lo conveniente, dentro de los usos del tráfico jurídico, para que el comprador pueda ejercitar con normalidad el derecho que compra, y, en consecuencia, está obligado a entregarle la cosa que posee, y a ayudarle a reivindicarla si el vendedor no posee o si al comprador le privan de la posesión y necesita reivindicar para recuperarla.

El condicionamiento de la entrega, como determinante de la consumación del efecto querido por las partes contratantes, el legislador lo puede dispensar y lo ha dispensado en Francia y en Italia, pero el legislador no puede reconocer la eficacia de una voluntad y, sin embargo, dejar de reconocer el deber de acatar lo que se ha convenido: la transmisión del derecho y la transmisión de la posesión para ejercitar normalmente el derecho sobre la cosa.

Sin olvidar, claro está, la Historia, tanto de la primitiva identificación del derecho con la cosa poseída, como de la prueba de la pertenencia del

derecho de propiedad por presunción legal deducida de la apariencia posesoria (art. 448).

En el Derecho español, aunque fenomenológicamente aparezca en primer plano una situación posesoria que la ley presume, nacida de una justa tradición por causa de un contrato traslativo del dominio (art. 448), la tradición no es lo primordial, en cuanto actuación (voluntaria, desde luego) del traspaso de la posesión en concepto de dueño de la cosa, sino que lo primordial es el contrato de venta, en cuanto acuerdo de voluntades, la del enajenante y la del adquirente, por las que se transmite la propiedad, según la ley, cuando queda transmitida la posesión.

El orden lógico es el de atender primero al contrato y después a la tradición o a la ejecución judicial supletoria, y no, como en Alemania, el de atender primero a la tradición, que inicia la posesión y la apariencia de propiedad, y, después, acaso, al contrato que se ha de estimar fundamento o causa de la tradición.

*Históricamente*, la posesión legítima como dueño al poseedor en cuanto es prueba indirecta del dominio, a efectos judiciales (sobre todo procesales reivindicatorios) y extrajudiciales (art. 448), y por ello su obtención condiciona la adquisición del dominio por transmisión contractual; pero, en la actualidad, la escritura notarial también legitima como dueño (arts. 1.218, 1.462, 2, y 1.526), sobre todo la registrada (art. 38 LH), en cuanto prueba directa de la adquisición del dominio, que permite sustituir, con ventaja, la legitimación posesoria por la legitimación documental y registral, en particular a efectos del artículo 41 LH, equilibrando la carga de la prueba cuando se trata de actuar contra un poseedor en concepto de dueño *no titulado*; sin olvidar que el artículo 1.526, en el supuesto de desposesión del vendedor, excluye el condicionamiento legal de los artículos 1.095 y 1.096 en relación con el artículo 448, ya que se enfrenta la legitimación del poseedor a la legitimación documental del reivindicante.

Incluso cabría pensar, *de jure condendo*, a imitación del Derecho francés e italiano, en atribuir mayor relieve a la prueba documental directa del título adquisitivo (arts. 1.218 y 1.462, 2 ó 1.526), frente a la prueba por presunción deducida de la posesión (art. 448), a efectos de excluir, en todo caso, y no sólo en el de la desposesión del vendedor, el condicionamiento legal de la puesta en posesión, voluntaria (art. 1.095) o forzosa (art. 1.096), sobre todo cuando la prueba documental está reforzada por la inscripción registral.

En definitiva, hay que valorar justamente el contrato, las voluntades acordadas de enajenar y de adquirir el dominio, tanto la venta como la cesión en su caso, y no magnificar desmesuradamente el valor legal de la tradición que sólo es el traspaso de la posesión en concepto de dueño, un traspaso poco material o aparente, pues incluso puede resultar de un

simple acuerdo informal de constituto posesorio (arts. 1.462, 1, y 1.463), un traspaso posesorio que la ley estima que existe, aunque sólo sea en virtud de dicho acuerdo, cuando la venta se otorga en escritura notarial (art. 1.462, 2), pero que la ley no exige, por ser ontológicamente imposible en la actualidad de la perfección del contrato, cuando el vendedor está desposeído (art. 1.526) —por lo que en tal caso desaparece el condicionamiento legal de la obtención de la posesión para la adquisición del derecho de propiedad comprado— un traspaso que, cuando la ley lo exige porque el vendedor es poseedor, no sólo puede ser obtenido por *acto obligado*, es decir, por tradición, actuación voluntaria pero debida u obligada (art. 1.095), sino también, supletoriamente, por *ejecución judicial*, forzosa, contra la voluntad del vendedor (art. 1.096); para que así quede cumplida, voluntaria o forzosamente, una obligación de dar posesión, nacida de un contrato que, primordialmente, es traslativo del derecho de propiedad (art. 609, 2) y que sólo por consecuencia obliga a entregar (art. 1.445); sobre todo a efectos probatorios de la acordada transmisión del derecho (art. 1.095 en relación con el art. 448); la que se realiza en el momento en que es posible el ejercicio de hecho del derecho que se adquiere a causa o por consecuencia del contrato (art. 609, 2); de manera que así no cabe hablar de una tradición abstracta como negocio dispositivo traslativo, ni siquiera de una tradición fundada en una *causa solvendi*, o sea, en el cumplimiento de una obligación que no expresa la causa o fuente de la que nace, que en el caso contemplado sería el contrato de venta; obligación que, en definitiva, tampoco se refiere a acordar la transmisión de un derecho sino a realizar una actuación de traspaso de la posesión, a dar y a recibir la posesión de la cosa; a recibir de conformidad o por consignación judicial inclusive.

En el Derecho alemán el propietario transmite el dominio de cosa mueble por tradición, porque se obligó a transmitirlo por contrato de venta.

Inversamente, en el Derecho español, el propietario dispone del dominio por contrato de venta y, en consecuencia, se obliga a hacer tradición de la posesión en concepto de dueño.

Ya prácticamente terminada la composición de este estudio, se ha publicado el de FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, catedrático de Derecho civil en Santander, acerca de la «Cesión de créditos» (*Anuario de Derecho civil*, octubre-diciembre 1988, distribuida en marzo de 1989, págs. 1.033 a 1.131), en el que trata de algunas de las cuestiones que planteó en torno al artículo 1.526, exclusivamente desde el punto de vista de la cesión de créditos.

Configura la cesión como una transmisión o «efecto jurídico común a toda una serie de contratos distintos entre sí» (pág. 1.038), sin precisar

que, históricamente y en el Código Civil, la cesión es el contrato de compraventa especial por su objeto que es la transmisión de un derecho incorporal, sea o no un derecho de crédito, aunque los derechos incorporales, y entre ellos los créditos, también se transmiten o «ceden» por otros títulos.

Más adelante dice (pág. 1.036) «me atrevo a proponer para nuestro Derecho las siguientes clasificaciones y terminología. *Negocios de disposición, negocios meramente obligacionales o de obligación*, según que el negocio de que se trate pueda o no formar parte integrante de un supuesto de hecho modificativo, transmisivo, de gravamen o extintivo de un derecho preexistente. Con arreglo a este criterio... serían negocios *de disposición* la compraventa, la condonación, la novación objetiva o la donación (también la llamada donación obligatoria), y serían negocios meramente *obligacionales* el arrendamiento, el mandato o el depósito». Hasta aquí el razonamiento es correcto.

«Entre los negocios *de disposición inter vivos* destacarían los *contratos de transmisión o gravamen*, que se subdividirían a su vez en contratos *traslativos* y contratos *obligatorios*...». Esto ya no es ortodoxo, por lo que sigue:

«Los contratos traslativos —dice— son los que producen de manera inmediata, por virtud del mero consentimiento legítimamente expresado, la transmisión del derecho de que se trata», mientras que los contratos obligatorios «caso de ser parte integrante del supuesto de hecho de una adquisición derivativa... precisan de algún requisito ulterior al mero contrato para que el efecto traslativo se produzca» (pág. 1.035), «como ocurre con la compraventa de cosa corporal». Pero, ¿por qué no puede ser el de compraventa un contrato traslativo, aunque sometido a condición legal suspensiva, y, además, obligatoria?

Agrega que «los artículos 609, II, y 1.095 CC y sus antecedentes no permiten albergar ningún género de duda» respecto a la vigencia del «sistema de transmisión por el título y el modo» (pág. 1.059), pero no considera su actual sentido.

Asimismo dice en un largo entre paréntesis (pág. 1.034) «Yo estoy convencido de que la idea de que no quepa transmisión de un derecho sin una declaración de voluntad finalmente dirigida a la producción de un tal efecto jurídico no es sino un prejuicio derivado de la exageración del dogma de la autonomía de la voluntad que impide comprender adecuadamente un sistema como el de nuestro Derecho en el que, por un lado, *el contrato de compraventa* es el único elemento negocial del supuesto de hecho de la transmisión de la propiedad a título de venta, y, por otro lado, dicho contrato *no requiere para su validez y eficacia ni una voluntad de transmitir el dominio por parte del vendedor, ni una voluntad de adquirirlo*

*por parte del comprador*». ¿Acaso quiere decir una voluntad *expresa* donde sólo dice voluntad?

No obstante, advierte a continuación, con plena ortodoxia, que «no ocurre lo mismo por lo que a la transmisión de los derechos de crédito respecta». «La cesión de créditos es un contrato típicamente traslativo *rectius*: la compraventa, donación, cesión en/para pago, etc., de créditos son contratos típicamente traslativos. Ningún acto de entrega o traspaso al cesionario de la (cuasi) posesión del crédito por parte del cedente es necesario para que se produzca la transmisión de su titularidad de éste a aquél... Como sus antecedentes históricos y tenor literal prueban sin lugar a dudas, los artículos 609, II, y 1.095 no son aplicables a la cesión de créditos».

Inmediatamente añade: «Y tampoco puede servir de argumento en contra lo dispuesto en el artículo 1.464 CC, por la sencilla razón de que una cosa es que el vendedor o cedente de un crédito tenga la obligación de «entregárselo» al comprador o cesionario por alguno de los medios que el citado precepto señala y otra muy distinta que la transmisión del crédito de uno al otro esté supeditada al cumplimiento de dicha obligación. Por lo demás, ¿se le ocurriría a alguien sostener que, no constando la cesión de un crédito en escritura pública, ni existiendo ningún título de pertenencia del mismo, la transmisión del crédito en cuestión no se producirá hasta el momento en que el cesionario haga uso de él, consistiéndolo el cedente...?».

No tiene en cuenta que el contrato de cesión, por su objeto, que es siempre un derecho incorporal, en todo caso excluye la obligación de entregar y la tradición, sin perjuicio del deber de cumplir cuanto sea necesario o conveniente para que el derecho quede transmitido y pueda ser ejercitado normalmente, sobre todo facilitando la documentación probatoria del derecho del cedente y de la cesión.

Concluye resumiendo que «Aceptadas tales clasificaciones y terminología... la compraventa de créditos (la cesión de créditos a título de compraventa, si se prefiere decirlo así) habría de ser calificada como *negocio de disposición* (al igual que la de cosas corporales) y *contrato típicamente traslativo* (a diferencia de la de cosas corporales)».

Parece que no considera la posibilidad de configurar a la tradición como una *conditio juris* adicional al contrato de compraventa, que no forma parte del *negocio* jurídico de compraventa aunque sí del supuesto de hecho de la transmisión, del *título* de adquisición traslativa o de pertenencia, según la terminología doctrinal y jurisprudencial española.

Añade también certeramente que «Fracasaría, en fin, cualquier intento de aplicar a la cesión de créditos la teoría del título y el modo por la vía



de considerar «modo» a tal efecto la notificación de la cesión al deudor cedido».

Ya he dicho que el estudio citado no trata, en absoluto, de la cesión (o venta) de otros derechos incorporeales que no sean el derecho de crédito, ni, desde luego, de la cesión del derecho de propiedad, o sea, de la acción reivindicatoria. No obstante, es útil para confirmar que el artículo 1.526 alude, no a una forma esencial (pág. 1.099), sino a una prueba documental [que el autor califica como prueba «tasada» (pág. 1.072) y que vengo denominando prueba plena] que sólo puede ser desvirtuada en juicio, por otra prueba contraria; y también es útil para confirmar que según el artículo 1.526 el efecto traslativo es inmediato a la perfección del contrato (pág. 1.095).

Esto quiere decir que se trata de una *cesión propiamente dicha*. Por ello insiste ampliamente en considerar inaplicable al Derecho español la figura de la cesión de créditos con la finalidad de cobro, es decir, insiste en considerar inaplicable la *autorización para el cobro* (págs. 1.039 y sigs.), también llamada en la doctrina alemana *cesión impropia*.

Esta cesión impropia es la que algunos autores, como VALLET DE GOYTISOLO y ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, creen *única* posible cuando se trata de la cesión del derecho incorporal del propietario desposeído.

Se puede observar que el germanismo, que tanto influye en la doctrina española y se aprecia en la bibliografía citada por el autor, parece impedirle concluir que tanto el contrato de venta de cosa como el contrato de cesión de derecho incorporal consisten esencialmente en un acuerdo de dos voluntades dispositivas traslativas, aunque no sean expresas, como se observa claramente en el Derecho francés y en el Derecho italiano, que sólo se diferencian del Derecho español en no condicionar legalmente el efecto traslativo de la venta de cosa a la obtención de la posesión (mediante tradición o ejecución judicial supletoria), a efectos de prueba de la pertenencia del dominio (art. 448).

Influye también la consideración de la *teoría* del título y el modo, y la obsesión por no ver en el artículo 609, 2, las adquisiciones que se realizan «por la ley» del artículo 1.526 y por no ver que el artículo 1.055 está complementado por el artículo 1.096 y ambos se refieren al artículo 1.445, pero no al artículo 1.526.

Advierte que «es preciso evitar que la terminología nos juegue una mala pasada» (pág. 1.034), pero no logra plenamente su propósito. El Savignysmo le desorienta.

Cualquier Notario o Registrador, todos los días, trabaja con escrituras públicas en las que los vendedores manifiestan la voluntad de disponer traslativamente de su derecho de propiedad, y cualquier comerciante establecido tiene la voluntad de disponer de la mercancía que está vendiendo,

y lo sabe, aunque ignore que la propiedad no se transmite hasta que el comprador obtiene la posesión (si el vendedor es el poseedor en concepto de dueño).

*Voluntad dispositiva y pseudoobligación de transmitir la propiedad:  
Venta de cosa ajena.*

1) *Se cuestiona si el vendedor está obligado a transmitir el derecho de propiedad y si el comprador puede exigir el cumplimiento de esta obligación y la prueba del derecho del vendedor. Para centrar la cuestión conviene considerar tres supuestos:*

1.º El comprador y *accipiens* de la tradición, poseedor en concepto de dueño, puede ser demandado en juicio declarativo ordinario por un tercero que reivindica el derecho de propiedad para recuperar la posesión, alegando que el vendedor no era propietario, y la sentencia firme estimará si el momento de la perfección de la venta era propietario el vendedor o el tercero.

2.º El comprador y *accipiens* de la tradición, poseedor en concepto de dueño, puede demandar al tercero, no poseedor actual, que se jacta de ser el propietario desde antes de la venta al poseedor demandante, ejercitando la acción declarativa del dominio, en juicio ordinario, y la sentencia firme estimará si en el momento de la perfección de la venta era propietario el vendedor o el tercero.

En ambos casos, habida cuenta de la presunción legal del artículo 448, el comprador no puede dirigirse contra el vendedor para que le pruebe su derecho de propiedad que, expresa o tácitamente, manifestó tener al otorgar la venta, sin que entonces el comprador opusiera reparo alguno por insuficiencia de prueba del dominio. El comprador sólo puede, una vez firme la sentencia de evicción, dirigirse contra el vendedor ejercitando la acción de saneamiento por la evicción sufrida (arts. 1.475 al 1.482).

3.º Por otra parte, el comprador, adquirente del derecho de propiedad por contrato de venta, consumado, según prueba documental plena (art. 1.462, 2), que se enfrenta a un tercero, que dice ser propietario y poseedor en concepto de dueño desde antes de la venta, puede demandar en juicio declarativo ordinario a dicho tercero poseedor, ejercitando la acción reivindicatoria (art. 348, 2) para desvirtuar la presunción legal del artículo 448.

Si la sentencia firme estima probado no ser cierto que el poseedor en concepto de dueño tuviera título adquisitivo del derecho, pese a la apariencia posesora (art. 448), o que el título alegado no podía prevalecer contra el derecho del vendedor, el poseedor debe devolver la posesión de

la cosa al actual propietario, cesionario del derecho del propietario desposeído.

Si la sentencia firme, por el contrario, estima que, al tiempo de la venta el propietario es el tercero poseedor, el comprador podrá ejercitar contra el vendedor la acción personal de saneamiento por la evicción sufrida del derecho de propiedad, en vez de una simple acción personal por incumplimiento de la obligación de entregar la posesión.

En cualquiera de los tres supuestos considerados se cuestiona la pertenencia del derecho de propiedad y la prueba de la consumación del efecto traslativo del derecho de propiedad por el contrato de venta cuando un tercero se atribuye la pertenencia del derecho, cuestión de prueba que sólo se puede resolver en juicio seguido contra el tercero que dice ser el propietario, y no se puede resolver en juicio entre comprador y vendedor, que deben hacer causa común contra el tercero poseedor (arts. 1.481 y 1.482).

Todo ello en función de la presunción legal de pertenencia del derecho de propiedad, por justo título de adquisición, al poseedor en concepto de dueño, salvo prueba en juicio declarativo, en el que se discute el derecho, la pertenencia de la propiedad y no sólo el hecho de la posesión (art. 448).

En los dos primeros supuestos la presunción (art. 448) es favorable al comprador que ha recibido la entrega, frente al tercero, como era favorable al vendedor antes de realizar la entrega, frente al tercero y respecto al comprador.

En el último supuesto, cuando un tercero es el poseedor en concepto de dueño, la presunción que le favorece (art. 448) ha de ser desvirtuada (art. 348, 2) por la prueba en contrario, de la que resulte que no tiene derecho a poseer, sobre todo por la prueba documental, por la prueba plena mediante escritura pública, respecto al contrato (art. 1.216), pero no respecto a la entrega (art. 1.526 y no art. 1.462, 2).

A este propósito, también se ha de considerar que la apariencia documental resultante de la escritura notarial, la apariencia de venta y de cumplimiento de la entrega puede no coincidir con la realidad.

Cuando el comprador y *accipiens* resulta vencido (*evicto*) por la acción interdictal para la recuperación de la posesión, ejercitada por un tercero, queda probado que el vendedor, aunque tuviera cierto poder de hecho sobre la cosa no tenía una pacífica posesión en concepto de dueño (y en este sentido se interpretan las palabras poder y posesión del art. 1.462, 1), por lo que los autores clásicos consideran que la evicción de la posesión, en juicio posesorio, supone incumplimiento de la obligación de entregar la posesión de la cosa.

En cambio, cuando el comprador, con o sin ayuda procesal del vendedor (*otor* o garante), resulta vencido (*evicto*) en juicio, entablado por un tercero reivindicante o entablado por el comprador reivindicante contra

un tercero (poseedor en concepto de dueño porque ganó al comprador el interdicto de recobrar o porque el vendedor mediante escritura pública no era el poseedor en concepto de dueño), es decir, cuando se declara, en juicio declarativo del derecho de propiedad, que el vendedor no era el propietario y que no lo es el comprador, queda declarado que no se ha cumplido la obligación de entregar la posesión en concepto de dueño, pacífica, fundada en el dominio, contra la presunción del artículo 1.462, 2, y el vendedor ha de prestar la garantía, el saneamiento por la no adquisición del derecho.

El único camino para probar el incumplimiento de la acordada transmisión del derecho de dominio es éste de la evicción en juicio, frente al tercero que se atribuye el *derecho* de propiedad y logra probar lo que afirma.

Por todo ello es erróneo cuestionar si el vendedor está obligado a transmitir la propiedad de la cosa específica vendida y si es posible la venta de cosa ajena, que son cuestiones íntimamente relacionadas.

En realidad, el vendedor, al vender, *dispone* por contrato del derecho de propiedad que manifiesta tener, o sea, acuerda que se transmita su derecho al comprador, conforme a la ley, según la cual el derecho quedará transmitido en el momento en que el comprador obtenga la posesión, por razones de prueba del derecho de propiedad (art. 448) y también *se obliga* a entregar la posesión de la cosa específica al comprador, para que así quede cumplida la expresada condición legal al tiempo que el comprador pueda ejercitar el derecho que compra, por lo que decir que el vendedor está obligado a transmitir la propiedad sólo quiere decir que debe realizar la tradición, para que en el mismo momento en que transmite la posesión quede transmitida la propiedad, por quedar cumplida la condición legal suspensiva de la eficacia traslativa acordada, pero bien entendido que, si la transmisión de la posesión no se realiza por entrega voluntaria, se podrá obtener supletoriamente por ejecución judicial, como cumplimiento forzoso de un deber específicamente coercible (art. 1.096, 1).

El incorrecto planteamiento de si el vendedor está obligado a transmitir la propiedad, se aprecia con claridad cuando se trata de la cesión del derecho de propiedad incorporal; el vendedor, al disponer de su derecho, lo transmite en el momento de la perfección del contrato, pues, ontológicamente, no está obligado a transmitir la posesión y, entonces, no es aplicable el condicionamiento legal suspensivo de la obtención de la posesión (art. 1.526). Es decir, la voluntad dispositiva acordada transmite el derecho, sin mediar una transmisión de la posesión; supuesto que, efectivamente, el vendedor o cedente sea el verdadero propietario (art. 348, 2), según declaración judicial, contraria a la presunción legal de ser propietario el poseedor en concepto de dueño (art. 448).

La venta no obliga a transmitir el derecho, aunque sí obliga a transmitir la posesión (art. 1.445), porque la transmisión del derecho es efecto directo del contrato, se produce «por consecuencia del contrato» (art. 609, 2), en cuanto contrato dispositivo, aunque «no hasta que» el comprador recibe la posesión, porque el vendedor cumple la obligación de entregar (art. 1.095) o, en su defecto, porque se logra la puesta en posesión judicial (art. 1.096, 1, 2).

Además, la cesión no obliga a transmitir el derecho, porque la transmisión del derecho es efecto directo del contrato, se produce «por consecuencia del contrato» (art. 609, 2), en cuanto contrato dispositivo, en el momento de la perfección del contrato, inmediatamente, como está dispuesto «por la ley», que es el artículo 1.526, del que es antecedente la «ley romana» (C. 4,39,9) que «concedía» la acción reivindicatoria al comprador tan sólo por la compra, sin que para ello sea necesario que el contrato se someta a otras normas que las generales para los contratos en cuanto a la forma (arts. 1.278 a 1.280) y en cuanto a la prueba (arts. 1.218 y 1.227, art. 1.526, 1), que son de gran importancia porque no es aplicable la prueba de la posesión (art. 448), que sólo se refiere a la venta de cosa.

La cesión no obliga a transmitir la posesión que no se tiene, pero sí obliga a realizar cuanto sea necesario para que el derecho quede transmitido tal como lo tiene el cedente, sin la posesión, sobre todo a facilitar la prueba documental para el ejercicio judicial de la acción reivindicatoria y a la asistencia procesal al cesionario, para obtener la posesión, sin olvidar que el cedente responde de la evicción del derecho, según lo convenido y conforme a la ley.

La presunción de pertenencia del dominio deducida de la documentación (art. 1.218) y de la inscripción (art. 38 LH), aplicada al procedimiento fundado en ésta (art. 41 LH) no invierte la carga de la prueba del dominio, sino que impide al poseedor ampararse en la presunción deducida de la posesión (art. 448), pues en su «demanda de contradicción» ha de acompañar *título* de adquisición del dominio que contradiga el título de adquisición registrado que se acompaña a la instancia inicial del procedimiento, es decir, ya no le basta ampararse en la posesión.

Si se trata de un poseedor *no titulado* no prosperará su demanda de contradicción.

Si se trata de un poseedor *titulado*, que exhibe y acompaña su título adquisitivo, el que insta el procedimiento, como el reivindicante, ha de desvirtuar el título probatorio del poseedor, que acredita un título derivativo o una usucapión consumada (art. 41, 6, 2.<sup>a</sup>, LH).

2) En relación con la *venta de cosa ajena* hay que matizar lo siguiente:

Si el vendedor no es propietario de la cosa, al no poder transmitir en

la actualidad un derecho que no tiene, la compra ordinaria de cosa ajena es imposible.

No obstante, el vendedor, que conoce su falta de derecho, puede convenir con el comprador una compra especial en la que asume la obligación adicional de adquirir la propiedad, lo que puede ocurrir, sobre todo, cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa y le da posesión al comprador (que acaso está dispuesto a adquirir el dominio por usucapión, silenciando aquel conocimiento).

Cuando el vendedor, que no es propietario de la cosa pero es el poseedor en concepto de dueño, desconoce su falta de derecho para realizar la entrega en concepto de dueño, el comprador que recibe la posesión y que más tarde pone en duda la pertenencia del derecho al vendedor al tiempo de la venta, no puede exigir al vendedor que pruebe dicha pertenencia, pues el vendedor, expresa o tácitamente, manifestó al vender que tenía el derecho, y el comprador, expresa o tácitamente, consideró suficientemente probada esta afirmación.

Entonces, si el vendedor no se anticipa a reconocer su falta de derecho y acatar las consecuencias legales o convenidas, el comprador puede esperar a que el tercero le demande y pruebe ser el propietario; supuesto que, entre tanto, este tercero no pierda el dominio por usucapión del comprador, quien al efecto sumará el tiempo de posesión que corresponda al vendedor y el suyo propio.

En el mismo supuesto, el comprador también puede demandar al tercero, que se jacta de ser el propietario desposeído, e intentar probar que el derecho le pertenece, aunque no lo conseguirá, ya que, por hipótesis, en el caso considerado, se trata de cosa ajena, y el tercero demandado es el verdadero propietario.

En uno y en otro caso, el comprador puede pedir la ayuda procesal del vendedor, y debe notificarle la demanda para después poder ejercitar contra él la acción de saneamiento por la evicción del derecho (art. 1.481).

Similar a este tratamiento del supuesto de falta de derecho del vendedor es el tratamiento del supuesto de falta de posesión del vendedor (propietario desposeído), aunque la prueba de la pertenencia o no pertenencia del derecho es muy distinta de la prueba del hecho de la posesión o de la desposesión. La similitud radica en que la pertenencia de la propiedad es presupuesto de la voluntad de transmitir el derecho de propiedad, y la posesión o tenencia de la cosa en concepto de dueño es presupuesto de la voluntad de transmitir la posesión.

También es similar a éste el tratamiento de la pérdida parcial de la cosa al tiempo de la perfección del contrato, si puede ser objeto de refacción (art. 1.460, 2, según analogía secular).

*Adquisición derivativa, ineficacia del título y Registro de la Propiedad.*

Conforme al Derecho vigente antes de la Ley Hipotecaria de 1861, la adquisición del derecho de propiedad por contrato de compraventa es rigurosamente derivativa (*nemo dat quod non habet, nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse sibi habet, quod ab initium vitiosum est nullum producit effectum et non potest tracto tempore convalescere, resolutio jure dantis resolvitur jus consessum...*). La adquisición derivada o mediata del dominio supone que es *verdadero propietario* el vendedor y que pasa a serlo el comprador. Por contra, la usucapión es la adquisición por el uso continuado de cosa ajena, una adquisición cuasi originaria e inmediata, no derivada y mediata, aunque el poseedor usucapiante haya llegado a serlo por compra y tradición *a non domino*, no por compra *a vero domino*.

El legislador de 1861, preocupado por la «implantación del nuevo Registro», regula la situación del inmatriculante y la situación del causahabiente del inmatriculante, que es el tercero inscrito, el tercero registral, el tercero respecto a la situación resultante del Registro, el que antes de inscribir es sólo tercero civil respecto a los títulos no registrados referentes a la misma finca y respecto al título inscrito de adquisición por el inmatriculante.

El legislador se propone (aunque sea en perjuicio del que civilmente pudiera resultar ser el verdadero dueño) amparar o proteger al tercero civil según título traslativo de compra, que al comprar confía en la exactitud del Registro e inscribe su título, que confía en que el titular registral primero es el verdadero dueño como parece ser según el Registro, aunque civilmente y en la realidad no lo sea, porque si bien *lo fue*, ya dejó de serlo, por haber dispuesto del dominio o por haberlo perdido a consecuencia de la usucapión del poseedor en concepto de dueño (art. 23, hoy 32, y art. 36, 1, LH vigente), o porque *nunca lo fue*, pues su aparente título de adquisición, inscrito, es nulo o queda resuelto (art. 34 LH); también se propone, el legislador, amparar al que confía en que la inscripción del primer titular no es nula por error, sino exacta, porque no omite ni expresa con inexactitud sustancial alguna de las circunstancias que deben constar en la inscripción (arts. 30, 31 y 32 LH 1861, a los que ha sustituido el vigente art. 40, apartado final, referente a la rectificación del Registro inexacto no sólo por *falsedad*, nulidad o defecto del título inscrito, según el art. 33 LH, sino también por error de la inscripción del título, según los artículos 30, 31 y 32 LH 1861).

Atendiendo a la finalidad propuesta, el legislador dispone que a dicho tercero inscrito le es *oponible* lo registrado, sin error, por inscripción o

anotación anterior a su compra —como le sería oponible si sólo fuera tercero civil— y que le es *inoponible* lo no registrado, por inscripción o anotación anterior a su compra, que le sería oponible si sólo fuera tercero civil. En este sentido, al tercero inscrito le perjudica lo inscrito sin error y no le perjudica lo no inscrito, es decir, que al tercero inscrito sólo le perjudica lo inscrito sin error.

El legislador, primordialmente, se refiere a la existencia de una escritura notarial que prueba la transmisión del dominio por venta y entrega del inmatriculante a un primer comprador que demoró su presentación en el Registro, dando ocasión para que se presentara en primer lugar del Diario la escritura que prueba la venta al tercero inscrito, quien resulta ser un segundo comprador (art. 23, hoy 32 LH).

El legislador se refiere, además, a la ineficacia, a causa de nulidad o de resolución, directamente declarada, del título inmatriculado, en particular al caso del título inmatriculado declarado «nulo» por ser «falso» o simulado para lograr la inmatriculación, y al caso de la ineficacia declarada por derivación de la ineficacia del título de algún causante en tracto sucesivo ascendente (de la que civilmente deriva la ineficacia del título del causahabiente si es un tercero civil). El legislador no descuida el admitir la posibilidad de anotar la demanda de contradicción del Registro (hoy art. 38, 2, y art. 42, 1, LH) en la que se alega la ineficacia del título inscrito, para que la sentencia que la declare pueda perjudicar a tercero protegido por el Registro, al excluir la alegación de desconocimiento de la causa de la ineficacia declarada con posterioridad a su inscripción (art. 32 LH).

Claro que lo dicho se ha de referir también a cualesquiera otros dos titulares registrales sucesivos por venta del dominio, a la no oponibilidad al titular del dominio de las cargas anteriores a su compra que no consten registradas, así como a la titularidad de otros derechos distintos del dominio que pudieran constar registrados, en particular al crédito hipotecario.

En cualquier caso, para el legislador Pedro Gómez de la Serna, título traslativo del dominio por contrato de venta es *tanto* el contrato de venta por el propietario poseedor, complementado con la tradición, probadas mediante escritura notarial (hoy art. 1.462, 2), en el amplio sentido jurisprudencial del concepto título —conjunto del «título» (venta) y el «modo» (tradición)— al que se refiere la reciente Sentencia de 30 de enero de este mismo año 1989, *como* el contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído o «cesión de la acción reivindicatoria» (hoy arts. 1.526, 1, 2, y 1.218 y 1.280, 1, 6.º).

Ahora bien; conviene recordar que el tercero inscrito protegido adquiere *a non domino*, del no dueño, y con independencia de la tradición, es decir, de manera que la inscripción ni suple ni sustituye a la tradición, conforme a lo siguiente:



En el supuesto de doble venta (al igual que en el de doble cesión) la solución legal (art. 1.473, 2) se aplica a favor del segundo comprador que contrata con quien ya no es poseedor en concepto de dueño, ni propietario, porque ha hecho tradición, al menos por *constituto posesorio*, al primer comprador (o no ha hecho tradición, porque está excluida, a un primer cesionario de su derecho de propiedad incorporal cuando existe un tercero poseedor en concepto de dueño contra el que es posible reivindicar).

En el supuesto de ineficacia, la solución legal (art. 34 LH) se aplica cuando el vendedor es poseedor y hace tradición en cumplimiento de la venta que luego, por derivación, se declara nula o resuelta (y también se aplica cuando el vendedor cede su derecho de propiedad incorporal y luego, por derivación, se declara nula o resuelta la cesión).

Más adelante se estudia la situación del tercero inscrito que resulta ser el segundo comprador en el caso de doble venta o de doble cesión.

Ahora procede considerar la situación del tercero inscrito en el caso de declararse nulo o resuelto el título de adquisición por su causante.

En el Derecho civil español, la ineficacia *originaria* de una venta, que se declara judicialmente al ejercitarse una acción de *nulidad* (o de inexistencia o de anulación) trasciende *ex turno*, es retroactiva, afecta o perjudica por derivación, por propagación, por repercusión, al tercero subadquirente por compra (subcomprador), porque quedó sin causa la adquisición por el título de venta que se declara nulo en primer lugar y, además, todas las adquisiciones derivadas de ella, según título traslativo posterior en tracto sucesivo descendente.

Asimismo, la ineficacia *sobrevenida* de una venta, que se declara judicialmente al ejercitarse una acción de *resolución* (o de revocación de una donación por incumplimiento de condición) tiene transcendencia *ex tunc*, es retroactiva, afecta o perjudica por derivación al tercero subadquirente por compra (subcomprador), porque se declara que otro es el verdadero dueño y a él debe *devolver la posesión* en concepto de dueño de la cosa, porque quedó sin causa la adquisición resuelta y las adquisiciones derivadas.

En cambio, la ineficacia *sobrevenida* de una venta, que se declara judicialmente al ejercitarse una acción de *rescisión* o de revocación de donación por ingratitud del donatario o por supervivencia de un hijo del donante) sólo opera o es eficaz *ex nunc*, no es retroactiva, no afecta o perjudica por derivación al tercero subadquirente por compra (subcomprador), porque es el verdadero dueño, a menos que hubiere comprado con mala fe.

Al tiempo de la codificación decimonónica se insistía en que el sistema romano de adquisición derivativa es perjudicial para la seguridad del tráfico jurídico de cosas, por cuanto la declaración judicial de nulidad o

resolución del título de adquisición por el vendedor (incluso por derivación de la nulidad o resolución de títulos de adquisición por causantes anteriores en tracto sucesivo ascendente) implica la declaración de la pertenencia del dominio a persona distinta del comprador.

En 1861, el legislador registral dispone que, por derivación o propagación no es oponible al titular registral actual la ineficacia, por nulidad o resolución, del título de adquisición del titular registral anterior vendedor. Incluso cuando esta ineficacia resulta por derivación o propagación de la nulidad o resolución del título de adquisición de alguno de los causantes del vendedor anteriores en tracto sucesivo ascendente, sean o no titulares registrales (art. 34 LH). A menos que la posibilidad de la declaración de nulidad o resolución resulte del mismo Registro, sobre todo por anotación de demanda. Con la palabra nulidad se incluye la inexistencia y la anulabilidad o anulación, y con la palabra resolución se incluye la rescisión y la revocación que civilmente eran oponibles al tercero subadquirente por compra.

En 1889, el legislador civil, con más facultades innovadoras que el legislador registral de 1861, dispone que por derivación o propagación no es oponible al tercero civil subadquirente por compra (subcomprador) la declaración judicial de ineficacia del título de adquisición del vendedor por quedar rescindido (art. 1.291, incluido el art. 1.124) o revocado por ingratitud del donatario vendedor o por supervivencia de un hijo del donante vendedor. La reforma del Código Civil no alcanza la ineficacia por cumplimiento de la condición resolutoria del título de adquisición del vendedor, ni a la ineficacia por incumplimiento de la condición impuesta en el título de donación al donatario que más tarde vende, de manera que estas ineficacias continúan siendo oponibles a dicho tercero.

La ineficacia de una venta, sea originaria (por nulidad, también incluida la inexistencia y la anulabilidad o anulación), sea sobrevenida (por resolución, también incluida la consiguiente a la revocación de donación por incumplimiento de condición impuesta al donatario que después vende), implica que, pese a la apariencia documental de transmisión definitiva al comprador (art. 1.462, 2), la propiedad continúa perteneciendo a otro, quien puede recuperar la *posesión*, bien ejercitando la correspondiente acción personal, dirigida contra el comprador poseedor y, en su caso, a la vez o después, contra el subcomprador poseedor, o bien, cuando proceda, ejercitando la acción real reivindicatoria dirigida contra el poseedor en concepto de dueño, cualquiera que sea, sin relación personal conocida con el reivindicante que pudiera fundamentar una acción personal de éste contra aquél, no entendida la palabra «personal» en el sentido de acción personalísima y sólo ejercitable por determinada persona.

Sin embargo, en caso de segunda venta seguida de subventa, a la

acción personal rescisoria ejercitada por el primer comprador, el segundo comprador puede oponer el artículo 32 LH y el subcomprador puede oponer el art. 37 LH si se declara rescindida la segunda venta por mala fe del segundo comprador cuando el subcomprador no es, también, de mala fe.

El Código civil alemán va más allá que el español para asegurar la adquisición en el tráfico jurídico de cosas.

Por una parte, la declaración de ineficacia, originaria o sobrevenida, del contrato obligatorio de venta, no determina la ineficacia del negocio dispositivo de transmisión causado por la venta pero *abstraído* causalmente por ella, cualquiera que sea el negocio dispositivo: *Auflassung* inmobiliaria, Tradición mobiliaria, Cesión de créditos y acciones.

Así, la declaración de ineficacia de la venta, que fue seguida del negocio Tradición, tan sólo implica el deber personal del comprador de *devolver* la *propiedad* al vendedor, mediante un nuevo negocio dispositivo de Tradición, y si no es posible tal devolución, porque ya dispuso el comprador mediante Tradición a otra persona que adquirió en firme, entonces implica el deber de resarcir al vendedor del perjuicio correspondiente al enriquecimiento sin causa del comprador que vendió e hizo Tradición (como resultado de la abstracción inicial del negocio dispositivo Tradición del que era su causa el contrato de Venta que se declara ineficaz).

Aún más, la condición voluntaria, resolutoria o suspensiva, se configura como pacto obligatorio, que afecta al contrato de Venta pero no afecta al acuerdo real del negocio dispositivo inmobiliario (*Auflassung*), aunque puede ser anotada la condición inmobiliaria para que afecte la condición al posterior titular registral del dominio.

Por otra parte, adquiere en firme el titular registral del dominio pese a la ineficacia del negocio de transmisión abstracta (*Auflassung*) realizado (como transmitente) por el anterior titular registral que no era el verdadero propietario al disponer traslativamente. El nuevo titular registral adquiere *a non domino* (parág. 892) como medida de protección al que compra confiado en la apariencia registral, en la presunción de exactitud del Registro.

Asimismo, adquiere en firme el que por Tradición es poseedor en concepto de dueño pese a que no fuera propietario el poseedor anterior, disponente por Tradición. El nuevo poseedor adquiere *a non domino* (parágs. 923 y 925) como medida de protección al que compra confiado en la apariencia posesoria, en la presunción de ser propietario el que es poseedor en concepto de dueño y como dueño dispone por Tradición. A este caso es similar el de la venta de mercaderías en el Derecho español (art. 464, 4; no en casos de venta civil según nuestro Tribunal Supremo).

En el sistema alemán, por ser el negocio dispositivo de transmisión de

una finca un acuerdo real con forma esencial de inscripción, no sería aplicable una disposición equivalente al artículo 32 LH, precepto que sí tiene equivalente en los sistemas francés e italiano, porque en ellos, como en el nuestro, la inscripción no es constitutiva de la transmisión por causa de venta del propietario (en aquellos aún sin transmisión de la posesión, a diferencia del nuestro).

Asimismo, en el sistema alemán, por el carácter abstracto del negocio de transmisión, no sería aplicable una disposición equivalente al artículo 34 LH, precepto que sí tiene equivalente en el sistema italiano, en el que las resoluciones judiciales no transcritas o anotadas durante un cierto número de años no pueden ser opuestas a tercero inscrito.

Por el contrario, en el sistema alemán sí que tiene equivalente el precepto del artículo 40, párrafo final, de la LH, porque lo primordial en Alemania es el principio de exactitud de la inscripción, añadido al de constitución de la transmisión por inscripción del acuerdo real y al de la abstracción del negocio de transmisión de inmuebles respecto al contrato de causa.

Este principio de exactitud tiene efectos procesales (legitimación, similar a la del art. 38 LH) y efectos sustantivos (fe pública registral), en relación con los errores de la inscripción constitutiva y abstracta y en cuanto a los vicios del *acuerdo real*, siempre que puedan quedar desvinculados de los correspondientes vicios de la voluntad obligacional (que es su causa) no ya teóricamente, sino en la realidad práctica.

La abstracción causal subsiste cuando se incorpora un derecho de hipoteca a un título valor, lo que implica consecuencias que no pueden ser transplantadas al sistema español. Es más, una promesa o reconocimiento de deuda garantizada con hipoteca incorporada a un título valor se considera abstraída del negocio obligatorio (que, en la realidad, es la causa o fuente de la obligación «prometida» o reconocida, de la que está abstraída formal y sustantivamente).

En el Derecho español, la acción de nulidad y la acción de resolución no perjudican a tercero registral de buena fe, y la acción rescisoria no perjudica a tercero civil a menos que sea de mala fe.

En ambos supuestos, el tercero adquiere por compra *a non domino*, pero no porque la adquisición sea abstracta respecto al contrato causa, de manera que sólo sea posible corregir el enriquecimiento sin causa mediante una *condictio*, sino porque dicha ineficacia no afecta derivativamente, a tercero *civil* en caso de rescisión (art. 1.295), a tercero *registral* en el caso de nulidad o resolución (art. 34 LH), a menos que se pruebe su mala fe, su conocimiento de la «causa» de la ineficacia.

La declaración judicial, en cualquier caso, implica para el demandado como parte civil el deber de devolver la *posesión*; pero cuando la devolu-

ción no es posible porque la propiedad corresponde a un tercero comprador no sea de mala fe probada (arts. 1.295 CC y 34 LH), la parte civil ha de «devolver» el dinero del precio que cobró al tercero, e indemnizar los perjuicios si la vendió ilícitamente en fraude del derecho ajeno (artículo 1.291, 3, 4).

Dicho todo lo anterior, estimo oportuno aludir, de jure condendo, a la conveniencia de sustituir por la inscripción a la tradición, con el mismo alcance de condición legal suspensiva del efecto transmisivo del contrato de venta —de manera similar a como el Código Civil configuró la inscripción de la constitución (art. 1.875), pero no de la transmisión, del derecho de hipoteca— o bien a la conveniencia de proceder a una reforma más profunda del sistema vigente, civil y procesal (en consideración a la prueba de la pertenencia del derecho), en el que la inscripción del título (de compra seguida de tradición, en su caso) no es constitutiva de la transmisión, aunque sea determinante de su firmeza en caso de doble venta (art. 1.473, 3, y art. 32 LH) o en caso de ineficacia del título por el que adquirió el transmitente (art. 34 LH).

Ahora bien, la inscripción que LUZURIAGA preconiza para sustituir a la tradición no es la *Eintragung* de la *Auflassung* abstracta ideada por SAVIGNY, sino la inscripción regulada por el Derecho prusiano vigente al tiempo de la gestación del proyecto de Código Civil de 1851. Esta era la inscripción germánica que entendía conveniente don BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER, que durante muchos años luchó por mantener y mejorar el sistema registral español, como subsecretario de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Más tarde, vigente ya el Código Civil alemán de 1896 (desde 1900), le sucedió en el cargo y en sus afanes, durante muchos años, don JERÓNIMO GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ. La doctrina española contemporánea de don Jerónimo y la actual tienden a olvidar el Derecho prusiano, e incluso el Derecho español en lo que se refiere al contrato de compraventa y a la tradición tal como lo entendía el legislador registral don PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA. No obstante, en la reforma de la Ley Hipotecaria en 1944-1946 no prevalece el criterio de SAVIGNY legalizado por el Código Civil alemán.

Por ello, al entender, como yo creo, que el Registro es mejor medio de publicidad de la pertenencia del derecho de propiedad que lo es la posesión, respecto a fincas y bienes muebles registrables, no empece el reconocer que en el actual sistema español, por la propia esencia o configuración legal del contrato de compraventa romano o latino que constituye su principio fundamental, ni la compraventa es un simple negocio jurídico obligacional al estilo alemán, ni la tradición tiene el hipertrofiado sentido del negocio jurídico dispositivo mobiliario al estilo alemán, por lo que

lógicamente es imposible la abstracción causal de la tradición o de la inscripción que pudiera sustituirla *de jure condendo*.

LUZURIAGA partía de la innovación introducida por el Proyecto de Código Civil de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, de la supresión de la tradición como condición legal suspensiva de la efectividad de la transmisión contratada por vendedor y comprador, pero manteniendo el contrato de compraventa como acuerdo traslativo y obligatorio, traslativo en todo caso, entre partes y respecto a tercero civil, aunque necesariamente complementado por la inscripción respecto a fincas. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA consiguió que la inscripción complementaria quedara referida no a los efectos traslativos entre las partes contratantes, sino a los efectos de inoponibilidad de lo no inscrito al comprador inscrito, sin perjuicio de la subsistencia de la tradición como requisito legal de la transmisión del dominio entre las partes contratantes, sin reformar la ley civil ante la oposición de algunas regiones forales, y sin agravarla exigiendo la tradición cuando el vendedor está desposeído.

Han sido intérpretes posteriores a nuestra Ley Hipotecaria de 1861, a nuestro Código Civil y, sobre todo, al Código civil alemán, los que han olvidado que la voluntad traslativa es primordial en la venta, como si no existiera al tiempo de vender y perfeccionarse el contrato o como si hubiera de subsistir al tiempo de la transmisión de la posesión; sin percatarse de que ésta puede ser voluntaria, por ambas partes, con voluntad de cumplimiento de un deber del vendedor, pero no por voluntad *ex novo* de transmitir la propiedad; sin resaltar que la transmisión de la posesión en concepto de dueño puede ser impuesta contra la voluntad rebelde del vendedor, que se niega a cumplir su obligación de entregar, con lo que dificulta el cumplimiento de la condición legal de la transmisión del derecho; y sin advertir que la tradición queda legalmente excluida, por ser ontológicamente imposible, cuando el vendedor está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño (art. 348, 2).

Por el contrario, comprender bien el significado de la denominada cesión de la acción reivindicatoria ayuda a comprender la naturaleza del contrato de compraventa, como acuerdo de las voluntades de disposición y adquisición del dominio de la cosa (sólo consecuentemente obligatorio) y la naturaleza de la tradición como acuerdo de transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa en cuanto la obtención de la posesión por el comprador es condición legal de la adquisición del dominio por el comprador, impuesta por razones de prueba de la pertenencia del dominio; que presuntamente pertenece al poseedor en concepto de dueño (art. 448), sin perjuicio de la prueba contraída con la que ha de cargar el verdadero propietario reivindicante (art. 348, 2), sea el propietario que fue desposeído, sea el que le compró su derecho incorporal de propiedad (art. 1.526).

*El artículo 609 del Código civil y su apartado segundo, al final y al principio:*

1) Conforme al epígrafe del libro tercero del Código Civil, su «disposición preliminar», el artículo 609, en sus tres párrafos, trata «de los diferentes modos de adquirir la propiedad», pero también se refiere a los derechos reales parciales y aunque se critica su falta de precisión, como si fuera una simple enumeración o clasificación académica, en ocasiones como la ahora considerada se pretende deducir alguna consecuencia importante de su interpretación literal, sin tener en cuenta que el precepto dice más de lo que parece decir en cada uno de sus párrafos y en el conjunto de ellos:

1.º El *párrafo primero* del artículo 609 alude a la *ocupación* o *adquisición originaria* (en otro tiempo llamada *inmediata*) del derecho de propiedad por la toma de posesión de la cosa cuando nadie la posee como dueño legalmente reconocido, porque nunca fue poseída por un dueño o porque fue abandonada u olvidada por éste, sin perjuicio de la posible atribución al patrimonio del Estado.

2.º El *párrafo segundo* del artículo 609 es, con mucho, el más importante, en cuanto se refiere a la *adquisición derivada o derivativa* (en otro tiempo llamada *mediata*) del derecho de propiedad de la cosa que ya fue ocupada y pertenece a alguien; en cuanto considera el cambio de propietario por traspaso, traslado, transferencia o transmisión de la propiedad de la cosa, que de pertenecer al transmitente (o disponente, según la terminología alemana) pasa a pertenecer al adquirente, por negocio de disposición, con las limitaciones que tenía el anterior propietario, pues *nemo plus juris ad alium transfert potest quam ipse sibi habet*, y nadie puede dar lo que no tiene:

1. El párrafo segundo del artículo 609 se refiere a la adquisición derivativa y gratuita, *post mortem* del transferente de la cosa o del dinero, por *sucesión*, por acto de disposición voluntaria del transmitente o causante (declarada en testamento, donación *mortis causa* o contrato sucesorio) o por disposición supletoria de la ley (art. 658), aceptada o no renunciada por el adquirente (arts. 661 y 988). Implica la transmisión de la propiedad y de la posesión (art. 440) en el momento del fallecimiento del causante (arts. 657 y 989). Es decir, que por el testamento (título) pero en el momento del fallecimiento (modo) se transmite la propiedad y además la posesión; al igual que por la compraventa (título) pero en el momento de la tradición de la posesión (modo) se transmite el dominio.

2. También se refiere el párrafo del artículo 609 a la adquisición derivativa gratuita e *inter vivos*, por donación, o sea por acto de voluntad

dispositiva declarada por el transmitente de la cosa o del dinero y aceptada por el adquirente, *inter vivos*, antes de fallecer el donante (art. 633, 2), para surtir efecto inmediato (art. 1.618); por una voluntad dispositiva, unilateral y recepticia (similar a la voluntad del testador según la historia y el Código Civil) y con eficacia traslativa del dominio en el momento de la perfección de la donación, al conocer el donante la aceptación declarada por el adquirente (art. 623); voluntad dispositiva y perfección de la donación equivalentes, respectivamente, al título y al modo.

Lo normal es que coincidan en unidad de acto, si no en el mismo momento, con inmediata sucesión, la donación, la aceptación y el conocimiento de ésta por el donante.

Sobre todo coinciden en unidad de acto cuando la donación es verbal con entrega simultánea que perfecciona la donación (art. 623), por lo que la entrega no es acto de cumplimiento de un deber.

También coinciden en unidad de acto cuando la donación y la aceptación se formalizan en un solo escrito por donante y donatario (arts. 632 y 633), en especial cuando el documento es una escritura pública (art. 633) que prueba ambas voluntades y que si puede probar la entrega no significa que ésta perfeccione la donación o que sea cumplimiento de una condición legal determinante del momento en que se produce la transmisión del derecho de propiedad, porque la transmisión del *derecho* se realiza por la donación y en el momento de la perfección de la donación, aunque la entrega determine el momento de la transmisión de la *posesión*, dado que no es aplicable a la donación, por analogía, lo dispuesto respecto a la transmisión de la posesión del testador al heredero en el momento del fallecimiento de éste (art. 440).

Falta la unidad de acto cuando la disposición y la aceptación constan en sendos documentos y la aceptación, posterior a la disposición, se declara antes de fallecer el donante (art. 633, 2), *inter vivos*.

3. El párrafo segundo del artículo 609 se refiere, sobre todo, a la adquisición derivativa y onerosa por *contrato de compraventa* ordinaria (arts. 1.445; 1.461; 1.462; 1.095), por la voluntad dispositiva de ambas partes, del vendedor, disponente o transmitente de la cosa que posee, y adquirente del dinero del precio, así como del comprador, disponente o transmitente del dinero y adquirente de la cosa; por un contrato de cambio de cosa poseída por dinero, con dos disposiciones o transmisiones recíprocas. Si bien el precepto comprende, en general, los contratos dispositivos o traslativos del dominio; «mediante la tradición» algunos o «ciertos» de ellos, como el de compra ordinaria, o sin mediar la tradición por el contrato de compra especial denominado contrato de cesión, lo que guarda relación con lo que sigue.



4. El mismo párrafo alude a la adquisición derivativa de la propiedad *por la ley*, con remisión general importantísima para este estudio.

Lógicamente, el «legislador», que retocó el anteproyecto del Código, añadió, respecto a la transmisión *por consecuencia de ciertos contratos*, las palabras *mediante la tradición* e introdujo en el precepto las palabras *por la ley*, que relacionó unas con otras.

La expresión «por la ley» es de índole general e incluye, sin duda alguna, todas aquellas maneras o modos de adquirir la propiedad reconocidos como tales por alguna ley, que no consistan en la voluntad dispositiva del propietario transmitente manifestada en las tres formas tipificadas por el precepto, es decir, que no sean la delación sucesoria aceptada, la donación aceptada o el contrato de compraventa ordinaria (u otro «cierto contrato» traslativo) seguido de la tradición.

Claro que la expresión general «por la ley», acaso con mayor acierto, podía haberse situado después de las palabras «mediante la tradición» como un etcétera, pero quizá se pensó en que el rango de la ley es superior al de la voluntad humana y por ello se colocó en primer lugar dentro del párrafo, antes de la donación, de la sucesión y del contrato de compraventa ordinaria (u otro traslativo), quedando sin relación aparente con estos tres «modos». Sin embargo, en adelante se considerará que las palabras «por la ley» están situadas lógicamente al final del párrafo segundo del artículo 609, después de la palabra tradición, y que significan «o por cualquier otro modo establecido por la ley», «o por disposición de ley», «o por la ley», dicho en forma resumida.

El párrafo segundo del artículo 609, primero del libro III, dice que la *propiedad* se adquiere «por la ley», al igual que el artículo 1.089, primero del libro IV, dice que las *obligaciones* nacen «de la ley» y de otras causas, porque es «ley», en cada caso, el precepto que regula el supuesto del que resulta existir una transmisión del dominio o existir una obligación, porque se citaban como «leyes» los preceptos de los textos romanos y de Las Partidas, los preceptos que hoy son artículos numerados del Código civil o del Code civil francés, parágrafos numerados del BGB y simples números del Codice civile italiano.

Después de considerar el párrafo tercero del artículo 609 en relación con los otros dos volveré sobre el párrafo segundo y las palabras «por la ley».

3.º El *párrafo tercero* del artículo 609 no se refiere a la adquisición originaria, ni tampoco a la derivativa (transmisión del derecho tal como pertenecía al transmitente, con sus mismas limitaciones), sino a la denominada *adquisición cuasi originaria* del derecho de propiedad, que implica una adquisición del derecho —no derivativa— para el usucapiente y al

mismo tiempo una pérdida del derecho —no por abandono— para el anterior propietario que en algún momento dejó de poseer en concepto de dueño (perdió la posesión) y que, desde entonces, dejó pasar el tiempo sin reivindicar la pertenencia del derecho para recobrar la posesión perdida.

2) Con los dos párrafos últimos del artículo 609 el Código formula el *principio fundamental de la transmisión del dominio por contrato de compraventa*, actualizan dos preceptos del Derecho romano, primariamente referidos a la reivindicación y a la prueba de la adquisición del dominio e interpretados desde los glosadores hasta la codificación con práctica unanimidad, que constituyen la esencia del sistema español, no identificado con la hipertrofiada teoría del título y el modo.

1.º Según el más importante de estos dos preceptos *nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur* D. 41,1,31, pr. de PAULO).

Fue interpretado por los glosadores en el sentido de ser el contrato de compraventa (u otro similar, como la permuta) la causa justa o fundamento jurídico de la transmisión del derecho de propiedad del vendedor y de la adquisición por el comprador, pero no bastante, por sí solo, para que se produzca o realice el efecto transmisivo querido por las partes contratantes, pues el efecto traslativo, según la ley, se produce *por* la compraventa, sí, pero *en* el momento en que, seguidamente a ella, se cumple y realiza la tradición, es decir, la transmisión y adquisición de la posesión en concepto de dueño de la cosa.

De tal modo que el comprador y *accipiens* por la tradición de la posesión en concepto de dueño, pueda ejercitar en paz su derecho de propiedad sobre la cosa, usarla y disfrutarla (e incluso abusar de ella, se decía), sin que nadie, fundadamente, pueda arrebatarle su posesión y negarle su derecho de propiedad, lo que le facultaría para reivindicar.

La transmisión del derecho desde el momento de la tradición implica para el vendedor el deber de conservar la cosa y la responsabilidad por las consecuencias de la no conservación hasta el momento de la entrega, con repercusión en la subsistencia o extinción de la facultad de exigir al comprador el pago del precio.

El precepto alude a que la tradición, la simple transmisión y adquisición de la posesión de la cosa en concepto de dueño de la misma no produce la transmisión y adquisición del dominio de la cosa por sí sola (*nuda traditio*), es decir, si no la precede el contrato de compraventa (u otro similar, como la permuta), que legalmente es la causa justa de la transferencia del dominio; la transmisión que se produce por la compraventa, sí, pero en el momento de la consiguiente tradición, que se realiza

en cumplimiento de la obligación del vendedor de entregar la cosa y que existe desde que se recibe la cosa por el comprador.

La expresión *propter quam* del precepto romano queda recordada con la expresión «*por consecuencia* de ciertos contratos» del artículo 609, 2, del Código Civil.

Lo que se dice de la cosa del vendedor también puede decirse, *mutatis mutandis*, del dinero del precio del comprador.

2.º El otro precepto histórico recogido en el Código de Justiniano dispone que *dominia rerum traditionibus et usucapionibus non nudis pactis transferentur* (C. 2,30,20). Se puede traducir, sin énfasis, en singular, que el dominio de una cosa se adquiere por la compraventa, pero no solamente por la compraventa (*non nudis pactis*), sino mediante y en el momento de la tradición y, en su caso, mediante la usucapión, en el momento de su consumación.

En principio, si el vendedor es propietario y poseedor de la cosa (lo que ha de ser probado al reivindicar), por el contrato de compraventa de la cosa, pero sólo al realizar la tradición de la posesión en concepto de dueño, transfiere su derecho de propiedad al comprador.

Sin perjuicio de esto, en el Derecho romano clásico la propiedad quiritaria de la cosa *mancipi* se transmite por compra y *mancipación*, que es la transmisión solemne de la posesión y del dominio; aunque más bien la *mancipación* incluye, en su forma solemne, el contrato de compraventa y la transmisión de la posesión y del dominio de la cosa y del dinero, comprendiendo la perfección y la consumación de la compra y de la venta.

La propiedad quiritaria de la cosa *mancipi* no se transmite sólo por compra y tradición, que es la transmisión de la posesión sin la fórmula solemne de la *mancipación*, pues se requiere, además, el uso de la cosa poseída durante cierto tiempo, que es de dos años si se trata de cosa inmueble y el de un año si se trata de cosa mueble o semoviente (como un esclavo). Es decir, que la transmisión de la propiedad quiritaria de la cosa *mancipi* se transmite por contrato de compraventa complementado por la tradición y por la usucapión; dicho de otra manera, se transmite por la posesión, adquirida y ostentada, desde la tradición, por la justa causa o el justo título traslativo del dominio que es la compraventa, posesión conservada durante un cierto tiempo ininterrumpido hasta agotar el plazo (*usu capere*).

Por ello el precepto utiliza la conjunción copulativa *et* y no la conjunción disyuntiva *aut*, lo que no se suele advertir.

Esto lleva a que el reivindicante, al que corresponde probar que le pertenece el derecho, probando de qué modo lo adquirió él y de qué modo lo adquirieron sus causantes, si no puede probar el modo de adquisición del derecho de propiedad por su vendedor, probará que la posesión le ha

sido transmitida, al recibir la tradición de la cosa, por causa de un probado contrato de compraventa y que la ha tenido o usado durante el plazo necesario para la usucapión, contando la duración suficiente de la posesión desde el momento presente hacia el pretérito, si se prueba la compra pero no su fecha ni la fecha de la tradición consiguiente.

Para atender a este supuesto, y no al de falta de *mancipatio*, se alarga el plazo de uso (probado) de la cosa a tres años para muebles y diez años para inmuebles entre presentes.

Finalmente, se admite la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria por el uso (probado) de la cosa en concepto de dueño durante un plazo mucho más largo, de treinta años, aunque el poseedor no pruebe una justa causa o justo título que fundamente y justifique su posesión en concepto de dueño.

El Código Civil alude a la prescripción en el artículo 609, 3, para englobar la usucapión, es decir, la duradera posesión titulada hoy llamada usucapión ordinaria, y la prescripción de la acción reivindicatoria por duradera posesión no titulada hoy llamada usucapión extraordinaria. Todo ello porque, normalmente, la prescripción se hace valer como excepción opuesta a la acción, la reivindicatoria en este caso; aunque la usucapión ordinaria o extraordinaria puede declararse en juicio declarativo instado por el adquirente que hizo perder el derecho de propiedad al anterior propietario.

Obsérvese que lo dicho alude a la cosa del vendedor, porque el dinero del comprador, que también merece ser considerado *mutatis mutandis*, tiene un tratamiento diferente por la imposibilidad de reivindicar sumas de dinero, como cosa genérica no identificable que excluye la usucapión.

Procede recordar que el derecho de propiedad se contempla en el Derecho romano por los jurisconsultos a través de la regulación de la *acción reivindicatoria* y de la *prueba* de la pertenencia del derecho de propiedad, en la que tanta importancia tiene la prueba de la usucapión. Por esto don BIENVENIDO OLIVER centró su *Derecho inmobiliario español* en torno a la prueba del derecho de propiedad y a la reivindicación; lástima que no se publicara más que el tomo primero y quedara inédito su manuscrito, que quizá se haya perdido. La reforma de 1944-1946 modifica la Ley Hipotecaria en los temas de la reivindicación, de la posesión del demandado, sea poseedor sin título o poseedor titulado, de la prueba del dominio, de la usucapión, de la recuperación de la posesión, que facilita, etc., porque son los temas decisivos a la hora de definir un sistema civil y registral.

3) *Volviendo a considerar* la referencia que hace el párrafo segundo del artículo 609 a la adquisición de la propiedad *por la ley* se comprueba

que no se refiere a la adquisición originaria por ocupación (art. 609, 1) ni a la adquisición cuasi originaria por prescripción (art. 609, 3), sino exclusivamente a otras adquisiciones de la propiedad no resultantes de algunas típicas transferencias voluntarias, a otros supuestos de hecho a los que la ley atribuye el efecto de la adquisición del derecho de propiedad, sea configurada como derivativa, sea configurada como no derivativa.

1. Ha de ser incluida la transmisión de la cosa por *expropiación* o enajenación forzosa que es usual calificar como compraventa especial, aunque no se realiza por contrato, voluntariamente concertado, sino contra o sin la voluntad del propietario en cuanto a la transmisión de la cosa; si bien contando con ella, hasta cierto punto, en cuanto a la determinación de la cuantía del precio y a la recepción o consignación del dinero simultáneamente a la toma de posesión, determinante del momento de la transmisión (art. 349 y art. 1.456); quizá desde la entrega del justiprecio inicial, simultánea a la toma de posesión, en el caso de expropiación urgente, según la Ley de Expropiación Forzosa.

También se ha de incluir la transmisión por *adjudicación judicial al mejor postor* en la subasta pública del juicio ejecutivo, aunque según la Ley de Enjuiciamiento Civil se otorga la escritura de adquisición de la cosa a cambio de una suma de dinero entregada (la postura) como si se tratara de un contrato de compraventa (especial), que no existe, porque no hay declaración de voluntad del propietario que se dice es el «vendedor» y el juez no sule esa voluntad, sino que prescinde de ella al adjudicar y al formalizar una prueba documental de la transmisión, que se opera por la adjudicación y el pago del precio, sin necesidad de tradición complementaria, aunque sin perjuicio de la posterior «puesta en posesión» si fuera necesaria.

Se trata de dos enajenaciones forzosas para el «vendedor», aunque se califiquen como compras especiales porque existe un cambio de cosa por dinero, en cuantía que no fija el vendedor.

Obsérvese que la función de prueba del cambio de dueño significada por el cambio de posesión (art. 448) no es significativa en estos casos, habida cuenta del carácter público de la atribución del dominio, por acto administrativo o por acto judicial debidamente documentados.

En uno y en otro supuesto de hecho, desde un punto de vista económico, existe un cambio de cosa por dinero que el legislador configura como una compraventa especial en tanto el contrato de compraventa es el modelo legal al que se refieren las circunstancias no especiales del cambio y en cuanto al momento de la transmisión de la cosa puede entenderse que es el momento de la entrega del dinero del precio cuando es posterior a la perfección de tal compra especial, al igual que ocurría conforme a la

legislación anterior al Código Civil, que aún recuerda la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.512) y el mismo Código Civil (art. 349).

2. «Por la ley» se realiza la adquisición del dominio por el beneficiario de los supuestos regulados por los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, según remisión legal y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 608 del Código, que es inmediatamente anterior al artículo 609 que se está considerando. También es así, en el supuesto del artículo 36, 1, de la Ley Hipotecaria, reformada en 1944-1946.

Lo mismo puede decirse del beneficiario en los supuestos de hecho contemplados por el artículo 464, 4, del Código que ahora es «la ley» aludida por el artículo 609, 2, respecto de cosa mueble.

Estos dos últimos son los supuestos denominados de inmediata adquisición a *non domino*, que implican la pérdida de la propiedad para el anterior propietario, como en la usucapión, pero o al término de un plazo de uso, sino en el momento de presentar a inscripción (arts. 32, 34, 36 LH) o de obtener la posesión (art. 464, 4).

3. Ahora procede observar que el artículo 609, en sus párrafos segundo y tercero, se refiere no sólo al derecho de propiedad, que es el único derecho al que alude su encabezamiento, como «disposición preliminar» del libro III del Código, que trata «de los diferentes modos de adquirir la propiedad», sino también a los *demás derechos reales* o gravámenes de la propiedad, sea los que facultan para poseer la cosa en concepto distinto al de dueño, como el derecho de usufructo, sea los que no facultan para poseer la cosa, como el derecho de hipoteca.

Así, el párrafo segundo del artículo 609 hay que referirlo a los derechos reales parciales o gravámenes que se constituyen y, a la vez, se adquieren, o que se transmiten (transmiten y adquieren) por todos los «modos» expresados en el precepto; no sólo por compraventa y tradición, en su caso, sino también «por la ley», como ocurre con el derecho de hipoteca, que se constituye y adquiere no por contrato y tradición, sino por contrato, dispositivo (constitutivo) y obligatorio, mediante la inscripción, constitutiva del derecho y de su adquisición, y que se transmite por contrato de cesión del crédito garantizado, sin tradición ni inscripción (art. 1.526).

Puesto que el derecho de *hipoteca* se configura legalmente (art. 2 LH) como derecho real, resulta que el artículo 609, 2, sólo puede incluir su constitución y su transmisión contractual con las palabras «por la ley».

Así es, porque el derecho de hipoteca se constituye por contrato de hipoteca tipificado en el Código (art. 1.857) como contrato dispositivo y obligacional, y perfeccionado mediante documento público constitutivo del contrato (arts. 1.875 y 1.280, 1, 1.º) pero no eficaz en cuanto a la existencia del derecho hasta que el documento se inscribe en el Registro de la Propiedad (art. 1.875). De tal manera que la inscripción, en este caso,

es una condición legal (*conditio juris*) del efecto (constitutivo y adquisitivo del derecho) querido por las partes contratantes del contrato de hipoteca, es decir, una condición legal de la eficacia del contrato, como la tradición es condición legal (*conditio juris*) del efecto (traslativo y adquisitivo del derecho de propiedad) querido por las partes contratantes en el contrato de compraventa (art. 1.875 comparado con el art. 609, 2). Al igual que ocurría si *jure condendo* se sustituyera la tradición por la inscripción, con los principios actualmente vigentes.

Respecto al derecho de hipoteca es claro que se constituye y adquiere un derecho real parcial por contrato, pero no por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición que no procede (art. 1.875 y no 1.863 ni 1.859), sino mediante la inscripción según lo dispuesto «por la ley» del Código Civil, que reforma la legislación civil hasta entonces vigente, según en la cual el derecho de hipoteca existía desde la perfección del contrato de hipoteca, sin perjuicio de quedar su titular inscrito beneficiado por lo dispuesto en la Ley Hipotecaria de 1861 (art. 23, hoy art. 32 LH).

Pero el Código no modificó el sistema de transmisión del crédito hipotecario que se transmite, como se transmitía antes, incluso después de la Ley Hipotecaria de 1861, en el momento de la perfección del contrato de compraventa especial denominado contrato de cesión, porque no se refiere a una cosa poseída por el vendedor, sino a un crédito dinerario con acción personal y, además, a un accesorio derecho real no posesorio con una acción real hipotecaria (art. 1.526 CC y art. 149 LH), transmisión o cesión acogida al artículo 1.526 del Código según la jurisprudencia.

Ni es aplicable la tradición ni se exige la inscripción como requisito o condición legal (*conditio juris*) de la transmisión del crédito hipotecaria, del crédito y del derecho real que lo garantiza, que resulta incluida en el artículo 609 como transmisión «por la ley», que es la Ley del Código Civil y la Ley Hipotecaria.

Sin perjuicio, claro está, de quedar sometida la transmisión a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (art. 32), porque si no se inscribe no se puede oponer a tercero registral y queda perjudicada en la medida que el tercero registral queda protegido y beneficiado.

4. Después de comprobar que la constitución y la transmisión del derecho real de hipoteca puede y debe ser subsumida en el artículo 609, 2, cuando alude a la adquisición «por la ley», que es el Código Civil (artículos 1.875 y 1.526, respectivamente), hay que considerar si el artículo 609, 2, también incluye la transmisión del *derecho de propiedad* reivindicable, del derecho de propiedad *del propietario desposeído* porque existe un poseedor en concepto de dueño que niega la pertenencia del derecho al que dice ser propietario desposeído.

1.º Desde luego, tal propietario desposeído puede disponer y transmitir su derecho por *disposición sucesoria*, por testamento en particular, y la transmisión se produce en el momento del fallecimiento del causante, si no se renuncia a la adquisición por el heredero o el legatario.

La teoría del título y el modo denomina título o causa remota de la adquisición al testamento y modo o causa próxima de la adquisición al fallecimiento del causante, porque la transmisión del derecho está condicionada suspensivamente, por la ley y la voluntad del testador, a su fallecimiento, que determina el momento en el que la transmisión *mortis causa* se produce, supuesta la no renuncia, sino la aceptación por el adquirente; la transmisión se produce por el testamento pero *mortis causa* (causa próxima) mediante el fallecimiento del testador, supuesta la no renuncia a la adquisición. En el momento del fallecimiento se produce la transmisión del derecho, y la transmisión de la posesión de la cosa si la tenía el testador (art. 440).

2.º También puede el propietario desposeído *disponer* de su derecho y transmitirlo *por donación* y la transmisión se produce en el momento del conocimiento por el donante de la aceptación del donatario adquirente que perfecciona la donación (art. 629), formalizada en una escritura pública en la que se dona y se acepta el derecho de propiedad sobre una cosa inmueble no poseída (art. 633) o en un documento privado en el que se dona y acepta el derecho de propiedad sobre una cosa mueble no poseída (art. 632) y realizada *inter vivos* antes de fallecer el donante (art. 633, 2).

3.º Además, cuando la tradición a que se refiere el artículo 609, 2, al final, es actualmente imposible porque un tercero posee la cosa en concepto de dueño y niega que la cosa pertenece a quien dice ser propietario no poseedor, el verdadero propietario desposeído (art. 348, 2) que vende, dispone de su derecho de propiedad y lo transmite al comprador, como lo tiene, sin la posesión, en el momento de la perfección del contrato de compraventa, denominado contrato de cesión, conforme al artículo 1.526; «por la ley» a la que remite el mismo artículo 609 en su párrafo segundo.

Es decir, el artículo 609, 2, *al final*, se refiere a la transmisión del derecho de propiedad *por contrato* de compraventa ordinaria *mediante tradición*, cuando ésta es posible en la actualidad porque el vendedor es poseedor de la cosa al perfeccionarse la compraventa (arts. 1.445, 1.462, 1, y 1.095).

En cambio, el mismo artículo 609, el mismo párrafo segundo, al principio, al aludir a la transmisión *por la ley*, incluye la transmisión del derecho de propiedad *por contrato* de compraventa especial llamado *contrato de cesión, sin que medie tradición*, cuando ésta no es posible en la actualidad de la perfección del contrato porque el vendedor es propietario pero no es poseedor, pues se enfrenta a un tercero poseedor en concepto



de dueño (art. 348, 2). Así lo dispone una ley que es la ley del Código Civil y concretamente «la ley» de su artículo 1.526, y así lo disponía «la ley» anterior, vigente al tiempo en que se proyectaba, se aprobó y publicó y entró en vigor la Ley Hipotecaria de 1861, según «las leyes de Justiniano»: C. 4,39,9 y D. 18,4,21, antecedentes respectivos del artículo 1.526 y del artículo 1.460, 2, por analogía secular de la pérdida de la posesión a la pérdida de parte física de la cosa, para cuando el comprador, en el momento de la perfección del contrato, desconoce la situación de desposesión del vendedor.

Así pues, el artículo 609, 2, en cuanto al contrato de cesión se refiere, lo incluye no entre los «ciertos contratos» aludidos al final del párrafo, sino entre los otros modos de adquirir regulados «por la ley», que es el artículo 1.526, complementado por el artículo 1.460, 2, según analogía secular del Derecho romano.

En otros puntos de este estudio se trata del fundamento histórico y legislativo del artículo 1.526, lo que excusa su repetición.

Hay que reconocer que la afirmación antes argumentada puede sorprender a quienes entienden las palabras «por la ley» del artículo 609, 2, en un sentido más limitado, incluyendo, desde luego, a las transmisiones forzosas, ordenadas contra la voluntad del propietario, y a las cesiones de derechos reales como el de hipoteca en cuanto accesorios de un crédito cedido.

Pero dichas palabras tienen un alcance genérico, del que sólo se excluyen, por estar designadas *nominatim*, las disposiciones unilaterales, por donación o por sucesión, y las disposiciones contractuales por contrato traslativo otorgado por el disponente poseedor.

Aún más, el contrato de venta de un derecho incorporal, el *contrato de cesión*, tiene un *alcance general*, en cuanto contrato de compraventa que no tiene por objeto una cosa poseída por el vendedor (art. 1.526), pues sólo la venta de una cosa poseída por el vendedor es el objeto propio y exclusivo del contrato de venta en sentido estricto (art. 1.445), aunque también se refiera a la venta de derechos reales parciales posesorios susceptibles de cuasi posesión, de cuasi tradición, y de usucapión.

Esta afirmación, naturalmente, no obsta el reconocimiento de la eficacia traslativa de la donación o de la sucesión testada, de derechos incorporales, sin necesidad de una transferencia de posesión adicional.

No se suele concretar los contratos «ciertos» que transmiten el derecho de propiedad mediante la tradición (art. 609, 2, al final) a efectos de exigir su cumplimiento u oponer su incumplimiento y la no transmisión efectiva del derecho.

Desde luego, el precepto parece generalizador algo que en especial se refiere al contrato modelo, al contrato de compraventa o cambio de cosa

por dinero (tít. IV del lib. IV), y a su antecedente histórico, el contrato de permuta o cambio de cosa por cosa (tít. V.).

En uno y otro caso, con reciprocidad causal (art. 1.274), cada uno de los contratantes dispone a favor del otro de su respectivo derecho de propiedad, sobre la cosa o sobre el dinero, y se obliga a entregar la cosa o el dinero, es decir, a transmitir la posesión en concepto de dueño de la cosa o del dinero, para hacer posible el ejercicio de hecho del derecho de propiedad por el adquirente y para que este ejercicio de hecho sirva como prueba aparente de la pertenencia del derecho (art. 448), por lo que la ley coordina la transmisión del derecho y la transferencia de la posesión, el cambio de propietario y el cambio de poseedor, el cambio en la apariencia posesoria de propiedad, en la persona legitimada por la posesión.

En sentido estricto, las sintéticamente denominadas obligaciones de «dar», o de entregar, o de hacer tradición, que son la especie más importante de las obligaciones de hacer, implican la obligación de dar la posesión en concepto de dueño de una cosa o de dinero, que generalmente nace o es causada por un contrato dispositivo o traslativo del derecho de propiedad y, consiguientemente, obligatorio, que obliga a transmitir la posesión para poder ejercitar el derecho que se quiere quede transmitido, en reciprocidad de otra obligación o unilateralmente (art. 1.274).

Cuando se trata de dar la posesión en concepto de dueño de dinero, por tratarse de cosa mueble genérica, fungible dice el Código, la especificación del dinero en monedas, metálicas o de papel u otro signo, se realiza en el momento de su entrega, y es claro que hasta entonces el acreedor sólo tiene un derecho personal a recibir una cantidad de unidades monetarias y que sólo será propietario de las concretas y específicas unidades dinerarias que reciba al ser pagado y cobrado su crédito, en el momento de recibir el dinero, por pago de precio de arriendo de finca (tít. VI), por entrega o devolución de préstamo mutuo (tít. X), por pago de deuda de juego (tít. XII), etc.

Cuando se trata de «dar» la posesión en concepto de dueño de una cosa específicamente determinada al perfeccionarse el contrato, la entrega no cumple una función de especificación como en el caso del dinero (o de otra cosa genérica y no específicamente determinada al perfeccionarse el contrato), pero, mientras no se hace la entrega, la apariencia de pertenencia del derecho (art. 448) corresponde al poseedor, obligado a dar. Esta observación destaca la importancia del cambio de la apariencia de propiedad, concretamente del cambio voluntario, de la entrega, de una cosa que se quiere quede transmitida en propiedad (art. 1.095), importancia limitada por cuanto la entrega puede ser sustituida por la puesta en posesión judicial supletoria (art. 1.096, 1).

Desde este punto de vista, la indagación al principio planteada se ha de

centrar no tanto en las obligaciones de dar dinero como en las obligaciones de dar la posesión en concepto de dueño de una cosa determinada en contrato traslativo del dominio, porque las obligaciones de dar dinero son objeto de ejecución genérica sobre el patrimonio del deudor, a ser posible en dinero patrimonial, y de no ser así por realización del valor en venta de otros bienes patrimoniales (art. 1.096, 2, y art. 1.911), mientras que las obligaciones de dar cosa determinada son objeto de ejecución específica (art. 1.096, 1), aunque en uno y otro caso la propiedad del dinero o de la cosa se adquiere en el momento de la puesta en posesión judicial.

El dar dinero puede ser obligatorio por consecuencia de muchos contratos, como prestación o como contraprestación o precio o «devolución». Destaca el contrato de préstamo mutuo, la entrega por el prestamista, que transmite la propiedad de las unidades monetarias al prestatario, para su consumo, y la devolución por el prestatario al prestamista de la posesión y propiedad de la misma cantidad de unidades monetarias específicas, distintas de las recibidas (tít. X), lo que se considerará más atentamente al estudiar el incumplimiento del contrato de compraventa y la doble venta.

El dar cosa determinada es obligatorio a causa de unos pocos contratos, aparte el de venta y el de permuta. Si se consideran, uno a uno, los contratos tipificados en el Código Civil (dejando aparte por inusuales los censos del tít. VII), prácticamente parece que sólo se ha de incluir el contrato de obra (tít. VI), el contrato de sociedad (tít. VIII) y el de contrato de transacción cuando por ella se transmita alguna propiedad (tít. XIII), y quedan excluidos los demás contratos: el de arrendamiento (tít. VI), el de mandato (tít. IX), el de depósito (tít. XI), los aleatorios (tít. XII) y los de garantía, personal (tít. XIV) o real (tít. XV).

En el contrato de obra, la entrega de la cosa se ha de referir a cosa hecha por encargo, a cosa futura en el momento de contratar, pero no a las «obras» realizadas en cosas propiedad del «dueño de la obra», quien las adquiere por accesión o especificación. A efectos prácticos, se trata de un intercambio de cosa por dinero, de una venta de cosa, pero de cosa futura, a «obrar» o «crear» por el contratista, sobre todo cuando éste aporta los materiales.

En el contrato de sociedad la aportación de una finca por un socio a la sociedad que se constituye, y la adjudicación a un socio de una finca de la sociedad que se disuelve, parece que puede considerarse como un acto de puesta en común (art. 1.695) o de descomunicación y partición (art. 1.700), o como intercambio de una cosa por un derecho de participación en el patrimonio social (art. 31, 2, 3, Ley Sociedades Anónimas).

Aquí no se trata de resolver, con pocas palabras, una cuestión que merece un estudio detenido y específico, sino sólo de observar que el artículo 609, 2, al final, no hay que darle un alcance desmesurado, más

allá de la finalidad perseguida de mantener un paralelismo entre la real pertenencia del derecho de propiedad y la apariencia resultante de la posesión, a efectos probatorios y legitimadores, extrajudiciales y judiciales (art. 448).

A propósito de los «ciertos contratos» aludidos en el artículo 609, 2, conviene considerar que el contrato-modelo histórico es el de compraventa de cosa, del derecho de dominio de cosa poseída por el vendedor, y que son ampliaciones de su objeto originario, los de venta de un derecho real parcial sea posesorio (como el usufructo, con la cuasi posesión susceptible de cuasi tradición) o no lo sea (como la servidumbre discontinua, no susceptible de cuasi posesión y de cuasi tradición), y las de venta de una acción, sea personal (crédito), sea real (reivindicatoria o venta del derecho del propietario desposeído), sea mixta (universalidad de bienes, o cuotas de ellas, que pueden incluir créditos y derechos reales, con o sin posesión, sea una herencia, una participación en gananciales, o una participación social), contrato de venta o cesión de una acción o derecho incorporal que excluye ontológicamente la obligación de hacer tradición.

«Por la ley» se realiza la transmisión del derecho del propietario desposeído, a causa de contrato, sin tradición, no sólo por el contrato de compraventa denominado contrato de cesión (art. 1.526), sino, analógicamente, por *todos* los otros «ciertos contratos» que han de ser complementados mediante la tradición o la ejecución judicial cuando el que dispone por el contrato es poseedor de la cosa que quiere quede enajenada. Al igual que la transmisión del derecho del propietario desposeído se efectúa, sin tradición, por donación y por sucesión.

Conviene observar que, cuando el contrato traslativo se otorga o formaliza en escritura notarial, queda transmitido el derecho de propiedad en el momento de la autorización de la escritura, sea por consumación de la entrega cuando el disponente es poseedor en concepto de dueño (art. 1.462, 2), sea por transmisión —cesión— del derecho de propiedad incorporal a causa de contrato de compraventa (en tal caso denominado contrato de cesión), de permuta, o de cualquiera de los «ciertos contratos» que exigirían la tradición adicional si el disponente estuviera en posesión como dueño de la cosa.

Además, la obligación de hacer tradición, de entregar la posesión en concepto de dueño por causa de contrato traslativo cuando el disponente es poseedor, no se ha de confundir con la obligación de entregar la posesión al destinatario de la disposición que ya ha adquirido la propiedad en virtud de la disposición misma, sea disposición contratada (caso del contrato de cesión de la universalidad de bienes hereditarios o gananciales, etc.), sea disposición unilateral aceptada (donación por escrito de cosa

mueble del art. 632, 2, legado de cosa específica de los arts. 882 y 886, etcétera).

Tampoco se ha de confundir la tradición con la *devolución* de la posesión inmediata de la cosa al verdadero propietario que tenía la posesión en concepto de dueño pero con mediador de la posesión, al extinguirse el contrato de comodato, depósito, arrendamiento, por ejemplo.

También es *devolución*, y no tradición, la que se debe hacer al verdadero propietario en cumplimiento de la sentencia estimatoria de la ineficacia del título adquisitivo ostentado por el poseedor en concepto de dueño (en los casos de nulidad, resolución o rescisión, según la terminología de los arts. 34 y 37 LH).

También es *devolución*, y no tradición, la que se debe hacer al verdadero propietario en cumplimiento de la sentencia que estima carece de causa justa (fundamento jurídico, supuesto de hecho normativamente causa del efecto) una transmisión de la posesión en concepto de dueño que se ha realizado por error, creyendo que con ella se cumplía o pagaba una justa obligación de entregar la posesión nacida de un contrato traslativo del dominio (de la cosa específica o del dinero «fungible») o nacida de una liberalidad traslativa del dominio (acaso motivada por una «obligación natural») o nacida de *otra causa justa* (art. 1.091); *fórmula genérica (a modo de etcétera)* referida a cualquier otra posible fuente de obligación (al igual que es genérica la referencia en el art. 1.089 a las obligaciones nacidas «de la ley», de cualquier supuesto de hecho al que la ley atribuye el efecto de constituir una obligación) en este caso consecuente (la obligación) a una disposición voluntaria del dominio o a una transmisión forzosa del dominio, legal pero contra la voluntad del dueño.

*Sistema español de disposición y adquisición derivativa del derecho de propiedad por contrato de compraventa.*

El *sistema español* de disposición y adquisición contractual del derecho de propiedad está configurado por un conjunto de normas españolas, no por una teoría ni por unas normas alemanas.

En el sistema español, el contrato de compraventa es el rey de los contratos por los que se transmite el rey de los derechos sobre las cosas, el dominio; derecho normalmente investido con la posesión, que es una prueba de la pertenencia del derecho al poseedor, aunque también la escritura notarial con la que se inviste el rey de los contratos es prueba de su existencia como título de pertenencia del derecho rey a quien puede no ser el poseedor en concepto de dueño, y aunque también la inscripción registral, con la que se da publicidad al título de pertenencia, es prueba de la pertenencia del derecho rey a quien puede no ser el poseedor en concepto

de dueño, con adicional eficacia procesal (arts. 38, 36, 2, 41 LH) y sustitutiva (arts. 32 y 34 LH).

El sistema español es un sistema de adquisición derivativa, es decir, derivada o fundada en la pertenencia del derecho al disponente, y antes a sus causantes en tracto sucesivo ascendente, por «justo» «título de adquisición», de manera que la falta de fundamento jurídico, la injusticia, la «nulidad» del «título» del vendedor o de alguno de sus causantes determina, por derivación, la «nulidad» del aparente «título» del comprador.

Aunque, como excepción, algunas «causas de nulidad» de un título aparente no determinan, por derivación, la nulidad de los títulos aparentes de los causahabientes en tracto sucesivo descendente.

El que resulta no ser propietario porque lo es un tercero poseedor titulado puede actuar contra la otra parte contratante para que se corrija el perjuicio sufrido.

En este sistema de adquisición derivativa, el derecho de propiedad del titular disponente o enajenante se adquiere a causa o por efecto, o «por consecuencia», «de ciertos contratos», sobre todo el de compraventa; aunque la ley condiciona la efectividad de la transmisión contratada del derecho a la adicional transmisión de la posesión del vendedor propietario, es decir, al cambio en el beneficiario de la prueba de la pertenencia del derecho que la ley deduce de la posesión (art. 448), pero sin olvidar que se trata de una presunción *juris tantum* y puede ser desvirtuada por el *verdadero* propietario, que está desposeído (art. 348, 2) y, en consecuencia, puede disponer sin aquel condicionamiento de la efectividad de la transmisión del derecho, como lo tiene, sin la posesión (art. 1.526).

Por ello, el artículo 609, 2, *al final*, se refiere al contrato de compraventa ordinaria, por ser el vendedor propietario poseedor (art. 448), que obliga a hacer tradición como dice el artículo 1.445, y el mismo artículo 609, 2, *al principio*, se refiere al contrato de compraventa especial o contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído, que ontológicamente no obliga a hacer tradición y está regulado «por la ley» del artículo 1.526, que, naturalmente, no alude a una obligación de entregar, por contraposición con el artículo 1.445.

1) Ambos contratos son, primordialmente, *dispositivos* traslativos, pero el contrato de venta del artículo 1.445 tiene su eficacia traslativa suspendida por un condicionamiento que atiende a la prueba de la pertenencia del derecho (art. 448), mientras que el contrato de cesión del artículo 1.526 no puede tener su eficacia suspendida por este condicionamiento, ontológicamente inaplicable, ni tiene legalmente condicionada la efectividad de la transmisión del derecho incorporal a ningún otro requisito, como pudiera ser el de forma documental o el de notificación al poseedor,

aunque, naturalmente, para ser opuesto el contrato al tercero poseedor habrá de ser probado por medio distinto y opuesto al de la presunción legal deducida de la posesión (art. 448), que podrá ser la prueba plena documental de la escritura notarial (art. 1.526, 1), preconstituida antes del juicio, en el que pueden proponerse y practicarse otras pruebas, como la de testigos cuando el contrato de cesión es verbal.

La voluntad de disposición del vendedor está aceptada por la voluntad de adquisición del comprador, es una voluntad acordada, una voluntad *vinculada por la aceptación* contractual.

Es más, la vinculación contractual del vendedor disponente se funda en la recíproca vinculación contractual del comprador disponente del dinero del precio, de manera que el cambio de bienes patrimoniales acordado vincula *recíprocamente* al vendedor y al comprador.

Cada una de las dos disposiciones recíprocas es considerada por la ley como *causa* de la otra (art. 1.274), de manera que si resulta ineficaz el título de una de las partes resulta ineficaz el contrato (art. 1.261, 3.º, y artículo 1.300 a *contrario sensu*).

Cada una de las dos transmisiones del derecho de propiedad, la de la cosa y la del dinero del precio, es efecto causado por la voluntad del disponente aceptada por el adquirente (art. 609, 2, y art. 1.301).

Cada una de las dos voluntades dispositivas tiene su propia causa o motivación; que se presume existe y es lícita aunque no se manifieste, por abstracción formal de la causa (art. 1.277), según presunción que no impide probar que no existe (como cuando, por ejemplo, la venta es simulada absolutamente y falsa o disimula una donación) o que es ilícita.

2) Ambos contratos, el de venta y el de cesión, son, consecuentemente a la disposición, *obligatorios*, constitutivos de facultades o derechos personales que implican, correlativamente, deberes u obligaciones personales.

El contrato de venta obliga a entregar la posesión del vendedor al comprador (art. 1.445), para que se cumpla la condición legal de la efectividad de la transmisión del derecho, a la vez que pueda ejercitarse el derecho (art. 609, 2, y art. 1.095), condición que también puede cumplirse, supletoriamente, por la puesta en posesión mediante la ejecución judicial (art. 609, 2, y art. 1.096, 1) o mediante la consignación, en su caso (artículo 1.180, 2).

En cambio, el contrato de cesión, porque su objeto es un derecho incorporal, es decir, no investido con la posesión, no obliga al vendedor desposeído a que entregue (art. 609, 2, al principio, y art. 1.526). El comprador no puede pedir que el vendedor le entregue ni que se ejecute la puesta en posesión sin vencer en juicio al tercero poseedor en concepto de dueño, ni puede pedir que sea el vendedor quien reivindique (S. 20 enero 1912).

Si se incumple la *obligación* de entregar la cosa, cuando procede (artículos 448, 609, 2, al final, y 1.445) el comprador puede pedir el cumplimiento forzoso, la ejecución judicial (art. 1.096, 1) y también, alternativamente, puede pedir que se declare rescindido el contrato (art. 1.124).

Pero si se ha infringido la *disposición* por haber otorgado el vendedor una segunda venta, y no es posible la ejecución judicial de la transmisión de la posesión al primer comprador porque el vendedor ha hecho entrega al segundo comprador, el primero podrá pedir que se declare rescindida la segunda venta para que se le dé posesión (si no prefiere rescindir su propia compra). Ahora bien, sólo se declarará rescindido el contrato si se logra probar la mala fe del segundo comprador, que, en tal caso, no sólo es cooperador necesario en el fraude que comete el vendedor, sino que es cooperador consciente y voluntario, culpable, con dolo, y en este sentido coautor de la defraudación (art. 1.473, 1 y 3, 1.ª parte). Cuando el segundo comprador no sea de mala fe, sino propietario por compra y entrega, el primer comprador podrá pedir al vendedor que le indemnice de los daños y perjuicios como sanción a la infracción cometida con incumplimiento de la disposición acordada, más que por incumplimiento de la obligación de entregar.

Por otra parte, si el comprador que recibió la entrega es demandado y vencido en juicio reivindicatorio por el verdadero propietario (art. 348, 2), el deber que tiene el vendedor de sanear la evicción sufrida no deriva del incumplimiento de una obligación (ni de una pseudoobligación de transmitir el dominio, ni de la obligación de entregar para que se cumpla la condición de la efectividad de la transmisión contratada, ni de una obligación de garantía del derecho), sino que significa la *responsabilidad* exigible por la *no pertenencia del derecho* al disponente, al vendedor que *dispuso de cosa ajena* como si fuera propia.

Los autores alemanes, en el *supuesto de hecho* normativo (*Tatbestand*) de un *efecto jurídico* negocial (*Rechtsfolge*), distinguen el *negocio jurídico* que es el *fundamento voluntario* del efecto jurídico, y las *condiciones legales* del efecto jurídico, es decir, los *demás requisitos legales* del supuesto de hecho, los requisitos que *no* forman parte del negocio jurídico pero que condicionan su eficacia, la efectividad de la voluntad negocial.

También distinguen, como supuestos de hecho negociales relativos a la transmisión del dominio, el negocio *obligatorio* u obligacional, el contrato, como la *Venta* que obliga a transmitir el dominio, y el negocio *dispositivo* de cosa mueble, la *Tradición*, que transmite el dominio, negocio distinto y abstraído del negocio causa que es la Venta.

El supuesto de hecho del negocio Tradición lo constituye el *acuerdo real*, dispositivo de cosa, manifestado mediante una *forma publicitaria* que consiste en el *acto* de transmisión de la posesión.



La condición voluntaria, suspensiva o resolutoria, puede afectar a la voluntad obligatoria, al contrato, a la venta, pero no puede afectar al acuerdo real inmobiliario. En este sentido, se dice que, respecto a una finca, la condición tiene eficacia personal y no tiene eficacia real, no surte efectos reales.

En el Derecho español, en cambio, según la jurisprudencia histórica, doctrinal y judicial, son expresiones sinónimas, alusivas al supuesto de hecho de la adquisición del derecho de propiedad, las usuales de «*fundamento de la adquisición del dominio*», o «*causa de la adquisición del dominio*», «*título de adquisición*», o «*modo de adquisición*».

Una muy reciente e importante Sentencia del Tribunal Supremo (23 de enero de 1989), referente a una venta en documento *privado*, insiste en que el *título* suficiente para el ejercicio de la acción reivindicatoria, entendido como *título de adquisición* del derecho de propiedad, *equivale a la conjunción del título y el modo*, requisitos necesarios en nuestro Derecho para la transmisión de la propiedad (arts. 609, 1.095 y 1.462 y ss. CC), por lo que la falta de tradición, en alguna de las formas admitidas por la ley, determina la no existencia del título apto para ejercitar esta acción dominical. En el caso contemplado no se probó que la tradición se hubiera realizado.

Uno de los supuestos de hecho (causa) de la transmisión del derecho de propiedad (efecto) está integrado por el contrato de *compraventa* de cosa, acuerdo de dos voluntades primordialmente dispositivas y consecuentemente obligatorias, o por otros ciertos contratos (entre los que no se incluye el contrato de cesión de derecho incorporal de propiedad), y por un *hecho* condicionante, por una condición legal (*conditio juris*), suspensiva de la *plena* efectividad del contrato, que es la transmisión y *obtención de la posesión en concepto de dueño*, voluntariamente, mediante *tradición*, o en su defecto, supletoria y forzosamente, mediante la *puesta en posesión por ejecución judicial* (art. 609, 2, al final, y arts. 1.095 y 1.096, 1). Este supuesto de hecho presupone que el vendedor, además de propietario, es poseedor y puede hacer tradición en cumplimiento de su obligación de entregar la posesión en concepto de dueño de la cosa.

La condición legal afecta a la plena efectividad o eficacia inmediata de la voluntad contractual, y primordialmente a su aspecto dispositivo, a la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa, de manera que el cumplimiento de la obligación de entregar, el voluntario o el forzoso, es el cumplimiento de la condición legal suspensiva de la efectividad de la acordada transmisión del derecho de propiedad.

En este sentido, el contrato de venta y la tradición adicional posterior *no* integran un negocio de transmisión. El negocio de transmisión es el contrato de venta, y la tradición es una muy importante condición legal suspensiva del efecto dispositivo contratado.

En el supuesto de hecho integrado por el contrato de venta de cosa y por la tradición adicional, por las *voluntades contractuales* de disposición y de adquisición, consecuentemente obligatorias y, además, por el *hecho del cambio de poseedor* mediante actuación voluntaria (tradición-recepción) o judicial (puesta en posesión o consignación), hay que tener en cuenta que este hecho no será inmediatamente aparente cuando el cambio de poseedor en concepto de dueño resulta del simple acuerdo de *constituto posesorio*, y hay que observar que no se trata de un *acuerdo de libres voluntades contractuales*, sino de un *acuerdo de voluntario acatamiento de ambas partes a lo contratado*, que es *cumplimiento* de una condición legal de la efectividad de la disposición contractual y *cumplimiento* de una obligación contractual de entregar para que quede cumplida la condición legal y así quede transmitido el derecho de propiedad, en el mismo momento en que se puede ejercitar de hecho el derecho sobre la cosa y se puede probar la pertenencia del derecho al comprador que ya es poseedor (art. 448).

Por esto, resulta perturbador contraponer al *jus in re*, o derecho *real* de propiedad, el *jus ad rem* del comprador, como si fuera un simple derecho *personal* o de crédito, y más aún deducir que de la venta resulta el efecto personal y de la tradición resulta el efecto real, porque esto es una tergiversación savignysta o germanizante. En realidad, el comprador es un acreedor, sí, pero no un acreedor a la transmisión de la *propiedad*, sino un acreedor a la transmisión de la *posesión en concepto de dueño* de la cosa (mediante la entrega por el vendedor o mediante la puesta en posesión por ejecución judicial), acreedor a la realización de un *hecho de cambio de poseedor*, que es la condición legal suspensiva del efecto transmisivo del derecho que es consecuencia de las voluntades contractuales, hecho de cumplimiento de la condición legal del efecto dispositivo y hecho de cumplimiento de la obligación contractual de *entregar* la posesión de la cosa, sea el cumplimiento voluntario o, supletoriamente, forzoso (hecho de cumplimiento de la obligación de *entregar*, que es distinta de la obligación de *devolver* la posesión de la cosa a su verdadero propietario, acaso porque ha quedado resuelta la venta que fue seguida de tradición.)

La misma tergiversación germanizante y la obsesión por la *teoría* del título y el modo, con olvido del sentido jurisprudencial (S. 23 enero 1989) de la expresión *título*, conduce a pensar que el *modo* de la teoría ha de ser cumplido cuando el vendedor no es poseedor imaginando la existencia de una tradición *incorporal*.

En el sentido jurisprudencial de *título*, o de modo, durante la pendencia de la condición legal coexisten dos *titulares* condicionales del dominio, el titular *futuro*, el que si se cumple la condición será el nuevo propietario

incondicionado, y el titular *actual*, el que si se cumple la condición dejará de ser propietario y que, entre tanto, tiene una titularidad claudicante.

En este mismo sentido, el comprador es acreedor a la entrega de la posesión en concepto de dueño por consecuencia obligatoria de una disposición acordada pero suspensivamente condicionada por la ley en su efectividad.

El propietario, al otorgar la venta de la cosa, dispone de ella, la enajena, quiere que pase a ser ajena, *legalmente*, en el momento en que el comprador obtenga la posesión del vendedor propietario. La voluntad contractual del vendedor queda vinculada (recíprocamente con la voluntad del comprador) en el momento del otorgamiento del contrato y ya no puede ser desvirtuada unilateralmente, sino sólo por un nuevo acuerdo novatorio, aunque *legalmente* la efectividad de la transmisión del derecho vendido depende de que se cumpla o realice un hecho que es condición legal suspensiva, un hecho futuro e incierto, que no depende exclusivamente de la futura voluntad del vendedor, sino que se puede realizar contra la voluntad del vendedor, si es posible su realización porque, entre tanto, la cosa no ha pasado a ser propiedad de un tercero, segundo comprador de buena fe que recibió la posesión.

El históricamente primitivo cambio de cosa por dinero, acordado entre vendedor y comprador, es un acuerdo *real*, en cuanto su perfección y consumación no están diferenciadas y separadas en el tiempo, pues se acuerda el cambio a la vez que se entregan la cosa y el dinero, de manera que su eficacia traslativa es inmediata al cambio acordado y ejecutado.

Más tarde, cuando cabe contratar y demorar una o las dos entregas, de manera que se distingue la perfección consensual y la consumación posterior, la eficacia traslativa se refiere al momento de la entrega de la cosa, a la consumación del contrato al cumplir la obligación de entregar, y no al momento de la perfección del contrato, en cuanto la posesión de la cosa no sólo permite ejercitar de hecho el dominio comprado, sino que, además, es prueba de la pertenencia del derecho al poseedor, mientras no sea vencido en juicio interdictal o reivindicatorio. Lo que no impide que el vendedor propietario pueda ceder su derecho de propiedad no investido con la posesión, su derecho incorporal, con la correspondiente acción reivindicatoria para recuperar la posesión (D. 6,1,63) y con todas las demás acciones atribuidas al propietario desposeído.

Esta situación es la que pervive en el Derecho español vigente y se refleja en los artículos 448 y 348, 2, así como, correlativamente, en la venta de cosa (art. 1.445) y en la cesión de la acción reivindicatoria o sea en la cesión del derecho del verdadero propietario cuando está desposeído (artículo 1.526).

Así, cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño, hasta

que pasa a serlo el comprador no queda transmitido el dominio de la cosa del vendedor poseedor (arts. 1.095 y 1.096, 1). La transmisión de la posesión, normalmente, será voluntaria, por entrega y recepción conformada por el comprador (arts. 1.095 y 1.462). Pero si el vendedor no entrega la cosa puede ser demandado por acción personal de compra, pidiendo en juicio declarativo el cumplimiento de la obligación de entregar; declarado por sentencia firme el derecho del comprador, si no fuere acotada, se pasará a ejecutar la sentencia con la puesta en posesión (art. 1.096, 1, y arts. 922 y 926 LEC). Claro que el trámite judicial puede ser largo, si el vendedor se opone a la demanda y no acata la sentencia, pero a efectos sustantivos la puesta en posesión por ejecución judicial es el equivalente forzoso de la tradición no realizada por voluntario incumplimiento del vendedor, es una manera *supletoria* de quedar cumplida la condición legal suspensiva de la efectividad de la transmisión contratada.

Durante el juicio, y hasta lograr la posesión, se pueden tomar las medidas necesarias para el aseguramiento de la efectividad de la sentencia (art. 1.428 LEC), incluso el depósito de la cosa mueble (art. 497) y la anotación registral de la demanda y del secuestro o prohibición judicial de disponer de la finca.

Ahora bien, conforme al artículo 1.462, 2, cuando la venta se formaliza en escritura notarial la entrega queda cumplida al otorgarse la venta, salvo pacto, según la escritura autorizada, y el vendedor queda como precarista, de manera que, si se vende una finca, el comprador puede desahuciar al vendedor para obtener la posesión inmediata cuando se oponga a hecer dejación de ella, sin tener que recurrir a un juicio declarativo ordinario, por cuanto el juicio de desahucio es un juicio sumario y la sentencia va seguida de un procedimiento especial de ejecución (lanzamiento), que permite plantear acciones de fondo en el juicio declarativo ordinario en cuanto la sentencia no tiene valor de cosa juzgada: como si el juicio de desahucio fuera un juicio ejecutivo, para obtener no dinero, sino cosa específica inmueble, fundado en la escritura notarial como título ejecutivo (art. 1.149 LEC).

Otro supuesto de hecho (causa) de la transmisión del derecho de propiedad (efecto) lo constituye, por sí solo, el contrato de cesión, el contrato de venta del derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído, que ontológicamente excluye la obligación de entregar y, por tanto, excluye la condición legal suspensiva de la efectividad de la transmisión del dominio, de manera que éste se transmite en el momento de la perfección del contrato.

Cuando se trata de un vendedor que resulta estaba desposeído al vender, el comprador puede obtener la posesión que tiene el tercero poseedor en concepto de dueño, ejercitando la acción reivindicatoria, por ser

propietario a causa de contrato de cesión, sin tradición (arts. 1.526 y 1.460, 2, en su caso), en juicio declarativo ordinario, por ejecución de sentencia firme; pero no puede desahuciarle, aunque el vendedor pudiera haberlos hecho antes de vender, porque el comprador nunca ha sido poseedor real después de haber comprado.

No obstante, si se trata de un comprador en escritura pública que sea titular registral del dominio, podrá obtener la posesión cuando el *poseedor* en concepto de dueño no sea un poseedor titulado, actuando el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Su efecto es parecido al del juicio de desahucio cuando el *vendedor* hizo entrega por *constituto posesorio*, pero se niega a hacer dejación de la posesión inmediata al comprador.

La terminología histórica utilizada por PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el legislador de la Ley Hipotecaria de 1861, persiste en la Ley vigente. Así, en su artículo 2, cuando alude a «los títulos traslativos o declarativos del dominio...» (núm. 1.º) y a «los títulos en que se constituyan... o transmitan... derechos reales» parciales (núm. 2), cuando alude a «los actos y contratos...», que son títulos de disposición unilateral aceptada (como el testamento y la donación) o títulos de disposición contractual (como la venta de cosa seguida de tradición, ya incluida en el núm. 1.º) (núm. 3.º). En el mismo sentido se habla de título, incluso administrativo, en el artículo 3, primordialmente referido al título probatorio del título sustantivo de adquisición, sea una escritura notarial, un testimonio judicial de sentencia, una certificación administrativa de dominio, etc.

Con la terminología histórica, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el legislador, cuando dice que «En los Registros... se inscribirán... los títulos traslativos... del dominio de los inmuebles... (art. 2, 1.º), alude también, expresamente (pág. 574) al título de *venta y tradición* y al título de *cesión*, al título de venta del derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído, al título de venta o cesión de la acción reivindicatoria, otorgado por el vendedor que es el titular registral del dominio, pero que no es el poseedor en concepto de dueño porque lo es un tercero, de quien hay que recuperar la posesión, para no perder la propiedad por usucapión. Literalmente dice que «la enajenación de las acciones reivindicatorias de inmuebles está sujeta a inscripción» (pág. 260 de sus *Comentarios*). Más adelante aclara que se refiere a la cesión otorgada por un titular registral y no a la inmatriculación de un título de cesión de la acción reivindicatoria, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1861, e insiste en «repetir una vez más que (las enajenaciones de) *las acciones reivindicatorias de bienes inmuebles están sujetas a inscripción*» (en bastardilla el original, que no expresa la evidente referencia al entre paréntesis, pág. 577).

Esta y otras precisiones se deducen de la configuración legal del con-

trato de compraventa, español, como contrato dispositivo y obligatorio (no sólo obligatorio como el contrato alemán de Venta) y de la distinción entre el contrato de *venta* que obliga a entregar, porque tiene su eficacia traslativa condicionada suspensivamente por la ley en consideración a la prueba de la pertenencia del derecho deducida de la posesión probada (arts. 448, 609, 2, al final, 1.445, 1.462, 1.095 y 1.096, 1) y, por otra parte, el contrato de *cesión*, que no obliga a entregar y es inmediatamente traslativo del derecho no investido con la posesión, ya que la prueba por presunción legal de título deducida de la posesión, como presunción *juris tantum*, permite la prueba contraria del reivindicante, sea el despojado o su comprador (arts. 348, 2, 609, 2, al principio, y art. 1.526, además del art. 1.460, 2, complementado por el art. 1.462, 2, según la Sentencia de 20 enero 1912).

A *continuación* se estudiará primero la tradición por consecuencia y en cumplimiento del contrato de venta de cosa (derecho y posesión), después del contrato de cesión de acción o, lo que es lo mismo, de derecho *incorporal*, que ontológicamente no obliga a entregar o hacer tradición, y finalmente el supuesto de desconocimiento por el comprador de la desposesión del vendedor, cuando *parece* que se ha contratado una *venta de cosa*, pero *en realidad* se ha contratado una *cesión del derecho de propiedad incorporal*, salvo desistimiento (art. 1.460, 2), que puede quedar excluido (art. 1.462, 2).

#### A) CONTRATO DE VENTA QUE OBLIGA A DAR POSESIÓN DE LA COSA (art. 1.445)

El contrato de compraventa ordinaria obliga al vendedor a realizar la tradición o entrega de la posesión de la cosa, porque la posee el vendedor y ha de pasar a poseerla el comprador para adquirir y para ejercitar el derecho que compra.

a) Así, función esencial de la tradición obligada es la de hacer posible el ejercicio normal del derecho de propiedad que se transmite, el disfrute de la cosa comprada, al poseerla pública y pacíficamente.

La *tradición* en sentido técnico y estricto es la transmisión de la posesión de la cosa, en concepto de dueño, por justa causa de compraventa o similar contrato traslativo y obligatorio, cuando se transmite voluntariamente.

1. *Transmisión* o transferencia de la posesión, traspaso posesorio, o cesión de la posesión (art. 460, 2), es la entrega de dejación de la posesión por el *tradens* y la recepción o adquisición de la posesión por el *accipiens*.

Pero es usual denominar el todo por la parte, refiriendo la tradición al *tradens* que entrega o hace dejación de la posesión, dando por supuesto que existe un *accipiens* que recibe y adquiere la posesión.

2. La entrega por el *tradens* es el acto (hecho voluntario) de cumplimiento voluntario de una obligación de dar posesión, la posesión en sentido estricto, la posesión *en concepto de dueño* de la cosa (art. 1.095). No es tradición el acto de voluntario cumplimiento de otra obligación de hacer que implique traspaso posesorio en concepto distinto al de dueño (art. 1.098), aunque se hable de dar (art. 1.543) o ceder (art. 1.546) o entregar la cosa al arrendatario (art. 1.554, 1.º); pero se denomina *cuasi tradición* a la transmisión o cesión de la cuasi posesión correspondiente a un derecho real parcial cuasi posesorio, como el derecho de usufructo, que la ley considera bien incorporal (art. 1.464). No es tradición el acto de *devolución* de la posesión de la cosa a su verdadero dueño, por quien la posee como dueño injustamente o por quien la posee en concepto distinto al de dueño.

El poseedor en concepto de dueño que hace entrega puede ser poseedor inmediato, único y exclusivo, pero también puede ser poseedor mediano, es decir, poseedor en concepto de dueño pero por mediación de un poseedor inmediato en concepto posesorio distinto y subordinado al de dueño; en cuanto titular de un derecho real parcial posesorio (el de usufructuario, por ejemplo) o de un derecho personal (el de depositario, por ejemplo), incluso el precarista y el que se encuentra en una situación tolerada por el dueño (art. 431).

3. La obligación de dar la posesión en concepto de dueño y el derecho a recibirla han de nacer de una *justa causa*. En particular, por efecto o consecuencia, o a causa, de un contrato traslativo y obligatorio, sobre todo del contrato modelo, de la compraventa por la que vendedor y comprador acuerdan que el primero transmite al segundo una cosa y el segundo al primero una cantidad de dinero a cambio, a la vez que uno y otro asumen las obligaciones correspondientes para que sean efectivas las transmisiones acordadas de los respectivos derechos de propiedad (sobre la cosa y sobre el dinero), mediante la tradición o transmisión de la posesión en concepto de dueño (de la cosa y del dinero).

4. Así, en su aspecto volitivo, la tradición de la cosa supone en el vendedor la *voluntad* de dar, pagar o cumplir una obligación de entregar la posesión en concepto de dueño de la cosa, y supone en el comprador la voluntad de cobrar, dar por pagada o cumplida dicha obligación, con el «recibí la entrega». Estas voluntades acordadas no son, por tanto, declaraciones de voluntad integrantes de un consentimiento contractual o negocio jurídico, sino manifestaciones de voluntad referidas a una transmisión de posesión que el vendedor cumple y el comprador considera cum-

plida. Desde luego, son distintas de las voluntades contractuales, acordadas al contratar y vinculadas por el contrato.

Existe la tradición cuando la obligación de entregar se cumple por la voluntad y por la *actuación*, tanto del deudor como del acreedor, mediante el acto de entrega o dejación de la posesión por el vendedor y el acto de recepción o adquisición de la posesión por el comprador.

El Código Civil dispone que se entenderá entregada la cosa cuando se ponga en poder y posesión del comprador (art. 1.462, 1), de manera que la obligación de entregar queda cumplida cuando el comprador así lo consiente o cuando, en caso de discrepancia, socialmente se entienda y el Juez pueda declarar que el comprador tiene el *poder* o señorío de hecho sobre la cosa que implica la *posesión* o señorío de hecho en concepto de dueño, a la que la ley confiere efectos procesales y sustantivos —que algunos califican como «derecho» de posesión— distintos del «derecho» a poseer (facultad integrante del contenido del derecho de propiedad) o a cuasi poseer (facultad integrante del contenido de los derechos reales parciales cuasi posesorios, como el usufructo).

La ley no remite a un *numerus clausus* de *formas* tipificadas de traspaso posesorio como manifestación externa de las voluntades de entregar y de recibir, pues las tipificadas no excluyen otras conformes con los usos sociales, incluido el acuerdo de las voluntades de las partes. Cualquiera que sea la forma de entrega, típica o atípica, sobre todo importa que el comprador considere cumplida la obligación del vendedor, importa su manifestación de conformidad, el «recibí la entrega», aunque sea tácito.

Sin embargo, la cuestión de la forma de la tradición está relacionada con la cuestión de la *prueba* del *hecho* del traspaso posesorio, del acto de cumplimiento voluntario de la obligación de entregar y de la recepción de la posesión de la cosa.

Hay unas formas fácticas que evidencian las voluntades de entregar y de recibir, como son la tradición manual de la cosa mueble y la salida del vendedor seguida de la entrada del comprador en la finca vendida, cuando se realizan después de otorgado el contrato de compraventa y de entregado el dinero del precio por el comprador.

Otras formas fácticas no son tan aparentes y su prueba no es tan sencilla de manera que resulte poco preciso el momento en que empieza la posesión en concepto de dueño y con ella el momento de la transmisión del dominio, pese a la presunción de título de adquisición del dominio (contrato y tradición) deducida legalmente de la probada posesión en concepto de dueño (art. 448).

Sin embargo, hay una prioritaria forma y prueba de la tradición a la que se refiere, en su párrafo segundo, el mismo artículo 1.462 que en su párrafo primero dispone cuando se ha de entender entregada la posesión



de la cosa. Si el contrato de compraventa —sobre todo el de finca (artículo 1.280, 1, 1.º), pero también el de cosa mueble (art. 1.463)— se otorga formalizándolo en escritura notarial, la ley considera que, en unidad de acto, se otorga el contrato y se cumple la obligación de entregar por el vendedor con la conformidad tácita del comprador, a menos que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario; entrega que, si la escritura no relata algún acto de tradición, sólo puede resultar lógicamente del simple acuerdo de ambas partes, que será el de *brevi manu traditio* en algunos casos y será el de *constituto posesorio* en la mayoría de las ocasiones.

Hay acuerdo de tradición *brevi manu* cuando el comprador, con anterioridad a la compra, es mediador de la posesión del dueño (como el arrendatario) o servidor de la posesión del propietario (como el jardinero) y, al comprar, pasa a ser poseedor en concepto de nuevo dueño.

Hay tradición por *constituto posesorio* cuando el vendedor, que es poseedor en concepto de dueño, pasa a ser poseedor en concepto distinto al de dueño, como mediador o servidor de la posesión del comprador, que pasa a ser el poseedor en concepto de nuevo dueño.

Con anterioridad al Código Civil, desde siglos atrás, las escrituras notariales incluían la cláusula de estilo notarial del *constituto posesorio*, según la cual el propietario poseedor que vende *se constituye* poseedor en nombre del comprador, quien consiente esta forma de entrega, porque la mayor parte de las escrituras notariales se autorizan en el despacho del Notario y no en presencia de la cosa, de manera que no cabe en unidad de acto notarial una entrega real que no sea de cosa mueble.

En este sentido interpretaron los glosadores los textos del *Digesto* (D. 6,1,46 y D. 6,1,47, pág. 313), en atención a las voluntades del vendedor (*actoris, auctor, otor*) y del comprador.

Así, las escrituras públicas de compraventa eran (y continúan siendo) escrituras notariales de transmisión del dominio de la cosas, es decir, forma y prueba de la perfección u otorgamiento del contrato y, además, forma y prueba del cumplimiento de la entrega y de la recepción de la posesión de la cosa.

Es más, como el efecto traslativo del dominio de la finca a causa o por consecuencia de contrato de compraventa estaba condicionado por la ley a la entrega de la cosa y, además, a la entrega del dinero del precio, salvo pacto expreso de aplazamiento del pago del dinero, la escritura era prueba del cumplimiento de esta otra condición legal suspensiva de la transmisión del dominio de la cosa.

El proyecto de Código Civil de 1851 pretende modificar el sistema de transmisión del dominio de la cosa por compra y entrega, de la cosa y del dinero, exigiendo tan sólo el contrato y, además, modifica la prueba de la

entrega de la cosa, porque la escritura notarial, sin pacto expreso de *constituto posesorio* (sin la correspondiente cláusula de estilo), es prueba preconstituida plena del cumplimiento de la obligación de entregar por conformidad del comprador, a menos que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente que aún no se ha realizado tal cumplimiento, como luego se dirá.

El Código Civil de 1889 mantiene el principio de la transmisión del dominio de la cosa vendida por el contrato y mediante la tradición, contra lo que pretendía el proyecto de 1851, pero en su artículo 1.462, 2, acoge la modificación expresada de la prueba de la entrega, aparte de que excluye la entrega o aplazamiento del pago del precio como condición legal suspensiva de la transmisión del dominio de la cosa, acogiendo la modificación pretendida por el proyecto.

Esta prueba plena del cumplimiento de la obligación de entregar, al menos por acuerdo tácito de *constituto posesorio*, se suele denominar tradición instrumental.

Aparte de ella, el Código Civil se refiere a algunas otras pocas formas de tradición de cosa mueble y de bien incorporal.

Respecto a cosa mueble, la ley, del hecho de la entrega de la llave del almacén en que se encuentra la cosa, deduce que se ha entregado la cosa almacenada (art. 1.463). También deduce realizada la entrega de cosa mueble por el simple acuerdo de los contratantes al suponer la conformidad del comprador que no exige la entrega inmediata de la cosa después de pagar el precio (arts. 1.146, 1.500, 1.113, 1), si la cosa vendida, de la que el vendedor es poseedor en concepto de dueño, no puede trasladarse por éste al comprador en el instante de la venta (y entonces habría un acuerdo de *constituto posesorio*) o si el comprador la tenía ya en su poder por algún otro motivo (y entonces habría una *brevi manu traditio*), pese a que algunos entendían que estos acuerdos sólo eran aplicables a fincas (artículo 1.463).

Respecto a los que el Código denomina bienes incorporeales en su artículo 1.464, o sea, respecto a los derechos reales parciales cuasi posesorios, que facultan para cuasi poseer (como el usufructo), el cumplimiento de la correspondiente cuasi tradición se deduce del hecho de la entrega del documento que acredita la pertenencia del derecho al vendedor al tiempo de la venta entrega, denominada tradición simbólica y fundada en el acuerdo de las partes. También se deduce la cuasi tradición del primer acto de uso del derecho que sea consentido por el vendedor, acto que no será de fácil prueba si no se procura acreditarlo con testigos, acaso por el Notario como testigo cualificado.

Procede observar que el citado artículo 1.464 alude a la cuasi tradición respecto a la constitución y transmisión de los derechos de usufructo o de

servidumbre continua y aparente, positiva o negativa (art. 538) o a la constitución de los derechos de uso o habitación (art. 525), y que no cabe acto posesorio hábil para la usucapión, iniciada por la cuasi tradición, respecto a las servidumbres continuas no aparentes y a las discontinuas, sean o no aparentes (art. 539), aunque algún signo aparente sirva como título, como título constitutivo pero no como cuasi tradición (art. 541).

El precepto no se refiere a los derechos incorporeales, que, por definición, son los que no van acompañados de posesión o cuasi posesión de una cosa, ya sean esencialmente incorporeales, como los créditos, aunque puedan ser corporalizados documentalmente, ya sean circunstancialmente incorporeales, como el derecho del propietario desposeído, al que se refiere, en cambio, el artículo 1.526, que trata de los créditos y *demás* derechos incorporeales transmitidos por contrato de cesión, o sea, por el contrato de compraventa que, ontológicamente, no obliga a hacer tradición.

La tradición por acuerdo de las partes, *brevi manu* o *constituto posesorio*, y la situación posesoria del mediador y del servidor de la posesión del dueño se prestan a equívocos en cuanto al efecto publicitario de la posesión.

Es cierto que, mientras no se pruebe lo contrario, la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió (art. 486), pero el poseedor en concepto distinto al de dueño puede modificar *de hecho* su situación posesoria cuando la posesión en concepto de dueño no se ejercita con la suficiente publicidad, lo que determina la posibilidad de perder el dueño su derecho al consumarse la usucapión por el tercero adquirente que es de buena fe porque cree que quien le vende es el verdadero propietario (art. 433).

De todo ello resulta que la tradición no siempre hace público el momento en que empieza la posesión en concepto de dueño, que es el momento de la adquisición del derecho de propiedad por el contrato de venta *a domino* o el momento en que comienza la usucapión por compra *a non domino*, momentos que interesan no sólo al vendedor y al comprador, sino también a terceros (arts. 448 y 348, 2).

Ahora bien, tratándose de fincas, o de gravámenes posesorios de fincas, lo usual, aunque no esencial, es que el contrato de compraventa se formalice en escritura notarial (art. 1.280, 1, 1.º, en relación con los arts. 1.278 y 1.279 sobre eficacia de la forma del contrato). Esta escritura hace prueba plena, «aún contra tercero», del contrato documentado (del hecho que motiva su otorgamiento) y de la fecha de éste (art. 1.218). Esta escritura, además, es prueba del cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, salvo pacto (art. 1.462, 2).

Así pues, cuando el vendedor es el propietario poseedor, la escritura notarial denominada de compraventa es una prueba plena de la perfección

u otorgamiento del contrato y de su consumación o cumplimiento, de la transmisión de la posesión en concepto de dueño y, por tanto, del cumplimiento de la condición legal suspensiva de la contratada transmisión del derecho de propiedad, desde su fecha, a causa o por consecuencia del contrato de compraventa y mediante la entrega cumplida de la cosa, a menos que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente que las partes contratantes consideran que aún no está cumplida la obligación de entregar, o sea, que aún no está transmitida la posesión en concepto de dueño y, por tanto, aún no está transmitido el derecho de propiedad. Lo dicho es aplicable a la forma y a la prueba de la cuasi tradición que sigue al contrato de compraventa constitutivo o traslativo de un derecho real parcial cuasi posesorio.

Más adelante, al estudiar el supuesto de desconocimiento por el comprador de la situación de desposesión del vendedor, se insistirá en el análisis del artículo 1.462, 2, y en el sentido de la conformidad del comprador en dar por cumplida la obligación de entregar.

Ahora bien, conviene distinguir el recibí de la entrega y la conformidad con las características reales de la cosa comprada, porque la recepción de la cosa no excluye que el comprador pueda alegar posteriormente su disconformidad cuando al examinar la cosa recibida advierte una pérdida parcial (art. 1.460), un defecto de cabida (arts. 1.469 a 1.472), la existencia de una carga o servidumbre no aparente (art. 1.483), vicios o defectos físicos o enfermedades del semoviente (arts. 1.484 a 1.499), o llegar a conocer la desposesión del vendedor que no hizo entrega real, sino simbólica o por acuerdo de *constituto posesorio*, al menos tácito (art. 1.462, 2, en relación con el art. 1.460, 2).

Salvadas estas posibilidades de reclamación (las que implican que el comprador opte por una reducción del precio o por la rescisión del contrato), lo cierto es que ambas partes pueden estar de acuerdo en que la tradición quedó realizada, de tal modo que el comprador se encuentra en situación de ejercitar de hecho el derecho de propiedad porque ya es poseedor pacífico, o pueden estar en desacuerdo, acaso porque el vendedor considera que ha cumplido su obligación de entregar y el comprador estima que aquél aún no la ha cumplido o, al contrario, porque el comprador se niega injustamente a recibir la posesión de la cosa.

Este desacuerdo puede dar lugar a un juicio declarativo, centrado en la prueba de la entrega y de la recepción.

Si el vendedor se niega a cumplir su obligación de entregar, el comprador podrá exigir y obtener el cumplimiento coactivo o forzoso, podrá compeler judicialmente al vendedor y, pese a la voluntad rebelde y contumaz de éste, obtendrá la posesión por mediación judicial; es decir, supuesto que en el juicio queda probado que el vendedor no ha entregado la cosa

*que aún posee*, la sentencia firme de condena podrá ir seguida de la ejecución judicial para lograr la *puesta en posesión* del comprador (artículos 1.096, 1; 922 y 926 LEC).

Si el comprador se niega a recibir la cosa y dar por cumplida la obligación de entregar, ante la voluntad rebelde y contumaz del comprador puede el vendedor hacer dejación de la posesión por mediación judicial, *consignar* la cosa, mueble o inmueble, depositarla judicialmente, y este depósito, una vez aprobado por el Juez, implica la transmisión de la posesión en concepto de dueño, de manera que al quedar cumplida la condición legal suspensiva de la transmisión del dominio contratada queda transmitida la propiedad, y el vendedor ya no podrá retirar la cosa dejando subsistente la obligación de entregar (arts. 1.176 a 1.180, y en particular el apartado segundo de este último). Un estudio reciente se refiere a la consignación (v. Angel CRISTÓBAL MONTES: «Los subrogados del pago», en *RCDI*, junio 1988).

Obsérvese que ambos sustantivos de la tradición son coactivos o forzosos porque las voluntades de disponer y de adquirir el derecho son las voluntades contractuales, vinculadas, recíprocamente, mientras que las voluntades de entregar y de recibir la posesión se refieren a un traspaso posesorio que es condición legal suspensiva de la efectividad de la transmisión del derecho que se ha contratado, traspaso que puede ser ejecutado contra la voluntad del que se niega, injustamente, a entregar o a recibir.

b) *Condición legal suspensiva* del efecto contractual de la transmisión del derecho de propiedad, o requisito legal necesario para que se realice la transmisión del derecho de propiedad conforme a las voluntades acordadas de las partes contratantes del contrato de compraventa, es la recepción de la posesión en concepto de dueño, cuando es posible en la actualidad de la perfección del contrato porque el vendedor es el propietario y el poseedor de la cosa, ya se realice el traspaso posesorio voluntariamente, por tradición (arts. 1.095 y 1.462, 1), aunque sea por acuerdo de *constituto posesorio*, incluso tacito (art. 1.462, 2), ya se realice el traspaso posesorio forzosa o coactivamente, por ejecución judicial (art. 1.096).

El traspaso posesorio cumple así, además de la función esencial de posibilitar el ejercicio del derecho comprado, la función adicional, condicionante, de determinar el momento en que se realiza la transmisión del derecho, atendida la presunción de la pertenencia del dominio al poseedor (art. 448).

Por razón de analogía con la condición suspensiva voluntaria, para precisar esta segunda función procede considerar la situación que existe antes del cumplimiento de la condición legal por causa del contrato de compraventa y las consecuencias del cumplimiento de la condición legal

por causa del traspaso posesorio, voluntario o forzoso, así como las consecuencias del incumplimiento.

1) Durante la situación de *pendencia* de la condición legal, las escuelas medievales, con fines didácticos, enseñan que existe un *jus ad rem*, que se convierte en *jus in re* cuando se realiza la transmisión posesoria. Pero el contenido de tal *jus ad rem* queda desdibujado si se imagina como un derecho idéntico al derecho personal para el cobro del dinero del precio. Acaso por pensar que en el Derecho alemán el comprador, en virtud del contrato obligacional de compraventa, sólo tiene un derecho personal, para exigir que se acuerde un negocio dispositivo por el que adquirirá el derecho real, el dominio de la cosa, un derecho personal que puede estar afectado por una condición suspensiva, de manera que sólo al cumplirse la condición será exigible el que se acuerde el negocio dispositivo (el de Tradición si se trata de cosas muebles) que no puede ser condicionado si se trata de la *Auflassung*.

En realidad, «el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada», al menos en cuanto a su género (arts. 1.273, 1.167 y 1.452, 2 y 3), y «por el contrato de compra y venta (ordinaria) uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada» (art. 1.445), sea cosa *específica*, sea cosa de *género cierto* (art. 1.448), de tal manera que cuando lo que se debe entregar «sea una cosa (específicamente) determinada el acreedor... puede compeler al deudor a que realice la entrega» de la cosa (art. 1.096, 1), mientras que «si la cosa fuere (específicamente) indeterminada o (sea) genérica (el acreedor sólo) podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor (art. 1.096, 2), con cargo al valor de bienes patrimoniales del deudor, como cuando se trata del dinero (genérico) del precio (art. 1.445).

Pues bien, el *jus ad rem* ha de ser referido al derecho a una cosa específica que puede ser objeto de transmisión posesoria judicialmente.

El momento en que se produce la transmisión del dominio acordada por contrato de compraventa es el momento de la transmisión de la posesión de la cosa al comprador, que se debe realizar por tradición, pero que será ejecutada forzosamente mediante la puesta en posesión judicial si se incumple la obligación de entregar, por lo que la situación del comprador antes de la obtención de la posesión no es la de un simple acreedor, sino más bien, prácticamente, la que corresponde al que es el futuro propietario, al que será propietario en cuanto se cumpla dicha condición legal suspensiva del efecto transmisivo contratado.

1. Porque el comprador es un futuro propietario, condicional, desde el día en que se perfecciona el contrato (art. 1.450), como si ya fuera propietario, pese a no haber recibido la posesión, soporta la pérdida

fortuita de la cosa en cuanto dicha pérdida fortuita no le libera de su obligación de pagar el precio al vendedor, siempre que si se vendió una cosa fungible ya se haya pesado, contado o medido, pasando a ser cosa especificada (art. 1.452, 3) y sea exigible la entrega, por pago del precio o por doble venta (arts. 1.096, 3; 1.100, 3). En el sistema español, como en el sistema romano, de transmisión por compraventa y entrega, *periculum est emptoris*, al igual que en el sistema francés de transmisión del dominio desde la perfección del contrato, y a diferencia del sistema alemán, según el cual *periculum est venditoris*, por lo que el comprador, en el caso referido, no está obligado a pagar el precio al vendedor.

De aquí que el vendedor, hasta la entrega u obtención de la posesión por el comprador, debe conservar la cosa con la diligencia propia de un buen padre de familia y responde con su patrimonio si incumple su deber (arts. 1.094 y 1.104).

Es más, si se pierde la cosa, se presume que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario (art. 1.183).

Si tiene la culpa, o no prueba que el hecho es fortuito, deberá entregar al comprador el dinero equivalente a la cosa e indemnizarle los daños y perjuicios, dentro de los límites marcados por las facultades moderadoras del Juez (art. 1.103).

La misma solución se aplica, aunque pruebe que la pérdida fue fortuita, cuando retrasó la entrega (*mora debitoris*, del art. 1.100, 3) o vendió a otro la misma cosa (art. 1.096, 3), responsabilidad que será exigible por el primer comprador, porque pierde la posibilidad de adquirir la cosa en cuanto la adquiere el segundo comprador de buena fe que recibe la entrega (art. 1.473, 1 y 3, parte 1.<sup>a</sup>).

Se puede advertir así que al vendedor le conviene entregar inmediatamente la cosa, en cuanto quiera eludir la prueba del carácter fortuito de la pérdida sobrevenida, y le conviene no incurrir en mora de entrega (*mora debitoris*) si quiere evitar que se le impute la responsabilidad de la pérdida fortuita. De aquí la importancia de la consignación judicial de la cosa si el comprador se niega a recibirla, cuando el precio se ha cobrado o cuando se pretende cobrarlo oportunamente (CRISTÓBAL MONTES, Angel: «Los subrogados del pago», en *RCDI*, 1988, núm. 586, págs. 906 y sigs.). La consignación no es un simple ofrecimiento de entrega que sitúa al comprador en *mora creditoris* (art. 1.185, final), sino que es una verdadera transmisión de la posesión en concepto de dueño en el momento de la aprobación judicial (art. 1.180, 2).

Esta regulación del riesgo, del peligro de daño y de la esperanza de plusvalía, del *periculum* y del *commodum*, y la regulación del deber de conservar, implican que, en la práctica, el comprador es tratado por la ley como si fuera propietario desde la perfección de la compra, incluso en

caso de pérdida fortuita de la cosa, sin perjuicio de las consecuencias del deber de conservar y del deber de entregar que corresponden al vendedor.

2. Porque el comprador es un futuro propietario, condicional, desde el día en que se perfeccionó el contrato (art. 1.450), todos los *frutos*, incluso los entonces pendientes, pertenecen al comprador (art. 1.468, 2), mediante el cumplimiento de la obligación de entregar, la cosa y sus frutos (art. 1.095), que nace y es debida desde la perfección del contrato, pero que sólo es exigible, sinalagmáticamente, si el comprador ha pagado el precio o se ha aplazado el pago (art. 1.486).

3. Durante la situación de pendencia de la condición legal también hay que considerar la facultad de *disposición* del dominio, la venta de la cosa por el comprador o por el vendedor.

Si el comprador vende la cosa comprada pero aún no recibida, en realidad vende una cosa ajena, todavía, y será de aplicación lo expuesto con anterioridad acerca de la venta de cosa ajena. La cosa dejará de ser ajena en cuanto el comprador obtenga la posesión de ella, por tradición o por ejecución judicial si el cumplimiento es coactivo, si bien debe entregarla al subcomprador seguidamente, aunque sea por *constituto posesorio*.

Si el comprador vende la cosa comprada después de recibida pero antes de pagar el precio, cabe que esté cometiendo una defraudación al vendedor acreedor del precio, un fraude pauliano que más adelante se considerará.

Por otra parte, si el vendedor, antes de cumplir la obligación de entregar al comprador, vende la misma cosa a un segundo comprador, la atribución del derecho de propiedad tiene un tratamiento legal específico, el de la llamada doble venta (art. 1.473 y concordantes, penales y registrales).

Desde luego, el vendedor propietario no puede, lícitamente, vender dos veces la misma cosa, pues incumple lo acordado en la primera venta, y su conducta es delictiva si se realiza con dolo tipificado por el Código Penal. Si no resulta delictiva, puede ser por su culpa o por olvido más o menos negligente o porque considere ineficaz la primera venta. En cualquier caso, el Código Civil cuida de resolver la cuestión que se plantea entre los compradores sucesivos al mismo vendedor (art. 1.473).

2) *Al cumplirse* la condición legal suspensiva, al recibir la tradición de la cosa o al obtener la posesión por mediación judicial, el comprador deviene propietario de la cosa, en el mismo momento.

Cesa la obligación del vendedor de conservar la cosa respecto al futuro, sin perjuicio de la posible reclamación de responsabilidades imputables al mismo con anterioridad a la entrega.

Consolida su derecho sobre los frutos, incluso los pendientes al perfec-



cionarse la compra. Si el vendedor elude la entrega de algunos frutos separados y debidos al comprador, éste podrá pedir su entrega por el vendedor que ha incurrido en mora, pero no será propietario de ellos hasta que obtenga su posesión.

La cosa se ha de entregar con sus accesorios (art. 1.097), en el estado que tenía al comprar (art. 1.468, 2), conforme al principio *periculum est emptoris*.

La condición legal, ya se ha dicho, puede quedar cumplida voluntariamente, por el vendedor y por el comprador, conformes en que la tradición se ha realizado, o involuntariamente, por la puesta en posesión judicial supletoria de la entrega por el vendedor, y por la consignación judicial supletoria de la recepción por el comprador (arts. 1.176 y 1.180).

3) La condición legal queda *incumplida* cuando el comprador no puede obtener la posesión mediante ejecución judicial porque el vendedor, propietario poseedor, vende y entrega la cosa a un segundo comprador (si no se logra probar su mala fe y que se rescinda la segunda venta), en cuanto el segundo comprador de buena fe adquiere la propiedad, frustrando la posibilidad de que el *jus ad rem* del primer comprador pase a ser un *jus in re*.

En resumen, la compra a un vendedor poseedor, supuesta la subsistencia o no pérdida de la cosa que hace posible el cumplimiento, voluntario o forzoso, de la condición legal, es eficaz, plenamente, en la práctica, desde el momento de la perfección en cuanto a los riesgos y en cuanto al disfrute.

Sin perjuicio de la posible frustración de la adquisición del derecho de propiedad (sobre la cosa o sobre los frutos de la misma) en caso de segunda venta (de la cosa o de sus frutos) a un comprador de buena fe y *accipiens* de la tradición, a favor de quien se cumple la condición legal de la entrega (art. 1.095); aparte de la responsabilidad del vendedor, pecuniaria e incluso penal, y salvados los efectos del principio de fe pública registral (art. 1.473, 2).

Al exigir la tradición adicional al contrato de compraventa para que sea efectiva la acordada transmisión del derecho de propiedad, la ley no hace más que continuar exigiendo lo que se ordenó en tiempos remotos, cuando a la sociedad le importaban más las cosas que los derechos sobre las cosas, cuando lo importante era el pacífico uso, disfrute y disposición de la cosa, el efectivo ejercicio sobre ella del señorío pleno, de hecho y de derecho, y cuando al legislador le importaba la fácil prueba del dominio deducida de la apariencia posesoria (art. 448), considerada al principio de este estudio.

Sólo los codificadores del pasado siglo preconizaron una transmisión de los derechos reales efectiva en el momento de manifestarse la voluntad

acordada de las partes contratantes y una posterior transmisión de la posesión para poder ejercitar con normalidad el derecho ya transmitido, generalizando la solución anteriormente vigente respecto a la venta por el propietario desposeído.

Nuestro ordenamiento, en cambio, continúa manteniendo la solución del Derecho romano evolucionado, pero de tal modo adecuada a las necesidades actuales que su resultado práctico es muy parecido al del sistema francés e italiano, y muy diferente al del sistema alemán, desviado de la trayectoria común romanista por las magistrales enseñanzas de SAVIGNY.

Conviene observar que, cuando se venda una finca en escritura pública, lo normal será que la venta se otorgue sin pacto que excluya el que la entrega ha quedado cumplida (art. 1.462, 2), al menos por acuerdo tácito de *constituto posesorio*, por lo que la situación de pendencia de la condición legal prácticamente tiene poco interés.

Por otra parte, si la finca no está inmatriculada, y la venta se formaliza en documento privado, y no se pacta expresamente la entrega por *constituto posesorio* (o *brevi manu*), la situación es equiparable a la resultante de un contrato de venta en el que se pacta una condición voluntaria suspensiva de la transmisión del dominio, aunque durante la situación de pendencia el comprador sea poseedor en concepto distinto al de dueño actual, que seguidamente se considerará.

Si la finca está inmatriculada, durante la situación de pendencia no es inscribible el *jus ad rem*, aunque puede ser anotada la demanda contra el titular registral vendedor por la que se pida la entrega, para evitar que, entre tanto, pueda llegar a inscribir y adquirir el dominio un segundo comprador de buena fe. Claro que esto se ha de referir al supuesto en que la venta primera está formalizada en documento privado, que habría de ser elevado a escritura pública para que se inscribiera la venta, o al insólito supuesto en que el otorgamiento de la venta en escritura pública, por pacto expreso o tácito, no implicara la entrega, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.462, 2.

c) *Condición voluntaria*. Conforme al Derecho anterior al Código Civil, la efectividad de la transmisión del dominio sobre la cosa vendida estaba condicionada al cumplimiento de dos requisitos o condiciones legales adicionales, complementarias del contrato. Perfeccionado el contrato, queda consumada la efectiva transmisión de la cosa en el momento del cumplimiento simultáneo de ambas condiciones legales o en el del cumplimiento de la más demorada.

El Código Civil, contra el proyecto de 1851, ratifica la vigencia de la condición legal suspensiva consistente en la obtención de la *posesión* en

concepto de dueño de la cosa por el comprador, mediante la dejación de la posesión por el vendedor (tradición) o, supletoriamente, mediante la puesta en posesión por ejecución judicial de sentencia.

El Código Civil, conforme al proyecto de 1851, deroga la vigencia de la condición legal suspensiva consistente en la obtención de la *posesión* del dinero del precio por el vendedor, que estaba referida a la venta pura y simple, o sea, sin aplazamiento del pago del precio.

Ahora bien, el Código dispone que el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago (arts. 1.466 y 1.467), y también dispone que el comprador debe pagar el precio en el momento en que se haga la entrega de la cosa, salvo pacto (art. 1.500, 2).

Además, faculta al vendedor, que ha entregado la cosa y aún no ha recibido el dinero del precio no sólo para exigir el cumplimiento forzoso ejecutando el patrimonio del comprador, para recibir el dinero que en él existe o el que se obtenga por la enajenación forzosa de otros bienes patrimoniales, sino también para rescindir el contrato, y obtener la *devolución* de la *posesión* de la cosa vendida y entregada por haber quedado sin causa la transmisión del dominio acordada, que se ha de considerar inoperante. Sin embargo, si un tercero es el poseedor en concepto de dueño por compra de buena fe a quien la adquirió por la venta rescindible, el tercero habrá adquirido la propiedad en firme y, aunque se declare rescindida la venta, el vendedor habrá perdido la propiedad y no podrá obtener la devolución de la posesión (art. 1.124, 4).

Pero el hecho del *pago* del precio puede configurarse voluntariamente, por pacto contractual, como requisito o condición voluntaria *suspensiva* de la transmisión del dominio y, en tal caso, la efectiva transmisión del derecho depende del cumplimiento de dos condiciones, la condición voluntaria o contractual y la condición legal, ambas de cumplimiento posterior al momento de la perfección del contrato, primero la voluntaria y después la legal. De esta manera queda garantizado el cobro del precio por el vendedor, aunque no queda garantizada la obtención de la propiedad de la cosa por el comprador, ante la posibilidad de que el vendedor contrate una segunda venta que vaya seguida de la entrega (art. 1.473, 3 y 1).

El cobro del precio por el vendedor que entregó la posesión de la cosa al comprador también puede quedar garantizado si se configurara el *impago* como condición resolutoria del contrato. Con esta solución, el comprador de finca inmatriculada puede evitar el riesgo de la doble venta si es diligente en la presentación a inscripción de su título de compra y entrega (art. 1.473, 2). Esta inscripción también garantiza al vendedor el cobro del

precio al impedir que el comprador intente eludir el pago vendiendo y entregando la finca a un subcomprador de buena fe (art. 34 LH).

1) Si se acuerda dicha condición *suspensiva*, el vendedor queda vinculado por su voluntad dispositiva, que sólo surtirá efecto traslativo si se cumple la condición, y quedan condicionados congruentemente los efectos obligatorios de la venta, pero sin que el vendedor quede liberado de su obligación de entregar y sin que la entrega deje de ser condición legal de la transmisión del derecho.

Aunque el pago del precio sea acto debido u obligado y aunque el comprador puede voluntariamente incumplir la obligación, la condición contractual es válida porque el incumplimiento de la condición no depende exclusivamente de la voluntad del deudor (art. 1.115), ya que la obligación de pagar el precio puede quedar incumplida contra su deseo, si le resulta imposible el pago, acaso por su estado de insolvencia o de falta de liquidez.

*Pendiente* el cumplimiento o incumplimiento de la condición, el vendedor bajo condición suspensiva, como ya ha dispuesto de su derecho condicionalmente, no puede disponer *libremente* del mismo.

El pacto de condición suspensiva implica que sólo cuando quede cumplida la condición suspensiva por el pago del precio será exigible la tradición traslativa de la posesión en concepto de dueño, de manera que el pago del precio antecede a la obtención de la posesión en concepto de dueño actual y a la adquisición del dominio.

Al efecto de quedar cumplida la tradición, importa el cambio en la apariencia de pertenencia del derecho al poseedor de hecho, pero sin olvidar que la posesión en concepto de dueño puede obtenerse por convenio de cambio del concepto en que se posee, sin modificar la situación de posesión de hecho inmediata.

La obligación de dar la posesión en concepto de dueño, normalmente, quedará realizada mediante *constituto posesorio condicional*, convenido al vender: el vendedor que aún no ha hecho la entrega, en el momento del cumplimiento de la condición pasa a ser poseedor en concepto distinto al de dueño, en principio como precarista. Pero también es posible que al vender se convenga una tradición *brevi manu condicional*: el vendedor, que ya ha hecho entrega al comprador como propietario futuro condicional, en el momento del cumplimiento de la condición el comprador pasa a ser poseedor en concepto de actual dueño de la cosa.

Cabe entender que, cuando la venta se otorga en escritura notarial, la deducción legal de haberse cumplido la entrega (art. 1.462, 2) no se refiere a la venta condicionada suspensivamente, por lo que conviene que conste

en la escritura el acuerdo expreso de *constituto posesorio condicional* o al acuerdo expreso de *tradición brevi manu condicional*.

Según el criterio del «legislador» PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el título adquisitivo de venta sometida a condición suspensiva puede ser inscrito en el Registro, porque el titular registral vendedor ha dispuesto de su derecho, aunque sea bajo condición suspensiva, y ya no es un propietario con facultad de libre disposición por cuanto el comprador pasará a ser el propietario actual en el momento en que se cumpla la condición voluntaria, que es suspensiva del efecto traslativo del *derecho* causado por la voluntad contractual, y que es suspensiva del efecto traslativo de la *posesión* causado por el acuerdo voluntario de cambio condicionado del concepto en que está poseyendo inmediatamente el vendedor (acuerdo de *constituto posesorio condicional*) o el comprador (acuerdo de *brevi manu traditio condicional*).

Las resoluciones de la DGRN que suelen citarse por los autores para apoyar la posibilidad de inscribir ventas sometidas a condición suspensiva no hacen más que admitir la posibilidad genérica de registrar títulos traslativos del dominio sujetos a condición suspensiva, al referirse a un legado de usufructo pendiente de aceptación, considerada como condición (R. 30 abril 1878), a una herencia que no ha sido objeto de aceptación expresa, considerada como condición (R. 22 enero 1898), o al pacto, consignado en la inscripción de hipoteca, según el cual el acreedor adquirirá la administración de la finca, que no produce el efecto de impedir actos dispositivos del dueño, ni el de provocar el cierre del Registro (R. 13 junio 1935). Ninguna se refiere a la venta sometida a la condición suspensiva voluntaria que afecta a la transmisión del dominio de la finca.

Con carácter general se resolvió que «adoleciendo de imprecisión la redacción de una condición en la escritura, el Registrador no puede dar cumplimiento a la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 51 del Reglamento Hipotecario que exige la copia literal en el asiento de las condiciones de toda clase que afecten al derecho que se inscribe» (R. 14 abril 1969), y para todo lo referente a estas inscripciones puede servir de orientación analógica lo dispuesto respecto a las obligaciones sujetas a condición suspensiva garantizadas con hipoteca (arts. 142 y 143 LH).

El hecho en que consiste el cumplimiento de la condición, así como el hecho en que consiste el incumplimiento de la condición, podrá ser *probado* mediante acta notarial, a menos que incluya alguna declaración de voluntad que deba constar en escritura notarial; sin perjuicio de la aplicación analógica de lo dispuesto respecto a las obligaciones condicionales garantizadas con hipoteca (art. 238 LH). Será conveniente que la escritura de venta aclare la manera de probar tanto el cumplimiento como el incumplimiento de la condición.

El *cumplimiento* de la condición suspensiva se hará constar por nota al margen de la inscripción de la compra con eficacia traslativa condicionada suspensivamente (art. 23 LH), porque queda consolidada la transmisión registrada a favor del comprador.

El *incumplimiento* de la condición suspensiva se hará constar mediante una nueva inscripción a favor del vendedor, porque ha claudicado la transmisión registrada a favor del comprador, al igual que se ha de registrar el cumplimiento de la condición resolutoria practicando una nueva inscripción a favor del vendedor, de la que resulte la claudicación de la transmisión registrada con anterioridad a favor del comprador (artículo 23 LH).

Como ya se ha dicho, la condición voluntaria en la compraventa tiene distinto sentido en el Derecho español que en el Derecho alemán.

Según el Derecho alemán se puede condicionar suspensivamente el negocio obligatorio, el contrato de Venta, y no se puede condicionar el negocio dispositivo de una finca, de manera que el cumplimiento de la condición sólo afecta a obligaciones y no a disposiciones, sólo tiene eficacia personal y no eficacia real, determina el momento de la exigibilidad de la obligación de disponer del dominio de una finca, de transmitirlo, por el negocio dispositivo inmobiliario.

Según el Derecho español, en cambio, se condiciona la voluntad contractual, primariamente dispositiva y consecuentemente obligatoria, de manera que el cumplimiento de la condición determina el momento de la exigibilidad de la obligación de entregar la posesión en concepto de dueño para que quede cumplida la condición legal suspensiva de la efectividad de la transmisión del dominio contratada.

Según el Derecho español, se inscribe el título de compra bajo condición suspensiva con *acuerdo condicional* de transmisión de la posesión por *constituto futuro* o *brevi manu futuro*, acuerdo probado mediante la misma escritura notarial de venta (art. 1.462, 2, si no hay pacto expreso en contra).

La inscripción de la *venta* acordada bajo condición suspensiva ha de ser admisible si se quiere evitar el perjuicio que podría padecer el comprador si el vendedor otorgara una segunda venta no condicionada y seguida de tradición que accediera al Registro antes de que se pudiera presentar a inscripción la primera venta (art. 1.473, 2).

Por la misma razón, será inscribible la *cesión* del derecho del propietario desposeído sometida a condición suspensiva, en su caso.

El *Registro de ventas a plazos de bienes muebles*, que se lleva en los Registros Mercantiles, incluye «las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles y perfectamente identificables en las que figura el pacto de reserva de dominio... [art. 2, a), de O. 15 noviembre 1982, y

art. 6, n. 12, de L. 17 julio 1965), aplicables a automóviles y otros vehículos, objeto de venta seguida de la entrega de la posesión inmediata de la cosa, aunque no en concepto de dueño actual, ya que el comprador, hasta que pague el precio, sólo es un propietario futuro condicional y sólo posee en tal concepto, pues, entre tanto, el vendedor se ha reservado el dominio y su derecho es oponible a tercero subadquirente (art. 23 de la Ley citada).

En cambio, por el contrato de *leasing* que, en principio, habría de tener por objeto bienes industriales o comerciales de pronta obsolescencia, frente a la entidad financiera (prestamista), el financiado (prestatario) sólo es, contractualmente, un arrendatario con un derecho personal de opción de compra por un pequeño valor residual de la cosa, ya que sólo se puede ejercitar la opción después de haber pagado —como plazo de un arriendo breve— la totalidad del precio y de los gastos de la compra por la entidad financiera, más los intereses correspondientes, de manera que, entre tanto, el financiado sólo tiene un derecho personal de arrendamiento y nunca un derecho de propiedad por compra, aunque sea bajo la condición suspensiva del total pago del precio, y la entidad financiera, para el caso de impago del crédito subyacente, no necesita una garantía hipotecaria o pignoraticia, que tendría que ejecutar dada la prohibición del pacto de comiso, que así queda eludida.

2) Cuando, al perfeccionarse la venta, se acuerda que el *impago* del precio será *condición resolutoria* del efecto traslativo del dominio de la cosa vendida, el vendedor y el comprador vinculan condicionalmente sus voluntades, la de disposición de la cosa en reciprocidad de la adquisición del dinero y la de disposición del dinero en reciprocidad de la adquisición de la cosa.

La venta surtirá efecto traslativo del derecho de dominio al comprador en el momento del cumplimiento de la condición legal de obtención de la posesión en concepto de dueño. Pero, si se cumple la condición resolutoria el vendedor será considerado como si nunca hubiera dejado de ser propietario. En consecuencia, la transferencia de la posesión al comprador lo será en concepto de dueño actual pero con titularidad dominical resoluble, no pura y simple.

Si la condición resolutoria queda incumplida definitivamente, el comprador consolida la adquisición del derecho de propiedad desde el momento en que recibió la posesión, de manera que debe ser considerado como un propietario adquirente por compra pura y simple, mediante entrega. En el mismo momento, queda modificado el concepto en que poseía el comprador, que pasa a ser un normal poseedor en concepto de dueño, como lo sería por compra pura y simple seguida de entrega.

Si la condición resolutoria queda cumplida, la transmisión del dominio

queda desvirtuada, por claudicación (*causam finitam*) o ineficacia sobrevenida de su causa, es decir, del contrato de venta, como si el contrato nunca hubiera existido, de manera que el vendedor debe ser considerado como un propietario que nunca ha dejado de serlo; es decir, que no readquiere el dominio como ocurriría si se hubiera convenido y cumplido una retroventa seguida de tradición. El vendedor acaso necesitará pedir la *devolución de la posesión* inmediata de la cosa, pero no necesita pedir la *retrotransmisión de la propiedad*.

Al cumplirse la condición, el comprador, que obtuvo la posesión en concepto de dueño condicional, pasa a ser poseedor en concepto distinto al de dueño, normalmente como precarista, por acuerdo de *constituto posesorio* convenido al perfeccionarse el contrato y para el supuesto de resolución.

Queda probado el título adquisitivo (de venta bajo condición resolutoria, seguida de entrega) cuando se formaliza la venta en escritura pública, porque se entiende cumplida la entrega (art. 1.462, 2).

En la inscripción registral se transcribirá la condición resolutoria acordada (art. 9, 1, 2.ª, LH, y art. 51, regla 6.ª, RH).

Las escrituras notariales suelen prever cómo ha de probarse el cumplimiento de la condición, para que se practique nueva inscripción a favor del que vendió bajo la condición resolutoria que ha quedado cumplida (art. 23 LH y art. 59 RH), y también cómo ha de probarse el incumplimiento de la condición resolutoria, para que se haga constar por nota al margen de la inscripción de la compra (art. 23 LH y art. 56 RH).

Ahora bien, debe ser escrupulosa la calificación de esta prueba porque ha de acreditar la extinción de un derecho condicional del vendedor (normalmente en función de garantía del cobro del precio aplazado) o la extinción de un derecho condicional del titular registral actual del dominio.

En principio, si el comprador se opone a la resolución por falta de pago, habría de ser el juez quien declarara si se ha incumplido la obligación de pagar el precio y con qué alcance, teniendo en cuenta la reciprocidad de sus consecuencias y, concretamente, la obligación del vendedor de devolver o consignar la cantidad recibida a cuenta del precio y la posible necesidad de interpretar y moderar cláusulas penales abusivas, lo que supone una limitación a tener en cuenta cuando se ha de aplicar lo dispuesto en el Reglamento Hipotecario (art. 59 RH).

El vendedor ha de ejercitar su acción personal (que nace de la venta y del cumplimiento de la condición) directamente contra el comprador y, además, en su caso, contra los subadquirentes, porque también queda resuelta su adquisición (*resoluto jure dantis resolvitur jus concessum*), excepto si están amparados por la fe pública registral. Así pues, el vende-



dor no ha de ejercitar una acción reivindicatoria contra el poseedor en concepto de dueño, a menos que éste lo sea por título distinto al del comprador o subadquiriendo del comprador.

Los contratantes podrán convenir, expresamente, que el impago del precio producirá la resolución, de la venta y de la transmisión del dominio, de pleno derecho, es decir, por el solo hecho del incumplimiento y según lo convenido legalmente, sin que el vendedor tenga que manifestar su opción por desistir del contrato en vez de exigir el cumplimiento, quedando así excluida la posibilidad de que el comprador demore injustamente el pago del precio (art. 1.504).

Ahora bien, el vendedor ha de notificar, notarial o judicialmente, al comprador, su voluntad de considerar resuelto el contrato, a menos que el comprador pague el precio en el acto de la notificación, que el precepto legal configura como un último requerimiento de pago, de tal manera que si, en el acto del requerimiento, el comprador se opone a la resolución, el juez no podrá concederle nuevo plazo para pagar el precio, a diferencia de lo que ocurre cuando no se ha pactado dicha resolución de pleno derecho y es posible que el juez conceda al comprador un nuevo plazo para el pago del precio, caso de «haber causas justificadas» (art. 1.124).

En el supuesto del artículo 1.504, la resolución afecta a terceros subadquirentes, aunque lo sean por compra y de buena fe, porque se trata de una verdadera condición resolutoria voluntaria.

Claro que esta condición resolutoria *sólo* si se registra (por transcripción en el cuerpo de la inscripción del título de compra) al quedar cumplida perjudicará a tercero registral inscrito, al que sea comprador a un titular registral, a menos que hubiese comprado de mala fe y no quede amparado como el que confía en la apariencia registral (art. 34 LH).

Se trata de una verdadera condición resolutoria porque el impago del precio no depende exclusivamente de la voluntad del deudor que incumple su obligación de pagarlo (art. 1.115), pues también puede dejar de cumplirla contra su deseo, si le resulta imposible pagar el precio. Ahora bien, el vendedor que considera resuelta la venta no tiene que entrar a considerar si el impago es voluntario o involuntario: le basta afirmar que el comprador no ha pagado, supuesto que el comprador no puede probar que la afirmación no es cierta.

Según el Derecho alemán, si se condiciona resolutoriamente el contrato de Venta de una finca en caso de impago del precio, cumplida la condición procede que el comprador, quien obtuvo el dominio por negocio dispositivo acuerde y actúe con el vendedor una nueva *Auflassung* por la que el vendedor vuelva a ser propietario, sin perjuicio de haber pertenecido al comprador en el período intermedio.

3) En resumen, en el Derecho español, durante la pendencia de la condición, sea suspensiva, sea resolutoria, coexisten dos titulares condicionales del dominio: el titular *actual* condicional, que será el vendedor con condición suspensiva y será el comprador con condición resolutoria, y otro titular condicional, que será el comprador bajo condición suspensiva (titular *futuro* potencial) y será el vendedor bajo condición resolutoria (titular *pretérito* anterior).

Lo que se ha de considerar prioritariamente es el supuesto de *cumplimiento*. Cuando se trata del cumplimiento de una condición *suspensiva*, éste es un requisito voluntario pero necesario para la *efectividad traslativa* de la venta, determinante del momento en que puede ser exigida la entrega para que al adquirir la posesión quede adquirido el dominio. Cuando se trata del cumplimiento de una condición *resolutoria*, éste es *causa de ineficacia*, *causa de resolución*, del contrato de venta.

El cumplimiento de la condición *suspensiva* ha de ir seguido de la tradición, al menos por *constituto posesorio* o *brevi manu* acordados al contratar, para que quede cumplida la transmisión del dominio contratada. El cumplimiento de la condición *resolutoria* implica que el vendedor nunca ha dejado de ser propietario, de manera que el comprador, que nunca ha llegado a ser propietario, debe *devolver* la posesión al vendedor, que es el verdadero dueño como lo era al vender.

Cuando se cumple la condición resolutoria, el comprador no está obligado a *entregar* la posesión en concepto de dueño para que el vendedor *readquiera* el dominio, que es lo que ocurre en el Derecho alemán.

En este sentido, no se ha de confundir la venta con eficacia traslativa sometida a *condición* resolutoria (arts. 1.504, 1.505) con la venta que faculta al vendedor a *readquirir* la propiedad en los términos estipulados para el *retracto convencional* (arts. 1.507 y sigs.), que afecta a tercero civil y a tercero registral si consta inscrito el derecho a retraer (art. 1.510).

Cuando ROLANDINO se interrogaba acerca de cómo el vendedor, en el supuesto de cumplimiento de la condición resolutoria de la venta, es propietario antes de obtener la entrega, con aparente incumplimiento del requisito de la tradición complementaria de la venta, parece que no advertía el alcance del cumplimiento de la condición como causa de ineficacia sobrevenida de la venta.

No es lo mismo el cumplimiento de la condición que determina el fin de la suspensión de la *eficacia* del contrato que pervive, que el cumplimiento de la condición que determina la *ineficacia* del contrato que se resuelve.

d) *Contrato de venta de cosa y tradición*

La solución española es muy diferente a la solución alemana.

1. En el Código alemán, inspirado en el criterio de SAVIGNY respecto a la interpretación del Derecho romano, para la transmisión del dominio de la cosa *mueble* del vendedor, la Venta es un negocio obligatorio, un contrato, que obliga a dar, en el sentido de que obliga a transmitir el dominio y la posesión, mediante el posterior negocio dispositivo denominado Tradición, que es un acuerdo dispositivo real manifestado en forma de transmisión de la posesión, por el que se transmite el dominio.

En el supuesto de incumplimiento de la obligación de entregar la posesión, para que se transmita el dominio por virtud del acuerdo real, se plantea la cuestión de interpretar si el acuerdo real aún no se ha alcanzado o puede considerarse tácitamente convenido al tiempo de contratar la Venta, de manera que se pueda compeler al vendedor a la entrega, fundada en un acuerdo real anterior a ella. Lo primero a considerar es el negocio dispositivo Tradición, que por sí solo transmite el dominio, con abstracción inicial de su causa, del contrato de Venta, que sólo ha de ser considerado, en segundo plano, para corregir el posible enriquecimiento sin causa contractual.

El dominio queda transmitido al transmitir la posesión por efecto del acuerdo real subyacente, y la transmisión del dominio perdura pese a la ineficacia del contrato (porque la disposición se configura como no derivativa, en principio) y pese a la falta de derecho del vendedor poseedor que se apropia la cosa ajena y transmite su posesión (mediante el negocio Tradición), a quien confía en que el derecho pertenece al poseedor que le transmite la posesión.

En su caso, la devolución del dominio de la cosa al poseedor que formalizó Tradición dispositiva requiere la formalización de una nueva Tradición dispositiva, de sentido opuesto, una retrotradición dispositiva.

En el Código español, para la transmisión del dominio de la cosa mueble o inmueble propiedad del vendedor, la venta es un contrato primordialmente dispositivo, es el acuerdo de la voluntad dispositiva del vendedor y de la voluntad adquisitiva del comprador, que, consecuentemente, obliga a dar, en el sentido de que —excepto cuando el vendedor está desposeído— obliga a transmitir la posesión en concepto de dueño de la cosa para que quede transmitido el dominio, por causa de la venta, en el momento en que obtenga la posesión el comprador, al cumplirse esta condición legal suspensiva de la efectividad de la transmisión del dominio contratada; condición que puede quedar cumplida por las voluntades (no contractuales) del vendedor y del comprador, mediante la entrega y la recepción de la posesión, o sea mediante la tradición o, en defecto de

acuerdo traditorio, puede quedar cumplida forzosamente, aun contra la voluntad del vendedor, mediante la puesta en posesión por ejecución judicial de sentencia firme. Lo primario es el contrato de venta que transmite el dominio, en el momento del cumplimiento obligado de la tradición, que puede ser suplida judicialmente.

Según el Código alemán, el vendedor de cosa mueble queda obligado a dar, a realizar la Tradición alemana, a transmitir el dominio mediante el posterior negocio dispositivo Tradición, es decir, queda obligado a disponer. Así, el comprador es un simple acreedor, titular de un derecho personal a que se le transmita el dominio mediante acuerdo dispositivo posterior, que puede no alcanzarse, quedando incumplida la obligación de dar, la de transmisión del dominio, al no quedar realizada la Tradición dispositiva traslativa.

Según el Código español, el vendedor no queda obligado a disponer del dominio, sino que dispone de su derecho contractualmente, contrata su enajenación y transmisión; contractualmente enajena y transmite el dominio, aunque bajo la condición legal suspensiva de quedar transmitida la posesión, cuando la tiene el vendedor, no cuando la tiene un tercero. Así el comprador es el titular futuro y condicional del dominio por causa de compraventa, y tiene derecho y acción personal para conseguir el cumplimiento de la condición legal suspensiva de la efectividad de la transmisión del dominio, mediante la voluntaria entrega de la posesión por el vendedor o, en su defecto, mediante la supletoria y forzosa puesta en posesión por ejecución judicial. Por esto, la tradición española no es un negocio que pueda quedar abstraído de la venta.

Según el Código alemán, la voluntad dispositiva acordada no radica en el contrato, aunque puede acompañar al contrato, sino que normalmente se manifiesta en el momento de la transmisión voluntaria de la posesión.

Según el Código español, la voluntad dispositiva acordada es el contrato, que obliga a entregar si el vendedor es poseedor en concepto de dueño (art. 1.445) porque se presume que el poseedor en concepto de dueño es el verdadero propietario (art. 448), pero que no obliga a entregar si el vendedor está desposeído porque un tercero posee en concepto de dueño (art. 1.526 y art. 348, 2).

Hay que pensar que, históricamente, en el uso del lenguaje forense, decir poseedor (en concepto de dueño) equivale a decir (más que propietario presunto) propietario *indiscutido*, que no ha de litigar para defenderse de una acción interdictal o reivindicatoria. El comprador está en posesión en cuanto posee en concepto de dueño pacíficamente, por justa causa (art. 1.462, 1), al menos presunta (art. 448). A esta posesión del propietario, cuando no tiene título probatorio de la pertenencia del derecho, se refiere

la información posesoria inmatriculadora de la Ley Hipotecaria de 1861.

Resumiendo: El sistema alemán distingue, el contrato obligacional, que obliga a transmitir el dominio, y la tradición dispositiva del dominio, que lo transmite por acuerdo real al transmitirse la posesión. El sistema español distingue, el contrato dispositivo y obligacional, que transmite el dominio y que obliga a entregar la posesión, y la tradición que es el cumplimiento voluntario de la obligación de transmitir la posesión en concepto de dueño, pues la ley condiciona la efectividad de la transmisión del dominio a la obtención de la posesión porque hasta entonces no se puede ejercitar el dominio, y entre tanto la presunción probatoria ampara al vendedor y no al comprador (art. 448).

2. En el Derecho alemán, el negocio jurídico dispositivo Tradición se acuerda *solvendí causa*, como pago de una obligación de dar el dominio, nacida, en su caso, de un contrato de venta, aunque el negocio dispositivo real Tradición queda abstraído del contrato de Venta que es su causa, del que nace la obligación de dar el dominio y de dar la posesión.

La Tradición puede hacerse *sin expresar* el contrato causa (abstracción *formal*), aunque la Tradición surte efecto traslativo con independencia inicial de la existencia del contrato *manifestado* como causa (abstracción *sustantiva*). Pero no cabe decir que la causa de la tradición es el pago de una obligación, sin más, porque la causa es el contrato del que nace la obligación que se paga con la Tradición.

Se hace Tradición abstracta por causa de pago de una obligación no abstraída del negocio obligacional del que nace, salvando el negocio abstracto de constitución de obligación por promesa o reconocimiento de deuda, formalmente manifestada.

En el Derecho español, la tradición, en cuanto es una simple actuación material o un acuerdo de traspaso posesorio (por *constituto o brevi manu*), no puede ser abstracta sustantivamente. Formalmente se puede abstraer la expresión de la causa de la que nace la obligación de dar la posesión en concepto de dueño (arts. 1.088, 1.089), que se quiere cumplir haciendo tradición (art. 1.095), pero la actuación traditoria, en cuanto cumplimiento de una condición legal suspensiva del efecto contratado, no está abstraída del contrato, de manera que no hay transmisión de la propiedad cuando resulta que hubo error porque se entregó cosa que nunca se debió entregar o porque ya estaba pagada la obligación mediante entrega anterior de otra cosa (cuando se trata de dinero o cosa «fungible»), «pero aquel a quien se pida la *devolución* (de la posesión en concepto de dueño de la cosa, que no la retrotransmisión del *dominio* de la cosa) puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa (deber de consecuencia u otra obligación natural) (art. 1.901).

En este sentido, no se puede decir, sin más, que el pago de una obliga-

ción es la causa de la tradición. Se aclara que la dación de una cosa en pago de un crédito dinerario, la adjudicación en pago de una suma de dinero, no es el pago de una obligación de entregar la posesión de una cosa específica (que se entrega), sino un *subrogado* del pago del crédito dinerario, no es una compra o una permuta de la cosa a cambio de la transmisión del crédito dinerario, porque el crédito queda extinguido al hacer la dación en pago (v. estudio de Angel CRISTÓBAL MONTES: «Los subrogados del pago», en *RCDI*, mayo-junio 1988, págs. 852 y sigs.).

El Código Civil califica como cuasi contratos a las actuaciones lícitas que, no siendo contratos, según alguna ley, son fuente o causa de obligaciones y derechos personales correlativos (art. 1.887).

Así, considera que existe un *cuasi contrato de pago* y «cobro de lo indebido», *por error*, en la actuación de dos personas de las que una entrega y otra recibe la posesión en concepto de dueño de una cosa, por creer el primero que está obligado a realizar la tradición por causa de un contrato y por creer el segundo que tiene derecho a recibir la tradición por cualquier «otra justa causa» distinta de la que cree el *tradens*. En tal supuesto, no puede decirse que el cambio de poseedor en concepto de dueño de la cosa entregada y recibida se realizó en cumplimiento de una obligación nacida de un contrato cierto que sea causa de transmisión del dominio de la cosa, y la ley dispone que quien recibió la *posesión* está obligado a devolverla a quien hizo la entrega (arts. 1.895 a 1.901).

Si el *accipiens* no actúa devolviendo la cosa al *tradens*, éste podrá judicialmente pretender la *devolución*.

La prueba de la entrega y la prueba del error por el que hizo la entrega incumbe al que afirma haberla hecho (art. 1.900).

Si el demandado niega haber recibido la cosa reclamada, bastará que el demandante pruebe la entrega para que se considere probado el error manifestado (art. 1.900).

Cuando el demandado no niega haber recibido la cosa (art. 1.901), la ley presume que hubo error si el demandante prueba que nunca estuvo obligado a la entrega por la causa que manifiesta tuvo en consideración al hacer la entrega, no expresada a quien la recibió, o que la obligación de entregar que tuvo por dicha causa ya estaba pagada con la correspondiente entrega de otra cosa, cuando lo debido fue una cosa genérica, en particular dinero «fungible» o consumible.

Sin embargo, el demandado que recibió la entrega y se niega a la devolución pretendida podrá alegar e intentar probar que la entrega de la posesión en concepto de dueño de la cosa se le hizo «a título de liberalidad o por otra causa justa» (art. 1.901), es decir, a consecuencia de cualquier supuesto de hecho legal del que nació su derecho a recibir la entrega para adquirir el dominio.

Esto es así porque la ley no exige que al realizar una tradición se manifieste su causa, porque hay abstracción formal.

Los principales *supuestos* que pueden subsumirse en el supuesto genérico normativo son el de entrega de cosa específica por causa errónea de venta con recepción por causa errónea de donación, y el de entrega de dinero (de cierta cantidad de moneda con un determinado valor nominal) por causa errónea de préstamo mutuo con recepción por causa errónea de donación (cuando el *accipiens* cree ser donatario del *tradens* que cree haber contratado un préstamo). En ambos casos, en principio, hay que entender que los implicados actúan verdaderamente de buena fe, por error.

1.º El primer supuesto es el más importante a considerar, concretamente cuando el *accipiens*, que cree ser propietario de la cosa específica, la vende y entrega a un tercero, asimismo de buena fe, que cree comprar al verdadero dueño. En tal caso, la solución legal es que el dinero del precio queda como subrogado real de la cosa y el que hizo la entrega errónea sólo tiene derecho a que se le devuelva el precio cobrado o a que se le ceda la acción contra el comprador para hacerlo efectivo cuando aún no ha pagado el comprador a su vendedor (art. 1.897).

Es decir, la ley considera que el comprador, que recibió la posesión por tradición del que fue *accipiens* del verdadero propietario, pasa a ser el nuevo propietario, aunque la cosa no pertenecía al vendedor.

Esta solución puede ser considerada como una excepción al principio general de adquisición derivativa, similar a la excepción ordenada para el caso, paralelo o análogo, en que la rescisión declarada de un contrato (en este caso sería un cuasi contrato) no perjudica, por derivación o propagación, a un subcomprador, a menos que sea de mala fe (art. 1.295, 2).

Es decir, la ley no dispone que se trate de un supuesto de nulidad o resolución de un *cuasi contrato*, sino de rescisión de un *cuasi contrato*, de una relación personal voluntaria y lícita extracontractual, que *no* nace de las voluntades contractuales de las partes implicadas, sino que nace de las voluntades de las partes actantes de la tradición en que se materializa el cuasi contrato.

Esta solución implica que sólo queda exceptuado de la devolución de la cosa el comprador de buena fe, por cuanto «se presume celebrados en fraude de acreedores —en este caso del acreedor a la devolución de la posesión— todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito. También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes» (art. 1.297). En

este caso, el acreedor defraudado, perjudicado, es quien tiene derecho a la devolución de la posesión de la cosa, en principio.

El comprador que hubiere actuado de mala fe, probada, no está facultado para negarse a la devolución que se le pide y responde de los daños y perjuicios si por cualquier causa le fuere imposible devolverla (art. 1.298).

Obsérvese que la protección al tercero comprador no se funda en la protección a la confianza en la apariencia posesoria, no se funda en que es poseedor que obtuvo la posesión de otro poseedor anterior en concepto de dueño, sino que se funda en que es un poseedor *titulado*, un tercero con título de adquisición (cierto y no sólo presunto en cuanto poseedor), un tercero poseedor con título de adquisición que no deviene ineficaz por derivación de la ineficacia del título de adquisición de su causante, con título que no queda rescindido al quedar rescindido el título del vendedor.

La solución no es la que resulta de configurar la tradición como un negocio abstracto de su causa conforme a las ideas de SAVIGNY. Hay que pensar que aún no había sido aprobado el Código Civil alemán de 1896 cuando se publicó el español vigente de 1889, que, con las variaciones reconocidas, no hace más que cristalizar el Proyecto que FLORENCIO GARCÍA GOYENA elaboró en 1851, cuando la interpretación del Derecho romano imaginada por SAVIGNY y fomentada por sus discípulos aún no había tenido ocasión de ser conocida y de fraguar en España.

Pensar que el legislador español de 1889 recoge en el artículo 1.901, en relación con el artículo 1.897, la «teoría» de SAVIGNY acerca del pseudo-romano negocio dispositivo abstracto de transmisión mobiliaria por tradición, es pensar en algo que el pueblo alemán rechaza, pero que, afortunadamente, no encaja en el sistema y el ordenamiento jurídico español vigente.

En el Derecho alemán, el que recibe la tradición, por error acerca de la causa, es propietario, incluso respecto a quien le entregó la cosa por error acerca de la causa, y como propietario transmite su derecho por tradición a un tercero, acaso por causa de venta.

En el Derecho español, el tercero comprador de buena fe es tratado como si hubiera comprado al verdadero dueño, que deja de serlo pero tiene derecho al precio.

El Código Civil protege al tercero civil comprador de buena fe frente a la acción rescisoria del título del vendedor, impidiendo su propagación por derivación, al igual que la Ley Hipotecaria de 1861 dispuso la inoponibilidad a un tercero registral de buena fe de la acción rescisoria del título del vendedor, a menos que constara anotada la demanda de rescisión.



2.º En el supuesto de la entrega en *préstamo* y de la recepción, por error, como *donación*, hay que distinguir la entrega de cosa específica en comodato y la entrega de dinero en préstamo mutuo.

Por contrato de préstamo *comodato* no se acuerdan las dos recíprocas disposiciones traslativas del dominio, de la cosa y del dinero, que se acuerdan al vender, sino que se constituye a favor del prestatario comodatario un derecho personal al uso de la cosa mueble específica del prestamista comodante, sin retribución, sino gratuitamente, porque el derecho de uso retributivo de cosa mueble específica es un alquiler.

Si el propietario entrega en comodato a quien cree recibir una donación, el cuasi contrato implica la obligación para el pseudocomodatario-donatario de devolver la posesión de la cosa que él creía tener en concepto de dueño por donación. Si de buena fe vendió a un comprador de buena fe será aplicable lo dispuesto en el artículo 1.897. La situación no se ha de confundir con la de venta y entrega a un tercero de la cosa que el comodatario por contrato se apropia indebidamente, porque entonces, aunque el comprador sea de buena fe, el verdadero propietario podrá reivindicar y recobrar la cosa, según el Tribunal Supremo, contra la opinión germanizante más extendida (art. 464, 1).

En cambio, por contrato de préstamo *mutuo* se constituye a favor del prestatario un derecho personal al uso de dinero del prestamista, un uso que por referirse a cosa «fungible», que se consume por el uso conforme a su destino, implica que la propiedad de las específicas monedas que se entregan como capital del préstamo pasa a pertenecer al prestatario por tradición a causa de préstamo (sea esta entrega o no lo sea constitutiva de la perfección del contrato), y también que el prestatario, una vez *usado* y consumido el dinero conforme a lo pactado, a cambio de un precio o interés (fruto civil del dinero), debe devolver el mismo capital nominal que recibió, configurado como un capital *ajeno* (del prestamista), pero transmitiendo la propiedad de las específicas monedas representativas del capital, por causa de préstamo vencido y mediante tradición, en forma más o menos simbólica y «desmaterializada».

Si el propietario entrega en préstamo mutuo a quien cree recibir una donación, el cuasi contrato implica la obligación para el pseudoprestatario-donatario de devolver el capital recibido. En este caso no cabe que aparezca la figura del tercero comprador, pero sí podría existir una disposición o un consumo fraudulento del dinero recibido.

A propósito de esto, cabe decir que, según el Derecho alemán, el negocio abstracto de *promesa de deuda* implica la abstracción formal y sustantiva o de la eficacia vinculante de una obligación que ha nacido con anterioridad por causa de contrato u otra fuente de obligación personal pecuniaria, mientras que en el Derecho español la promesa de pagar una

deuda es simple reconocimiento de la existencia de una obligación pecuniaria, con abstracción formal de su causa, sin expresión de la causa que, en caso de entrega de dinero (*solvendi causa*), puede dar lugar a una situación de cuasi contrato de pago de lo indebido por error (art. 1.901).

Acerca del tema de la posibilidad o imposibilidad del negocio dispositivo abstracto, según las ideas de SAVIGNY legalizadas en el Código Civil alemán, en el ordenamiento jurídico español son de gran interés *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, de LUIS DÍEZ-PICAZO y de MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (Madrid, 1988. Ed. Civitas, S. A.). Por su reciente publicación no he podido considerar otro sobre *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código Civil español*, de CARMEN VILA RIBAS (Barcelona, 1989. Librería Bosch).

Algunas conclusiones a destacar son las siguientes:

En el Derecho español la tradición cumple, simultáneamente, dos funciones: la esencial de posibilitar el ejercicio normal del derecho comparado y la adicional de determinar el momento de la transmisión del derecho del vendedor al comprador.

Pero la tradición no es, *siempre*, requisito de la transmisión por venta del dominio del vendedor, por cuanto si el propietario es poseedor en concepto de dueño de la cosa pero se niega a entregar, el traspaso posesorio puede conseguirse por mediación judicial, sin tradición, pues sólo ficticiamente se puede denominar tradición al traspaso posesorio forzoso o coactivo, y porque, si el propietario no es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, la transmisión del dominio se realiza en el momento de la perfección del contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal.

Por otra parte, la tradición se puede cumplir por simple acuerdo de constituto posesorio (art. 1.463).

Es más, si el contrato de compraventa se otorga en escritura notarial, la tradición se considera cumplida, al menos por constituto posesorio tácito (art. 1.462, 2).

En ningún caso el traspaso posesorio en forma de un acuerdo real de transmisión del derecho, a diferencia de la tradición de SAVIGNY, porque el contrato de compraventa es el acuerdo traslativo del derecho, y del contrato nacen las obligaciones ordenadas a lograr la efectividad de la transmisión del derecho.

La tradición ha de ser entendida con estas limitaciones legales, sin desorbitar su sentido y sus funciones, sin magnificarla ni mitificarla.

## B) CONTRATO DE CESIÓN QUE NO OBLIGA A ENTREGAR (art. 1.526)

1. La *palabra cesión es equívoca*, ante todo porque designa, por sí sola, el *contrato* de cesión o venta de derecho incorporal y el *efecto transmisivo* o traslativo del contrato de cesión, es decir, la *transmisión* del derecho incorporal por efecto del contrato de cesión.

El significado prioritario es el de *contrato* de cesión, por contraposición para distinguir el contrato de *venta* en sentido estricto o venta de cosa (*venditio rei*) del contrato de *cesión* o venta de derecho incorporal o de acción (*cessio actionis*).

Pero también es usual el significado de *efecto transmisivo*, para distinguir la *transmisión* en sentido estricto o transmisión de cosa, de la *cesión* o transmisión de derecho incorporal.

El Código Civil alude al efecto transmisivo en el epígrafe del capítulo que trata «de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales», por contrato de venta, o contrato de cesión de propiamente dicha (capítulo VII del título IV, que trata «del contrato de compra y venta»), pero alude al contrato de cesión en los artículos que comprende el capítulo (arts. 1.526 a 1.536), al referirse a «la cesión de un crédito, derecho o acción...» (art. 1.526), a la cesión de un crédito (arts. 1.527 y 1.530), a la venta o cesión de un crédito (arts. 1.528 y 1.536), a la venta, al vendedor cedente, y al comprador o cesionario (arts. 1.528 y 1.531 a 1.535).

En la doctrina civilista suele darse poco relieve al contrato de cesión, como compraventa especial de derecho incorporal, que ontológicamente no obliga a entregar, algo que se ignora o se olvida, mientras que se da gran relieve a la transmisión de los créditos en la Parte General del Derecho de obligaciones.

La palabra *cesión* también se utiliza para significar una transmisión, aunque no sea por contrato de cesión, de un derecho distinto al de propiedad privada de una cosa o a un derecho real cuasi posesorio.

2. La palabra *cosa* significa derecho de propiedad acompañado o investido con la posesión en concepto de dueño, y la palabra *acción* significa derecho incorporal, definido como derecho que no está acompañado o investido con la posesión o cuasi posesión de su objeto, bien circunstancialmente, porque el propietario está desposeído, o bien esencialmente, porque no se trata de un derecho posesorio o cuasi posesorio, como ocurre con un crédito.

Según la letra del epígrafe legal citado, es claro que el contrato de cesión tiene por *objeto* derechos incorporales, y es claro que los derechos de crédito son los de más relieve, aunque también hay «otros derechos incorporales» que, ante todo, serán los derechos reales incorporales, tanto por su naturaleza excluyente de una cuasi posesión y usucapión (así el de

hipoteca y el de prenda, que se ceden a la vez que el crédito del que son accesorios, según el art. 1.528), como su situación actual de desposesión, cuando se trata de derechos reales posesorios, o cuasi posesorios, sobre todo del derecho del propietario desposeído, pero también el derecho del usufructuario desposeído por un tercero. Lo que no responde a un criterio caprichoso sino histórico, referido a la contraposición entre la *venta* que obliga a entregar la posesión, en concepto de dueño, o la cuasi posesión, correspondiente a un derecho real parcial posesorio (no en concepto de dueño), y la *cesión* que no obliga a entregar, que excluye la obligación de hacer tradición, porque en razón de su objeto, ontológicamente, es imposible la entrega, esencialmente (de un crédito) o en la actualidad (de una propiedad en situación de desposesión), aunque no quede excluido el acatamiento a la vinculación contractual de la voluntad dispositiva, y a sus obligaciones correspondientes.

Por razones históricas, la cesión se refiere, en el Código Civil, con evidente sinonimia, a las acciones inseparables negocialmente de los respectivos derechos incorporales que defienden (incluso a las acciones negociables con independencia del derecho matriz, referidas a facultades o poderes secundarios derivados del mismo).

Ahora bien, las acciones cesibles, en principio, se refieren a derechos que no se están ejercitando en juicio, que no son derechos litigiosos, aunque puedan serlo (art. 1.355, 2).

Dado que *la venta con obligación de entregar sólo puede referirse a cosas corporales*, es decir, al derecho de propiedad y a los derechos reales cuasi posesorios, siempre que estén acompañados de la posesión o cuasi posesión actual sobre alguna cosa corporal, *todos los demás bienes son objeto de cesión y no de venta*. Así, históricamente, se contrapone la venta de *cosa* a la cesión de *acción*, personal (crédito) o real, la reivindicatoria, sinónima del derecho del propietario desposeído.

Es claro que el propietario despojado de hecho podrá intentar recuperar la posesión, dentro del año siguiente al despojo de hecho, ejercitando la acción interdictal recuperatoria, que es de carácter posesorio, fundada en su posesión anterior. Pero si vende antes de transcurrir el año no existirá un contrato de venta con obligación de entregar, sino que existirá un contrato de cesión de su derecho incorporal, del derecho sin la posesión, porque el vendedor no puede entregar sin recuperar la posesión, para lo que ha de litigar contra el poseedor de hecho, reivindicando o ejercitando la acción interdictal recuperatoria, *antes de vender*.

Al vender dispone de su derecho, como la tiene, sin la posesión de hecho, y así lo acepta el comprador que conoce la situación de desposesión de hecho, de manera que el vendedor ya no puede actuar en juicio, ni como propietario, ejercitando la acción reivindicatoria, ni como poseedor

que fue, ejercitando la acción interdictal recuperatoria, porque ha dispuesto del derecho con todas sus acciones, las derivadas del mismo y las derivadas de su situación posesoria.

Pero el comprador, aunque no fue el despojado de hecho, sí que puede ejercitar la acción interdictal, por cuanto en la demanda se «ofrecerá información para acreditar: 1.º Hallarse el reclamante *o su causante* en la posesión o en la tenencia de la cosa; 2.º que ha sido ... despojado de su posesión o tenencia...» (art. 1.652 y arts. 1.654, 1.656, 2, 1.658, 2 y 3, 1.659 LEC).

Este es otro argumento para fundamentar que la venta, en caso de desposesión del vendedor, incluso de simple hecho, es inmediatamente traslativa (art. 1.526).

El artículo 1.462, 1, no es obstáculo, porque se refiere al poseedor de hecho y de derecho, que hace entrega de la posesión de hecho y de la posesión de derecho, es decir, en concepto de dueño, pacífica.

Así pues, durante dicho primer año desde el despojo, el cesionario puede ejercitar no sólo la acción reivindicatoria, sino también la acción interdictal, pero no la acción de desahucio, porque nunca ha tenido la posesión *real* según dice la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por tanto, la situación de desposesión, en cuanto se refiere a la relación entre el comprador y el tercero poseedor tiene peculiaridades destacables durante un año, en el período inicial de la desposesión (art. 1.652 LEC) y en el período final de la posesión por el despojante, antes de la consumación de la usucapión (art. 36, 1, LH).

A este propósito conviene observar que, según la ley, el contrato de cesión transmite inmediatamente un derecho incorporal *con todo su contenido* de facultades, deberes y acciones, por lo que la cesión del derecho del verdadero propietario desposeído, aunque históricamente pero con sinonimia se denomina cesión de la acción reivindicatoria (art. 348, 2), incluye *todas las acciones* que al tiempo de la cesión, a modo de accesorios (art. 1.528), corresponden al cedente por razón de su propiedad sobre la cosa, incluso las acciones posesorias *interdictales* y las acciones *personales que afectan a la pertenencia del derecho*, sobre todo las de devolución de la posesión, las rescisorias o de reducción del precio por defecto desconocido de la cosa (así, art. 1.484), la rescisoria por incumplimiento de contrato (art. 1.124) y las de nulidad o resolución, que puedan implicar una devolución de la posesión de la cosa a su verdadero dueño.

Desde luego, se ha de tener en cuenta que los derechos incorporales pueden ser transmitidos o cedidos no sólo por el contrato de compraventa denominado contrato de cesión, sino también por otros contratos traslativos, como el de permuta, el de obra nueva a realizar, o el de sociedad, es decir, por los otros «ciertos contratos» traslativos (art. 609, 2, al final),

pero no mediante tradición, por razón de su objeto, lo que se ha de referir, sin duda alguna, al derecho del propietario desposeído. Además, el derecho incorporal puede ser objeto de disposición no sólo contractual, sino también por donación o testamento (art. 609, 2).

La cesión del derecho del propietario desposeído se ha de referir tanto a cosas inmuebles, a fincas, estén inmatriculadas en el Registro o no lo estén, como a *cosas muebles*, en el ámbito en que sea posible su reivindicación, por lo que conviene hacer algunas observaciones.

El artículo 464 distingue claramente la venta mercantil y la venta civil, al tratar de la posibilidad de reivindicar la cosa poseída por un comprador de buena fe, que desconoce la falta de derecho del vendedor.

La venta mercantil, por comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, o en mercado, feria o Bolsa, causará «prescripción de derecho», es decir, irreivindicabilidad de la mercadería (art. 85 C. de Co.) y de la moneda del precio (art. 86 C. de Co.), o sea, una adquisición *a non dominio*, inmediata, por tercer adquirente a título oneroso y de buena fe (art. 464, 4).

En cuanto a la venta civil, «la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe —por el comprador— *equivale a título*» (art. 464, 1, punto primero) por presunción legal *juris tantum* (art. 448) (y la venta otorgada en escritura pública *equivale* la *entrega*, según el art. 1.462, 2). Es decir, que el poseedor en concepto de dueño, de buena fe, que se presume mientras no se pruebe el conocimiento de la falta de derecho del vendedor, se ha de considerar que lo es por justo título adquisitivo del derecho de propiedad, por compra y entrega, mientras no se pruebe en juicio que es otro el propietario.

Por ello, el propietario puede reclamar y obtener la devolución de la cosa que hubiere perdido o de la que hubiese sido privado ilegalmente, por sustracción (robo o hurto) o por apropiación indebida (del depositario o del comodatario, por ejemplo), contra quien la posee por compra, aun siendo de buena fe (art. 464, 1, punto segundo).

No obstante, para recuperar la posesión de la cosa propia que el poseedor compró, en venta pública, al que la halló o al que la sustrajo (robó o hurtó), habrá de reembolsar al poseedor por compra del precio dado por ella, sin perjuicio de reclamarlo al que le vendió indebidamente. Con ello se protege al comprador, de buena fe, de la cosa que el propietario perdió o que le fue robada o hurtada (art. 462, 2).

Esta solución parece fundada en la dificultad para el comprador en venta pública de identificar al vendedor que la había encontrado o sustraído, de manera que el propietario recuperará la cosa de su propiedad, que puede tener gran valor para él, pero se ha de arriesgar a perder el precio reembolsado, que puede ser muy inferior al valor real. En definitiva, la

solución, respecto al comprador es similar a la que se aplica al cesionario de un crédito litigioso (arts. 1.535 y 1.536), porque ahora se trata de la venta y entrega de una cosa antes de ser judicialmente reivindicada por el propietario no poseedor. Precisamente paralela a la situación contemplada por el «legislador» FLORENCIO GARCÍA GOYENA, quien, al preguntarse por qué ha de aplicarse el denominado «retracto anastasiano» sólo a créditos litigiosos cedidos y no, también, a la cesión de la acción reivindicatoria, ya litigiosa confirma que, según criterio auténtico, del «legislador», la cesión del derecho de propiedad, incorporal y controvertido, está incluida entre los supuestos contemplados por el artículo 1.526, 1, del Código Civil.

De manera análoga, el reivindicante de cosa empeñada en Monte de Piedad, para recuperar la cosa que ha probado ser de su propiedad, ha de anticipar el reintegro debido por el empeño, incluso los intereses vencidos (art. 463, 3).

La solución del apartado segundo del artículo 464 no incluye la cosa comprada a quien se la apropió indebidamente, pero no por hallazgo ni por sustracción, acaso porque puede ser más fácilmente identificado por el comprador, que será quien ha de reclamar por acción personal de compra el precio que pagó por ella, conforme a las normas generales del saneamiento en caso de evicción del derecho.

La obligación de devolver nace, en estos casos, no de cumplimiento o incumplimiento contractual, sino de acto ilícito.

Desde luego, el propietario puede actuar penalmente contra el que encontró la cosa y se la apropió, o se la sustrajo, o se la apropió indebidamente, en los supuestos tipificados por el Código Penal, y, en su caso, contra los cómplices y encubridores, como podría ser el comprador de mala fe.

Pero tratándose de la apropiación por el depositario o por el comodatario, si no se ejercita la acción penal, lo procedente es ejercitar la acción personal del depósito o comodato contra el depositario o comodatario obligado a devolver la posesión de la cosa, y, a la vez, contra el poseedor causahabiente (sobre todo por compra), de buena o de mala fe; aunque será necesario ejercitar la acción reivindicatoria cuando la acción personal resulta inapropiada por ser desconocido el tracto derivativo entre el poseedor actual y el depositario o comodatario.

Con estas mismas limitaciones a la reivindicación, el propietario desposeído puede vender su derecho de propiedad, es decir, ceder su acción reivindicatoria (art. 1.526, 1), mientras que el poseedor puede vender y entregar (arts. 448 y 464), aunque sea injustamente.

La posibilidad de reivindicar, que es conforme a la interpretación jurisprudencial, no germanista, pese a lo mucho escrito por autores espe-

cializados en el tema, es importante si la cosa es muy valiosa, como una obra de arte o una piedra preciosa identificable, cuando se la apropió indebidamente y la vendió persona no comerciante que la custodiaba o la tenía en préstamo de uso.

En cuanto al derecho de propiedad sobre una «cosa perdida», es decir, en paradero ignorado, de la que se perdió la posesión (art. 461), estimo que puede ser objeto de cesión, porque, mientras el derecho no se pierda también, por el propietario actual, es un derecho incorporal, un derecho no acompañado de la posesión, y la cesión se refiere a los derechos incorporales, sin exclusión (art. 1.526).

La doctrina mercantilista, disociada de la civilista en el Derecho español, estudia la cesión o transmisión de créditos incorporados a un *título valor*, derechos originariamente incorporales por su propia esencia pero corporalizados, cosificados, representados por un documento, del que es aparente propietario, a la vez que es aparente acreedor, el poseedor legítimo, por tradición o entrega del documento, aunque se exija una adicional fórmula de endoso o transmisión sobre el mismo documento.

Pero se suele dar poco relieve al contrato, de venta o cesión por el que se transmite o cede el crédito al hacer tradición del documento, aunque el contrato ya no es de pura cesión porque el derecho esencialmente incorporal ha quedado incorporado, corporalizado en un documento del que se transmite la propiedad como si se tratara de una cosa poseída por el vendedor o cedente.

Tampoco se insiste en diferenciar el sistema alemán con su negocio dispositivo de créditos y acciones denominado Cesión, y con su Tradición, negocio dispositivo, de cosa mueble y ahora de crédito corporalizado o de documento que corporaliza el crédito, negocio abstraído legalmente del contrato de venta que es su causa, frente al sistema español en que la tradición no es más que la transmisión de la posesión de una cosa, aunque ésta sea un documento que legitima al poseedor del mismo como titular del crédito, incorporado, siempre que la tradición sea consiguiente a un contrato traslativo y obligatorio (u otra justa causa de la transmisión de la propiedad) respecto al cual no cabe hablar de abstracción causal, aunque sea sin perjuicio de la defensa de terceros compradores confiados en la apariencia posesoria y documental.

Por otra parte, los resguardos o certificados de depósito de mercancías, que prueban una relación contractual entre el propietario depositante y el depositario, al menos indiciariamente prueban la propiedad de las mercancías poseídas en concepto de dueño por el depositante, y la transmisión de la posesión del documento puede ser una forma de tradición de las mercancías si consta probado un contrato causa de la transmisión del dominio, al que puede acompañar el certificado, sin perjuicio de hacer



constar en el mismo certificado la causa de la transmisión de las mercancías depositadas (por analogía con el art. 1.463, respecto a la entrega de la llave del almacén).

También se han de considerar la cesión de la acción o *participación social* en una sociedad anónima como derecho esencialmente incorporal, aunque incorporado por imperativo legal a un título valor, la «acción», porque la legislación especial bursátil y fiscal, así como la doctrina, considera con preferencia el aspecto de la entrega o transmisión de la posesión del documento, sin profundizar suficientemente en el contrato de venta u otra justa causa del traspaso de la participación que el documento incorpora y representa, con implicaciones en la competencia para la documentación de la causa por profesionales bursátiles o por Notarios.

A mi entender, también es posible la cesión de las titularidades condicionales de derechos reales, como la del que compra bajo condición suspensiva o la del que vende con condición resolutoria, antes del cumplimiento de las condiciones, o, incluso, la del que compra pura y simplemente, antes de cumplirse la condición legal de la entrega (art. 1.095), al igual que el vendedor puede ceder su acción o derecho para el cobro del precio o el prestamista puede ceder su acción o derecho a recibir la devolución del capital prestado.

Por otra parte, la transmisión por precio alzado de varias cosas específicas se rige por la normativa del contrato de venta en sentido estricto (arts. 1.491, 1.492), mientras que la venta de un *conjunto de bienes*, compuesto o integrado por varias «partes» o bienes de diversa índole (cosas, derechos reales parciales, posesorios, o *derechos posesorios en situación de desposesión*, créditos y deudas, etc.), que pueden no estar enumerados (art. 1.531), se configura legalmente como un contrato de cesión, un título universal de venta, una venta de una universalidad de bienes, o sea, la cesión, de «una herencia» (arts. 1.531, 1.533, 1.534), o de «la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos» (art. 1.532), o de la participación ganancial del cónyuge supérstite, antiguos mayorazgos, etc.

En consecuencia, procede aplicar la normativa general sobre venta de derechos incorporales (art. 1.526), lo que implica no sólo la innecesidad de la descripción singular o individualizada de los componentes del conjunto (art. 1.531 y art. 14, 3, LH), sin perjuicio del correspondiente inventario adicional o *a posteriori*, sino también la eficacia probatoria contra tercero de la correspondiente documentación, pública o privada, del contrato (art. 1.526, 1), y la inaplicación del régimen específico para la transmisión de cada uno de los componentes, tanto si se trata de cosas, de las que se transmite la propiedad sin tradición, ni específica, ni genérica, al igual que si se tratara de un derecho de propiedad no acompañado de posesión, como si se tratara de créditos figurados en letras de cambio, etc., sin

perjuicio de la obligación del cedente de facilitar la toma de posesión, o la documentación del crédito al cesionario; aparte, la ley cuida el resaltar las especiales características de la llamada obligación de garantía o saneamiento, referida a la cualidad de heredero (art. 1.531) o a la responsabilidad por la evicción del todo o de la mayor parte del conjunto de bienes cedido (art. 1.532).

El régimen de la cesión universal será aplicable, por analogía, a otros títulos traslativos universales, como los de fusión o absorción de sociedades, traspasos patrimoniales entre entidades, etc.

En cualquier caso, cuando la cesión se formaliza en escritura notarial es claro que la escritura prueba el contrato y la entrega de los bienes poseídos por el cedente (art. 1.462, 2).

3. El artículo 1.445, primero que trata del contrato de venta en sentido estricto, alude a la obligación esencial del vendedor, la de entregar la posesión de la cosa que posee, pero no alude a la forma ni a la prueba de la venta, que se rigen por las normas generales para los contratos consensuales (art. 1.450).

Por contra, el artículo 1.526, primero que trata del contrato de cesión y único que tiene carácter general, no alude a la obligación de entregar, porque éste es un contrato de compraventa en sentido genérico, de cambio de algún objeto contractual por dinero, pero especial en cuanto su objeto es un derecho incorporeal, es decir, un derecho no acompañado de posesión, incluso un derecho posesorio en situación actual de desposesión, y ontológicamente no cabe hablar de una entrega o transmisión de la posesión, que la ley no exige ni necesita excluir expresamente.

El mismo artículo 1.526 tampoco se refiere a la *forma* del contrato de cesión, pues, con carácter general, el contrato de compraventa se rige por las normas sobre forma de los contratos (arts. 1.278 a 1.280), según las cuales deben constar en documento público los «contratos que tengan por objeto la... transmisión... de derechos reales sobre bienes inmuebles» (art. 1.280, 1, 1.º), así como «la *cesión* de acciones o derechos procedentes de un contrato consignado en escritura pública» (art. 1.280, 1, 6.º), supuesto este último en el que se ha de incluir la cesión del derecho de propiedad, no acompañado de la posesión, por quien adquirió el derecho de propiedad y la posesión de una finca por compra y entrega (art. 1.280, 1, 1.º, y art. 1.460, 2) (así como también la cesión de los derechos hereditarios o de la participación en gananciales, según el art. 1.280, 1, 4.º).

Tal exigencia de documento público se ha de acomodar a la norma general de libertad contractual de forma (art. 1.278), y a la posibilidad

de suplir la documentación *a posteriori* de la perfección del contrato (art. 1.279), sin perjuicio de su validez y eficacia.

Es decir, que la ley no exige forma esencial, constitutiva del contrato de cesión.

En cambio, el artículo 1.526, 1, sí alude a la *prueba* del contrato de cesión y del efecto transmisivo, es decir, de la transmisión que queda realizada en el momento de su perfección. La transmisión del derecho, por ser éste incorporal, no queda probada y publicada por la posesión, a diferencia de lo que ocurre con la transmisión de la propiedad de una cosa por compra y entrega o ejecución judicial (arts. 1.095 y 1.096; art. 448), y como la prueba del contrato de cesión se rige por las normas generales para los contratos, resultaba conveniente destacarlo, haciendo expresa remisión a los preceptos que regulan, para los contratos en general, la prueba documental, pública (art. 1.218) o privada (art. 1.227), contra tercero civil.

De esta manera se confirma, a la vez, que el efecto transmisivo del derecho queda producido en el momento de la perfección del contrato, y que, desde entonces, el cesionario es el nuevo titular civil del derecho incorporal cedido, que adquiere por título de cesión, sin tradición, ontológicamente excluida.

Es decir, la ley recuerda que la prueba de la transmisión, al no ser aplicable la presunción posesoria (art. 448) ha de consistir, primariamente, en la prueba plena documental preconstituida al juicio. Sobre todo contra el tercero poseedor, sujeto pasivo de la acción reivindicatoria, pues se trata de la transmisión de un derecho real (art. 1.280, 1, 1.º) y el derecho del propietario cedente consta «consignado» en escritura pública (art. 1.280, 1, 6.º).

Sin perjuicio de la prueba en juicio por otros medios, como la prueba por testigos de la cesión verbal.

Además, esta prueba documental, al igual que ocurre respecto a la del contrato de venta, es necesaria para lograr la *inscripción* en el Registro de la Propiedad, inscripción que determina la eficacia del título traslativo, por cesión, contra tercero registral, desde la fecha de la presentación del documento o título probatorio (art. 1.526, 2, en relación con el art. 1.537 y el art. 606), impidiendo que pueda prevalecer un segundo comprador más diligente en la presentación (art. 32 LH), como muy bien argumentaba PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA respecto a la cesión del derecho de propiedad del titular registral desposeído; inscripción en la que, desde luego, procede que no conste la situación de desposesión del vendedor (art. 5 LH). Lo mismo cabe decir del título de venta o cesión de crédito hipotecario, una vez inscrito, respecto a otro título de cesión del mismo

crédito que hubiera sido otorgado con posterioridad y no hubiera sido presentado con anterioridad en el Diario del Registro.

Por todo ello, resulta contrario a la ley entender que la escritura notarial que documenta el contrato de cesión es una forma constitutiva del contrato, como tampoco lo es la tradición para la transmisión del dominio, pese a la opinión de algunos autores (art. 1.462, 2), y también resulta contrario a la ley entender que la escritura, como la posesión iniciada por la tradición, es una forma publicitaria de la transmisión del dominio, y necesaria porque el dominio afecta a terceros y no sólo a las partes contratantes.

4. El contrato de cesión, por razón de su objeto (ontológicamente), y legalmente, se configura, como un contrato de compraventa que *no obliga al vendedor a entregar*. El legislador no impone obligaciones imposibles y por esto una «ley» especial regula un contrato de compraventa que no impone al vendedor la obligación de entregar en todos aquellos supuestos en que el vendedor no es poseedor de una cosa y, por tanto, no puede realizar la tradición o entrega, la transmisión de la posesión (arts. 1.526 a 1.536).

En consecuencia, el contrato de cesión surte su efecto traslativo inmediatamente, en el momento de su perfección, porque su efectividad actual no está sometida a condición legal suspensiva; ni a una entrega ontológicamente imposible ni a otra condición, como el pago del precio o la notificación.

La exclusión de la obligación de entregar no impide que, como contrato de compraventa, sea *fuentes de obligaciones* para el vendedor y el comprador, las que, si no hay norma especial aplicable (arts. 1.526 a 1.536), resultarán ordenadas por las normas aplicables al contrato de venta de cosa, aunque modalizadas por el objeto incorporal y la consecuente exclusión de la obligación de entregar.

a) Así, el contrato de cesión obliga al *vendedor* o cedente a realizar todo lo necesario para que el comprador o cesionario pueda ejercitar el derecho comprado o cedido, ya adquirido, y, por tanto, a facilitar la documentación, de la cesión y del derecho cedido.

Asimismo, el vendedor o cedente responde de la efectividad de la transmisión acordada, al igual que el vendedor de cosa está «obligado» a garantizar o sanear el derecho, y responde de la existencia y pertenencia del derecho cedido; aunque el alcance de esta responsabilidad ha de ser adecuado a la naturaleza del derecho cedido, por lo que el Código cuida el precisar la garantía respecto a un crédito cedido (arts. 1.529 y 1.530) y sus derechos accesorios (art. 1.528), a una herencia (art. 1.531, en relación

con los arts. 1.533, relativo a los frutos, y 1.534, relativo a las deudas), o a un conjunto patrimonial (art. 1.522).

En cuanto al derecho de propiedad incorporal, el cedente responderá de la pertenencia del derecho que cede, adquirido por el título que dice tener, y regirán, por analogía, los preceptos referentes al saneamiento por evicción de la cosa poseída por el vendedor y por el comprador vencido (arts. 1.475 y sigs.), con los pactos acordados (art. 1.475, 3), entre los que puede estar el de la cesión del derecho como dudoso a efectos de moderación de la indemnización.

Claro que en la compraventa ordinaria, el comprador poseedor actúa como demandado por un tercero reivindicante que dice ser el propietario de la cosa comprada, mientras que el cesionario es quien, como reivindicante, ha de demandar al poseedor, por lo que al cesionario le conviene convenir el auxilio procesal del cedente, del *otor*, según preceptos que son aplicables no sólo al comprador demandado, sino también al comprador demandante (arts. 1.481, 1.482, conforme a la opinión de MANRESA).

Por otra parte, los efectos de la evicción, conforme a la ley y a lo pactado, son distintos según que el comprador conociera la situación de desposesión del vendedor al tiempo de la perfección del contrato de cesión o de aparente de venta de cosa, o la desconociera, y al conocerla después no desistiera del contrato (art. 1.460, 2).

También habrá que tener en cuenta los preceptos sobre rendición de cuentas por el poseedor vencido, al cesionario y no al cedente (arts. 451 a 458), e incluso los relativos a la garantía por defectos de la cosa de la que se ha recuperado la posesión (art. 1.484 y sigs.).

b) En cuanto a la obligación del *comprador* o cesionario de pagar el precio, conviene tener en cuenta que, al igual que en la venta, el pago del precio no condiciona la transmisión, pero en la venta dicho pago condiciona la exigibilidad de la entrega cuando ésta es posible, mientras que en la cesión este condicionamiento, como es lógico, no existe.

El conocimiento de la desposesión inducirá al vendedor a cobrar el precio en el momento de la perfección del contrato, que es el de la transmisión del dominio, o a aplazar el cobro pero con alguna garantía.

El comprador que desconocía la desposesión tendrá que decidir si desiste del contrato, cuando es verbal o consta en documento privado, considerando que no ha pagado o que es dudoso pueda recobrar el precio pagado si sufre la evicción, aparte de su derecho a obtener una reducción del precio (art. 1.460, 2).

El artículo 1.526, en su párrafo segundo, alude a la eficacia, contra tercero inscrito, del contrato de cesión registrado, mediante escritura notarial según el párrafo primero del mismo artículo, contrato que se suele

referir a la cesión de crédito hipotecario, pero que también ha de ser referido a la cesión del derecho de propiedad incorporal, según lo argumentado y lo que, con mayor extensión, expresé en mi estudio segundo, al que me remito por no repetir argumentos, incluso aludido en este estudio tercero.

En el mismo estudio segundo analicé con bastante detenimiento el artículo 1.526, y sus dos párrafos o puntos, y también a él me remito para completar lo que antecede, respecto a la prueba de la cesión (art. 1.526, 1) y a su eficacia contra tercero inscrito (art. 1.526, 2), a la posibilidad de su inscripción, y a la no referencia en ella de la situación de desposesión, tanto en el caso de no manifestarse en la escritura, como en el caso, improbable, de manifestarse, siempre en cumplimiento del artículo 5 de la Ley Hipotecaria, que excluye la inscripción de la posesión.

Más adelante, al estudiar la doble cesión, se considera concretamente de la aplicación del artículo 32 LH y del artículo 1.473, 3.

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

En esta situación hay que pensar en la posible responsabilidad del Registrador que no practique la inscripción de una primera cesión *expresa*, por entender —erróneamente— que no es inscribible, y sin embargo practique la inscripción de la segunda cesión, porque en la escritura notarial no se manifiesta la situación de desposesión del vendedor, sobre todo cuando es desconocida por el segundo comprador.

Por otra parte, aunque la irreivindicabilidad de cosa mueble de la que se transmitió la posesión por contrato de venta mercantil (art. 464, 4) esté en evidente relación con la irreivindicabilidad de finca respecto de la que se registró el título de transmisión por contrato de venta (arts. 32 y 34 LH), no cabe duda de que el estudio de la reivindicación y de la cesión de la acción reivindicatoria merece más atención de la que suele dispensársele.

Con anterioridad se ha resumido la argumentación que conduce a estimar incluido en el artículo 1.526 la cesión del derecho del propietario desposeído, desde un punto de vista civil, considerando la interpretación gramatical (concepto de derecho de propiedad incorporal, en mi estudio segundo), los antecedentes históricos (C. 4, 39, 9, que equipara la acción real —reivindicatoria— a la acción personal a efectos de cesión, y otros textos, en mis estudios primero y segundo), los antecedentes legislativos (Proyecto de Código Civil de 1851 elaborado por FLORENCIO GARCÍA GOYENA, y Ley Hipotecaria de 1861, de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, en ambos estudios), las razones sistemáticas (arts. 448 y 348, 2; 609, 2; 1.445

y 1.526, etc.), la lógica y la teleología de los intereses en juego (estudio segundo), la doctrina «antigua», de los legisladores, de MORELL y MANRESA, o «moderna», de DÍEZ PICAZO) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias 21 de diciembre de 1905, 20 de enero de 1912, 12 de abril de 1890).

También se ha considerado la cesión del derecho de propietario desposeído que consta inscrita, atendido el criterio auténtico de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, sobre todo en el estudio segundo, relativo al contrato de cesión, a la escritura que lo documenta y a la inscripción que lo publica, con efectos sustantivos y procesales (art. 1.526, 2; arts. 2, 1, 20, 23 —hoy 32— LH 1861, según GÓMEZ DE LA SERNA; y hoy arts. 5, 36, 2, y 41 LH).

Ahora, desde el punto de vista registral, es interesante resaltar dos preceptos del Código Civil: el inmediatamente anterior al artículo 609 (el art. 608) y el último que trata del contrato de compra y venta (art. 1.537).

El artículo 609, el primero del Libro III, que trata «de los diferentes modos de adquirir la propiedad», incluyendo la adquisición «por la ley» del artículo 1.526, está inmediatamente precedido por el artículo 608, el último del Libro II, que trata «de los bienes, de la propiedad y de sus manifestaciones», y de su título VIII, respecto «del Registro de la Propiedad», que mantiene la vigencia de la Ley Hipotecaria (arts. 605 y 608), según el cual «para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria», de modo que ésta, en bloque, queda integrada en el Código Civil y sus reformas ciertas, no solamente en aquellos aspectos considerados por el artículo 608, son reformas del Código Civil y viceversa, en el sentido de que no puede haber contradicción entre los preceptos de uno y otro cuerpo legal, según interpretación mayoritaria de los autores y de la jurisprudencia, pese a la opinión de LA RICA acerca de una pretendida dualidad legislativa, civil y registral.

Por otro lado, el Libro IV del Código Civil, el «de las obligaciones y contratos», que en su título IV, trata «del contrato de compra y venta», distinguiendo la venta que obliga a entregar la posesión (arts. 1.445 a 1.525) de la venta que no obliga a entregar la posesión de la cosa (arts. 1.526 a 1.536, cap. VII), cierra el título con un capítulo, el VIII, que consta de un solo artículo, el 1.537, según el cual «*todo* lo dispuesto en este título (el referente a la compraventa) se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria», de manera que la disposición comprende todo lo referente a la compraventa ordinaria de cosa poseída por el vendedor y todo lo referente a la venta o cesión de derechos incorpóreos, incluidos el derecho de crédito hipotecario y el

derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído que puede ejercitar la acción reivindicatoria.

Es decir, conforme a los artículos 608 y 1.537, el Código Civil queda perfectamente coordinado y complementado con la Ley Hipotecaria, sin contraposición ni omisión alguna, en cuanto a los «modos de adquirir la propiedad» y en cuanto al título de compraventa.

El legislador registral PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, claramente dice y repite que el titular registral, si resulta desposeído, puede vender y el comprador puede inscribir su título de compra, sin más (arts. 2 y 20 LH) a efectos de oponibilidad a tercero registral en caso de doble venta (art. 23, hoy 32 LH).

Prácticamente, nadie niega que pueda estar inscrita la cesión porque en la escritura notarial no se manifiesta o expone la desposesión del vendedor, pero la interpretación de esta situación registral ha sido objeto de una gran diversidad de teorías, todas ellas desorientadas por no considerar el criterio auténtico, del legislador PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA.

El *legislador* aclara que el titular registral y sólo él puede disponer de su derecho de propiedad, y en este sentido el artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1861 es antecedente del artículo 38, 1, Ley Hipotecaria.

Además, el *legislador* sale al paso de quienes decían que el Registro no puede acoger derechos dudosos o controvertidos, aclarando que se refiere a la cesión del dominio de finca inmatriculada otorgado por el titular registral, y creo que ningún Registrador podrá oponerse a que el Registro ampare y ayude al titular registral desposeído injustamente por un poseedor no titulado cerrándole el camino para que pueda vender su derecho como lo tiene, sin la posesión, teniendo que recurrir a simular que está en posesión y no desposeído.

Para remachar su criterio, el *legislador* aclara que *no* se refiere a la inmatriculación de fincas por contrato de cesión de la acción reivindicatoria, porque sabía, como legislador, que la Ley Hipotecaria de 1861 pretendía que la inscripción primera, la del inmatriculante, fuera la de un *propietario poseedor*. Por eso mismo, estudia el caso no sólo al tratar del título inscribible (art. 2 LH), sino con mayor atención al estudiar el tracto sucesivo, teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1861 decía que «también será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de *no* hallarse anteriormente inscrito el dominio...a favor de la persona que lo transfiera... Para subsanar esta falta, deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción omitida, mediante la presentación del título correspondiente y, en su defecto (caso de inmatriculación) conforme a lo prevenido en los artículos 397 al 410 de esta Ley», preceptos que tratan del *propietario* que careciera del título de dominio inscrito y obtiene información posesoria, a propósito «de la inscripción de



las obligaciones contraídas (disposiciones o ventas acordadas) y no inscritas (en la Contaduría de Hipotecas) antes de la publicación de la presente Ley».

El legislador se preocupa del título «falso» o simulado, y se refiere como «poseedor» al propietario poseedor, al igual que otros autores de su época, como se ve en el Código Civil austríaco y puede estudiarse con gran detalle en la obra de don BIENVENIDO OLIVER, y en su historia de la denominada «implantación» del Registro, atendida la titulación de la Contaduría de Hipotecas, con índices muy fiables, y la novedad que supone la posibilidad de la pérdida de su dominio por el verdadero propietario según aplicación de los artículos 23 (hoy 32) y 34 de la Ley Hipotecaria, rechazada en algunas regiones forales.

Por contraposición al Derecho español, en el Derecho alemán, el negocio jurídico denominado Cesión no es un contrato, no es un negocio obligatorio, del que sólo nacen obligaciones, sino que es un negocio dispositivo traslativo, pero no de cosas, sino de créditos y acciones, inclusive la acción reivindicatoria y otras acciones reales, no sólo acciones personales o créditos, un negocio distinto del contrato que obliga a ceder o transmitir el crédito o la acción, como el contrato de Venta, que es causa del negocio dispositivo Cesión, aunque el negocio Cesión es un negocio abstracto, inicialmente abstraído del negocio obligatorio causa.

El negocio dispositivo Cesión cumple, respecto a créditos y acciones, la misma función que cumplen los negocios dispositivos de cosas, el negocio Tradición de cosa mueble y el negocio *Auflassung* de cosa inmueble.

Los autores españoles, como ya se ha dicho, estudian el negocio abstracto refiriéndose a los negocios dispositivos traslativos de cosas, sobre todo el de transmisión de cosa inmueble, relegan a su segundo plano al negocio de transmisión de cosa mueble, al negocio Tradición, y olvidan el negocio dispositivo traslativo de créditos y de acciones, el negocio o acuerdo de Cesión, al igual que olvidan el español contrato de cesión de créditos y demás derechos incorporales o acciones.

Olvidan, sobre todo, el contrato de cesión de la acción reivindicatoria, cesión ésta que en el Derecho alemán se configura como un acuerdo dispositivo traslativo de la acción que sustituye a la transmisión de la posesión que es la «forma» publicitaria del acuerdo real en el negocio dispositivo Tradición, con lo que se llega, como ya se ha dicho, a lograr la transmisión del derecho del propietario desposeído mediante la concurrencia de tres acuerdos: el acuerdo contractual obligatorio de Venta, el acuerdo real del negocio dispositivo Tradición y el acuerdo de Cesión de la acción reivindicatoria, que sustituye a la transmisión de la posesión en cuanto permite su obtención judicialmente, aunque se entienda que el derecho queda transmitido en el momento de concertar el acuerdo real y

el acuerdo de Cesión de la acción, no en el de la obtención de la posesión. En el Código Civil español este triple acuerdo está representado, simplemente, por el contrato de cesión de la acción reivindicatoria del artículo 1.526.

Tampoco alude la doctrina española a que, además de por el contrato de venta denominado contrato de cesión, el efecto de cesión, o sea, de transmisión de «acciones», o derechos incorporales o no de cosas, puede estar causado por los otros «ciertos contratos» traslativos que cuando tienen por objeto una cosa poseída por el vendedor requieren el complemento de la tradición, por razones históricas y de prueba del derecho de propiedad; aparte de poder estar causado por donación o por testamento o por otros supuestos de hecho configurados «por la ley», que también son causa de transmisión del derecho de propiedad de cosa poseída por el disponente (art. 609, 2).

Obsérvese, por otra parte, que los autores españoles clásicos, que contraponen cosas y acciones, reales o personales, centran su estudio, más que en el derecho de propiedad, en la acción reivindicatoria que defienden la pertenencia y el ejercicio del derecho por el propietario, acción que, mediante la prueba judicial oportuna, permite lograr la declaración judicial de la pertenencia del derecho a quien no es el poseedor en concepto de dueño y, en consecuencia, le faculta para obtener la devolución de la posesión de la cosa por ejecución judicial de la sentencia firme.

Por eso, el gran español y valenciano (de Catarroja) don BIENVENIDO OLIVER y ESTELLER, quien durante muchos años fue subsecretario de la Dirección General de los Registros y del Notariado —antes de que le sucediera, más adelante, el gran español y asturiano (de Sama de Langreo) don JERÓNIMO GONZÁLEZ y MARTÍNEZ—, quiso estudiar el «importantísimo problema de la Aseguración o Consolidación de la propiedad territorial» y «explicar sumariamente, aunque con la suficiente amplitud, la naturaleza de la expresada relación jurídica y *principalmente la teoría de la prueba de ese mismo derecho* —en bastardilla el original—; materias ambas poco estudiadas entre nosotros, sobre todo la última, y sin cuyo previo conocimiento no pueden comprenderse los verdaderos términos en que se halla planteado a la hora presente aquel problema...».

En consecuencia, dice, «he dividido mi obra en cuatro partes».

«Versa la primera sobre la constitución de la propiedad territorial y demás derechos reales sobre inmuebles. En ella, después de fijar el origen, fundamento y caracteres esenciales de los derechos llamados *personales* y de los *reales* o sobre cosa, y de explicar la naturaleza de estos últimos cuando afectan a inmuebles, las condiciones generales para la adquisición, transmisión y gravamen de los mismos, especialmente las que de antiguo vienen designándose con los nombres de *título* y de *modo*, y el carácter

absoluto o revocable de la adquisición de los expresados derechos, expondré con algún mayor detenimiento la doctrina relativa a la *Prueba del derecho de propiedad territorial*, del que han hecho caso omiso hasta ahora todos los escritores de Filosofía del Derecho o Derecho llamado Natural, a pesar de que en esa doctrina descansa o se cimenta toda la propiedad territorial, y de ella recibe su mayor garantía y defensa, exponiendo los extremos que debe comprender tan difícil prueba y los diferentes medios adaptados para practicarla en los principales pueblos antiguos y modernos, incluso en nuestra Patria, tanto *directos* (titulación, Catastro descriptivo, Catastro parcelario y Registro de la Propiedad) como *indirectos* (Posesión y Prescripción, o más propiamente Usucapión), concluyendo esta parte de mi obra con una sumaria explicación de la doctrina sobre la Reivindicación de los inmuebles» (*Derecho inmobiliario español*. Tomo I, Madrid, 1892, pág. 833).

Después, el savignismo y el germanismo imperantes en nuestra doctrina desvían la atención de los estudiosos hacia el negocio abstracto (art. 1.091) y la protección a la apariencia, en particular la protección al comprador *a non domino*, de buena fe, de cosa mueble (art. 464) y al poseedor usucapiente... con olvido de la reivindicación de fincas.

Con ocasión de la reforma hipotecaria de 1944-1946, destaca, aisladamente, la obra del eminente jurista RAFAEL NÚÑEZ LAGOS (*Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*. Madrid, 1953, Ed. Reus).

#### *Incumplimiento del contrato de compraventa (art. 1.124).*

Antes de pasar a examinar con detenimiento el artículo 1.473, conviene considerar someramente, sólo desde el punto de vista civil, excluido el registral, las acciones procedentes por incumplimiento del contrato de compraventa (art. 1.124), distinguiendo, por una parte, las acciones del *comprador*, acreedor a la entrega de la posesión de la cosa específica, que ya entregó el dinero del precio, contra el vendedor demandado, que aún es propietario poseedor de la cosa o que, fraudulentamente, la ha vendido y entregado a un segundo comprador (doble venta), y, por otra parte, las acciones del *vendedor*, acreedor a la entrega de la posesión del dinero del precio, que ya entregó la cosa, contra el comprador que aún es poseedor de ella o que fraudulentamente la ha vendido y entregado a un subcomprador.

1) Cuando el comprador demanda, por incumplimiento de contrato (art. 1.124), al vendedor que no le ha entregado la posesión de la cosa, ni siquiera por *constituto posesorio*, aunque ha recibido el dinero del precio, hay que examinar dos posibilidades alternativas.

Si el vendedor continúa siendo propietario poseedor, el comprador puede pedir el cumplimiento forzoso de la entrega de la cosa y obtener judicialmente la posesión (art. 1.096, 1), o bien puede optar por pedir se declare rescindiendo el contrato.

Pero si el vendedor no continúa siendo poseedor porque, incumpliendo la disposición ya contratada y la obligación consiguiente de entregar la cosa al comprador que pagó el precio, actuando fraudulentamente, ha vuelto a disponer de la cosa vendiéndola a un segundo comprador, y se la ha entregado, entonces, el primer comprador puede pedir que se rescinda su propia compra o bien pedir el cumplimiento forzoso de la entrega, pero previa declaración de la rescisión de la segunda venta, actuando contra vendedor y comprador.

Si se prueba que el segundo comprador compró de mala fe, porque conocía la existencia de la primera venta no seguida de tradición, se declarará rescindida la segunda venta y el segundo comprador quedará obligado, como si fuera el vendedor, en cuanto es cooperador consciente y voluntario en el fraude, a entregar la cosa al primer comprador demandante, defraudado por la segunda venta, que es ilícita (arts. 1.291, 3, y 1.295), e incluso delictiva en el supuesto que está tipificado penalmente (art. 531, 2, CP).

En cambio, si no se prueba que el segundo comprador compró de mala fe, se declarará que adquirió la propiedad del vendedor propietario poseedor (art. 1.473, 1 y 3, primera parte) y que la primera venta queda rescindida, porque el vendedor ha hecho imposible la ejecución forzosa de la entrega, de manera que el primer comprador tiene derecho a que el vendedor le abone la indemnización de los daños y perjuicios, incluida la devolución del dinero del precio pagado.

Cabe que el segundo comprador haya vendido y entregado la cosa a un subcomprador (tercero subadquirente por compra), quien también ha de ser demandado.

Si se prueba que el segundo comprador y el subcomprador compraron con mala fe, porque ambos conocían la existencia de la primera venta no seguida de tradición, se declarará rescindida la segunda venta así como la subcompra y el que el subcomprador debe entregar la posesión al primer comprador (art. 1.298).

Si sólo se prueba la mala fe del segundo comprador, se declarará rescindida la primera venta sin perjuicio para el subcomprador (art. 1.295, 2); entonces, el primer comprador puede pedir la indemnización al segundo comprador que hizo imposible la devolución (art. 1.298) y, en su defecto, al vendedor (art. 1.195, 3).

2) Cuando el vendedor demanda por incumplimiento de contrato al comprador que ha recibido la cosa pero no ha entregado el dinero del

precio, puede pedir el cumplimiento forzoso por ejecución patrimonial, con el embargo correspondiente de bienes patrimoniales del comprador, o puede pedir la rescisión del contrato y la consiguiente *devolución* de la cosa (arts. 1.295 y 1.096, 1).

Es posible que el comprador no continúe siendo propietario poseedor y no pueda devolver la cosa al vendedor, porque fraudulentamente la ha vendido y entregado a un tercero subcomprador en primer grado, como es posible que la actuación fraudulenta incluya la insolvencia producida por la enajenación de todos los bienes patrimoniales para impedir el embargo y la ejecución. El vendedor se ve forzado para recuperar la cosa que vendió y entregó, a demandar al comprador y al tercero y probar su mala fe (arts. 1.291, 3, 1.294, 1.297, 2), pues de no ser así la rescisión no le perjudica y no está obligado a devolver la posesión al vendedor demandante (art. 1.295, 2).

Esta venta fraudulenta puede ser posterior a la notificación de la demanda de rescisión, cuando ya la cosa es litigiosa (art. 1.291,4). [También es cosa litigiosa la que es objeto de reivindicación, que el poseedor demandado vende fraudulentamente (art. 1.291, 4), sin perjuicio de que el reivindicante, libremente, pueda ceder (art. 1.526) su derecho de propiedad incorporal ya litigioso.]

Cabe que el subcomprador de mala fe haya vendido y entregado la cosa a un subcomprador en segundo grado, quien, si se prueba que compró con mala fe porque conocía la fraudulencia de la venta antecedente, también debe devolver (art. 1.295, 2).

Mientras que, si no se prueba que actuó de mala fe al comprar, se declarará que la rescisión de la venta antecedente no perjudica al subcomprador en segundo grado, por lo que no debe devolver (art. 1.295, 2), entonces el vendedor puede pedir la supletoria indemnización de daños y perjuicios (incluido el pago del precio) al subcomprador primero que no puede devolver (art. 1.298) o al comprador que le vendió (art. 1.295, 3).

La Ley Hipotecaria de 1861 alude a las acciones de rescisión por fraude al comprador en caso de doble venta (art. 37, núms. 4, 5 y 6) y al vendedor en caso de fraude pauliano (art. 37, núm. 7).

#### *Segunda venta y segunda cesión* (artículo 1.473).

Es muy importante analizar el artículo 1.473, que atribuye la propiedad al segundo comprador que desconoce la existencia de la primera venta y confía en la apariencia posesoria, en la apariencia documental o en la apariencia registral, según los casos:

A) a) Cuando se trata del vendedor de *finca no inmatriculada*, que posee (art. 1.473, 3, parte primera) o de la que está desposeído (art. 1.473, parte segunda).

b) Cuando se trata del vendedor de finca *inmatriculada*, que posee o de la que está desposeído (art. 1.473, 2).

B) Cuando se trata del vendedor de *cosa mueble*, que posee (art. 1.473, 1) o de la que está desposeído (art. 1.473, 3, parte segunda, por analogía).

A) a) 1) El artículo 1.473, *párrafo tercero, parte primera*, se refiere al propietario poseedor de *finca no inmatriculada* que la vende a un *primer comprador*, al que no da posesión, ni siquiera por *constituto posesorio*, lo que en la realidad sólo ocurre cuando se trata de una venta verbal o en documento privado, y no cuando se otorga en escritura pública, salvo pacto (arts. 1.280, 1, 1.º, 1.218, 1.462, 2). Conviene referirse, en este caso, al comprador primero en documento privado y al comprador segundo en escritura notarial.

El vendedor ha dispuesto traslativamente de su derecho por contrato de venta a favor del primer comprador. Aunque conserva la posesión y, por tanto, la propiedad, ya no es un propietario que legalmente pueda disponer de su derecho, y el primer comprador pasará a ser el nuevo propietario en el momento en que obtenga la posesión, sea por entrega (art. 1.095) o sea por ejecución judicial supletoria (art. 1.096, 1). La voluntad dispositiva traslativa del vendedor quedó vinculada al contratar, si bien, por razones de prueba del dominio (art. 448), la ley condiciona la efectividad de la transmisión, o sea, la adquisición del derecho, a la obtención de la posesión por el comprador, aunque sea contra la voluntad del vendedor.

En este sentido, si aquel vendedor, antes de que obtenga judicialmente la posesión el primer comprador (art. 1.096), vende la finca a un *segundo comprador* y se la entrega, dispone de lo que ya no puede disponer, porque el primer comprador compró la finca bajo condición *legal* suspensiva, pendiente de cumplimiento o incumplimiento.

La cosa específica vendida y a entregar, porque continúa en posesión del vendedor, parece que le pertenece libremente (art. 448), aunque, en realidad, ya ha dispuesto de ella, la ha enajenado, en cuando ha contratado que quedará transmitida al comprador en el momento en que éste obtenga la posesión, pero no sólo por la entrega voluntaria, sino también, en su defecto o supletoriamente, por ejecución judicial de la obligación de transmitir *la posesión* (art. 1.096, 1), de manera que la efectividad de la transmisión del *derecho* no depende tanto de su voluntad posterior como del

cumplimiento de una condición legal suspensiva en situación de pendencia de cumplimiento, que puede ser forzoso, en contra de la voluntad del vendedor.

1. No obstante, según la ley (art. 1.473, 3, parte primera), adquiere la propiedad el segundo comprador al que el vendedor hace entrega de la cosa, si compró de *buena fe*, porque confiaba en la exactitud de la apariencia posesoria, en la concordancia de la apariencia con la realidad, en la legitimación posesoria, en la prueba por presunción legal de ser propietario el poseedor en concepto de dueño (art. 448), en cuanto ignoraba la existencia de la primera venta.

El segundo comprador de buena fe adquiere el dominio en el momento de recibir la entrega de la finca, aunque sea (art. 1.462, 2) por *constituto posesorio* instrumental, y en el mismo momento deviene imposible el cumplimiento de la condición legal necesaria para la adquisición de la propiedad por el primer comprador, quien conserva su derecho de crédito contra el vendedor para que le indemnice los daños y perjuicios sufridos, incluyendo la devolución del precio pagado.

2. Ahora bien, no adquiere la propiedad el segundo comprador que compra de *mala fe*, que conoce la existencia de la primera venta, no sólo porque, en cualquier caso, todos deben respetar los derechos ajenos aunque no sean derechos reales (como no lo es el *jus ad rem* del primer comprador no propietario actual, hasta que obtenga la posesión), sino porque, en este caso, la toma de posesión por el segundo comprador hace perder al primer comprador la posibilidad inmediata de que llegue a ser efectiva la transmisión de la propiedad de la cosa específica, en el momento de obtener la posesión por ejecución procesal, cuando el vendedor se niega a realizar la entrega (art. 1.096, 1), y le fuerza a actuar no sólo contra el vendedor, sino, además, contra el segundo comprador, para probar la mala fe de éste, y obtener la rescisión de la segunda venta, única posibilidad que le queda para obtener la posesión y, al mismo tiempo, el dominio.

El conocimiento del segundo comprador le convierte en cooperador consciente y voluntario en el fraude que comete el vendedor contra el primer comprador, vendedor que acaso simula la segunda venta de la finca para que el segundo comprador la venda y le entregue el dinero del precio cobrado, o la parte acordada con lo que, además del precio recibido del primer comprador, obtiene el precio o parte del precio percibido del subcomprador, es decir, que, prácticamente, obtiene dos veces el valor en venta de la finca: una del primer comprador y otra del subcomprador; a menos que el primer comprador actúe judicialmente y pueda probar la mala fe del segundo comprador.

La situación del primer comprador, acreedor a la entrega de la posesión

de la cosa, frente al vendedor y a su cooperador, es similar a la del vendedor, acreedor a la entrega del dinero del precio, frente al comprador y a su cooperador, cuando el comprador con precio aplazado vende la cosa comprada, para no devolverla, y sus bienes, para eludir el pago del precio debido por la cosa recibida.

Desde luego, el primer comprador no puede actuar como reivindicante, porque no llegó a ser propietario antes de la segunda venta y no lo es al demandar, sino que ha de ejercitar, contra el vendedor y el segundo comprador, la acción de rescisión por fraude, directo en cuanto a la entrega de la posesión de la finca, o indirecto en cuanto a la dudosa recuperación del dinero del precio pagado de la compra y de los perjuicios (art. 1.291, 3); si no logra que se declare rescindida la segunda venta, porque no logra demostrar la mala fe del segundo comprador, no es posible que obtenga la posesión de la cosa y sólo cabe que el vendedor, si no es insolvente, le devuelva el precio que cobró y le indemnice con dinero los perjuicios que le ha causado (art. 1.295, 3).

En cambio, si logra probar la mala fe del segundo comprador obtendrá judicialmente la posesión de la cosa (quedando dueño de ella) y, además, la indemnización de los perjuicios con dinero que habrá de entregarle el vendedor.

Cabe que el segundo comprador de mala fe haya vendido la finca a un subcomprador (tercero subadquirente por compra) antes de la interposición de la demanda por el primer comprador, y en tal caso el demandante tendrá que demandar al vendedor, al segundo comprador y, simultánea o sucesivamente, al subadquirente, y si no prueba la mala fe de éste, aunque pruebe la mala fe del segundo comprador, sólo podrá obtener la devolución del dinero del precio y la indemnización de los perjuicios (art. 1.295, 2), a costa del segundo comprador que ha hecho imposible la obtención de la posesión al vender a un comprador de buena fe (art. 1.298), o a costa del vendedor (art. 1.295, 1).

La prueba de la defraudación es más fácil si la venta al segundo comprador o la venta al subcomprador se realizan, después de interpuesta y notifica la demanda del primer comprador al vendedor, pidiendo la entrega de la cosa, cuando desconoce la segunda venta, o bien al vendedor y al segundo comprador, pidiendo la rescisión de la segunda venta, que ya conoce, es decir, si se ha vendido o revendido «cosa litigiosa» (art. 1.291, 4).

Más adelante se considerará el caso del primer comprador en escritura notarial, poseedor y propietario por *constituto posesorio* (art. 1.462, 2).

Interesa resaltar que en el supuesto considerado, de una primera venta no seguida de entrega y una segunda venta complementada con la tradición al segundo comprador de finca no inmatriculada, conforme a los



principios romanos el segundo comprador es el propietario porque en él concurren los dos requisitos, el contrato y la tradición, pero la doctrina canónica medieval valoró no ya la buena fe presumida del segundo comprador, sino su *mala fe probada*, para negarle en tal caso la adquisición de la propiedad, por su actuación fraudulenta, perjudicial al primer comprador. Aunque la solución se aplicó, originariamente, no a la segunda venta de una cosa seguida de la investidura de la posesión mediante la tradición, sino a la formal investidura canónica-feudal de un beneficio eclesiástico, perjudicial para otro pretendiente, en un momento histórico en que los beneficios feudales tenían un gran contenido patrimonial y en que las discordias sobre las investiduras llegaron a ser *casus belli*.

2) El artículo 1.473, *párrafo tercero, parte segunda*, se refiere al vendedor propietario de *finca no inmatriculada*, que está *desposeído* de ella porque otra persona es el poseedor en concepto de dueño, y que cede dos veces su derecho de propiedad incorporal; sobre todo, a un cesionario primero en *documento privado* y, después, a un segundo cesionario, en *escritura notarial*.

En este caso, la propiedad corresponde al primer cesionario, puesto que la cesión es inmediatamente traslativa del derecho. Por ello, en principio, se considera propietario el que exhibe documento probatorio de fecha fehaciente más antigua, sea escritura notarial o sea documento privado (art. 1.227). Pero dejará de ser considerado propietario si se prueba la existencia de una cesión anterior, verbal o en documento privado, y, además, que el segundo cesionario compró de mala fe, porque conocía la existencia de la primera cesión y, por lo tanto, sabía que el cedente se atribuía un derecho que ya no le pertenecía por haberlo transmitido, de manera que cedía un derecho ajeno, cometiendo un acto ilícito.

Es de gran importancia observar que el precepto legal aplicable (art. 1.473, 3, parte segunda) confirma que el efecto traslativo de la cesión del derecho del propietario desposeído se produce en el momento de la perfección del contrato de cesión, aunque no se formalice en escritura pública que pruebe plenamente la fecha de perfección respecto a terceros, de conformidad con lo dispuesto en el precepto fundamental del artículo 1.526.

Pero también es importante observar que la fehaciencia de la fecha de la cesión resulta decisiva en caso de doble cesión cuando el segundo cesionario compra de *buena fe*, de manera que adquiere la propiedad a la vez que la pierde el primer cesionario que no fue diligente en documentar adecuadamente la cesión incumpliendo lo dispuesto por la ley, porque debe constar en documento público el contrato que tenga por objeto la transmisión de la propiedad de una finca, así como la cesión del derecho

de propiedad cuando el cedente lo adquirió mediante escritura pública (art. 1.280, 1, 1.º y 6.º).

Se refiere la ley al segundo cesionario de buena fe porque compró confiando en la *manifestación* del vendedor, de ser propietario, y de ser poseedor (aunque en realidad esté desposeído), ante el Notario autorizante de la escritura (el Notario, testigo cualificado por la fe pública notarial, y la escritura, documento que prueba plenamente dicha manifestación mientras no se desvirtúe judicialmente su fehaciencia), manifestación *corroborada* por la comprobación notarial de la existencia del *título de adquisición manifestado* por el vendedor, según presunción legal *en la que se fundamenta la buena fe del concesionario* (art. 1.218 y art. 1.280, 1, 6.º), que ignora si existe una primera cesión y una posible prueba que desvirtúe la presunción legal de título del cedente.

En este sentido, la apariencia notarial, la legitimación documental (art. 1.218) del *vendedor* cumple una función similar a la legitimación por la posesión (art. 448) y la legitimación registral (art. 38, 1, 2, LH). En las tres legitimaciones hay dos adquisiciones sucesivas: la del enajenante y la del adquirente, ambos, poseedores, titulares escriturados (art. 1.280, 1, 6.º) o titulares registrales.

b) El artículo 1.473, *párrafo segundo*, se refiere a *finca inmatriculada* y al titular registral del dominio, que vende a un primer comprador y, más tarde, a un segundo comprador, quien logra se inscriba su título porque el primero ha demorado la presentación del suyo y ya no se puede inscribir (arts. 17 y 20 LH); titular registral al que se atribuye la propiedad, a menos que hubiera comprado de mala fe, probada (art. 32 LH), de manera que el primer comprador pierde la propiedad en el momento de la presentación del título del segundo comprador, que pasa a ser el titular registral actual del dominio; efecto fundado en la fe pública notarial (art. 1.218) y en la fe pública registral (art. 32 LH).

Es de buena fe el segundo comprador que compra confiando en la manifestación del vendedor, quien dice ser propietario y poseedor, y que exhibe la escritura que es prueba plena, directa, de su título de pertenencia del derecho (arts. 1.218 y 1.462, 2), y que compra confiando en la apariencia registral, respecto al título de pertenencia del vendedor (art. 38, 1 LH) y respecto a la posesión (art. 38, 1, punto segundo).

1) Al igual que respecto a finca no inmatriculada, se ha de considerar, ante todo, el supuesto en que el titular registral de la finca inmatriculada es *poseedor* en concepto de dueño cuando otorga la primera venta.

Más concretamente, se trata del vendedor en escritura notarial, de venta y entrega consumada (art. 1.462, 2), al primer comprador, que pasa

a ser el propietario a la vez que deja de serlo el vendedor; quien, por segunda vez, otorga otra venta en escritura notarial, en la que manifiesta ser propietario y poseedor y declara que vende y entrega (art. 1.462, 2), cuando ya no es propietario y, por tanto, no vende cosa propia, sino cosa ajena, de manera que el segundo comprador contrata a *non domino*, con quien fue propietario pero dejó de serlo, aunque se atribuya la propiedad y, por tanto, que la posesión la tiene en concepto de dueño.

1. Conforme a la ley (art. 1.462, 2) es normal que el vendedor en escritura notarial, al menos de momento, quede constituido poseedor en precario, reconociendo al comprador como poseedor en concepto de dueño, pero no inmediato, sino por mediación del vendedor (poseedor inmediato en concepto distinto al del dueño y, a la vez, mediador en la posesión mediata del dueño), de manera que la finca queda en poder de hecho y en tenencia del vendedor. Y puede ocurrir que el comprador no presente la escritura en el Registro.

A este vendedor, que aparece como titular registral del dominio, le resultará fácil vender por segunda vez, diciendo ser propietario (aunque ya no lo es) y poseedor en concepto de dueño (que tampoco lo es) a un segundo comprador de *buena fe*, a quien, después de la venta, puede hacer entrega material de la finca, de manera que el comprador a *non domino* empiece a usarla como propietario, como la usaría cualquier poseedor usucapiente que compró de buena fe a quien no era propietario (arts. 1.941, 1.950), si bien este comprador segundo adquiere la propiedad de la finca en el momento de la presentación en el Registro de su título, si queda inscrito (art. 32, LH).

Siempre que este segundo comprador empiece a usar la finca como propietario, sin oposición inicial, cabe considerar que en el acto del otorgamiento de la venta se produce una inversión en el concepto en que poseía el vendedor (arts. 433 a 437) y queda realizada la entrega, probada por escritura notarial (art. 1.462, 2).

El primer comprador podrá ejercitar la acción de rescisión de la segunda venta y, a la vez, la de rectificación del Registro (art. 38, 2, y 40 LH), contra el vendedor y el segundo comprador, poseedor por título de compra inscrito, pidiendo que se declare rescindiendo el título y nula la inscripción, por la venta fraudulenta, con la que el vendedor no propietario y el comprador de mala fe intentan privarle del dominio que le pertenece por compra y entrega del anterior propietario, juicio en el que es primordial la prueba de la mala fe del segundo comprador, para desvirtuar las presunciones de buena fe deducidas de la posesión (art. 436) y de la inscripción (art. 38, 1, punto segundo, LH). Esta demanda conviene que sea anotada (art. 42, 1, LH). Si el demandante logra probar la mala fe del segundo

comprador, podrá obtener sentencia que declare rescindida la segunda venta, que es el verdadero propietario por venta y entrega, y que ordene la rectificación del Registro (inscribiendo, mediante testimonio, la sentencia a favor del primer comprador), y también que el segundo comprador debe devolverle la posesión e indemnizarle.

No obstante, el primer comprador puede vender su pretendido derecho de propiedad *incorporal*, para que sea su comprador (cesionario) el que demande al segundo comprador o continúe el procedimiento ya iniciado por la demanda del cedente. La cesión podrá constar registralmente a través de la anotación de la demanda del cesionario; pero si la cesión es posterior a la demanda, y se trata de la cesión de un derecho ya litigioso, resulta innecesaria una posterior anotación referida a esta cesión, porque la anotación de la demanda ya garantiza suficientemente su pretensión, que es lo anotado. Con esto queda aclarado que la cesión del derecho de propiedad incorporal que puede ser objeto de inscripción, a la que aluden mis dos estudios anteriores, es la cesión otorgada por el titular registral del dominio que está desposeído, supuesto distinto del ahora contemplado, en que el titular registral es el demandado, contra el que se pide la rectificación del Registro ejercitando una acción rescisoria.

2. Pero también puede ocurrir que el primer comprador sea poseedor inmediato en concepto de dueño, o mediato y con mediador de su posesión o con servidor de su posesión que no sea el vendedor, de manera que a éste no le quede posesión alguna que le permita aparentar que es poseedor en concepto de dueño de la finca vendida por segunda vez.

En tal caso, el segundo comprador de *buena fe* adquiere la propiedad si logra inscribir su título (art. 32 LH y art. 1.473, 2), pero no adquiere la posesión, pese a que se estime que adquirió la posesión en cuanto compró mediante escritura notarial (art. 1.462, 2), porque esta estimación se refiere al caso en que el vendedor es el poseedor en concepto de dueño y, por hipótesis, en el caso contemplado, el vendedor no es poseedor, además de no ser propietario.

Si el segundo comprador, titular registral, insta el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria contra el primer comprador poseedor, éste podrá oponer «demanda de contradicción» de la exactitud del Registro, alegando y probando ser poseedor por título de compra al titular registral anterior al actuante (art. 41, 6, causa segunda de oposición), lo que forzaría al segundo comprador a tener que reivindicar en juicio declarativo.

Si el primer comprador, *poseedor*, considera que el segundo comprador actuó con *mala fe*, no procede que reivindique, porque ya tiene la posesión, pero puede ejercitar la acción rescisoria de la segunda venta y, a la vez, la de rectificación del Registro, como ya se ha considerado.

No obstante, el primer comprador y poseedor puede optar por esperar a que el segundo comprador inscrito reivindique para obtener la posesión, pero también entonces, para oponerse con éxito y evitar la condena, tendrá que probar la mala fe del segundo comprador, y correrá un riesgo adicional en cuanto el segundo comprador puede vender a un tercero su pretendido derecho de propiedad *incorporal* y si este tercero compra de buena fe hará imposible el que pueda vencer el primer comprador, a menos que hubiera anotado la demanda antes de ser presentada la escritura de cesión inscrita y que probara la mala fe del segundo comprador.

PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, en su Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, aclara que cualquier comprador, aunque obtenga la posesión y adquiera el dominio, no realiza una adquisición en firme, si su vendedor consta inscrito, mientras no inscriba su título de compra, porque puede perder el dominio si llega a presentar antes el suyo un segundo comprador de buena fe.

Conviene observar que cuando el primer comprador de finca *inmatriculada* no compra mediante escritura notarial, sino verbalmente o en documento privado, y no recibe la posesión del vendedor, ni siquiera por *constituto posesorio*, expreso o tácito pero que pueda ser probado, frente a su *jus ad rem* prevalece el *jus in re* del segundo comprador que adquiere la propiedad por compra y mediante la entrega, aunque sea por *constituto posesorio* tácito y probado (art. 1.462, 2), a menos que comprara de mala fe porque conocía la existencia de la primera venta.

Ahora bien, si no inscribe su título de compra, su buena fe sólo se puede apoyar en la posesión propia y del vendedor (art. 1.473, 3, primera parte), mientras que, si inscribe su título de compra, su buena fe también se puede apoyar en la inscripción, la propia y la del vendedor (art. 1.473, 2, y art. 32 LH).

En cambio, si se trata de finca *NO inmatriculada*, y el primer comprador es propietario por compra y entrega por *constituto posesorio* (art. 1.462, 2), cuando el vendedor, que pasó a ser precarista, simula ser poseedor en concepto de dueño y entrega la finca, materialmente, a un segundo comprador, éste no adquiere la propiedad, aunque de buena fe crea que es poseedor en concepto de dueño como consecuencia de la simulación del vendedor, porque en la legislación civil española, respecto a fincas no inmatriculadas, no existe precepto equivalente al artículo 464, 4, según el cual, en caso de *única* venta mercantil de cosa mueble, por el poseedor que parece ser el propietario, el comprador que obtiene la posesión adquiere la propiedad, si es de buena fe, si desconoce que el vendedor no es el verdadero propietario, aunque posea en concepto de dueño y como tal disponga. La comparación teórica se hace, naturalmente, entre el vendedor civil que otorga una segunda venta de cosa que ya no le

pertenece y el vendedor mercantil que vende por primera y única vez una cosa que nunca le ha pertenecido porque es otro el verdadero dueño.

El primer comprador puede pedir la rescisión de la segunda venta, demandando al vendedor y al segundo comprador, y no ha de probar que éste es de mala fe, porque la protección al segundo comprador de buena fe se refiere a un primer comprador no propietario, con *jus ad rem*, pero no a un primer comprador propietario, con *jus in re*.

El cumplimiento de la entrega al primer comprador se ha de considerar con atención para no incurrir en grave error. Así, cuando el propietario de una casa vivienda no inmatriculada la vende dos veces mediante sendas escrituras públicas, el otorgamiento de la primera venta equivale a la entrega (art. 1.462, 2) y determina que el primer comprador es el propietario, aunque sea el segundo comprador, también según escritura notarial, quien primero la ocupe, utilizando la llave que le entregó el vendedor (aunque en tal caso el primer comprador y verdadero propietario se encuentre con un ocupante no propietario cuando utilice su propia llave).

La Ley Hipotecaria de 1861 traslada la eficacia sustantiva de la venta mercantil *a non domino*, fundada en la posesión del vendedor y en la posesión del comprador (hoy art. 464, 4), a la venta civil de finca *a non domino*, fundada en la inscripción del vendedor y en la inscripción del comprador, y traslada la presunción de buena fe del poseedor actual (art. 436) consiguiente a la presunción de propiedad deducida de la posesión del poseedor anterior (art. 448), a la presunción de buena fe del titular registral actual (art. 34, 2) consiguiente a la presunción de propiedad deducida de la inscripción del titular registral anterior (art. 23, implícitamente, hoy explícitamente art. 38, 1, LH).

De esta manera el primer comprador perjudicado no es, simplemente, un comprador que no tomó posesión y aun no llegó a ser dueño, sino un comprador que tomó posesión y es dueño, pero que deja de serlo si no logra probar la mala fe del segundo comprador, mientras que, conforme al Derecho civil anterior, el segundo comprador queda afectado por la rescisión aunque sea de buena fe.

Es decir, se amplía la protección al segundo comprador, titular registral actual por compra al titular registral anterior, frente a demandas del primer comprador no inscrito, de manera que su buena fe le permite ampararse en la inscripción, no sólo contra un primer comprador aún no propietario, lo que es conforme al Derecho civil, sino también contra un primer comprador ya propietario, lo que no es conforme al Derecho civil, sino conforme al Derecho registral (art. 23, hoy 32 LH).

2) También conforme al Derecho civil y registral (art. 1.473, 2), cuando se trata de una finca inmatriculada pero el titular registral del dominio

está *desposeído*, porque existe un tercer poseedor en concepto de dueño de la finca, si vende o cede dos veces consecutivas su derecho de propiedad, el primer comprador o cesionario adquiere el derecho cedido (art. 1.526), pero si demora la presentación de su título en el Diario del Registro, de manera que el segundo comprador o cesionario se le anticipa a presentar su título probatorio de cesión (que será de derecho ajeno), y se practica la inscripción a su favor, el segundo comprador adquiere el derecho que fue del cedente y, en el mismo momento, lo pierde el primer cesionario.

En cambio, no hace perder el derecho al primer cesionario, el segundo cesionario que compra de *mala fe*, porque conoce la existencia de la primera cesión, es decir, conoce que el cedente se atribuye un derecho que ya no le pertenece y cede derecho ajeno.

Claro que frente al cesionario inscrito se ha de probar la existencia de la primera cesión y que la conocía al comprar.

A este caso se refiere en sus *Comentarios* (pág. 574) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, para resaltar que la cesión de la acción reivindicatoria, es decir, del derecho del propietario desposeído, que es titular registral del dominio, es inscribible y conviene que se inscriba, para evitar que logre inscribir un segundo cesionario antes que el primero presente su escritura en el Diario del Registro. Por lo 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.

B) 1) El artículo 1.473, *párrafo primero*, se refiere al propietario *poseedor de cosa mueble* que la vende a un primer comprador al que no da posesión, ni siquiera por *constituto posesorio* convenido, y después la vende a un segundo comprador al que no hace entrega de la cosa, quien adquiere la propiedad, a menos que comprara de mala fe.

El supuesto es análogo al ya examinado de venta por el propietario poseedor de finca no inmatriculada que no da posesión al primer comprador, sino al segundo comprador, sólo que las cosas muebles, normalmente, no se venden en escritura pública, y se entregan manualmente, lo que facilita la adaptación de lo ya estudiado a este caso.

2) El artículo 1.473 no se refiere expresamente al caso insólito del propietario *desposeído* de la cosa mueble reivindicable (art. 464, 1) que vende su derecho de propiedad incorporal a un cesionario y después a un segundo cesionario, pero el supuesto es análogo al ya examinado de cesión por el propietario desposeído de finca no inmatriculada, y la solución será

la misma, teniendo en cuenta las fechas probadas de la primera y de la segunda cesión y la posible mala fe del segundo cesionario, cuando la primera venta es verbal y en documento privado y la segunda en escritura pública, o bien su buena fe, cuando confía en la pertenencia al cedente con título de adquisición probado mediante escritura pública (arts. 1.218, 1.280, 1, 6.º).

Incluso cabe pensar en que el primer cesionario ceda su derecho incorporal con su acción rescisoria contra el segundo cesionario de mala fe.

Claro que el cesionario que haya de actuar contra el tercer poseedor acaso tendrá que probar su compra mediante escritura pública (art. 1.526, 1).

Estos supuestos pueden ocurrir si se trata de cosas muebles de mucho valor, superior al de bienes inmuebles, e identificables.

Así pues, el artículo 1.473 dispone la adquisición por el segundo comprador de buena fe en perjuicio del primer comprador que demoró, bien la toma de posesión, bien la documentación fehaciente, bien la inscripción, dando lugar a una apariencia, posesoria, documental (en caso de doble cesión), o registral, de pertenencia del derecho de propiedad, con libre disposición, al vendedor; apariencia en la que confió el segundo comprador o segundo cesionario; conforme al principio general *qui prior est in tempore potior est in jure*, que, para asegurar el tráfico jurídico, ampara al comprador que primero toma posesión, documenta fehacientemente su compra al cedente, presenta a inscripción su título probatorio de compra, siempre que no hubiera comprado de mala fe, probada.

La segunda venta puede ser otorgada sin malicia, acaso porque el *vendedor* se olvidó, más o menos negligentemente, de la primera venta, o creyó que no era válida y eficaz, pero normalmente será una venta ilícita, con culpabilidad dolosa del vendedor, que quiere defraudar el derecho del primer comprador, porque la segunda venta es por precio mayor que la primera o porque intenta cobrar los precios de ambas.

El *segundo comprador* puede ser un mero instrumento del fraude del vendedor, porque confía en la apariencia posesoria (art. 448) y desconoce la existencia de la primera venta que el vendedor no le manifiesta. Pero puede comprar con *mala fe* porque conoce la existencia de la primera venta, simplemente, o porque está en connivencia con el vendedor para defraudar al primer comprador, incluso simulando la segunda venta para eludir con ella la ejecución judicial de la puesta en posesión a favor del primer comprador.

Civilmente, el segundo comprador de mala fe es *coautor* del acto ilícito de defraudación, en cuanto parte contratante de la venta fraudulenta, y no puede ser considerado como tercero respecto al contratante defraudado porque su mala fe le convierte en un *alter ego* del vendedor defraudador.



Por esto no adquiere el dominio aunque reciba la posesión de la cosa que debió entregarse al primer comprador; quien ha de probar su mala fe si quiere que se declare rescindida la segunda venta y se le haga entrega judicial de la posesión que consuma la adquisición del dominio por compra.

El que venda dos veces la misma cosa asume el *riesgo* de los casos fortuitos que puedan determinar la pérdida de la cosa hasta que se realice la entrega al primer comprador (art. 1.096, 3).

El acto ilícito de defraudación puede ser un *delito penal*. El Código Penal, libro II («De los delitos y sus penas»), título XIII («De los delitos contra la propiedad»), capítulo IV («De las defraudaciones», después de los capítulos que tratan de los robos, de los hurtos, y de las usurpaciones de inmuebles), trata «de las estafas y *otros engaños*» (Sección 2.<sup>a</sup>, arts. 528 y 529 sobre estafas, 531 y 532 sobre engaños) como defraudaciones distintas «del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles» (Sección 1.<sup>a</sup>) y «de la apropiación indebida» (Sección 4.<sup>a</sup>) (conforme a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal.)

Como *engaño* fraudulento tipifica el que comete «quien fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenare...» (art. 531, 1), o «dispusiera de un bien... lo enajenare dos o más veces...» (art. 531, 2), u «otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado» (art. 532, 2.<sup>o</sup>).

Como *apropiación indebida* tipificada la que cometen quienes «en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, negaren haberlos recibido» (art. 535, 1), o quienes «encontrándose un bien perdido se lo apropiaren con ánimo de lucro» (art. 535, 2).

Según la ley penal «se consideran autores: 3.<sup>o</sup> los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado» (art. 14), y «son cómplices los que (no siendo autores) cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos» (art. 16).

A propósito de la distinción entre *acto ilícito civil* y *delito penal*, es de gran interés un estudio de JUAN MANUEL ALONSO MONTERO, Teniente Fiscal de la Audiencia de Zaragoza, en el que considera la doctrina y la jurisprudencia penal, la acción pauliana por fraude civil a acreedores, la normativa registral y la responsabilidad civil sin responsabilidad penal («La nulidad de las enajenaciones fraudulentas en el delito de alzamiento de bienes». *La Ley*, número 1.219, de 18 de marzo de 1988).

A la doble venta, en relación con la *actuación del Registrador*, que ha de subordinar a los fundamentales preceptos legales otros reglamentarios, como el artículo 104, el artículo 111, 3, y el artículo 432, a), c), d), todos

del RH, se refieren dos recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, fechadas el 26 y 28 de julio de 1988. Son de gran interés en cuanto recuerdan la necesidad de despachar la documentación por riguroso orden de presentación en el Diario, sin atender en desmesura a la documentación conexas presentada con posterioridad, en concepto de documentación correspondiente a inscripción necesariamente previa, a la que se refiere el artículo 111, 3, RH, cuando entre una y otra puede existir algún asiento de presentación que resultaría perjudicado al anteponerle dicho documento presentado con posterioridad.

*Puede resumirse* como sigue lo expuesto acerca de la doble venta y de la doble cesión.

*Civilmente* se ha considerado la adquisición por el *segundo comprador* de buena fe, poseedor por entrega (art. 1.473, 3, parte primera, y 1); y, por el contrario, la adquisición por el *primer comprador*, acreedor a la entrega de la posesión, cuando prueba la mala fe del segundo comprador poseedor, y queda rescindida la segunda venta y obtiene la posesión, por entrega del segundo comprador y del vendedor o por ejecución judicial (art. 1.473, 3, parte primera, y 1, art. 1.096, 1); así como la adquisición por el *subcomprador* de buena fe y poseedor (porque la rescisión de la segunda venta no perjudica a tercero subadquirente, a menos que sea de mala fe probada), quien no debe devolver la posesión de la cosa porque adquiere en firme, en cuanto la rescisión del título de adquisición de su transmitente no determina, por derivación, la rescisión del título de adquisición del subadquirente por compra (art. 1.295, 2). Deja de ser tercero, y es más bien cooperador en el fraude, no sólo el segundo comprador de mala fe (cooperador-autor), sino también el subcomprador de mala fe (cooperador-cómplice).

*Registralmente* se ha considerado la adquisición por el *segundo comprador* de buena fe, *cuando el vendedor ya no es propietario* porque vendió y entregó al primer comprador, adquisición que se realiza por aplicación al caso de doble venta del principio de inoponibilidad a tercero inscrito de lo no inscrito (art. 32 LH y art. 1.473, 2); así como la adquisición por el *subcomprador* de buena fe inscrito, aunque se declara rescindida la segunda venta por la mala fe del segundo comprador inscrito, porque, desde la Ley Hipotecaria de 1861, la acción de rescisión del título del transmitente no perjudica por derivación al tercero registral de buena fe (art. 37, 1, LH), y porque, desde el Código Civil, la acción de rescisión del título del transmitente ya no perjudica a tercero civil subadquirente de buena fe (art. 1.295, 2).

Civilmente y registralmente se ha considerado la adquisición por el *segundo cesionario* de buena fe del derecho del propietario desposeído, ya sea de finca no inmatriculada por aplicación de la protección a la buena

fe o confianza en la apariencia documental (art. 1.473, 3, segunda parte, arts. 1.218 y 1.280, 1, 6.º), ya sea de finca inmatriculada, por aplicación del principio de inoponibilidad a tercero inscrito de lo no inscrito (art. 32 LH y art. 1.473, 2).

Se trata de supuestos de *venta de cosa ajena, a non domino*, en un sentido amplio, en el que se incluye el supuesto en que el vendedor ha dejado de ser propietario con libre disposición porque ha vendido la cosa a un primer comprador, aún acreedor a la entrega de la posesión o la puesta en posesión por ejecución judicial, para que se cumpla la condición legal suspensiva del efecto contratado de la transmisión del derecho (art. 1.473 y art. 32 LH en algunos casos).

Como *supuestos de venta y adquisición a non domino* hay que considerar los resultantes de la inoponibilidad, a *tercero registral* por compra, de las resoluciones judiciales declaratorias de la ineficacia del título de adquisición del vendedor, que civilmente determinan la ineficacia del título del comprador, pero no registralmente (art. 34 y 37 LH), a menos que dicho tercero ni siquiera sea un verdadero tercero civil, en cuanto es parte, coautor o cómplice, en el acto ilícito determinante de la ineficacia de la compra, por su conocimiento de la ilicitud de la venta, o, aun siendo tercero civil, conozca la posibilidad de que resulte ineficaz el título adquisitivo del vendedor.

También hay que incluir la adquisición por el tercero de buena fe inscrito en los supuestos de inexactitud de la inscripción del transferente a los que se refiere el artículo 4.º, apartado final, de la Ley Hipotecaria.

Como supuesto de venta de cosa ajena, *a non domino*, se ha de incluir la *venta mercantil de cosa mueble* por el poseedor aparente propietario al comprador que recibe la posesión y adquiere la propiedad, pese a que el vendedor no es el verdadero propietario; quien así pierde la propiedad de la cosa que extravió, que le fue sustraída por hurto o por robo, o de la que se apropió indebidamente el depositario, comodatario, comisionista o administrador que la recibió con obligación de devolverla (art. 464, 4, CC, en relación con el artículo 535, 1, CP). Sin olvidar que, según una opinión germanizante muy extendida, pero que el Tribunal Supremo no comparte, lo que se dice de la venta mercantil se aplica también a la venta civil de cosa mueble apropiada indebidamente por el vendedor, pero no a la venta de cosa extraviada o sustraída (art. 464, 2).

Desde luego, no hay precepto equivalente al artículo 464, 4, referido a fincas, que atiende a la posesión del vendedor y a la posesión del comprador, aunque los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria cumplan la misma función pero en atención a la inscripción del vendedor y a la inscripción del comprador.

Es obvio repetir que la usucapión por el que compra *a non domino*,

incluso la del poseedor con justo título de compra, se funda más en el *uso continuado* de la cosa que en el título de adquisición, o en la confianza en la apariencia posesoria del vendedor.

Resulta de todo lo dicho que, en el caso de doble venta de una finca, *parece* que la *mala fe* del segundo comprador que excluye la adquisición *a domino* (art. 1.473, 3, primera parte) se ha de distinguir de la *mala fe* del segundo comprador que excluye la adquisición *a non domino* (art. 1.473, 2), pero hay que recordar que quien vende por segunda vez defraudando al primer comprador, aunque al vender aún es el dueño *actual* (art. 1.473, 3, primera parte) ya no es un dueño que puede disponer libremente de su derecho, porque su titularidad ya no es pura y simple, pues al vender la finca al primer comprador dispuso de su derecho y, desde entonces, existe una doble titularidad condicional del derecho de propiedad: la del vendedor, propietario actual aunque dejará de serlo si se cumple la condición legal suspensiva del efecto traslativo contratado, y la del primer comprador, propietario futuro que pasará a ser el único titular en cuanto se cumpla, voluntaria o *forzosamente*, la condición, a menos que, antes, adquiera la propiedad un segundo comprador de buena fe.

En ambos supuestos, la mala fe del segundo comprador consiste en un conocimiento de la primera venta que le hace cooperador consciente y voluntario de la defraudación del vendedor al primer comprador, sea éste un futuro propietario por compra aún no seguida de entrega (art. 1.473, 3, primera parte), o sea éste un propietario actual por compra y entrega ya realizada (art. 1.473, 2).

La segunda venta es rescindible si el segundo comprador es de mala fe, y la rescisión sólo afecta al subcomprador si también es de mala fe, en cuanto coopera a la defraudación al primer comprador. La prueba del conocimiento, de la mala fe del subcomprador es innecesaria cuando el Registro de la Propiedad resulta o aparece la existencia de la causa de la rescisión, porque consta anotada la demanda de rescisión planteada por el primer comprador defraudado (arts. 32 y 37 LH).

*Desconocimiento de la desposesión del vendedor* (arts. 1.460, 2, y 1.462, 2).

Cuando en el momento de la perfección del contrato de venta el comprador desconoce la situación de desposesión del vendedor, puede parecerle que se ha realizado la tradición, según acuerdo de *constituto posesorio* o de tradición *brevi manu*.

Más tarde, cuando el comprador llega a conocer la desposesión, en principio, podrá «desistir» del contrato (art. 1.460, 2, por analogía secular), porque, al contratar, era imposible que el vendedor pudiera entregar,

era objetivamente imposible la prestación esencial del vendedor y, por tanto, era imposible el contrato de venta ordinaria, pura y simple (art. 1.445), de manera que «no hay contrato» (art. 1.261), sino sólo *apariencia* de contrato, que no surtirá efecto como tal contrato de venta ordinaria, pura y simple, que obliga a entregar (art. 1.275).

Esta venta ordinaria, en principio, parece que se ha de considerar inexistente o nula (según la terminología conceptual que se adopte), por razón de su objeto, por ser totalmente imposible la prestación esencial del vendedor que consiste en transmitir la posesión de la cosa, de la que se ha acordado la transmisión del dominio.

Ahora bien, históricamente, la pérdida de la posesión de la cosa se asimila analógicamente a la pérdida de una parte física de la cosa, pues el propietario, aunque ha perdido la posesión de la cosa, conserva su derecho de propiedad incorporal y controvertido, con la correspondiente acción reivindicatoria para recuperar la posesión, al igual que el propietario que ha perdido una parte física de la cosa conserva el resto de la cosa (Digesto 18,4,21).

Al supuesto de pérdida de parte física de la cosa se refiere el artículo 1.460 del Código Civil, según el cual «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiera perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato. Pero si se hubiera perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido».

Es decir, la ley considera que el comprador, libremente, se conforma con adquirir el *resto* de la cosa y reclamar la reducción del precio, salvo si desiste del contrato. Esta no es una simple alternativa u opción, pues se preconiza la persistencia del vínculo contractual en cuanto su inexistencia ha de ser expresamente perdida, dentro de un breve plazo, al igual que la posible reducción del precio.

Una acción de reducción posible del precio convenido, salvo desestimiento, a elección del comprador, se regula también por el Código Civil en otros supuestos de hechos similares, es que la cosa adolece de ciertos defectos que afectan a su valor; así, cuando, después de la perfección del contrato de venta, el comprador llega a conocer que la finca tiene menor cabida que la contratada (arts. 1.469 a 1.472) o que la cosa comprada adolece de ignorado vicio o defecto físico (arts. 1.484 a 1.499), y en estos casos la acción prescribe a los seis meses, contados desde el día de la entrega (arts. 1.472 y 1.490), o bien que la finca está gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente, y en este caso la opción se podrá ejercitar durante un año a contar desde el otorgamiento de la escritura, aunque transcurrido el año, la indemnización se

podrá pedir dentro de otro año, a contar desde el día en que se ha descubierto la carga o gravamen (art. 1.483).

Cuando se trata de una finca, la pérdida parcial puede consistir, por ejemplo, en el incendio y pérdida total de un edificio, ya que siempre queda como *resto* el solar (supuesto al que se refiere el Digesto 18,4,21) o puede consistir, acaso, en una grave avulsión fluvial de un campo, del que resta una parte importante, supuesto parecido al de falta de cabida de la finca.

La acción de reducción del precio, salvo desestimiento, es una acción personal del comprador perjudicado, que sólo será eficaz entre las partes contratantes, pues el Código alude a «rescisión» en algunos casos (arts. 1.469, 1.483 y 1.486), y así será aplicable lo dispuesto con carácter general en cuanto a los efectos de la rescisión propiamente dicha (art. 1.295), con las peculiaridades de cada caso.

Una peculiaridad importante es la duración de la acción, que no es la general de cuatro años (art. 1.299), sino la específica, de seis meses (arts. 1.472 y 1.490) o de un año (art. 1.483), en los casos similares al de pérdida de una parte física de la cosa, para el que parece aplicable el plazo de seis meses que corresponde al supuesto de defecto de cabida (art. 1.472).

De todos modos, este supuesto no se ha de confundir con la rescisión propiamente dicha, por *lesión*, por haber convenido *poco* dinero a cambio de la cosa (art. 1.291, 1, 2), por fraude (art. 1.291, 3, 4) o porque lo determine la ley (art. 1.291, 5), casos en los que no se faculta al comprador lesionado para pedir judicialmente un *aumento del precio o la rescisión, sino tan sólo para pedir o no pedir la rescisión*.

*El supuesto tampoco se ha de confundir con la rescisión por incumplimiento* voluntario de una prestación objetivamente posible en el momento de la perfección del contrato, rescisión que puede pedir la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra parte, sin que pueda pedir una reducción del precio cuando se trata de un comprador perjudicado, salvando la posible indemnización del perjuicio (art. 1.124).

En el momento de la perfección del contrato, existe un defecto del presupuesto objetivo del contrato, de la cosa que es objeto de la venta, que disminuye su valor, una minusvalía, y la ley concede al comprador una doble acción alternativa, redhibitoria o *quantum minoris*, para rescindir el contrato o equilibrar las prestaciones al minorar o reducir el precio.

Análogamente, la pérdida de la posesión anterior a la venta, conocida por el comprador después de la compra, implica, según la ley, que éste se conforma con la cesión del derecho de propiedad no acompañado de la posesión, salvo si manifiesta oportunamente que desiste del contrato.

1) A menos que el comprador, después de descubrir que el vendedor no era poseedor y que la tradición era imposible y no se ha realizado, opte por desistir de la compra, existirá contrato, pero no existirá tradición, aun cuando la venta se otorgue en escritura pública, porque la tradición es traspaso de la posesión del vendedor, aunque sea poseedor con mediador o con servidor de la posesión.

Según la Historia y la Lógica, lo que entonces existe es un contrato de compraventa, pero no un contrato de venta ordinaria, de cosa poseída por el vendedor, que le obliga a entregar la posesión al comprador en la actualidad de la perfección del contrato, sino un contrato de venta de un derecho de propiedad incorporal (porque no va acompañado de la posesión que tiene un tercero) y controvertido (porque el tercero se atribuye la propiedad), un contrato de venta denominado contrato de cesión (art. 1.526), que no obliga a entregar la cosa, un contrato secularmente nombrado contrato de cesión de la acción reivindicatoria, porque será el comprador quien obtenga la posesión, judicialmente, reivindicando contra el tercero poseedor, actuando como propietario, por cesión que excluye la tradición.

En principio, el desconocimiento de la situación de desposesión del vendedor faculta al comprador para reivindicar; notificando al vendedor la demanda (art. 1.481) para que pueda auxiliarle procesalmente, en cuanto a su prueba de la pertenencia del derecho al perfeccionarse la cesión o venta (art. 1.482).

Si el reivindicante logra recibir la posesión, podrá pedir y obtener una reducción del precio, que puede ser proporcional a los costes de la reivindicación, del mismo modo que el comprador puede pedir una reducción del precio proporcional al valor de la parte física perdida de la cosa (art. 1.460, 2).

Si el reivindicante es vencido por el poseedor, podrá ejercitar contra el vendedor la acción de saneamiento de la evicción (art. 1.480), porque la Sentencia firme del juicio reivindicatorio declara que el derecho vendido no pertenecía al vendedor, sino al poseedor demandado (art. 1.475 y jurisprudencia), y condena al vendedor a la devolución del valor de la cosa al tiempo de la evicción, de los gastos del contrato, de las costas del pleito, etc. (art. 1.478), sin perjuicio de lo convenido con buena fe (art. 1.475, 3, 1.476, 1.477).

2) Ahora bien, si el comprador opta por desistir del contrato, hay que considerar algunas cuestiones:

1. El plazo para desistir puede estimarse que será el de seis meses desde el día de la entrega *aparente* (art. 1.472), porque históricamente la analogía se refiere a la pérdida física parcial de la cosa. La analogía con

el supuesto de gravamen oculto, con su plazo de un año (art. 1.483), resulta menos fundada, en cuanto el Código Civil lo configura más bien como un supuesto de posible vencimiento en juicio, si se ejercitara la acción negatoria, atendida la colocación del precepto en el texto legal, al ser el último de los que tratan de la evicción y no el último de los que tratan de los «defectos o gravámenes ocultos».

2. Por otra parte, la manifestación del desistimiento por el comprador, frente al vendedor, no impide que el vendedor pruebe su inoportunidad, porque el comprador, con anterioridad, ya había manifestado, con alguna declaración o manifestación de voluntad o con algún hecho propio concluyente, que optaba por conformarse y no ejercitar la acción redhibitoria o rescisoria.

3. Pero la cuestión más importante a dilucidar es la posibilidad de desistir del contrato, de rescindirlo, cuando el comprador desconoce la desposesión del vendedor, que no ha sido manifestada en la *escritura notarial* de venta, la que *parece* referirse a un contrato de venta de finca inmatriculada, seguido de entrega (art. 1.462, 2), que se ha inscrito (art. 36, 2, LH).

Desde un punto de vista registral, cabría pensar que la petición de inscripción implica conformidad con la situación ya conocida al presentar la escritura en el Diario, y también que el hecho de vender el cesionario implica una conformidad con la situación ya conocida al vender (si bien, aunque entonces la desconociera, no podría obtener la rescisión del contrato en perjuicio de su causahabiente tercero protegido, conforme al artículo 37, 1, LH: sin impedir que fuera éste quien pidiera la rescisión del contrato de compra propio y del de compra por su causante, alegando la desposesión).

Esta es la situación legal a la que parece se refiere la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1890, que aplica la legislación anterior al Código Civil. El titular registral por compra litiga contra su vendedor desposeído, que es el titular registral anterior, y se declara rescindido el contrato inscrito, por desistimiento del comprador que no está dispuesto a ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor en concepto de dueño.

Pero el Código Civil introduce una reforma legislativa de gran importancia en el artículo 1.462, 2. Acerca de él, ya se ha estudiado el supuesto en que el vendedor es el poseedor de la cosa vendida, y se ha visto que, salvo pacto, normalmente, se ha de considerar acordada una entrega por acuerdo de tradición, *brevi manu* o de *constituto posesorio*, que hace inoperante la antigua cláusula de estilo por la que, expresamente, el vendedor dejaba de ser poseedor en concepto de dueño y se constituía posee-



dor en concepto distinto al de dueño, al menos como precarista. Ahora bien, hay que examinar el supuesto en que el vendedor no es el poseedor porque un tercero le ha desposeído (art. 348, 2).

El precepto, hay que recordarlo (p. 798), procede del Proyecto de Código Civil de 1851, que en su artículo 1.385 decía que «cuando por disposición de la ley o por la voluntad de las partes se haga la *venta en escritura pública*, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario». La redacción, como se ve, es similar a la del vigente artículo 1.462, 2.

También hay que observar que el proyectado precepto se refiere, exclusivamente, a la prueba del cumplimiento posible de la obligación de entregar la *posesión*, porque en el Proyecto de 1851 el contrato de compra transmite el dominio por sí solo, sin tradición adicional. Esto permite destacar, como ya hice en mi primer estudio (p. 799), que el artículo 1.462, 2, vigente, no se puede referir al aspecto *dispositivo* del contrato, a la tramitación del *dominio*, sino sólo al aspecto *obligatorio* del contrato, a la prueba del cumplimiento posible de la obligación de entregar la *posesión*.

Es decir, el artículo 1.462, 2, no se puede referir a la *disposición traslativa del derecho*, oponible, por el comprador, al tercero poseedor en concepto de dueño contra quien reivindica para obtener la posesión, sino que se ha de referir, exclusivamente, al *cumplimiento de la obligación de entregar la posesión*, oponible, por el vendedor, al comprador que pretende, como comprador y no como propietario por compra, que se le entregue la posesión que ya recibió, al menos por *constituto posesorio*, o que se le entregue la posesión que tiene un tercero en concepto de dueño, para lo que el vendedor tendría que recuperarla reivindicando.

Así pues, el artículo 1.462, 2, no se puede referir a una imaginaria tradición *incorporal* instrumental del vendedor desposeído al comprador, que LACRUZ considera necesaria para que se consume la transmisión del dominio del vendedor desposeído al comprador, mediante escritura pública que suple o sustituye a la tradición *corporal* imposible.

El legislador —dejando a salvo la eficacia del pacto, expreso, o tácito pero claro, por el que las partes manifiestan que no se ha consumado la entrega— dispone que el comprador no puede pedir judicialmente, con éxito, ni el cumplimiento ejecutivo o forzoso de algo que ya está cumplido, ni la rescisión del contrato por incumplimiento de la obligación de entregar, sin entrar a considerar si es o no es posible su cumplimiento ejecutivo o forzoso, habida cuenta de la normal voluntad de las partes que contratan la venta en escritura pública, ante Notario, asesor jurídico y testigo cualificado.

Si el vendedor ha quedado constituido poseedor en concepto distinto

al de dueño, como en el de precarista, lo procedente no es que el comprador pida el cumplimiento de la entrega cuando el vendedor retiene indebidamente la posesión de hecho que el comprador reclama se le *devuelva*, incluso cuando el vendedor intente aparecer como poseedor en concepto de dueño, sino que el comprador, como propietario por compra, ejercite contra el vendedor, que ya no es el propietario, la acción de desahucio por precario extinguido, u otra similar que sea procedente conforme a la relación contractual, que no es la de compraventa, que les vincula.

Cuando se conoce, después de la compra, que el vendedor estaba desposeído al vender, no cabe que el comprador pida el cumplimiento ejecutivo o forzoso de la entrega, que es imposible sin reivindicar, a lo que no está obligado el vendedor, pero tampoco cabe que el comprador pida la rescisión del contrato (art. 1.462, 2), porque se ha de entender que el comprador, que no formalizó pacto alguno de reserva de acciones respecto a la obligación de entregar, conoce o, al menos, ha podido conocer, pues tuvo «medios racionales y motivos suficientes» para conocer, la situación posesoria, y se conforma con ella; de manera que, en vez de actuar judicialmente contra el vendedor, *para debatir su desconocimiento de la desposesión* de éste y que se declare rescindido el contrato, lo procedente es que actúe contra el tercero poseedor para obtener de él la *posesión*, sin perjuicio de poder ejercitar, contra el vendedor, la acción de saneamiento en caso de evicción del *derecho* de propiedad, o la acción de reducción del precio e indemnización de los gastos y perjuicios de la obtención judicial de la posesión que el vendedor no le entregó, *si es cierto que desconocía la desposesión* de éste.

Hay que insistir en que, según el Proyecto de 1851, el vendedor adquiere la propiedad por el contrato de venta, sin que la efectividad de la transmisión del derecho esté condicionada a la transmisión de la posesión del vendedor al comprador, de manera que ninguna dificultad puede tener el comprador para ejercitar contra el tercero poseedor la acción reivindicatoria a él correspondiente como propietario por compra. La misma solución es la procedente en el Derecho francés y en el italiano.

Pues bien, el precepto del Código Civil vigente, *el artículo 1.462, 2, se ha de entender que tiene el mismo sentido que tenía en el Proyecto de 1851*, que exclusivamente alude a la imposibilidad para el comprador de que sea estimada su alegación de incumplimiento de la obligación de entregar, a efectos de lograr el cumplimiento ejecutivo o forzoso, o bien la rescisión del contrato, tanto si el vendedor retiene indebidamente la posesión de hecho y procede desahuciarle, como si el vendedor no puede hacer entrega porque la posesión la tiene un tercero, contra quien el vendedor ni está obligado a reivindicar, ni puede reivindicar, porque ya ha dispuesto de su derecho y la disposición ha sido aceptada por el comprador, a quien

corresponde reivindicar como propietario por compra (del derecho de propiedad incorporal).

No le parecerá así a quien crea que cuando el vendedor está desposeído no puede haber transmisión del dominio sin tradición, aunque sea *incorporal*. Porque olvida que cuando el vendedor tiene un derecho de propiedad *incorporal*, el contrato de compraventa procedente, según la ley, es el contrato de cesión, que no obliga a entregar y que transmite el derecho *incorporal* en el momento de contratar (art. 1.526). Porque olvida, además, que en caso de desconocimiento de la desposesión, la ley preconiza que la compraventa contratada no es una *venta de cosa*, sino que es una *cesión del derecho de propiedad incorporal*, a menos que el comprador desista, oportunamente, del contrato (art. 1.460, 2). Y porque no observa, por último, que cuando se ha otorgado la venta en escritura pública, sin reserva de acciones, no cabe pedir ni el cumplimiento ejecutivo o forzoso de la entrega, ni la rescisión del contrato por incumplimiento, *en ningún caso*: de manera que, *en el caso de desposesión* del vendedor, cuando la venta se formalizó en escritura notarial, y salvo pacto probado por la misma escritura, sólo cabe que el comprador reivindique contra el tercero poseedor, sin perjuicio de obtener la reducción del precio que corresponda en atención a la situación de desposesión del vendedor y a los gastos y perjuicios padecidos para obtener la posesión judicialmente (art. 1.462, 2).

En cambio, cuando la venta fue verbal o consta se ha formalizado en documento privado no es aplicable lo dispuesto en el artículo 1.462, 2, y el comprador que desconocía la desposesión del vendedor sí que podrá optar conforme al artículo 1.460, 2: Podrá conformarse con reivindicar (art. 1.460, 2), por lo que conviene elevar a escritura notarial el contrato que ha de ser probado —aunque sea por testigos— ante el tercero poseedor en concepto de dueño demandado (art. 1.526, 1). Pero también podrá actuar contra el vendedor pidiendo se declare rescindido el contrato, en consideración a su desconocimiento de la desposesión del vendedor (art. 1.460, 2), al igual que, antes de entrar en vigor el Código Civil, podía hacerlo incluso en el caso de haberse formalizado la venta en escritura notarial, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1890 (p. 1357 del estudio segundo). Pero no podrá pedir que reivindique el vendedor y le apodere al efecto (Sentencia 20 de enero de 1912).

En cuanto a la prueba del desconocimiento alegado, el vendedor intentará probar que el comprador conoció o «tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición», la desposesión del vendedor, y el comprador podrá argumentar la falta de información suficiente obtenida del vendedor, sobre todo cuando ocultó su propio conocimiento de la desposesión, y, más aún, cuando manifestó

expresamente o dio a entender que era poseedor, incluso actuando maliciosamente.

En resumen, en caso de desposesión del vendedor, el artículo 1.462, 2, no implica una tradición *incorporal* y *no faculta* al comprador para que reivindique, porque esta facultad resulta de lo dispuesto por el artículo 1.460, 2, en relación con el artículo 1.526, y con el artículo 609, 2, al principio («por la ley»). Ahora bien, el artículo 1.462, 2, *impide* que el comprador, que no puede exigir el cumplimiento ejecutivo, pueda alegar incumplimiento y obtener la rescisión del contrato, fundándose en el hecho de su desconocimiento al comprar de la desposesión del vendedor, sin perjuicio de lo cual podrá pedir la ayuda procesal del vendedor para ejercitar la acción reivindicatoria con éxito y tener expedita, en su caso, la acción de saneamiento por evicción, y podrá reclamar el resarcimiento de los gastos y perjuicios correspondientes, teniendo en cuenta el resultado del litigio, como reducción del precio (art. 1.460, 2). En este sentido se ha de interpretar la Sentencia de 20 de enero de 1912, según ya dije.

Como *antecedente histórico* de la aplicación del artículo 1.460, 2, al supuesto de desconocimiento de la desposesión del vendedor, aludí al texto fundamental del Digesto 18,4,21 y a los dos principios o reglas del Derecho (Digesto 50,17,15 y 204) recordados por los legisladores FLORENCIO GARCÍA GOYENA y PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA como relativos a la misma cuestión, y también apunté que el olvido de la razón analógica secular y vigente facilita concebir opiniones tan fantásticas como la de creer en la existencia de una tradición *incorporal*. Estimo innecesario repetir aquí lo ya dicho en este estudio y en el anterior.

Pero *conviene precisar algunas ideas*.

El criterio auténtico de GÓMEZ DE LA SERNA se refiere al desconocimiento del *hecho* de la desposesión que determina un *error en la calificación* del contrato verdaderamente otorgado, que es el de cesión y no el de venta de cosa. La teoría de LACRUZ, en cambio, se funda en un *error juris*, en el desconocimiento del Derecho, de las normas, vigentes pero olvidadas, contenidas en los artículos 1.526 y 1.460, 2; conduce al error de ver en el artículo 1.462, 2, la existencia de una imaginaria tradición *incorporal*.

El criterio auténtico de GÓMEZ DE LA SERNA se funda en el supuesto del *conocimiento* de la desposesión, al que se refiere el artículo 1.526, y aplica su solución al supuesto de desconocimiento, teniendo en cuenta los artículos 1.460, 2, y 1.462, 2, según su interpretación histórica. La teoría de LACRUZ considera en primer plano el supuesto del *desconocimiento* de la desposesión, en un intento bien intencionado pero equivocado de resolver un «problema registral» que legalmente no existe, dejando prácticamente olvidado el supuesto del conocimiento de la desposesión.

A la desposesión *manifestada* al contratar, y, por tanto, conocida, se

refiere el artículo 1.526. A la desposesión no manifestada o no expuesta al contratar, pero que es conocida y queda *silenciada*, se refiere el artículo 1.526 y la Sentencia de 21 de diciembre de 1905. A la desposesión no manifestada por ser *desconocida* se refiere el artículo 1.526 y los artículos 1.460, 2, y 1.462, 2, así como la Sentencia de 20 de enero de 1912.

El artículo 1.526, 1, se refiere a la *prueba* de las *voluntades contractuales*, primariamente *dispositivas*, en el supuesto de desposesión del vendedor, que excluye la obligación de entregar.

El artículo 1.462, 2, se refiere a la *prueba del cumplimiento de la obligación de entregar* en el supuesto de una escritura notarial que califica el contrato otorgado como venta de cosa, que obliga a entregar (art. 1.445).

El precepto dispone que el otorgamiento del contrato escriturado, la *declaración* de las voluntades contractuales, dispositivas y obligatorias, significa, supone, implica, *equivale* la *manifestación* de las voluntades de ambas partes contratantes de considerar cumplida la obligación de entregar la cosa, equivale a la *expresión de la conformidad* con la situación posesoria en la que queda el comprador al autorizarse la escritura, normalmente a consecuencia de un tácito pacto o acuerdo de *constituto posesorio*.

El precepto dispone que la escritura notarial es prueba plena, documental, preconstituida, del acuerdo alcanzado acerca de la efectividad del cumplimiento de la obligación de entregar la cosa.

El artículo 1.462, 2, *impide*, a quien compra una cosa según escritura notarial, demandar con éxito al vendedor alegando incumplimiento de la obligación de entregar la cosa, y pidiendo que se proceda al cumplimiento ejecutivo o que se declare la rescisión del contrato (art. 1.124).

A menos que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente se considera cumplida la obligación de entregar la cosa, es decir, salvo pacto de reserva de acciones que permita pedir al juez, cuando el vendedor continúa siendo poseedor en concepto de dueño, el supletorio cumplimiento ejecutivo de la entrega actualmente posible, o la rescisión del contrato, o bien, cuando resulte que el vendedor acaso pudiera estar desposeído, que actúe contra el tercero poseedor, recupere la posesión y se la entregue al comprador, o que el comprador pueda pedir la rescisión del contrato sin necesidad de probar su desconocimiento de la verdadera situación posesoria (desconocida o conocida por el vendedor), que haga necesario reivindicar contra un tercero que parece poseedor en concepto de dueño.

El legislador del artículo 1.462, 2, quiere evitar las dificultades de la prueba de la entrega, y de la recepción, de la posesión de la cosa, e impedir alegaciones abusivas, del comprador contra el vendedor o viceversa.

El comprador siempre podrá obtener la posesión material desahuciando al vendedor precarista que se niega a *devolver* la cosa, que no posee en concepto de dueño desde la fecha del otorgamiento; pero no podrá pedir una entrega que ya se ha realizado por *constituto posesorio*.

El comprador tampoco puede pretender del vendedor la entrega o la rescisión cuando existe un tercero que parece ser poseedor en concepto de dueño. En tal caso, el comprador, como propietario por contrato de compraventa, actuará directamente contra el tercero, y con él dilucidará si el vendedor no era el verdadero propietario (y entonces procede exigir el saneamiento al vendedor), o era el verdadero propietario, por lo que el tercero debe *devolver* la posesión, al comprador y propietario *actual*, ya lo sea por compra y entrega *anterior* la desposesión por el tercero (art. 609, 2, al final, 1.445, 1.462, 1, 1.095, y 348, 2), ya lo sea por cesión *posterior* a la desposesión por el tercero (arts. 609, 2, al principio, «por la ley»), conocida por el comprador (art. 1.526) o desconocida por éste (arts. 1.526, 1, 1.460, 2, y 1.462, 2), sin perjuicio en este segundo caso de la posterior reclamación del comprador contra el vendedor acerca de la reducción del precio, una vez aprobada la certeza de la posesión en concepto de dueño del tercero vencido, así como la fecha en que comenzó ésta, y, quizá, el desconocimiento de la desposesión por el comprador.

En definitiva, la escritura notarial prueba la *conformidad* del comprador en no pedir la rescisión de la compra, o cualquiera actuación complementaria del vendedor para obtener una entrega, que ya se ha realizado si el vendedor no estaba desposeído.

En cambio, la escritura notarial no es prueba de ser poseedor el vendedor, ni siquiera presuntamente, ni equivale a una tradición cuando ésta es imposible, y no se exige por la ley para quedar transmitido el derecho incorporal del propietario desposeído.

Según la ley sustantiva, es fundada la demanda del comprador contra el tercero poseedor en que ejercita la acción reivindicatoria para obtener la posesión de la cosa comprada mediante escritura notarial (arts. 609, 2, al final o al principio, art. 348, 2, y arts. 1.445, 1.095, o arts. 1.526 y 1.460, 2, en su caso, más el art. 1.462, 2, en cualquier caso).

Según la ley sustantiva, es infundada la demanda del comprador contra el vendedor en que, alegando no haber recibido la posesión de la cosa, ejercita la acción de rescisión del contrato formalizado en escritura notarial (art. 1.462, 2, salvo pacto), aunque alegue que desconocía la desposesión del vendedor (arts. 1.526 y 1.460, 2).

#### Dos errores de Derecho:

1.º Venta, con acuerdo de cesión impropia, y tradición futura (historicismo involucionista).

El que exista la regulación especial del contrato de compraventa del derecho de propiedad no acompañado de la posesión, con efecto traslativo en el momento de la perfección (art. 1.526 y art. 1460, 2), no impide que las partes contratantes, cuando el vendedor de una cosa no es poseedor de ella porque la posee un tercero en concepto de dueño, puedan convenir, expresa o tácitamente, que el vendedor asuma, por el contrato y no por la ley, la obligación o deber adicional de recuperar la posesión de la cosa para entregarla al comprador y que, entonces, sólo en el momento en que se entrega la cosa al comprador pasará éste a ser el propietario, por compra y entrega.

Adicionalmente, o sin aludir a la obligación del vendedor de recuperar la posesión, se puede autorizar al comprador para que ejercite la acción reivindicatoria del vendedor.

Esta es una autorización que algunos autores denominan «cesión», sin adjetivo calificativo que permita diferenciarla, como cesión impropia que es, de la cesión propiamente dicha (que no autoriza al cesionario para que ejercite el derecho o la acción del vendedor o cedente, sino que transmite el derecho en el mismo momento de la perfección del contrato) porque opinan que la cesión siempre es autorización para el ejercicio del derecho o de la acción del cedente por el cesionario, siguiendo el parecer de MÜHLENBRUCH, quien creía que esto era lo dispuesto para la cesión de créditos en el Derecho romano vigente en Alemania el pasado siglo XIX, y el parecer de IHERING, quien creía en 1857 lo mismo que aquél e hizo aplicación de su creencia a la cesión del derecho del propietario no poseedor. Opinión de IHERING, en cuanto al Derecho romano, que VALLET DE GOYTISOLO defendió como vigente en el Derecho español y que hoy sigue ALVAREZ CAPEROCHIPI.

En su *Derecho inmobiliario registral*, antes citado, que fue divulgado cuando ya estaba en prensa mi estudio segundo y no pude contestar «por alusiones», a propósito del trabajo de VALLET DE GOYTISOLO acerca de «la buena fe, la inscripción y la posesión en la fe pública» (RDP 1947, páginas 941 y sigs., recogido en sus *Estudios sobre derecho de cosas*, Madrid, 1978, págs. 465 y sigs.) dice que «ejerció una particular influencia en mi comprensión del fenómeno registral como totalidad» (pág. 131), y que «es, también, una vez más, clave para entender» «las posturas planteadas en el conflicto entre posesión y registro» (pág. 143), deduciendo que «la prescripción comenzada —es decir, la posesión en concepto de dueño por un tercero extrarregistral— perjudica al titular inscrito que tenga la condición de tercero hipotecario» (pág. 122), porque «está claro que la acción registral —del artículo 41 LH— no puede dirigirse contra el poseedor a título de dueño» (pág. 127); opiniones a las que se unen una serie de

manifestaciones de su «comprensión del fenómeno registral» que merecen una detallada réplica, aquí improcedente.

Dice (pág. 131) que «*incidentalmente* mantiene la postura *antigua* sobre la proponibilidad de la acción real del artículo 41 frente al poseedor a título de dueño Eusebio Giménez Roig...» Su «comprensión del fenómeno registral» no le permite comprender que mi estudio de 1980 no mantiene una postura «antigua» sobre dicha proponibilidad, ni «incidentalmente» se refiere al artículo 41 LH, porque todo el estudio intenta probar la falta de fundamento de la opinión conceptualista de IHERING, expuesta en el año 1857, acerca de la cesión de la acción reivindicatoria, en la que se funda VALLET, indirectamente, en una exaltada obra de juventud (año 1947), opinión que representa un salto atávico al Derecho romano primitivo, a la que también se dedica mi estudio segundo, con el que queda contestada ampliamente la opinión de VALLET y de ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, aparte de lo que argumentó en este estudio tercero.

Habida cuenta de la trascendencia registral *negativa* de estas opiniones, creo merecen cierta consideración cuantos esfuerzos se hagan para clarificar su falta de fundamento, en legítima defensa de la institución registral frente a una magnificación tendenciosa de la posesión, la tradición y la usucapión no ya sólo contra el Registro, sino incluso frente a la misma propiedad privada, propia de una sociedad libre y de una economía de mercado, sin demagogias colectivas.

Ahora me parece oportuno parafrasear algo que signifiqué con la expresión «IHERING contra IHERING», a imitación de una conocida película sobre divorcio al uso judicial USA, equivalente al «*mea culpa*» de IHERING.

El genial profesor RUDOLF VON IHERING, el IHERING de los traductores españoles y de la doctrina española (que no entran en purismos idiomáticos acerca de la forma de escribir un sonido de i larga que no coincide exactamente con otro español, acaso con la y, pero, desde luego, no con el de la j española) en 1857 (o sea cuatro años antes de la LH española de 1861), a sus treinta y nueve años, funda la revista *Anuario para la dogmática del actual Derecho privado romano y alemán (Jahrbücher Für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts)*, más conocida como *Anuario de Ihering (Jhering Jahrbücher)*, y en el tomo I plantea su programa (*Unsere Aufgabe*).

Veinte años después (en 1877) publica *La finalidad del Derecho (Der Zweck im Recht)*, seguido siete años más tarde (en 1884) de sus *Bromas y veras en la ciencia jurídica (Scherz und Ernst in der Jurisprudenz)*, traducción más ajustada que la anterior de *Jurisprudencia en broma y en serio* (tercera edición, patrocinada por VALLET DE GOYTISOLO, en Editorial



Cívitas, Madrid, 1987). Ocho años después muere (en 1892), sin llegar a ver aprobado (en 1896) el Código Civil alemán en el que tanto influyó.

Como acertadamente dice VALLET en su introducción, «No existe hombre alguno que viva en una campana neumática. Todos vivimos en el ambiente de nuestro respectivo tiempo, que respiramos sin apenas percatarnos o ante el cual reaccionamos críticamente...» (ORTEGA Y GASSET aludía a la «circunstancia» inseparable del yo). «IHERING no fue una excepción. Discípulo de SAVIGNY, de su Escuela histórica de Derecho, fue Profesor de Derecho romano» «elemento constitutivo de la cultura jurídica alemana» (decía SAVIGNY) «bajo la soberanía de los especialistas en Derecho» (decía PUCHTA), que «centran su estudio en el Derecho romano compilado por Justiniano, prescindiendo de su aplicación como Derecho común», y con metodología cartesiana y kantiana —yo diría más kantiana que cartesiana—, para superar la razón teórica y la razón práctica, llegan a ensalzar la pandectística, que dogmatiza conceptos, el método conceptualista, el conceptualismo metódico, el conceptualismo dogmático.

La genialidad de IHERING se manifiesta en que reacciona contra su ambiente, «logra apartarse del método —entonces denominado— lógico —hoy conceptualista— y adoptar el que llama método realista —hoy teleológico— según el cual «no hay acción sin fin». Sus *Bromas y veras en la ciencia jurídica* son un tremendo alegato contra el método conceptualista pandectista. En la parte III describe cómo el alma de un romanista muerto es recibida por un espíritu guía de almas (Psicófiro) que la conduce al «cielo de los conceptos»... «exclusivo para los teóricos... porque los prácticos tienen su cielo más allá, en el que la vida es igual que en la tierra, con sol y atmósfera adecuadas a la rústica constitución en un jurista práctico, que no puede subsistir en el vacío que necesitan los conceptos... (págs. 216 y sigs.). Nuestro cielo ha sido ubicado en el último rincón del universo para que en él no penetre ni una brisa de aire ni un solo rayo solar... es el reino de los pensamientos y de los conceptos abstractos que se han venido gestando a partir de ellos mismos, por vía lógica, con total independencia del mundo de la realidad» (pág. 218).

«—¿Son muchos los que aquí ingresan?

—No, son pocos, provenientes casi exclusivamente de Alemania y, aun de allí, sólo desde hace algún tiempo... El primero que solicitó el ingreso se llamaba Puchta... Con Savigny tuvimos grandes dificultades. Todavía no dominaba muy bien el arte de la construcción y estuvo a punto de ser reprobado, pero, por último, su escrito sobre la posesión resultó decisivo para que aprobara el examen. Se sostuvo que con ese trabajo había demostrado poseer la capacidad que se exige de todo aspirante al ingreso en este recinto: la de construir una institución jurídica aun prescindiendo en

absoluto de su valor práctico, basándose exclusivamente en las fuentes y en el concepto. En vistas de eso, fuimos indulgentes» (pág. 219).

El mismo IHERING, más adelante (pág. 268), confiesa «aún recuerdo mi desdén por mis amigos, jueces y abogados, que no alcanzaban a comprender la imperatividad forzosa de mis ideas y deducciones. Dicho sucintamente, es difícil que haya habido un partidario más fanático del método lógico como lo fui yo en aquel entonces, y mis escritos de quel período, sobre todo mi programa de los *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (t. I, 1857, n. 1, *Unsere Aufgabe*), presentan también muchas huellas de esa tesitura».

A efectos de este estudio se ha de observar que en el mismo tomo que alude IHERING publica su estudio sobre la cesión de la acción reivindicatoria, al que aludí (pág. 317, n. 81). No puede caber duda alguna, ante la propia confesión, que su construcción adolece de un profundo conceptualismo falsamente historicista.

Esta construcción se funda, como se ha dicho (pág. 318), en el conceptualismo de MÜHLENBRUCH respecto a la cesión de créditos en el Derecho romano, que IHERING critica en otros puntos de las *Bomas y veras*...

En un punto (pág. 104) se lamenta de «la manía de escribir», y cree encontrar «el foco de la dolencia», en que «el camino a la cátedra pasa por la imprenta. Nadie llega a profesor si no ha mediado un tipógrafo». «Por eso, cuanto más grueso sea el libro, mayor será el impacto. Y así se explica la maldición que pesa sobre nuestra literatura, esa artificiosa y forzada desproporción entre contenido y volumen, por qué en torno a un pensamiento minúsculo, miserable y parco se erige todo un colosal edificio. Y puede ocurrir que hasta ese pensamiento falte». «Conozco libros jurídicos que son verdaderas maravillas de erudición como, por ejemplo, la obra de Buchholz sobre los prelegados (700 págs), de la cual se habrán vendido apenas unos cincuenta ejemplares».

Después de aludir al viejo profesor GLÜCK, quien «cuando murió había llegado a completar treinta y cuatro tomos, que versaban sobre algo más de la mitad de las Pandectas», dice que «Luego vino Mühlenbruch, que murió cuando estaba trabajando en el título..., llegando a completar nueve tomos; más tarde Fein, quien exhaló su último suspiro al llegar al título..., dejándonos dos volúmenes. «¿Cuántas generaciones de juristas habrán de bajar a la tumba antes de que esa obra esté concluida? Y, cuando lo esté, ¿qué cuadro presentará el mundo? ¿Por qué será que ninguno de esos testarudos romanistas, que tienen tanto apego a cada letra del *Corpus juris*, tuvo jamás la ocurrencia de declarar válida aquella disposición penal de Justiniano —que prohibió severamente los comentarios sobre sus codificaciones— y denunciar al viejo Glück, a Savigny o a Puchta como falsarios?».

En otro punto de su obra, el espíritu que muestra el cielo de los conceptos, dice (pág. 258) «Aquí encontrarás aún otras ofensas inferidas a la esencia de la obligación, pero que datan de épocas recientes. Tienes, por ejemplo, el concepto de la *cesión*. Los juristas romanos veían en la cesión únicamente la transmisión del *ejercicio* de un derecho, y a nosotros (es decir, a los que están en el cielo de los conceptos) no nos cabe ninguna duda de que estaban en lo cierto. Pero los legisladores y prácticos modernos la convirtieron en lo que aquí ves: la transmisión del *crédito* mismo... Pero incluso ese moderno concepto de la cesión, por mucho que haga escarnio de los principios de la lógica, ha sido superado aún por el de título al portador...»

Es claro que IHERING se está refiriendo a la opinión de MÜHLENBRUCH acerca de la cesión de créditos, fundada en que «un crédito no es un *objeto* que se *tiene*, sino una *calidad* que *existe*», de manera que el acreedor tiene la calidad personal de acreedor, indisolublemente ligada a él, pero no tiene un objeto llamado crédito, transmisible a otra persona. No está claro, sin embargo, el que abjure de la opinión de MÜHLENBRUCH en cuanto al Derecho romano y no sólo en cuanto al Derecho moderno.

Explica IHERING (pág. 268) que aun cuando fue partidario fanático del método lógico «luego sobrevino un giro completo. Ese giro no partió de mis adentros; lo provocaron móviles externos: mis animadas relaciones con profesionales de la práctica, relaciones que siempre he buscado, cultivado y aprovechado; la labor que yo mismo tuve ocasión de desarrollar en la práctica cuando emitía dictámenes o actuaba en un dictamen oficial de facultad. En esas oportunidades, me arredró no pocas veces aplicar la tesis que otro había defendido... Una cosa es contentarse desde el punto de vista teórico con una norma jurídica que se cree leer en las fuentes o deducir de ellas, sin preocuparse por las consecuencias y los males que pueda ocasionar en el mundo, y otra cosa, aplicarla. Una opinión nociva, aunque sea formulada por una persona sana de mente no resiste esa prueba».

«Como comprendí que era necesario que a la crítica puramente negativa le siguiera una guía positiva que señalara el buen camino, resolví suspender por el momento *El espíritu del Derecho romano* y dedicarme a *El fin en el Derecho*, trabajo que pretende precisamente cumplir esa misión... Para mí, el interés real del presente vale más que la investigación histórica del pasado... El mismo ánimo me guió para sacar a luz el presente escrito... Este trabajo es obra de un hombre sobre el cual ha pesado durante años la maldición de la cual ahora busca liberar a otros... Nuestra teoría romanística debe y tiene que reformarse; no puede continuar por la senda que ha seguido hasta ahora. Debe abjurar la locura de creerse una *matemática del Derecho*, que no tiene otro objetivo superior que calcular

correctamente con los conceptos» (y con los principios hipotecarios añadiría yo).

También dice (pág. 273) «Hay prácticos dotados de un gran saber teórico pero poco perspicaces e inhábiles —el «erudito» que tanto temen los prácticos en su medio—, y otros que saben poco de teorías, pero tienen gran aptitud para la práctica. Este contraste se repite incluso en los pueblos. A mi juicio, por ejemplo, los franceses e italianos nos superan decididamente a nosotros, los alemanes, en cuanto a dotes jurídicas prácticas».

No obstante todo esto, lo cierto es que las «circunstancias» mandan en la elaboración del Código civil alemán y no parece que IHERING llegara a abjurar de la «construcción» conceptualista de SAVIGNY respecto al negocio abstracto, quizá pensando más en la conveniencia moderna que en la correcta interpretación del Derecho romano, conveniencia puesta en duda seriamente por los autores actuales alemanes, que critican la artificiosidad del doble acuerdo, obligacional y dispositivo, y más aún el del triple acuerdo, cuando se trata de considerar que el acuerdo de «Cesión» de la acción reivindicatoria suple la falta de posesión del disponente por negocio dispositivo de «Tradición», abstraído causalmente del negocio obligacional de «Compraventa».

Así, sobre el bien del anticonceptualismo de IHERING prevalece el mal del contagioso savignyismo.

## 2.º Venta y tradición incorporal actual. (Paralogismo metahistórico.)

La tesis que sustento no es la de los profesores LACRUZ y ALBALADEJO, considerada en mis dos estudios anteriores y expresamente rechazada (pág. 388 al final, págs. 789 y sigs., pág. 1350), aunque insistí, sobre todo, en la opinión de IHERING, porque es la que más afecta al fondo de la cuestión estudiada. Ahora, procede matizar las diferencias.

1. Algunos de los que siguen la teoría de LACRUZ parece que continúan aferrada a ella porque no han leído lo que rechazan o no lo han comprendido. En esta línea se ha escrito que «como instrumento para la garantía de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario está el Registro de la Propiedad, pero nunca como instrumento para la cesión de acciones cuyo ámbito es la legitimación procesal». «Los autores antiguos tenían muy clara la distinción entre derechos y acciones... en el Registro se inscriben estos derechos, garantizando su seguridad en el tráfico, pero nunca las acciones: no se inscribe la reivindicatoria ni ninguna otra».

Claro que nadie, que yo sepa, ha pretendido que se inscriba la acción reivindicatoria. Lo que yo he dicho, y pretendo quede muy claro, es que el titular registral del dominio que ha perdido la posesión, porque otro es el poseedor en concepto de dueño y niega la pertenencia del derecho al

titular registral, según el Derecho civil vigente (art. 1.526), puede vender su derecho de propiedad y lo transmite en el momento de la perfección de la venta, como lo tiene, sin la posesión. Lo dicen autores tan «antiguos» como FLORENCIO GARCÍA GOYENA, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, MORELL y MANRESA, y algún otro «moderno», como el profesor DÍEZ PICAZO, quienes no dudo sabían, como sabe el último de ellos, distinguir qué es un derecho y qué es una acción, y qué es un contrato de cesión de derecho incorporal, como el del propietario desposeído, sobre todo cuando es el titular registral actual, y a sus opiniones me atengo.

Es indudable que en el Registro de la Propiedad se inscriben títulos traslativos de derechos, que constan probados documentalmente, y que en algunos casos figuran inscritas ventas otorgadas por el titular registral del dominio, desposeído, sin que resulte de la escritura su desposesión; así como también es indudable que se anoten demandas en las que se ejercitan acciones que son contradictorias de la exactitud del Registro, acaso porque el titular registral actual no es el verdadero propietario, pero no porque la demanda alegue que el titular registral anterior no era *poseedor* cuando vendió al titular registral actual, pues esta pretensión no es la de un reivindicante, que discute el *derecho*, la pertenencia del derecho, ni la del que pide se declara rescindida una segunda venta inscrita porque el segundo comprador era de mala fe al comprar.

La defensa del Registro no se fortalece creyendo ciertos apriorismos francamente perjudiciales, aunque infundados, sino desvelando cierta dialéctica que facilita tirar piedras sobre el tejado registral.

2. En otra línea más ajustada, JOSÉ MANUEL GARCÍA (*ob. cit.*, cap. XX, págs. 665-668), al tratar de la «inscripción y tradición», inmediatamente después de exponer con todo detalle «la interpretación de Lacruz y Aldaladejo» que comparte porque —dice— «es la que más ventajas ofrece en el Derecho constituido vigente», alude a la «interpretación de Eusebio Giménez Roig», que entiende ha de considerarse sólo como «*un argumento más a favor de la tesis de la tradición instrumental*» incorporal de LACRUZ y ALBALADEJO, porque «no puede construirse la cesión de la acción reivindicatoria como un supuesto autónomo, desligado de todo tipo de tradición», ya que la acción reivindicatoria «es inseparable del derecho de propiedad sin posesión» y «respecto a la transmisión de éste no se puede prescindir de la tradición instrumental, dado lo dispuesto en los artículos 609 y 1.462, 2, del Código Civil».

Desde luego, visto que el autor sólo recoge algunos párrafos del Epílogo a mis estudios y algunas de las conclusiones del primero de ellos, creo que no ha podido considerar con la atención suficiente el significado histórico de la expresión «cesión de la acción reivindicatoria», pese a haber reiterado, en mis dos estudios anteriores a éste, que sólo es una

manera histórica de nombrar «un caso» que es *el mismo* supuesto de compra del derecho de propiedad del propietario desposeído que contempla el profesor LACRUZ; pero esta expresión es útil porque permite recordar y no olvidar la evolución histórica del tratamiento legal y doctrinal de la situación de hecho hasta llegar al artículo 1.526 del Código Civil, sin solución de continuidad, sin necesidad de inventar soluciones *ex novo*, porque el precepto, no cabe duda alguna, contempla el caso y lo resuelve, sin exigir que se cumpla una tradición, corporal, un traspaso posesorio que sería imposible cumplir en la actualidad de la perfección del contrato, sin acudir a la cesión *impropia*, porque el artículo 1.526 sólo se refiere a la cesión propiamente dicha, inmediatamente traslativa del derecho incorporal cedido, y sin necesidad de ver en el artículo 1.462, 2, una tradición *incorporal* instrumental.

Al legislador del artículo 1.526, conocedor de la Historia, no se le ha ocurrido imaginar la existencia de una tradición que no existe, sino que se ha limitado a disponer que, por excepción lógica al caso de compraventa ordinaria por el vendedor poseedor, cuando el vendedor está desposeído porque existe un tercero poseedor en concepto de dueño (art. 348, 2) —de manera que el traspaso actual de la posesión, es imposible para el *verdadero propietario* y sólo es posible para el *poseedor no propietario*— basta el contrato de venta para transmitir el derecho del vendedor, tal como lo tiene, sin la posesión de la cosa. Este contrato de compraventa, históricamente, se denomina contrato de cesión de derecho incorporal, recordando que el propietario no posee la cosa, corporalmente, desde luego, ni como poseedor inmediato ni por mediador ni por servidor de la posesión, porque es un tercero quien posee la cosa en concepto de dueño, quien se atribuye la pertenencia del *derecho* de propiedad y niega que pertenezca al *verdadero* propietario desposeído.

Al regular este supuesto y el de la transmisión de créditos, que también son derechos incorporales, el legislador sólo exige una forma documental a los efectos probatorios *del contrato*, conforme a los artículos 1.218 y 1.227 (art. 1.526, 1), pero no una tradición o entrega adicional, aunque sea ficticia, para que se produzca el efecto traslativo contratado.

Desde mi punto de vista, parece ilógico decir que, «sin duda», la posición de LACRUZ y ALBALADEJO es la que más ventajas ofrece en el Derecho vigente, porque no se trata de buscar la conveniencia, sino de buscar la verdad y ésta no se puede encontrar sólidamente asentada en una tradición que no es tradición, ni siquiera ficticia en el sentido usual de la expresión. Claro que, para algunos, la posición de LACRUZ y ALBALADEJO puede parecer menos inconveniente que otras posiciones doctrinales que se fundan, como ella, en el mismo error de principio: creer que el párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil sólo se refiere a

la compraventa mediante tradición, sin percatarse de que el mismo párrafo no sólo tiene un final, sino también un principio en el que alude a la adquisición «por la ley», que, en este caso concreto, es el artículo 1.526, enraizado en una historia secular.

A esto hay que añadir que el profesor LACRUZ, por carta en la que amablemente acusa recibo del ejemplar que se le remitió, como componente del Consejo de Redacción de la *RCDI*, de la edición separada de mis dos estudios, con el epílogo antes transcrito, manifiesta su congratulación «por esa publicación en la que veo reflejados, pero asimismo mejorados y más justificados, mis puntos de vista». Pienso que alude a sus puntos de vista contrarios a los de LA RICA acerca de una imaginaria dualidad legislativa, contradictoria, entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria. No obstante, al contestar al profesor LACRUZ, el 16 de mayo del pasado año, resaltaba la no coincidencia de sus puntos de vista con el criterio de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, añadiendo lo siguiente:

«Mi intuición del tema, porque algo no encajaba en la opinión común y porque la cesión de la acción reivindicatoria requiere un estudio concienzudo, arranca de la lectura del comentario de Castán al artículo 1.462 y de la interpretación de Roca al artículo 36, 2, LH, durante mis oposiciones, en 1948, hace cuarenta años, y aunque, por diversas circunstancias personales, tuve que interrumpir en varias ocasiones el estudio del tema, siempre he tenido como guía fiable el criterio de Pedro Gómez de la Serna para afrontar la opinión conceptualista de Ihering, y ahora, al final de mi vida profesional, creo que merece la pena presentar públicamente las conclusiones a que he llegado, en las que estimo confluyen conjuntamente las soluciones a muchas cuestiones conexas, previas y consiguientes, que suelen presentarse con absoluta desconexión y que requieren una consideración profunda del Derecho vigente, al efecto de llegar a una posible rectificación de ciertas interpretaciones que aclare sus semejanzas y diferencias con respecto a los vigentes sistemas latino, italiano y francés, y que subraye profundamente las diferencias con respecto al Derecho alemán y a su regulación del negocio dispositivo de transmisión...»

IHERING dijo bien (en sus *Bromas y veras...*, pág. 234) que «la regla *docendo discimus* no quiere decir que para enseñar tengamos que adquirir algunos conocimientos adicionales, sino que para enseñar tenemos que *clarificar* por completo nuestras ideas, que no son del todo claras. En alemán existe una expresión similar muy acertada: *sich klar schreiben* (escribir para lograr *claridad*). Personalmente he comprobado infinidad de veces la verdad de este asunto. Hasta con las ideas que he elucidado y albergado en mi mente durante años, siempre puedo volver a comprobar

que sólo obtengo un dominio perfecto de ellas cuando les doy forma escrita».

Por todo ello, estimo inadecuado aludir a una «interpretación de Eusebio Giménez Roig», pues sólo trato de exponer la interpretación auténtica de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, la interpretación del legislador civil y registral, aunque actualizada conforme al Código Civil vigente, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los autores posteriores y actuales.

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 Díez 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 prejuzgado 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, 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 a 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 a 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 *Antipapa 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 registral, el Registro de la Propiedad y la inscripción, de 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.

No obstante, insisto en defender la certeza de la validez y eficacia traslativa inmediata, desde su perfección, del contrato de compra del derecho de propiedad del vendedor que es propietario pero no es el poseedor en concepto de dueño, de conformidad con la ley civil (arts. 348, 2, 1.526), para que, en consecuencia, quede demostrado ser cierto que cuando se trata de un vendedor que es el titular registral del dominio, aunque no sea poseedor, si el comprador logra inscribir su título de compra escriturado y pasa a ser el nuevo y actual titular registral, como ocurre en la realidad (pág. 1.420), pese a opiniones adversas, la inscripción de su título adquisitivo es válida (art. 1.526, 2) y eficaz (art. 36, 2, en relación con el art. 41, 6, causa 2.<sup>a</sup>, LH).

Siempre me ha parecido más importante comprender el alcance histórico y sistemático del artículo 1.526 del Código Civil y de sus artículos 1.460, 2, y 1.462, 2, que atenerme exclusivamente a las palabras finales del párrafo segundo del artículo 609, en relación con el artículo 1.095 y también 1.096, 1, porque la interpretación de un sistema u ordenamiento no se debe basar sólo en la letra de unas palabras, por muy importantes que sean, sin considerar su sentido y alcance por aplicación de todos los medios de interpretación, como ordena el Código Civil al decir que «las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3, 1, CC), sin olvidar que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contem-

plen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón» (art. 4, 1, CC).

1. No obstante, en este estudio hago observar que el artículo 609, 2, ha de leerse entero no sólo su final, sino también su principio, porque cuando alude a la adquisición del dominio «por la ley» se refiere, entre otras leyes, a la que promulga el Código Civil y a su artículo 1.526, que confirma la vigencia de la *ley romana* (C. 4,39,9) referente al contrato de cesión o contrato de compraventa de derecho incorporal, que ontológicamente no obliga a entregar, con muchos supuestos de aplicación entre los que se incluye la venta por el propietario desposeído, lo que resulta confirmada por la interpretación histórica, lógica, teleológica, sistemática... y el sentido común.

2. Son muchos los autores que consideran forma de entrega o tradición por el vendedor poseedor, denominada por ellos tradición instrumental, a la eficacia probatoria del cumplimiento de la obligación de entregar que la ley atribuye a la escritura notarial en la que se formaliza el otorgamiento de la venta, a menos que de la escritura resulte o se deduzca, claramente, que los contratantes consideran no ha quedado cumplida la obligación de entregar; presuponiendo que el vendedor es poseedor en concepto de dueño y puede hacer entrega actual, aunque sea por constituto posesorio.

Pero los profesores LACRUZ y ALBALADEJO opinan que, además, también existe una tradición instrumental que se adjetiva como *incorporal*, inmaterial o idealizada (aunque más bien es imaginaria o impropia), cuando el vendedor no es poseedor en concepto de dueño, ni siquiera por mediador o servidor de su posesión, y no puede hacer tradición, en el sentido propio y secular de dar posesión, transferir o transmitir la posesión de la cosa física, porque —dicen— el otorgamiento de la escritura notarial *equivale* a la tradición, en todo caso, sea o no sea poseedor el vendedor, aunque sólo es así a efectos de dar cumplimiento a la tradición que exige el artículo 609, 2, para la transmisión del derecho de propiedad por contrato de venta.

Pese a esta opinión teórica o invención imaginativa, la tradición es la transmisión voluntaria de la posesión, aunque en el mismo momento de realizarse, por el contrato de venta, queda transmitida la propiedad, el derecho (art. 1.462, 1; art. 1.095).

La tradición *incorporal* o en sentido impropio no es una transmisión de la posesión, porque no la tiene el vendedor y, por tanto, no la puede transmitir, sino que es una fantasía, fruto de la imaginación conceptualista, concebida para que se entienda cumplido algo que la ley aplicable no exige que se cumpla, porque es de imposible cumplimiento actual, sin recuperar previamente. Según la ley, de honda raigambre histórica, la

transmisión del derecho de propiedad del vendedor desposeído no está condicionada al cumplimiento de la tradición, previa recuperación de la posesión que un tercero tiene en concepto de dueño (art. 348, 2; 1.526). Lo *incorporal* es el *derecho* que se cede y queda transmitido sin necesidad de una *incorporal tradición*.

Los profesores de las escuelas medievales observaron que el derecho del propietario poseedor se retransmite por el contrato de compraventa pero en el momento de la tradición, posterior a la perfección del contrato, mientras que el derecho del propietario desposeído se transmite por el contrato de cesión, en el momento de su perfección, sin posterior tradición adicional, según la ley romana (C. 4,39,9), y, a efectos didácticos, dijeron que el *contrato de cesión* equivale a una tradición, en el sentido de que el derecho de propiedad queda transmitido por el contrato *como si* la tradición hubiera sido posible y se hubiera realizado en el mismo momento de la perfección del contrato de venta o cesión.

Es evidente que esta equivalencia *didáctica* o escolástica no es la equivalencia *sustantiva* que los profesores LACRUZ y ALBALADEJO deducen de la existencia de una escritura notarial que formaliza una venta, aparentemente ordinaria porque en ella no se manifiesta la desposesión del vendedor.

En verdad, cuando el vendedor está desposeído y el contrato de compraventa está formalizado en escritura pública, la transmisión del derecho de verdadero propietario se produce inmediatamente, por el contrato y en el momento de su perfección, pero no mediante tradición instrumental *incorporal*, ni mediante la forma documental de la escritura notarial, sino por el contrato, sin más, contrato que consta escriturado en el caso contemplado pero que podría no estarlo y producir el mismo efecto (que se produce por el contenido escriturado notarialmente, pero no por el continente o escritura notarial que lo contiene).

Procede recordar que el contrato de cesión, si se refiere a una finca, normalmente constará documentado en escritura pública (art. 1.280, 1, 6.º), sobre todo si los contratantes no manifiestan la desposesión del vendedor (art. 1.280, 1, 1.º), aunque el contrato de cesión, cualquiera que sea su forma, incluso la cesión verbal, es válido y surte su efecto traslativo inmediatamente, conforme a la voluntad de las partes contratantes y a la ley (art. 1.526, 1). Claro que quienes contrataron verbalmente o en documento privado, sea o no de fecha fehaciente (art. 1.227), podrán pedir que se formalice el contrato en escritura notarial (art. 1.526, 1, en relación con los arts. 1.278, 1.279, 1.280, 1, 1.º), para hacer valer la escritura como prueba plena del contrato contra tercero civil (art. 1.526, 1, en relación con el art. 1.218), y para poder inscribir el título adquisitivo probado, con el fin de que el título inscrito surta efecto contra tercero registrado prote-

gido por la eficacia de la inscripción (art. 1.526, 2, en relación con el art. 606).

Así pues, cuando el vendedor es un propietario desposeído su derecho se transmite por el contrato de compraventa...

Pero, según los profesores LACRUZ y ALBALADEJO, mediante una *escritura notarial* constitutiva de una tradición incorporal, inmaterial o idealizada, que equivale o suple o sustituye a la tradición corporal, en cuanto es suficiente para que se transmita el dominio del vendedor desposeído que no puede hacer entrega material de la cosa. Argumentan su teoría, exclusivamente, con el final del apartado segundo del artículo 609, con el artículo 1.095 y con el párrafo segundo del artículo 1.462, buscando apoyaturas en otros preceptos que, en realidad, son consecuencia del artículo 606 (art. 1.473, 2) o del artículo 1.526 (art. 36, 2, LH).

En verdad, la transmisión se realiza *sin mediar tradición*, según la interpretación auténtica de nuestros dos grandes legisladores, FLORENCIO GARCÍA GOYENA, ensalzado como legislador del vigente Código Civil por el profesor LACRUZ, y PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el gran protagonista de la vigencia actual del sistema español de la adquisición del dominio por contrato de compraventa, civilmente (al oponerse a GARCÍA GOYENA, el afrancesado, y a LUZURIAGA, el prusianizante) y registralmente (por su Ley Hipotecaria de 1861, vigente con modificaciones que no afectan a lo sustancial). Interpretación que mantengo y he argumentado con la historia, la sistemática, la lógica, la teleología... y el sentido común (que algunos no aplican porque prefieren quedar instalados en el cielo de los conceptos y observar la realidad a través de las nubes de los principios, como hacían los pandectistas germánicos de los que abjuró el genial IHERING).

Según el criterio del legislador PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, que intentó actualizar, quienes preconizan la «solución LACRUZ» no llegan a ver lo que están contemplando.

Creen ver una escritura notarial que formaliza y prueba un contrato de *venta* de una cosa (derecho y posesión, al que se refieren los arts. 1.445, 1.095 y 1.462, 1), y que, a la vez, sustituye o equivale a una *tradición* (art. 1.462, 2).

En realidad contemplan una escritura notarial que formaliza y prueba un contrato de *cesión* de un derecho incorporal de propiedad (derecho sin posesión actual, al que se refiere el art. 1.526).

En su búsqueda del precepto adecuado al caso no recuerdan la existencia de una «clave olvidada», escondida en el artículo 1.526, en la disposición por la que se rige el contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal, el contrato de venta que se denomina históricamente contrato de cesión de la acción reivindicatoria o, con expresión abreviada, «cesión de la acción reivindicatoria», que ontológicamente excluye la tradición.

Para eludir la consecuencia del error de principio introducen un equívoco al utilizar la palabra tradición en dos sentidos distintos, estricto e impropio, porque la tradición propiamente dicha, en su estricto sentido histórico, es la transmisión de la posesión (art. 1.461, 1, dice «poner en poder y posesión»; art. 609, 2, dice «tradición», art. 1.095 dice «entrega») y lo que adjetivan como tradición instrumental *incorporal* no es una «forma» de transmisión de la *posesión*, sino un sucedáneo de la tradición, imaginario, exclusivamente referido a la transmisión del *derecho* de propiedad, que estiman incluido en la palabra tradición del artículo 609, 2, como si el precepto dijera «tradición corporal o incorporal», y en el artículo 1.095, al igual que en el artículo 1.462, 2, como si estos preceptos dijeran «entrega corporal (la del art. 1.462, 1) o incorporal», con lo que las palabras tradición y entrega *corporal* tendrían un sentido estricto y las palabras tradición o entrega *incorporal* un sentido distinto o impropio.

Así, con una camisa imaginaria, visten o disfrazan al Rey de los contratos, que aun desnudo de tradición es dispositivo inmediatamente y obligatorio, y que, a efectos probatorios o publicitarios, conviene que se vista con ropaje de escritura notarial.

Obsérvese que recordar la interpretación de GÓMEZ DE LA SERNA, que yo mantengo, no significa dar un paso más en la desmaterialización de la tradición, como cree GARCÍA GARCÍA, sino dar un paso más en el conocimiento actual del contrato de compraventa y de la tradición, porque el paso definitivo ya lo dieron los juristas y legisladores romanos, muchos siglos antes de que lo recordara GÓMEZ DE LA SERNA en 1862, y «la ley» sobre la cesión fue ordenada para siempre y continúa vigente.

Ahora bien, al considerar propietario civil al que compra mediante escritura a un vendedor desposeído, parece que coinciden el criterio auténtico de GÓMEZ DE LA SERNA y la teoría de los profesores LACRUZ y AABALADEJO, pero las diferencias de técnica jurídica y de aplicación práctica trascienden la apariencia inicial, porque a dicho resultado llega GÓMEZ DE LA SERNA interpretando «la ley» histórica, y llegan los profesores LACRUZ y AABALADEJO por invención *ex novo*, personal, con cierta imaginación interpretativa que confiere a la escritura notarial un efecto tau-matúrgico en cuanto se dice que sustituye o suple a una tradición que no es posible ni la exige la ley, un valor milagroso que la escritura notarial nunca tuvo, ni tiene, ni es necesario ni conveniente que tenga, más allá de su eficacia probatoria (art. 1.218).

El criterio auténtico y fundamental de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA no coincide con la opinión circunstancial, que algunos consideran moderna y progresista, de los profesores LACRUZ y AABALADEJO. Se trata de dos puntos de vista distintos y opuestos, por cuanto el derecho de propiedad no acompañado de la posesión se transmite por el contrato de compraven-

ta que no obliga a entregar porque su objeto es un derecho incorporal, en el momento de su perfección, sin tradición incorporal: un tema es el de la prueba del *contrato* de cesión, mediante la escritura pública que lo documenta y es prueba plena de su contenido y de su fecha (art. 1.526), y otro tema distinto es imaginar probada una entrega o *tradición*, que es imposible (art. 460, 4), mediante la prueba notarial del otorgamiento del contrato de venta que obliga a entregar, que prueba la tradición cuando ésta es actualmente posible (art. 1.462, 2).

Cuando se alude a una tradición instrumental incorporal, en realidad, se prescinde de la tradición, al igual que prescinde de ella el artículo 1.526, que es «el artículo buscado pero no encontrado» por quienes se han desentendido de su significado histórico y de la existencia de «la clave olvidada»<sup>5</sup> que en la Historia del Derecho y en la jurisprudencia se denomina cesión de la acción reivindicatoria; un nombre que parece rimbombante y desorientador pero que se puede sustituir por el de venta por el propietario no poseedor o por el de compra al propietario desposeído, o por el de cesión del derecho de propiedad, a gusto del lector, porque son nombres sinónimos, es decir, que significan lo mismo.

Por todo lo dicho creo queda aclarado que el criterio auténtico de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA *no es* «un argumento más a favor de la teoría de LACRUZ», como opina GARCÍA GARCÍA, sino que, al contrario, la teoría de LACRUZ es una invención imaginaria para llegar, en el caso que considera, a la meta de la verdad práctica, al resultado de prescindir de la tradición, que se alcanza legalmente con el *contrato de cesión* del derecho del propietario desposeído, como decía GÓMEZ DE LA SERNA, y no taumátúrgicamente con una *tradición incorporal*, por muy instrumental que sea.

Muchos profesionales del Derecho, cegados por la opinión o *teoría del profesor LACRUZ*, que creen es la única verdadera y suficiente para comprender el supuesto contemplado y para actuar profesionalmente, también creen que el criterio auténtico de los legisladores FLORENCIO GARCÍA GOYENA y PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, que yo mantengo, no difiere de aquella teoría o sus diferencias son teóricas pero no prácticas.

No obstante, aquella teoría y este criterio auténtico tienen distinta fundamentación y las diferencias, teóricas y prácticas, son lo suficientemente importantes como para tenerlas en consideración.

1) La *diferencia fundamental* resulta de la comparación del sistema español y del sistema alemán en cuanto a los conceptos de contrato de venta y de tradición.

1. En el sistema español el contrato de venta es un acuerdo de dos voluntades recíprocamente dispositivas, en su aspecto primordial, y obligatorias, en su aspecto consecuente; no un acuerdo de dos volunta-

des única y exclusivamente obligatorias, como en el Derecho alemán.

En el sistema español, la *tradición* es la transmisión voluntaria de la posesión en concepto de dueño, la entrega y la recepción de la posesión, por voluntad del que entrega y voluntad del que recibe, distintas y posteriores a sus voluntades contractuales de disposición o enajenación y de aceptación o adquisición del derecho de propiedad, y, en este sentido, la tradición es un acto del transmitente, que puede ser suplido por una ejecución judicial, y que no forma parte del contrato ni de un negocio dispositivo; aunque es un requisito legal que condiciona suspensivamente el momento en que se produce el efecto traslativo del derecho que se ha contratado, una condición legal suspensiva, que puede ser suplida por una ejecución judicial, con la misma naturaleza de condición legal suspensiva. En cambio, en el sistema alemán la tradición es un negocio jurídico dispositivo, abstracto respecto al contrato obligatorio que es su causa, integrado por un acuerdo real y por la transmisión voluntaria de la posesión de cosa mueble.

En el sistema español, la tradición puede quedar cumplida por acuerdo de constituto posesorio y la tradición se considera cumplida, al menos por acuerdo de constituto posesorio, cuando la venta se formaliza en escritura notarial, que resulta prueba plena del contrato (art. 1.218) y de la tradición, si de la escritura no resulta o se deduce claramente que no se considera cumplida la entrega (art. 1.462, 2).

2. En el sistema alemán, cuando el vendedor está desposeído de la cosa mueble vendida, la transmisión de la posesión, adicional al acuerdo real (o, si se quiere, forma de manifestación del acuerdo), al ser imposible en la actualidad, se suple por la cesión de la acción reivindicatoria (según el parágrafo 931 del BGB), que unos interpretan como una cesión impropia o simple autorización para el ejercicio de la acción del vendedor (que continúa siendo el propietario hasta que recupera la posesión para que pueda obtenerla y la obtenga el comprador), pero que otros interpretan como una cesión propiamente dicha, que inmediatamente transmite la acción cedida y, con ella, el derecho del que deriva, supuesta la existencia del acuerdo real, inicialmente abstraído del contrato de venta que es su causa. Es, como se ha dicho, el sistema de los tres acuerdos: contrato de venta, acuerdo real y acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria, sistema puramente conceptual, como reconoce la actual doctrina alemana, puesto que, en realidad, la única voluntad acordada es la contractual y las otras se finge que son tácitas o implícitas, en el acto de transmisión de la posesión el acuerdo real y en el contrato el acuerdo de cesión adicional al acuerdo real, así como éste.

El conocimiento de dicho sistema induce a imaginar, erróneamente, que el sistema español puede interpretarse de manera similar; que la «ce-

sión» de la acción reivindicatoria adicional a la venta permite obtener la tradición cuando el vendedor está desposeído; aunque no sea preciso recurrir a ella cuando la venta se formaliza en escritura pública, porque el otorgamiento de la escritura es una «forma» de tradición, denominada tradición instrumental incorporal o idealizadas por Lacruz, quien piensa está incluida en el supuesto del hecho del artículo 1.462, 2.

Es decir, que la venta ha de ir seguida de una tradición, en todo caso, para que se transmita el derecho de propiedad del vendedor al comprador (art. 609, 2, al final, art. 1.095, art. 1.445 y art. 1.462, 1), si bien, cuando el vendedor está desposeído, la escritura equivale a la tradición (art. 1.462, 2), sin perjuicio de lo cual, cuando no hay escritura la «cesión» de la acción reivindicatoria permite obtener la posesión (aunque esto no lo dice GARCÍA GARCÍA), pero entendida como cesión impropia, simple autorización para el ejercicio de la acción del vendedor y no como cesión inmediatamente traslativa del derecho de propiedad, incorporal, habida cuenta de lo dispuesto por el artículo 609, 2, al final, y el artículo 1.095 (y esto sí que viene a decirlo GARCÍA GARCÍA). Por este camino, cuando no existe la escritura notarial, se vuelve a caer en la opinión de IHERING y de VALLET DE GOYTISOLO, contra la que reaccionó LA RICA con la teoría de que, en tal caso, la inscripción sustituye a la tradición, frente a la cual reaccionó LACRUZ, oponiéndose a la dualidad legislativa imaginada por LA RICA, y buscando una solución, imaginaria, en la tradición instrumental incorporal, en la escritura que sustituye a la tradición.

Por contra, según el criterio auténtico de FLORENCIO GARCÍA GOYENA y de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, que mantengo, cuando el vendedor no es poseedor, el contrato de venta tiene por objeto un derecho de propiedad que es incorporal es decir, se trata de un contrato de cesión del derecho de propiedad, que ontológicamente excluye la obligación de entregar a la tradición, porque son imposibles en la actualidad de la perfección del contrato, de manera que su efecto traslativo del derecho de propiedad, incorporal, se realiza en el mismo momento de la perfección del contrato, inmediatamente (art. 609, 2, «por la ley», que es el art. 1.526, complementado por el art. 1.460, 2, como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según S. 21 diciembre 1905, S. 20 enero 1912).

En consecuencia, es ilógico creer en la existencia de una tradición instrumental incorporal a la que el artículo 1.462, 2, ni alude ni puede aludir, y que nada suple porque nada hay que suplir. La teoría de LACRUZ se refiere a una *tradición* imaginaria, con la que disimula la realidad: que prescinde de la tradición. La solución auténtica se refiere al *contrato*, a las voluntades contractuales, acomodadas a la realidad y a la ley aplicable, resultante de una larga evolución histórica.



2) Las *consecuencias diferenciales* más importantes son las siguientes:

1.<sup>a</sup> La teoría de LACRUZ olvida que la cesión del derecho de propiedad es un contrato de compraventa especial porque su objeto es un derecho incorporeal y no una cosa, pero que no es distinto del contrato de compraventa ordinario, de una cosa, en cuanto se refiere a la voluntad contractual del vendedor que es dispositiva del derecho, a la forma (arts. 1.278 a 1.280) y a la prueba (arts. 1.218 y 1.227): es un contrato consensual y produce su efecto en momento inmediato a su perfección (art. 1.526, 1), aunque su forma sea verbal o documental privada, sin perjuicio de lo cual debe constar en escritura pública cuando se refiere a una finca (art. 1.280, 1, 1.º, 6.º) y las partes contratantes pueden compelerse a la formalización en escritura notarial del contrato verbal o que consta en documento privado (art. 1.279), porque *conviene* que conste en forma de escritura notarial para que tenga eficacia probatoria plena en cuanto al tercero poseedor (art. 1.526, 1) y pueda ser inscrita (art. 1.526, 2), ya que por razón de su objeto no es posible la prueba por presunción del título adquisitivo del derecho de propiedad deducida de una posesión en concepto de dueño, que tienen un tercero, quien se beneficia de la presunción (art. 448).

La teoría de LACRUZ se refiere, exclusivamente, a una venta que consta en escritura pública, de la que no resulta la situación de desposesión del vendedor, que es desconocida por el comprador, venta que puede constar inscrita. La solución deslumbra y desorienta a quienes trabajan sólo con escrituras públicas y se conforman con una aparente verdad práctica, útil y cómoda, sin complicaciones. Pero que no se plantean, con decisión, el caso en que la escritura expone o manifiesta la situación de desposesión del vendedor (que conoce el comprador), con la posibilidad de inscribirla sin hacer constar en la inscripción la desposesión del vendedor titular registral, ni el caso en que la escritura no expone o no manifiesta la desposesión y consta inscrita pero el comprador *conocía* la desposesión, y según la opinión de VALLET y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ ha de considerarse de mala fe y no puede ampararse en la fe pública registral ni actuar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Aunque podría entenderse aplicable la formalización en escritura pública *a posteriori* de la perfección del contrato (art. 1.278, en relación con el art. 1.462, 2).

2.<sup>a</sup> La teoría de LACRUZ ignora que, en el supuesto de *desconocimiento* por el comprador de la desposesión del vendedor, es aplicable, por analogía secular, la solución legal de considerar contratada la cesión del derecho de propiedad, a menos que el comprador *desista* del contrato al llegar a conocer la desposesión, pidiendo su rescisión (art. 1.460, 2).

Según aquella teoría, no cabe el desistimiento en tal caso, porque la

escritura equivale a la tradición siempre, ya que es imposible que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente que no se ha cumplido la obligación de entregar por la desposesión del vendedor si el comprador la desconocía en el momento del otorgamiento. Esta consecuencia también puede deslumbrar a quienes sólo tienen en cuenta una escritura notarial inscrita, de aparente venta con adicional tradición, si piensan que considerar rescindible la venta registrada sería inconveniente para la seriedad de la inscripción y de la calificación.

En verdad, cuando la venta se ha formalizado en escritura notarial, el comprador no puede desistir del contrato, porque, conforme al artículo 1.462, 2, es improcedente que el comprador demande al vendedor pidiendo al juez la ejecución de la entrega, que es imposible sin reivindicar (a lo que no está obligado el vendedor), o bien la rescisión del contrato (que exigiría probar el desconocimiento de la desposesión), a menos que en la escritura notarial se hubiera pactado, expresa o tácitamente pero con claridad, mediante la oportuna reserva de acciones, la disconformidad con la equivalencia ordenada por el precepto legal para evitar discusiones innecesarias entre comprador y vendedor, habida cuenta del presumible conocimiento de la situación posesoria del vendedor cuando un Notario, con funciones de asesoramiento y testificales, autoriza una escritura de venta.

La teoría de LACRUZ, en el mismo supuesto de desconocimiento, tampoco permite al comprador, que no desiste, el que pueda obtener una reducción del precio y una indemnización (art. 1.460, 2).

3.<sup>a</sup> La teoría de LACRUZ olvida que *título adquisitivo* del derecho de propiedad por contrato de compraventa es tanto el contrato de *venta* complementado por la *tradición* adicional, cuando el vendedor es el poseedor y cumple su obligación de entregar, como el contrato de *cesión*, cuando el vendedor está desposeído, y se excluye la obligación de entregar; fundamento de la adquisición del que es *título probatorio* la escritura notarial, de venta cumplida (art. 1.462, 2), o de cesión (art. 1.536); prueba plena que el Registrador ha de calificar para inscribir el título adquisitivo del dominio sobre la finca, aunque en la *inscripción* nunca ha de hacer constar la desposesión del vendedor, si acaso resulta de la misma escritura. De manera que se puede inscribir tanto la escritura que manifiesta la desposesión del vendedor, o escritura de cesión expresa (art. 1.526, 1, 2), como la escritura que no manifiesta la desposesión del vendedor, o escritura de cesión no expresa, preconizada por la ley (art. 1.460, 2); tanto el supuesto de desposesión conocida y manifestada (art. 1.526) como el supuesto de desposesión conocida pero ocultada (art. 1.526) como el supuesto de desposesión desconocida (art. 1.460, 2).

La teoría de LACRUZ excluye la inscripción de la escritura de cesión *expresa* y la inscripción de la escritura de cesión cuando la desposesión es

conocida pero *se oculta*; se refiere, exclusivamente, a la escritura de cesión preconizada por la ley cuando el comprador *desconoce* la desposesión del vendedor (art. 1.460, 2), que disfraza como una escritura de venta de cosa con tradición instrumental incorporal o, más bien, imaginaria, que estima incluida en el artículo 1.462, 2.

4.<sup>a</sup> La teoría de Lacruz, al referirse tan sólo al supuesto de inscripción de la escritura en que no se manifiesta la desposesión de ésta es desconocida por el comprador, *parece* condicionar la aplicación del artículo 36, 2, LH al supuesto de desconocimiento, de la desposesión del titular registral vendedor, por el comprador, y conduce a calificar como mala fe el conocimiento de la desposesión que en la escritura se manifiesta o se oculta. Lo que trasciende a considerar que el titular registral con esta «mala fe» no puede ejercitar su derecho contra el poseedor no titulado utilizando el procedimiento del artículo 41, 6, 2.<sup>a</sup> regla, según la teoría de VALLET DE GOYTISOLO y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ.

El criterio auténtico excluye la aplicación de dicho condicionamiento, de manera que cualquier titular registral que compró a un titular registral desposeído puede ejercitar su derecho contra un poseedor no titulado conforme al artículo 41, 6, 2.<sup>a</sup> regla, sin tener que recurrir al subterfugio de una imaginaria tradición instrumental incorporal, y de un desconocimiento de la desposesión al vendedor.

5.<sup>a</sup> LACRUZ, para no caer en la interpretación de LA RICA, acerca de la dualidad legislativa y de la inscripción que sustituye a la tradición cuando el vendedor está desposeído (que cree ver en el art. 1.473, 2), llega a decir que si la inscripción presupone una tradición ya afectada cuando se va a inscribir, el artículo 1.473, 2 contemplaría un supuesto que no puede plantearse nunca, porque, en todo caso, como la transmisión posesoria sólo habrá podido tener lugar frente a uno de los compradores, la inscripción del otro siempre será ineficaz y no hay por qué atender a la prioridad en acudir al Registro, sino a cual de ambos compradores ha realmente adquirido, y, en consecuencia, ha podido inscribir válidamente.

Olvida que, según PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, se puede inscribir la escritura de cesión por el vendedor desposeído que es titular registral y que conviene que se inscriba inmediatamente esta cesión para evitar que se anticipe a inscribir un cesionario según escritura de fecha posterior, que sería el nuevo propietario, a la vez que perdería la propiedad el primer cesionario, quien la adquirió en el momento del otorgamiento de la cesión en escritura pública, pero no fue diligente en presentarla al Diario del Registro.

Además, parece olvidar que cuando el titular registral es poseedor y vende en escritura pública a un primer comprador, éste adquiere la propiedad, pero la pierde si se anticipa a inscribir un segundo comprador en

escritra pública (de fecha posterior a la primera escritura), que realmente ha comprado a quien ya no es propietario ni poseedor en concepto de dueño.

6.<sup>a</sup> La teoría de LACRUZ olvida que la cesión del derecho de propiedad, incorporal, no sólo se ha de referir a fincas inmatriculadas, sino también a fincas no inmatriculadas, así como a cosas muebles que posee un tercero en concepto de dueño, cuando son reivindicables, y que respecto a ellas también es posible la existencia de una doble cesión, por la que será propietario el que primero formalice la cesión en documento de fecha fehaciente, siempre que sea de buena fe, por desconocer la existencia de una primera cesión verbal o documentada privadamente, con fecha fehaciente posterior a la del segundo cesionario (art. 1.473, 3, parte segunda, por analogía con la solución expresamente referida a finca).

A todo lo dicho se puede añadir, por último, que el criterio auténtico, por contraposición a la teoría de LACRUZ, permite aclarar el concepto y la importancia de la tradición, que no es la institución que algunos magnifican, sino algo más real en el pensamiento de los legisladores del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, quienes nunca pensaron que la tradición pudiera ser un negocio dispositivo, ni abstracto ni causal, ni imaginaron pudiera llegar a calificarse como tradición, con el adjetivo incorporal, lo que no es una transmisión de la posesión.

En cuanto a las sentencias citadas por GARCÍA GARCÍA en apoyo de la tesis de LACRUZ, si se consideran y analizan, una a una, con cierto detenimiento, se observará que, tal como dice el autor que las cita, se refieren a supuestos en que la transmisión de la posesión aparece muy «desmaterializada», pero ninguna se refiere al supuesto en que el vendedor está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño, al que aluden, en cambio, las Sentencias de 21 de diciembre de 1905, 20 de enero de 1912 y 12 de abril de 1890, no consideradas por dicho autor. La no suficiente selección y análisis de las sentencias, que se resumen en las publicaciones usuales con criterios muy personales del compilador, induce a confundir al lector en muchas ocasiones, más que a clarificar las cuestiones que se consideran.

Cabe concluir que en el Derecho español hay que estar alerta contra los peligros del savignismo infiltrado en la doctrina de los autores, que dificulta la comprensión del contrato de compraventa, que no es un negocio obligacional que obliga a transmitir la propiedad de la cosa vendida, sino que es un acuerdo de voluntades primordialmente dispositivas y consecuentemente obligatorias, con efecto traslativo condicionado suspensivamente por la ley, al igual que dificulta la comprensión de la tradición, que no es un negocio dispositivo acordado en cumplimiento de la compraventa aunque abstraído causalmente de ella, sino que es la trans-

misión voluntaria de la posesión en concepto de dueño de la cosa vendida, en cumplimiento de la *condición* legal suspensiva de la transmisión del dominio, y en cumplimiento de la *obligación* correspondiente, tradición que puede ser suplida por la puesta en posesión mediante ejecución judicial, y que no condiciona la transmisión del dominio cuando el vendedor, verdadero propietario, está desposeído.

## CONCLUSIONES

### 1) Conclusiones referentes directamente al *contrato* de compraventa.

1. El contrato de compraventa es un acuerdo de *dos voluntades* declaradas, que son dispositivas, es decir traslativas o constitutivas de derechos, sobre todo traslativas de derechos de propiedad (art. 609, 2), y *obligatorias*, es decir constitutivas de obligaciones (arts. 1.809 y 1.254).

En cada una de las voluntades contractuales de un contrato de venta hay que destacar su primordial aspecto dispositivo respecto a su consecuente aspecto obligatorio; en cualquier contrato de venta hay que atender a las dos disposiciones *recíprocas* acordadas más que a las obligaciones correspondientes.

2. El Código Civil regula, con total separación, dos clases de contratos de compraventa.

Por una parte, el Código regula (art. 1.445 al art. 1.525) el ordinario contrato de *venta* del derecho del propietario poseedor, del derecho corporal, del derecho acompañado o investido con la posesión; el contrato de venta que impone la obligación de entregar la cosa al comprador; en consideración a la prueba de la pertenencia del dominio al poseedor, según presunción *juris tantum* (art. 448), la ley condiciona la transmisión del derecho contratada a la transferencia de la posesión.

Por otra parte, el Código regula (art. 1.526 al art. 1.536) el especial contrato de *cesión* (venta) de los derechos incorporeales, de los derechos no acompañados o no investidos con la posesión, incluso el derecho del propietario verdadero cuando un tercero posee la cosa en concepto de dueño (art. 348, 2); el contrato de cesión por su objeto incorporeal, no obliga a entregar, o sea, excluye la obligación de hacer tradición; transmite inmediatamente, por sí solo, el derecho incorporeal.

Por el contrato de *venta* del derecho corporal se transmite el derecho de propiedad corporal, del vendedor propietario poseedor al comprador, *en el momento* en que éste *obtiene la posesión* de la cosa, mediante la tradición del vendedor (art. 1.095) o mediante la supletoria puesta en posesión por ejecución judicial (art. 1.096, 1); la voluntad *contractual*, que no puede ser suplida judicialmente, es distinta de la voluntad de *transmitir*

la posesión en cumplimiento de la obligación de entregar, que puede ser suplida por la puesta en posesión judicial. Así resulta del artículo 609, 2, al final, cuando dice «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», contratos entre los que no se incluye el contrato de cesión. Salvo pacto, se considera realizada la tradición, actualmente posible para el vendedor poseedor, cuando se otorga la venta en escritura notarial (art. 1.462, 2).

Por el contrato de *cesión* se transmite el derecho de propiedad incorporal, del vendedor propietario desposeído al comprador, *en el momento* en que *se perfecciona* el contrato. Así resulta del artículo 609, 2, al principio, cuando dice «por la ley», que es la del artículo 1.526. La ley que regula el contrato de cesión no exige realizar en el futuro una tradición que en la actualidad es imposible, sino que, al contrario, porque su objeto es siempre un derecho incorporal y por ello nunca obliga a entregar, lo configura como un contrato de compraventa especial, al que no se refiere el artículo 609, al final, ni el artículo 1.095, ni el artículo 1.096, en cuanto al momento en que se transmite el derecho.

Normalmente, el *título traslativo* del derecho de propiedad, por contrato de venta, está integrado por el *contrato de venta* y por la *tradición* complementaria, que no forma parte del contrato ni de un negocio dispositivo de transmisión, sino que es un requisito legal adicional al contrato, acto de cumplimiento de una condición legal suspensiva del efecto traslativo del contrato, incluida en el supuesto de hecho del efecto traslativo en atención a que la posesión es prueba de pertenencia del derecho de propiedad, según presunción *juris tantum* (art. 448). La escritura notarial es el normal título probatorio del título traslativo de una finca, es decir, prueba el contrato de venta y de la entrega por el vendedor poseedor (art. 1.562, 2), que se presenta en el Diario del Registro para que se registre el título adquisitivo por compra, o título de pertenencia del derecho de dominio sobre la finca inmatriculada.

Excepcionalmente, el *título traslativo* del derecho de propiedad es el *contrato de cesión* del derecho de propiedad incorporal, respecto a la finca que un tercero poseedor tiene en concepto de dueño. La escritura notarial de cesión es un normal título probatorio (arts. 1.526, 1; 1.218, 1.280, 1, 6.º). El contrato de cesión escriturado puede ser inscrito (art. 1.526, 2), como título traslativo del dominio (art. 2, 1, LH, como decía su autor GÓMEZ DE LA SERNA), pero sin hacer constar en la inscripción la situación de desposesión del vendedor titular registral (art. 5 LH), si en algún caso llega a constar en la escritura notarial esta situación de hecho que no modifica la titularidad del derecho.

Como, normalmente, la escritura notarial no manifestará la desposesión (que puede ser desconocida, incluso para el vendedor) *parecerá ser*

una escritura de venta por el propietario poseedor (art. 38, 1, LH) con entrega consumada (art. 1.462, 2), tanto si el comprador *conoce* la desposesión del vendedor y la silencio, como si el comprador *desconoce* la desposesión del vendedor, único supuesto contemplado por la doctrina.

La ley registral se refiere al caso en que el *contrato de cesión* del derecho de propiedad consta *inscrito* como un contrato de venta por el propietario presunto poseedor (art. 38, 1, LH), en virtud de escritura que no expone la desposesión del vendedor (art. 36, 2, LH), y la ley dispone que el cesionario puede obtener la posesión por el procedimiento del artículo 41 LH, actuando contra el poseedor en concepto de dueño pero *no titulado* (art. 41, 6, 2.<sup>a</sup> causa de contradicción, LH), y en este procedimiento es irrelevante la alegación por el poseedor no titulado del conocimiento por el comprador actuante de la desposesión del vendedor titular registral al tiempo de la venta, sin anotación de demanda de contradicción del dominio (art. 36, 2, LH), conocimiento que, naturalmente, no implica mala fe (art. 1.526, 1).

3. El contrato de cesión se refiere a *fincas, estén o no inmatriculadas, y a cosas muebles*, en el ámbito en que la reivindicación es posible.

Conforme a la interpretación romanista jurisprudencial, este contrato es de gran importancia cuando se trata de cosa mueble identificable y de mucho valor, que no sólo puede ser perdida o sustraída y vendida por el que la halló o la sustrajo (art. 464, 2), sino también apropiada indebidamente y vendida civilmente como propia por algún depositario o comodatario (art. 464, 1).

4. La colisión entre los títulos probatorios de los contratos que implican *doble cesión* del mismo derecho de propiedad incorporal, se resuelve conforme al principio de *prioridad temporal*, sea *documental* o sea *registral*:

A favor del comprador primero en el tiempo, atendidas las fechas documentales fehacientes, a menos que se pruebe la existencia de una cesión anterior, verbal o en documento privado, y, además, el conocimiento de la primera cesión por el segundo cesionario (art. 1.473, 3, parte 2.<sup>a</sup>).

Pero sin perjuicio de la posible aplicación del principio de prioridad registral cuando se trata de la doble cesión por el titular registral a la que aludía el legislador GÓMEZ DE LA SERNA (art. 23 LH 1861, hoy art. 32 LH, y art. 1.473, 2, CC).

5. El contrato de cesión del derecho de propiedad *incorporal* del propietario desposeído que preconiza y regula «la ley» (art. 609, 2, al principio; art. 348, 2; art. 1.526 y art. 1.460, 2, más el art. 1.462, 2) se suele confundir con el contrato de venta del derecho de propiedad *corporal*

complementado con la tradición (art. 609, 2, al final; arts., 448, 1.445, 1.095, 1.096, 1.462, 2), por *error juris* fundamental, por olvido o interpretación incorrecta del Derecho, por creer que sólo es posible el contrato de venta que obliga a entregar la posesión de una cosa (art. 1.445), olvidando el contrato de venta de un derecho incorporal, que no obliga a entregar (art. 1.526), creencia que conlleva, entre otros, dos errores de aplicación frecuentes.

1.º Es erróneo creer que, cuando el vendedor está desposeído, no es posible que exista un contrato de cesión propiamente dicho, sino que sólo es posible que exista un contrato de venta con un adicional acuerdo de cesión *impropia* de la acción reivindicatoria, que no es sustitutivo de la tradición corporal, por lo que el vendedor desposeído debe recuperar la posesión para, después de haberla recuperado, hacer tradición de ella; acuerdo que faculta al comprador para que ejercite en juicio la acción reivindicatoria del vendedor y para que, después de recuperar la posesión el vendedor, el comprador, por tradición *brevi manu*, pase a ser el nuevo poseedor *en concepto de dueño*.

Por error, se califica como adicional acuerdo de *cesión* de la acción reivindicatoria lo que, en realidad, sólo es una adicional *autorización* (más que un mandato) para actuar en interés del vendedor, aunque también en interés propio, es decir, un acuerdo de cesión *impropia* adicional a un contrato de venta; con independencia de si la venta se formaliza en escritura notarial o no, y con independencia de si el comprador conoce o desconoce la desposesión del vendedor, de manera que en caso de desconocimiento puede entenderse que el adicional acuerdo de cesión *impropia* queda implícito en el contrato de venta, al menos cuando se formaliza en escritura pública.

2.º Es erróneo creer que, cuando mediante escritura notarial se contrata una venta y después se llega a conocer que el vendedor estaba desposeído, su derecho *incorporal* se transmite mediante una tradición incorporal instrumental, que equivale, sustituye o suple a la tradición *corporal*, de manera que queda transmitido el derecho en el mismo momento de la autorización de la escritura porque ésta equivale a la tradición.

1.º Con la primera creencia errónea, en vez de considerar convenido un contrato de cesión, se considera (por *error juris*) convenido un contrato de venta que ha de ser complementado con una adicional tradición *corporal futura*, a la que ha de preceder la imprescindible recuperación de la posesión por el vendedor, que condiciona la posibilidad de la entrega, y que se intenta lograr autorizando al comprador con una cesión *impropia* de la acción reivindicatoria, que no es sustitutiva de la tradición corporal



futura, de tal manera que la transmisión del derecho queda diferida hasta mucho tiempo después de la perfección del contrato, en contra de los justos intereses de las partes contratantes y de su verdadera voluntad, tal como los entiende la ley.

2.º Con la segunda creencia errónea, en verdad queda acordado un contrato de cesión, en escritura notarial, que es forma no esencial y que es prueba, del contrato, aunque por *error juris* quede enmascarado inconscientemente y aparezca a los ojos de muchos como un contrato de venta, en escritura notarial, que se dice es prueba del contrato y «forma instrumental» de una adicional tradición *incorporal actual*, que equivale, sustituye o suple a la imposible tradición *corporal actual*, para que la transmisión del derecho sea inmediata a la perfección del contrato y no quede demorada hasta la obtención de la posesión, es decir, aunque no se transmita la posesión, que el comprador podrá obtener actuando judicialmente, pero por desahucio, porque nunca ha llegado a ser poseedor *real* de la finca. Se cree ver un contrato de venta con tradición incorporal instrumental actual, pero en realidad, conforme a la ley vigente, lo que se ve es un contrato de cesión, inmediatamente traslativo del derecho por sí solo, formalizado en escritura notarial, que es forma no esencial y es prueba del contrato.

Cuando se trata de la venta por el propietario desposeído al *comprador que desconoce la desposesión del vendedor y la venta consta documentada en escritura notarial*, el comprador es siempre un cesionario del derecho de propiedad incorporal (art. 1.526), porque (pese a lo dispuesto por el art. 1.460, 2) nunca puede pedir la rescisión del contrato (por aplicación de lo dispuesto por el art. 1.462, 2):

Porque una ley (art. 1.462, 2) dispone que, *salvo desistimiento o rescisión* del comprador, el aparente contrato de venta de cosa (art. 1.445) es un verdadero contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal (art. 1.526), que no obliga a entregar, de manera que el comprador *no puede* obligar al vendedor a reivindicar para entregar la posesión de la cosa después de recuperarla.

Porque otra ley (art. 1.462, 2), cuando el contrato de venta se formaliza en escritura notarial, *impide* que el comprador pida no ya el inmediato cumplimiento ejecutivo, que es imposible, o el futuro cumplimiento, después de reivindicar y recuperar la posesión, sino que se declare rescindido el contrato por incumplimiento de la obligación de entrega.

Por ello, en este caso contemplado, el resultado práctico *parece* ser el mismo con la solución legal y verdadera de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y con la teoría errónea del profesor LACRUZ, pero porque la compraventa del derecho de propiedad incorporal es un contrato *inmediatamente traslativo* por sí solo, sin tradición complementaria ya desaparecida la razón

legal para su exigencia (ya no se aplica el art. 448, sino el art. 348, 2), y es un contrato *consensual*; aunque conviene que se formalice en escritura notarial, que prueba la perfección del contrato (arts. 1.526, 1; 1.218, 1.280, 1, 6.º), que impide la rescisión del contrato aunque se alegue el incumplimiento de la obligación de entregar aduciendo que el comprador desconocía la desposesión del vendedor (arts. 1.460, 2; 1.462, 2), que permite la inscripción registral del contrato (art. 1.526, 2; arts. 2, 1, y 3 y 5, LH), y que, en consecuencia, permite al titular registral obtener la posesión que injustamente tiene el poseedor *no titulado*, actuando el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (arts. 36, 2, y 41, 6, 2.ª causa de contradicción), así como evitar ser perjudicado por una segunda cesión (art. 1.473, 2, y art. 32 LH).

Lo cierto es que, en tal caso, el observador ve una escritura de cesión del derecho de propiedad incorporal, aunque crea ver una escritura de venta de cosa con adicional tradición incorporal instrumental actual. Porque hay una venta, pero no hay una verdadera tradición, que es imposible y está excluida «por la ley».

Crear que, en tal caso, existe una tradición, aunque sea incorporal o imaginaria, es erróneo en su fundamento legal y es perjudicial en sus aplicaciones prácticas.

6. Consideradas las razones expresadas, es lógico y de sentido común que al mismo resultado práctico lleguen el Derecho *italiano* y el Derecho *francés*, con su contrato de venta inmediatamente traslativo del Derecho de propiedad, y el Derecho *alemán mobiliario*, porque, como advierten los autores alemanes, donde sólo hay un acuerdo es pura ficción (aunque sea conforme a las enseñanzas de SAVIGNY) distinguir *tres acuerdos* de voluntades: el contrato de *Venta* o acuerdo obligacional, el acuerdo real (*Einigung*) integrante del negocio dispositivo *Tradición*, y el adicional acuerdo de *Cesión* de la acción reivindicatoria, que es otro negocio dispositivo para obtener la posesión «forma integrante» del negocio dispositivo *Tradición*

## 2) Conclusiones referentes directamente a la tradición.

1. La tradición *no es* un negocio jurídico de transmisión derivativa del derecho de propiedad (ni menos aún de transmisión abstracta), integrado por un acuerdo de disposición o acuerdo real y una forma publicitaria del mismo, consistente en la transmisión de la posesión, que consuma la transmisión del dominio por causa del contrato de venta (y no por causa de una abstracta obligación de entregar); es decir, la tradición no es un negocio dispositivo no abstraído causalmente del contrato obligatorio de venta que es su causa, de manera que el contrato de venta y la adicional

tradición sean, el uno y la otra, elementos necesarios y constitutivos de la transmisión del dominio.

La tradición *no es*, tampoco, un acuerdo real que subyace en una transmisión de la posesión que adopta alguna de las contadas formas tipificadas por la ley en cumplimiento de la obligación de entregar, y no cabe hablar de un negocio de retransmisión del dominio compuesto de dos elementos constitutivos, la venta y la tradición causada por la venta, necesarios ambos, en todo caso, para que se transmita el dominio.

La tradición *es* la transmisión voluntaria de la posesión en concepto de dueño, en cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, nacida del contrato de venta, venta que primordialmente es un contrato de disposición y adquisición derivativa del derecho de propiedad de la cosa del vendedor, derecho que queda transmitido en el momento de cumplirse la obligación de entregar, porque la transmisión de la posesión de la cosa es condición legal suspensiva de la eficacia traslativa del contrato, de tal manera que el cumplimiento de esta condición es el mismo cumplimiento de la obligación de entregar, cumplimiento que puede ser voluntario, por tradición del vendedor y recepción del comprador, realizadas con voluntad de actuar, distintas de las voluntades contractuales o de contratar, cumplimiento que puede ser forzoso, coactivo, supletorio del voluntariado, por ejecución judicial de la entrega (puesta en posesión del art. 1.096, 1) o de la recepción (consignación del art. 1.176 y sigs).

2. Lo que «da color» legítimo a la posesión y a la transmisión de ella es el *justo título* por el que se posee en concepto de dueño (mediante tradición), usufructuario (mediante cuasi tradición), comodatorio (mediante entrega, en sentido amplio), etc., justo título que puede ser presunto, porque se deduce su existencia de la realidad de la posesión probada, por imperativo legal (art. 448), mientras no se desvirtúe la apariencia posesoria (art. 348, 2).

3. La transmisión de la posesión en concepto de dueño *no se ha de someter a formas tipificadas* legalmente, en número «cerrado» (art. 1.462, 1).

La forma de la tradición puede ser estrictamente material, como la entrega y recepción manual de la cosa mueble o la entrada del comprador en la finca seguida de la salida del vendedor (o viceversa), y puede ser cualquier otra que *socialmente* se considere adecuada, aunque sea más o menos desmaterializada, sobre todo cuando el comprador manifiesta su conformidad, expresa o tácita; naturalmente, siempre que la tradición sea posible.

Incluso se puede transmitir la posesión por simple *acuerdo del tradens* y del *accipiens*, cuando el comprador ya poseía pero en concepto distinto al de dueño (*brevi manu traditio*) y cuando el vendedor poseedor pasa a

poseer en concepto distinto al de dueño (constituto posesorio). Acuerdos que se pueden referir a cosas muebles (art. 1.463) y no sólo a fincas.

Cuando la venta se otorga en forma de escritura notarial, la escritura es prueba no sólo del contrato, sino también de la conformidad del comprador en que se ha cumplido la obligación de entregar, al menos por acuerdo de constituto posesorio, sea la cosa inmueble o mueble, salvo pacto que conste en la misma escritura, o sea tácito pero claramente deducible (art. 1.462, 2).

Cuando no se ha otorgado la venta en escritura notarial y no se ha realizado la tradición por entrega y recepción voluntarias, ni siquiera por acuerdo de constituto posesorio, expreso o tácito, la voluntad de entregar o la voluntad de recibir la posesión pueden ser suplidas judicialmente, mediante la puesta en posesión (art. 1.096, 1) o la consignación (art. 1.176), respectivamente, formas materiales con intervención judicial.

4. Cuando el vendedor está *desposeído* porque un tercero tiene la posesión en concepto de dueño, incluso antes de prescribir el interdicto de recobrar la posesión (art. 348, 2 y art. 460, 4), el contrato de venta, que en este caso se denomina contrato de cesión, transmite el derecho de propiedad incorporal (es decir, el derecho no investido de la posesión) en el momento de la perfección u otorgamiento, porque el contrato de cesión es, precisamente, el contrato de compraventa que ontológicamente no obliga a entregar (art. 1.526), tanto si las partes contratantes *conocen* y manifiestan la desposesión del vendedor como si la conocen pero la silencian (S. 21 diciembre 1905).

En el mismo caso de desposesión el vendedor, si el comprador la *desconoce*, en vez de considerar convenido el contrato de cesión y pedir una reducción del precio, puede pedir la rescisión del contrato (artículo 1.460, 2, y S. 12 abril 1890).

Pero, en el mismo caso de desposesión desconocida por el vendedor, cuando el contrato se ha formalizado en *escritura notarial*, como venta de cosa, el comprador no puede pretender que se declare judicialmente la rescisión del contrato (S. 20 enero 1912), a menos que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario, por haberse formalizado reserva de acciones en cuanto al cumplimiento de la obligación de entregar la posesión (art. 1.462, 2).

5. La *condición* voluntaria *suspensiva* del efecto de la transmisión del dominio por contrato de venta no excluye la exigencia de la condición legal de la transmisión de la posesión, posterior al cumplimiento de aquélla, aunque sea por constituto posesorio acordado al vender.

El cumplimiento de la condición *resolutoria* de la transmisión del dominio por contrato de venta consumada mediante tradición no exige nueva tradición al vendedor, porque implica la resolución o ineficacia

sobrevenida y claudicación de la venta, así como la inoperancia de la tradición posterior a la venta, de manera que el vendedor queda facultado para pedir, no la tradición propiamente dicha, sino la *devolución* de la posesión de la cosa, como cuando se extingue un derecho, real o personal, que faculta a poseer o tener la cosa; entre tanto el comprador queda como precarista por constituto posesorio acordado al vender, expresa o tácitamente, salvo pacto.

6. La tradición de la posesión en concepto de dueño es requisito legal condicionante del efecto transmisivo propio de otros contratos dispositivos u obligatorios por los que se transmite voluntariamente la propiedad de una *cosa poseída* por el contratante disponente, sobre todo el de permuta, y además, en su caso, los de obras, sociedad, préstamo mutuo y transacción, por cuanto la posesión implica la presunción de pertenencia de la cosa por justo título de adquisición, salvo prueba en contrario (art. 448). La tradición no es condicionante del efecto traslativo de esos contratos cuando el disponente está desposeído (art. 348, 2). *En definitiva, la tradición*, legalmente, está muy «desmaterializada», pero aún *ha de ser desmitificada*, para que no se le atribuya mayor alcance que el legal, en relación con la prueba de la transmisión del dominio fundada en la presunción de pertenencia del dominio al poseedor en concepto de dueño (art. 448), sin perjuicio de la transmisibilidad inmediata del derecho de propiedad del propietario desposeído (art. 348, 2) por contrato de cesión (arts. 1.526, 1.460, 2, y 1.462, 2).

PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el «Papa de la tradición», no creía en el dogma de la teoría del título y el modo tal como hoy lo predicán quienes han olvidado la historia. Como medio de publicidad defendió la conservación de la tradición posible, pero no dio marcha atrás en el tiempo para imponer una tradición imposible mientras no se recupere la posesión en concepto de dueño, y no inventó una tradición *incorporal* en la que hoy creen algunos de los que son más papistas que el Papa.

## PUNTO FINAL

El profesor STEPHEN W. HAWKING, que «ocupa actualmente la cátedra *Lucasian* de Matemáticas de la Universidad de Cambridge, desempeñada en otro tiempo por NEWTON y por DIRAC, dos célebres exploradores de lo muy grande y de lo muy pequeño», en su obra *Historia del tiempo. Del «big bang» a los agujeros negros*, (Ed. Crítica, Barcelona, 1988, pág. 198), como hombre genial que se enfrenta a un error propio, dice: «¿Qué se debe hacer cuando uno se da cuenta de que ha cometido un error como ése? Algunos nunca admiten que están equivocados y continúan buscando

nuevos argumentos, a menudo inconsistentes —yo traduciría incoherentes o incongruentes—, para apoyar su tesis (como hizo Edington al oponerse a la teoría de los agujeros negros). Otros pretenden, en primer lugar, no haber apoyado nunca realmente el enfoque incorrecto o que, si lo hicieron, fue sólo para demostrar que era inconsistente. Me parece mucho mejor y menos confuso si se admite en papel impreso que se estaba equivocado. Un buen ejemplo lo constituyó EINSTEIN, quien llamó a la constante cosmológica, que había introducido cuando estaba tratando de construir un modelo estático del universo, el error más grande de su vida».

Otro buen ejemplo es la confesión y arrepentimiento del pecado de conceptualismo manifestado por el genial IHERING, quien dijo: «Una cosa es contentarse desde el punto de vista teórico con una norma jurídica que se cree leer en las fuentes o deducir de ellas, sin preocuparse por las consecuencias y los males que pueda ocasionar al mundo, y otra cosa aplicarla. Una opinión nociva, aunque sea formulada por una persona sana de mente no resiste esta prueba... Nuestra teoría romanista debe y tiene que reformarse; no puede continuar por la senda que ha seguido hasta ahora. Debe abjurar de la locura de creerse una matemática del Derecho, que no tiene otro objetivo superior que calcular correctamente los conceptos».

Ahora, en estos tiempos de «reestructuración» de los grandes dogmas filosóficos, políticos y sociales de grandes convulsiones científicas y tecnológicas, cuando un líder sindical recuerda y dice que «el error que se comete por persistir en el error es el peor de todos los errores», hay que repetir una vez más el *e pur si muove* de GALILEO a los que, sin atender a razones, prejuzgan peyorativamente todo cuanto puede contradecir los dogmas conceptuales aprendidos de grandes maestros, que legiones de estudiosos, con gran esfuerzo, grabaron en sus memorias.

Como dijo el admirado PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el autor de la Ley que ampara la propiedad y el crédito territorial, al tercero hipotecario y a muchos profesionales «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, por los titulares registrales del dominio, de— *las acciones reivindicatorias de bienes inmuebles están sujetas a inscripción*».

El legislador dice, insiste, confirma y subraya que el derecho del pro-

pietario desposeído (art. 348, 2) se puede vender y queda transmitido por el contrato, sin tradición (art. 1.526), y que el título traslativo de cesión otorgado por el titular registral del dominio, según escritura notarial, se puede inscribir (art. 1.526, 2; art. 2, primero, y art. 20 LH).

El criterio auténtico, del legislador continúa siendo válido y ajustado a nuestro vigente sistema español de disposición y adquisición derivativa, por contrato de compraventa, del Derecho de propiedad. De derecho de propiedad corporal, o sea investido con la posesión, por contrato de venta de cosa complementado con la transmisión de la posesión del vendedor, mediante tradición o ejecución judicial supletoria (arts. 448, 1.445, 1.462, 1.095 y 1.096). Del derecho de propiedad incorporeal, es decir no investido de la posesión porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño, por contrato de cesión, sin transmisión de posesión (arts. 348, 2; 1.526), incluso cuando se ha formalizado la cesión mediante escritura notarial en la que se expone que el vendedor es poseedor de la finca si luego resulta que el vendedor estaba desposeído, y aunque el comprador desconociera la desposesión del vendedor (arts. 1.460, 2; 1.462, 2); contrato de venta o cesión que puede estar inscrito (art. 36, 2, LH) y que es registralmente eficaz, en el aspecto sustantivo (art. 32 LH) y en el aspecto procesal (art. 41, 6, 2.<sup>a</sup>, LH).

Valencia, junio 1989.

EUSEBIO GIMENEZ ROIG  
Registrador de la Propiedad