

Cesión de la acción reivindicatoria, escritura e inscripción

SUMARIO: Propósito.—I. *Compra al propietario desposeído documentada en escritura inscrita*. Un problema y dos soluciones: 1.ª Compra de la cosa poseída por un tercero y principios registrales de fe pública y de legitimación. 2.ª Compra de la acción reivindicatoria, excepción necesaria, objetiva y finalista, al principio general de transmisión por compra y entrega (art. 36, 2, LH). Escritura e inscripción: conocimiento manifestado de la desposesión, conocimiento no manifestado, desconocimiento; jurisprudencia (art. 1.462, 2, CC). Precisiones conceptuales: compra de cosa o compra de derecho de propiedad incorporal y controvertido; elección. Precisiones históricas: Roma, Glosa, Codificación.—II. *Sinopsis de las normas fundamentales*. Principio general: voluntad dispositiva, contrato y entrega (art. 609). Excepción: cesión de la acción reivindicatoria (art. 1.526); cosa y acción, derecho y acción; compra especial, efecto traslativo no condicionado, forma y prueba, efectos contra tercero. Obtención judicial de la posesión (art. 41 LH). Carácter general de la cesión. Doble cesión (art. 1.473 CC).—*Conclusión*.

PROPÓSITO

Antecedente de este estudio (al que remiten las citas de páginas, p., y de notas al pie, n.) es el denominado «Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria» (publicado por la *RCDI* en 1980, núm. 537, marzo-abril, págs. 257-384; núm. 538, mayo-junio, páginas 557-598; núm. 539, julio-agosto, págs. 802-857).

Para argumentar el significado, así como la evolución histórica y vigencia de la cesión de la acción reivindicatoria, de tal modo que el lector pudiera, con cierta facilidad, analizar algunos de los textos utilizados y deducir su propia opinión, se transcribieron extensamente bastantes de ellos, sobre todo los de más difícil consulta, no traducidos con anterioridad (IHERING, pág. 314 y sigs.; CARRELLI, pág. 338 y sigs.); pero con tan larga exposición de antecedentes normativos y doctrinales no se llegó a concretar el alcance práctico del estudio, su aplicación a la realidad,

confirmada por la jurisprudencia, y quedó desdibujado el comentario de las normas fundamentales vigentes, aspectos ambos que este estudio adicional, pero preferente, se propone precisar, desde un punto de vista notarial y registral, con referencia a la compra al propietario desposeído (artículo 1.426 CC), documentada en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 36, 2, LH), y al criterio de la jurisprudencia (art. 1.462, 2, CC.).

I. COMPRA AL PROPIETARIO DESPOSEIDO DOCUMENTADA EN ESCRITURA INSCRITA

a) El contrato de compraventa *ordinaria* obliga al vendedor a entregar la cosa al comprador (arts. 1.445 y 1.461), es decir, a «poner en poder y posesión» (art. 1.462, 1), a ceder (art. 460, 2) o transmitir la posesión de la cosa; en el estado físico y jurídico en que se halla al tiempo de perfeccionarse el contrato (art. 1.468, 1), e inmediatamente, «desde luego» (art. 1.113, 1), si el comprador entrega el dinero (artículo 1.466); a menos que la compra no sea pura y simple, porque se convino plazo o condición para una u otra entrega, de la cosa o del dinero.

Por causa de la compra ordinaria, la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa se realiza «mediante» (art. 609) y «desde» (artículo 1.095) la entrega, que es condición legal del efecto transmissivo contratado, de modo que son simultáneas la transmisión de la posesión y la transmisión del derecho de propiedad. Se transmite la cosa, el señorío de derecho y el señorío de hecho, el derecho y la posibilidad de su ejercicio normal, el derecho y la apariencia posesoria.

b) El propietario que perdió la posesión y está desposeído porque otro es el poseedor en concepto de propietario desde hace más de un año (art. 460, 4), si quiere conservar el derecho de propiedad y no perderlo también, ha de ejercitar la acción reivindicatoria para recuperar o recobrar la posesión perdida antes de que el poseedor adquiera la propiedad por usucapión. Entretanto, el poseedor, el aparente propietario, puede vender y entregar la cosa, y el que afirma ser propietario desposeído puede tratar de vender pero no puede entregar la cosa, de modo que, para él, la venta ordinaria es, en la actualidad, una venta imposible objetivamente, por ser en la actualidad imposible su objeto inmediato, el cumplimiento de la obligación de dar; y en el futuro continuará siendo imposible a menos que se logre recuperar la posesión (arg. art. 1.272). Así, «no hay contrato» de compra ordinaria (arg. art. 1.261, 2.º), aunque pueda haber contrato de compra *especial*.

El problema que existe, la imposibilidad de contratar válidamente

una compra *ordinaria* por su objeto inmediato (que es la compra de una cosa poseída por el vendedor, la compra del derecho de propiedad y de la posesión, que obliga a realizar la prestación de dar, a entregar la cosa, en la actualidad, salvo pacto), se resuelve si se contrata una compra *especial* en la que se considere la actual necesidad y probabilidad de recuperar la posesión de la cosa y la futura restitución o devolución por el poseedor, mediante su reivindicación por el propietario, sea el vendedor como actual propietario hasta la entrega (arts. 1.445, 609 y 1.095), sea el comprador como actual propietario desde la compra (art. 1.526), por excepción al principio general de la necesidad de la tradición (artículos 609 y 1.095).

1. Estas dos compras especiales, las dos soluciones contractuales, que son alternativas, se denominarán, en adelante, «solución *primera*» y «solución *segunda*», exclusivamente en atención al orden de su aparición en la evolución histórica del Derecho romano, pues la segunda es la solución nueva en aquel Derecho, y al carácter excepcional de la segunda, aunque es la más aconsejable si se consideran los normales fines e intereses de las partes contratantes en los casos para los que fue concebida, y es la prioritaria en nuestro Derecho vigente (arts. 1.526 y 1.460, 2).

2. También se denominarán, respectivamente, en atención a su objeto especial, compra de una cosa actualmente poseída en concepto de propietario por un tercero, o bien «compra de la cosa poseída por un tercero», y compra de la acción reivindicatoria de una cosa actualmente poseída en concepto de propietario por un tercero, o bien «compra de la acción reivindicatoria».

3. Cuando se compra la cosa poseída por un tercero, sin perjuicio de que el vendedor continúa siendo propietario hasta la entrega y ha de reivindicar para recuperar y entregar la posesión, se puede convenir por pacto adicional, simultáneo o posterior a la compra, la autorización para el ejercicio por el comprador de la acción reivindicatoria del vendedor, incluso con facultad para ocultar la autorización, instrumentada normalmente como un mandato representativo, y esta compra con autorización ocultable se denomina cesión del ejercicio de la acción reivindicatoria o cesión no traslativa o cesión impropia, porque se contrapone a la cesión, propiamente dicha, traslativa, de la acción reivindicatoria, o sea del derecho de propiedad del que deriva la acción. Así, este estudio se referirá especialmente a la contraposición entre las dos compras especiales, de la cosa o de la acción, enmascarada como contraposición entre cesión del ejercicio de la acción y cesión traslativa de la acción, entre

«*cesión impropia*» y «*cesión*», es decir, entre apariencia y realidad de la adquisición del derecho de propiedad por compra al propietario desposeído.

Se usan, pues, expresiones elípticas y de un significado no evidente, que conviene precisar, lo que se hará a la vez que se estudian las consecuencias notariales y registrales de la aplicación de una y otra solución a un caso supuesto, para simplificar la exposición del tema, sin perjuicio de resumir, más adelante, el objeto y la naturaleza jurídica de cada una de estas compras especiales.

El tema esencial de este estudio se resume así:

1.º Es imposible la compra ordinaria al propietario desposeído, pero son posibles dos compras especiales, ya que el derecho de propiedad o la acción reivindicatoria para recuperar la posesión puede atribuirse al vendedor, cuando es propietario hasta la entrega, o al comprador, cuando es propietario desde la compra.

2.º Es importante distinguir una y otra solución al interpretar las normas vigentes: los contratantes han de elegir y someterse a las consecuencias correspondientes a una o a otra, ambas legales.

En cambio:

1.º La opinión hoy común, la de IHERING y sus seguidores, con diversos matices, considera que sólo es posible legalmente la solución primera, porque estima subordinada la realización del efecto de la cesión de la acción reivindicatoria al principio general de la transmisión de la propiedad por compra y entrega, en todo caso, sin excepción alguna. Sólo estima posible como cesión la del ejercicio de la acción o cesión impropia, a la que denomina cesión, sin adjetivo calificativo alguno, lo que da lugar a cierta confusión.

2.º Otro estado de opinión se inclina a admitir la legalidad de la solución segunda, de la transmisión por compra de la acción reivindicatoria, del derecho de propiedad de pertenencia controvertida, pero al interpretar los textos normativos romanos no advierte que son posibles dos soluciones radicalmente alternativas y considera concurrentes, en cualquier caso concreto, la acción directa del cedente y la acción útil del cesionario, con lo que involucra o confunde la llamada cesión impropia con la cesión propiamente dicha. Así ocurre desde que la *Glosa* interpretó el Derecho romano en la Edad Media, sin los recientes conocimientos de crítica de textos, de carácter histórico, sustantivo y procesal a la vez.

Por otra parte, se suelen referir estos conocimientos a la cesión de créditos pero no a la cesión de la acción reivindicatoria, objeto de este estudio, fundado en textos normativos y opiniones que parece son inconciliables pero que se pueden conciliar desde un punto de vista histórico, coherente con los fines e intereses humanos que eran y son idénticos en su esencia, sin que esto suponga aplicar el método dialéctico hegeliano, labor de síntesis superdota de las contradicciones, si se considera la importancia de la reivindicación para la recuperación de la posesión, a la que se ha de referir la posibilidad teórica y legal no de una sino de dos soluciones, distintas conceptualmente y alternativas por su aplicación, que sólo en este sentido son contradictorias.

I. La primera parte de este estudio expone la aplicación práctica de ambas soluciones para precisar los conceptos y el origen histórico.

II. La segunda parte resume el comentario de las normas fundamentales que rigen la segunda solución, la cesión de la acción reivindicatoria.

UN PROBLEMA Y DOS SOLUCIONES

Como se ha dicho, parece conveniente analizar un caso supuesto, en que el propietario necesita urgentemente vender y cobrar el precio, sin esperar a recuperar la posesión para entregar la cosa y recibir el dinero, en relación con cada una de las dos soluciones, para reconsiderar la jurisprudencia a continuación; este caso puede ser el siguiente, por ejemplo:

En Madrid vive V. (vendedor), de sesenta y cinco años de edad, viudo, con un solo hijo, técnico industrial, de posición económica media, que algunos años atrás heredó de su padre unas buenas fincas rústicas, de secano, cereales, dispersas en el término de su pueblo de origen, para él prácticamente lejano y del que se marchó siendo muy joven; no obstante, se preocupó de formalizar la escritura particional de la herencia y de registrarla. Administra las fincas un pariente que vive en otro pueblo próximo.

V. ha de ser intervenido quirúrgicamente de una dolencia cerebral, con grave riesgo de muerte o incapacidad, y como su hijo vive en Nueva York piensa ir allí a que le operen, para luego quedarse a vivir con él.

V. está en tratos muy avanzados con su hermano C. (comprador), agricultor, que no vive en el mismo pueblo, para venderle todas las fincas, por un precio alzado que cobrará al contado inmediato, ya que necesita disponer del dinero de la venta lo más pronto posible.

C. realiza algunas gestiones en el pueblo y, por las manifestaciones de un cultivador colindante, llega a conocer que la mejor de las fincas

la trabaja P. (poseedor), quien dice es el propietario, desde hace casi dos años. Pero C. teme que sean más años y decide no preguntar directamente a P. por si V. pudiera resultar perjudicado.

Los dos hermanos desean que el problema aparecido se resuelva fraternalmente, considerando que V. no quiere pleitos ni puede esperar a que termine el prácticamente inevitable litigio, y está dispuesto a rebajar el precio en la medida adecuada, aparte de que C. quiere ayudarle, sin olvidar su interés propio, pero ha de saber en qué condiciones puede comprar y pagar inmediatamente el precio que se calcule en atención a los riesgos y gastos que asuma. Deciden consultar las posibles soluciones al abogado de V. (el señor don J. GONZÁLEZ IHERING, de ilustres apellidos) y al abogado de C. (el señor don P. GÓMEZ DE LA SERNA Y CARRELLI, también con apellidos ilustres), acompañados de un hijo de C., que está terminando sus estudios de Derecho.

Para exponer el tema, en adelante, con la palabra caso se aludirá al descrito, al hecho de la desposesión y al consiguiente problema de la necesidad de reivindicar para recuperar la posesión, y se distinguirán los supuestos del conocimiento y del desconocimiento de la desposesión del vendedor, del caso conocido y del caso desconocido, paralelos a los de mala fe y buena fe frente a la usucapión consumada (art. 36, 1), pero no equiparables, por referirse a la posesión apta para la usucapión por un tercero, en la que no cabe hablar de mala fe del comprador sólo por el hecho de que conozca la desposesión del vendedor (art. 36, 2).

Así, se estudiará la escritura en que se manifiesta la desposesión conocida y la escritura en que no se manifiesta la desposesión, escritura ésta que será de aparente compra de cosa poseída por el vendedor, bien porque es conocida la desposesión pero no se manifiesta, más o menos conscientemente, o incluso se oculta, disimula o silencia, y parece que es desconocida la desposesión («conocimiento no manifestado de la desposesión»), o bien porque verdaderamente es desconocida la desposesión al contratar («desconocimiento de la desposesión»).

**SOLUCIÓN 1.^a COMPRA DE LA COSA POSEÍDA POR UN TERCERO
EN CONCEPTO DE PROPIETARIO Y PRINCIPIOS REGISTRALES
DE FE PÚBLICA Y DE LEGITIMACIÓN**

El abogado de V. informa lo siguiente:

Se plantea el caso de un pretendido propietario desposeído, que ha perdido la posesión porque ya no puede recuperar la cosa ejercitando el interdicto de recobrar (arts. 460, 4, y 1.968, 1.), pero que, al parecer, aún no ha perdido el derecho de propiedad por usucapión consumada

y ha de recuperar la posesión judicialmente. Además, en este caso hay que buscar una solución urgente, atendidos los fines de las partes y los intereses en juego.

Principio general civil

El derecho de propiedad del propietario poseedor se transmite por la compra y desde la entrega o transmisión de la posesión (arts. 609, 1.462, 1, y 1.095), a la que equivale el otorgamiento de la escritura pública, salvo pacto (art. 1.462, 2); pero el propietario desposeído que quiere transmitir su derecho vendiendo tropieza con la imposibilidad de dar cumplimiento normal a la obligación de entregar, exigible inmediatamente después de la compra si el precio ha sido pagado o se aplazó su pago (art. 1.466 y otros); de modo que podrá vender, pero de momento continuará siendo el propietario, puesto que si no se transmite la posesión de la cosa no se transmite el derecho de propiedad (art. 1.095): sólo si, eventualmente y con mayor o menor probabilidad, recupera la posesión en concepto de dueño, por avenencia con el poseedor o ejercitando en procedimiento judicial su derecho a poseer o la acción reivindicatoria, es decir, sólo si vuelven a concurrir la propiedad y la posesión en la misma persona, podrá entregar la cosa, y desde que efectivamente la entregue, aunque sea por acuerdo de interversión posesoria, *brevi manu* o por *constituto posesorio*, se transmitirá la posesión y la propiedad al comprador. Todo esto porque legalmente se estima conveniente que la posesión y la propiedad no se disocien y se transmitan simultáneamente, para que coincidan la apariencia y la realidad de la pertenencia del derecho de propiedad, que en este caso están disociadas, situación anómala que conviene cese.

Aplicación notarial y registral

A) Conocimiento manifestado de la desposesión.

a) Antes de que el propietario recupere la posesión es improcedente autorizar la normal escritura de adquisición de la propiedad por compra mediante entrega (inmediata) por el otorgamiento: la escritura sería prematura. Si acaso llegara a autorizarse una escritura de la que resulte que el vendedor no es poseedor, el Registrador no practicaría la inscripción, porque consta documentalmente que aún no se ha transmitido el derecho de propiedad al comprador, quien sólo tiene un derecho personal a la cosa, un *jus ad rem* (arts. 1.º y 2.º, *a contrario*, L.H. y 9.º RH). Así pues, se ha de diferir el otorgamiento de la escritura de compra y de entrega, ya que ésta sería aparente pero no real.

b) Sin embargo, puede contratarse la transmisión del dominio por compra y entrega, aunque serán dos momentos no inmediatos entre sí, sino distantes en el tiempo, el de la perfección de la compra con la simultánea adquisición del *jus ad rem*, y el de la efectiva entrega con la simultánea adquisición del *jus in re*.

1. Se puede suscribir un documento privado de compra sin entrega inmediata, que exponga el caso y precise los acuerdos alcanzados respecto a la cuantía del precio, la reivindicación obligada para recuperar la posesión y cumplir el deber de entregar, las diferidas entregas de la cosa y del dinero, incluso la forma de entrega, el incumplimiento y sus consecuencias, obligación de saneamiento, etc.

Si las partes contratantes lo desean, porque el vendedor no quiere litigios en la medida de lo posible y porque al comprador también le interesa ayudarle, en el documento de compra, además de los pactos expresados, se incluirá uno referente al inmediato otorgamiento de una escritura pública de mandato representativo, de un poder notarial, en interés propio del vendedor y también del representante comprador, que será irrevocable por esta causa, en virtud del cual, con los condicionamientos acordados, el vendedor actuará, en adelante, representado por el comprador, quien, autorizado por el vendedor, se encargará, como mandatario en interés propio (según se dice), de gestionar la solución del caso y, muy especialmente, de proceder en juicio contra el poseedor para recuperar la posesión, ejercitando la facultad de poseer y la acción reivindicatoria del vendedor, que es inseparable de su derecho de propiedad, en el procedimiento ejecutivo posesorio sumario (art. 41 LH) mejor que en juicio declarativo ordinario, con intervención de abogado y procurador. Si en el procedimiento se obtiene resolución estimatoria, seguirá la toma de posesión por el vendedor, representado por el comprador. Desde entonces es posible realizar la entrega al comprador.

2. Si la compra incluye pacto de entrega *brevi manu*, el comprador que obtiene judicialmente la posesión en nombre y como representante del vendedor, inmediatamente, en virtud de dicho pacto, por inversión o interversión posesoria, cambio del concepto en que se posee, pasa a poseer en concepto de propietario, es decir, recibe del vendedor la posesión y adquiere el derecho de propiedad.

Pero tal pacto se presume cuando se ha convenido otorgar escritura pública de compra y de entrega por el otorgamiento para poder registrar la adquisición.

Previendo que el vendedor no pueda otorgar la escritura personalmente, por estar ausente (pero no difunto o en situación de incapacidad sobrevenida), incluso puede pactarse, en la compra y en el mandato referidos,

que en dicha escritura intervenga el comprador en nombre propio, como comprador, y en nombre del vendedor, como apoderado con facultades de autocontratación.

De este modo, la documentación de la transmisión comprende un documento privado de compra, con una adicional escritura pública de mandato, y una escritura pública de compra (ya contratada antes) y de entrega por el otorgamiento.

Así, la escritura que inicialmente quedó diferida se otorgará después de obtenida la resolución favorable y la posesión, cuando el problema inicial ya no existe porque ha sido resuelto.

Esta escritura accederá al Registro de la Propiedad concurriendo a favor del vendedor la presunción civil de pertenencia de la propiedad al poseedor (art. 448) y las presunciones registrales de pertenencia de la propiedad al titular registral y de posesión por el mismo (art. 38, 1, LH), cuando ya no hay discordancia entre posesión y Registro o inscripción, entre apariencia o publicidad posesoria o real y apariencia o publicidad registral o formal, con sus respectivas presunciones, cuando el comprador es propietario, por compra y entrega, cuando ya no cabe hablar de desposesión declarada.

Pero esto ocurre después de transcurrido un lapso de tiempo más o menos largo, desde la perfección de la compra, lo que no responde a los intereses de las partes contratantes.

B) Conocimiento no manifestado o desconocimiento de la desposesión.

En el caso planteado por los dos hermanos, si C. no hubiera realizado las gestiones que le hicieron conocer la desposesión de V. se habría autorizado la escritura de compra y de aparente entrega por el otorgamiento y se habría registrado sin dificultad, porque el vendedor inscrito es presunto propietario y poseedor (art. 38, 1) y de la escritura nada consta en contrario.

Al tiempo de comprar hay discordancia entre la apariencia registral, con la presunción correspondiente de pertenencia del derecho de propiedad al vendedor titular registral, más la presunción de posesión por el mismo (art. 38, 1), y la apariencia posesoria, con la presunción correspondiente de título adquisitivo del derecho por el poseedor (art. 448), y tal discordancia entre la legitimación registral y la legitimación posesoria ha de ser resuelta.

a) Según una opinión, cuando es desconocida la desposesión la discordancia se resuelve legalmente haciendo prevalecer la apariencia registral, las presunciones registrales, o sea, el principio de exactitud del

Registro, extendiendo la normal protección del principio de *fe pública registral* al ampliar el concepto de buena fe al desconocimiento del hecho (o de las consecuencias jurídicas del hecho) de la posesión en concepto de dueño por persona distinta del titular registral (art. 36, 1 y 2), de tal modo que el comprador que desconoce ese hecho e inscribe su título de compra adquiere el derecho de propiedad y así prevalece su adquisición frente al poseedor, sea éste ya propietario por usucapición consumada, que pierde la propiedad usucapida, o sea solamente poseedor usucapiente, puesto que, pese a su posesión y a la correlativa falta de posesión del vendedor, el comprador adquiere el derecho de propiedad sin haber obtenido la posesión. En cierto modo, la inscripción, o mejor dicho el efecto adquisitivo de la fe pública registral, suple la falta de los dos presupuestos de la transmisión por compra y entrega que son la propiedad y la posesión del vendedor, y suple el efecto traslativo de la entrega actual imposible.

Así, la confianza o creencia del comprador en la exactitud del Registro, su buena fe registral, no ya sólo respecto a la pertenencia del derecho al titular inscrito, a la que ha de referirse la usucapición consumada, sino también en cuanto a que el titular registral posee la finca como dueño (artículo 38. 1), es determinante del efecto adquisitivo del derecho de propiedad por compra al titular registral que realmente no posee, cuando el poseedor ya era propietario por usucapición consumada y el vendedor no era propietario ni poseedor (art. 36, 1) y, con mayor razón, cuando el poseedor aún no es propietario por usucapición y el vendedor es propietario no poseedor (art. 36, 1, en cuanto a la usucapición que podría consumarse dentro del año siguiente a la compra, y art. 36, 2, en cuanto a la posesión apta para la usucapición aún no consumada al interrumpirla).

Pero no queda protegido registralmente por dicho principio el comprador que tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer dicha posesión, aunque no la conozca y así lo manifieste; el Juez apreciará dichos medios y motivos, en cada caso, como cuestión de hecho, aunque se presume el desconocimiento y no se pruebe el conocimiento. Se equipara al conocer el desconocer legalmente inadmisibles o indebidos (caso ignorado por culpa o negligencia inexcusable para la ley).

Además, el comprador ha de interrumpir la posesión dentro del año siguiente a la compra para que, por efecto de dicho principio, prevalezca ésta frente a la usucapición ya consumada al comprar o consumada dentro de dicho año y antes de la interrupción; se le concede un año de gracia para que pueda llegar a conocer y a interrumpir la posesión (art. 36, 1, b)).

La posesión quedará interrumpida desde el acto de conciliación si es seguido de demanda en plazo de dos meses (art. 1.947) o desde la citación

judicial al poseedor demandado (arts. 1.945 y 1.946), sin perjuicio, claro está, de la improbable interrupción por el reconocimiento del poseedor (artículo 1.948).

Se podría ejercitar la acción reivindicatoria contra el poseedor en juicio declarativo ordinario, pero, por lo que se dice a continuación, es más aconsejable el procedimiento ejecutivo posesorio sumario (art. 41) en que el comprador inscrito pretende obtener la posesión ejercitando el derecho o facultad de poseer que corresponde al dueño, al amparo de la presunción de pertenencia del derecho de propiedad resultante de la inscripción de la compra (art. 38, 1). El poseedor en concepto de propietario, pese a la presunción de título adquisitivo del derecho de propiedad que a causa de la posesión le concede el Código Civil (art. 448), sólo puede oponerse, contradecir la instancia e impedir dicha ejecución posesoria, por cuatro causas, que ha de probar en cada caso, la más importante tener derecho a «poseer la finca por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores, o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito (comprador), según el artículo 36» (art. 41, 6, causa 2.^a); de este modo queda limitada la posibilidad de oposición por el poseedor e invertida la carga procesal de la prueba de la pertenencia del derecho, que normalmente corresponde al no poseedor (art. 448), ya que ahora el poseedor tendrá que probar que tiene derecho a poseer, por título o por usucapión, y así resulta prudentemente debilitada la defensa del poseedor sin derecho frente al titular registral, en relación con la que podría oponer en el juicio declarativo ordinario.

1. Podrá impedir la ejecución el poseedor en concepto de propietario que pruebe título adquisitivo de la propiedad (compra y entrega, en su caso), derivado de un titular registral de la misma finca, o que pruebe usucapión consumada por él, y además, que el comprador no es de buena fe, porque conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, al perfeccionarse la compra, el hecho de la posesión en concepto de dueño por el contradictor y no por el vendedor (art. 36, 1), realidad que debió inducirle a poner en duda la exactitud del Registro en cuanto a la pertenencia del derecho de propiedad.

2. También, según la opinión que se expone, podrá impedir la ejecución el poseedor que no logre probar la consumación de la usucapión pero pruebe que el comprador no es de buena fe, si el poseedor alega que, registralmente, la falta de buena fe del comprador (tanto en el caso conocido, aunque silenciado, como en el caso desconocido por negligencia) impide el efecto adquisitivo del principio de fe pública registral, y añade que, civilmente, el comprador no podía reivindicar y obtener la posesión

porque no ha adquirido la propiedad, ya que no se ha realizado la entrega exigida por el artículo 609 (art. 36, 2, por su remisión al art. 36, 1, y artículo 41, 6, 2.^a, por su remisión al art. 36). Así, el titular registral es un aparente propietario; el verdadero propietario es el vendedor, y contra él se continúa poseyendo. La apariencia posesoria ha de prevalecer sobre la apariencia registral, excepto si la apariencia registral está amparada por el principio de fe pública registral.

b) Según otra opinión, que parece la más acertada y es la que acepta el letrado informante, dejando aparte otras varias, el principio de fe pública registral, con su exigencia de buena fe, sólo se refiere a la usucapión consumada, a la pertenencia del derecho, pero no a la posesión apta para usucapir (art. 36, 1).

La simple falta de posesión del vendedor propietario, titular registral, y la consiguiente falta de tradición al comprador que inscribe, no ha de ser suplida por el principio de fe pública registral, con su exigencia de la buena fe del comprador, según dos normas importantes. Una norma (artículo 36, 2) da por supuesta la adquisición de la propiedad por dicho comprador inscrito, al permitirle interrumpir la posesión incluso después del año siguiente a la compra, y, a la vez, no condiciona a su buena fe la eficacia de la interrupción dentro de dicho año (ya que el art. 36, 2, al referirse al art. 36, 1, sólo alude al plazo de un año y a la forma del no consentimiento, expreso o tácito). Y otra norma (art. 41, 6, 2.^a) permite que el poseedor deje de poseer sin que pueda alegar eficazmente frente al comprador inscrito la falta de posesión del vendedor, puesto que exige al poseedor la prueba de su derecho a poseer, adquirido por título derivado de un titular registral o por usucapión consumada (art. 36, 1), según constante jurisprudencia de apelación ante las Audiencias (*v. CABALLERO GEA, J. A.: Desahucios. Procedimiento sumario del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Pamplona, 1985, págs. 93 y sigs.)

Se opina que el principio de *legitimación registral*, con sus presunciones de pertenencia y de posesión (art 38, 1), mediante el procedimiento de ejecución posesoria sumaria (art. 41, 6, 2.^a) ampara suficientemente al aparente y presunto propietario, al comprador inscrito que compró a un propietario inscrito desposeído, pues el vendedor desposeído pudo fácilmente, antes de vender, recuperar la posesión mediante el procedimiento de ejecución posesoria sumaria y el comprador inscrito merece tanta protección como pudiera tener el vendedor inscrito, para garantizar el tráfico jurídico de derechos.

Pero —dice el letrado— sinceramente no acabo de comprender el fundamento legal de esta opinión si se entiende que la adquisición de la

propiedad es consecuencia de la obtención de la posesión mediante dicho procedimiento, pues queda sin explicar la situación anterior a la obtención de la posesión.

No obstante, el letrado, consecuente con su opinión, propone a los dos hermanos consultantes que otorguen la compra en escritura pública, en la que oculten, disimulen o silencien la desposesión de V. y la autorización o mandato conferido, para que C. pueda inscribir y proceder a la ejecución posesoria sumaria como titular registral, con lo que podrá obtener fácilmente la posesión y, al mismo tiempo, la propiedad (art. 41). Esta proposición la complementa de modo adecuado para su aplicación práctica con el correspondiente documento aclaratorio, aunque ahora no parece necesario exponer detalles, sin perjuicio de las consideraciones que se harán más adelante, al comprar esta solución con la segunda.

SOLUCIÓN 2.^a COMPRA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA
DE LA COSA POSEÍDA POR UN TERCERO EN CONCEPTO
DE PROPIETARIO; EXCEPCIÓN NECESARIA, OBJETIVA
Y FINALISTA, AL PRINCIPIO GENERAL DE TRANSMISIÓN
POR COMPRA Y ENTREGA

A su vez, el abogado de C., después de ser informado de cuanto dijo el abogado de V., manifiesta que éste ha explicado la solución conforme al principio general del artículo 609, la compra al propietario desposeído de la cosa poseída por un tercero, para recibir la posesión y adquirir la propiedad después de la eventual recuperación de la posesión por el propietario desposeído al tiempo de perfeccionarse la venta, y que también ha explicado el letrado su aplicación registral en la práctica. Según la opinión hoy común, esta es la única solución al problema de la posesión perdida.

Excepción al principio general civil

Pero, conforme a la interpretación histórica, lógica, teleológica y sistemática del principio general del artículo 609, según la interpretación tradicional y clásica, es posible y necesaria, además, la solución excepcional a dicho principio de la denominada cesión de la acción reivindicatoria (artículo 1.526), que significa la compra del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, con su inseparable acción reivindicatoria, derecho que se transmite al comprar, por lo que será el mismo comprador quien, como propietario no poseedor, derechohabiente del propietario desposeído, podrá obtener la posesión judicialmente, sin entrega por el vendedor. Cuando la propiedad y la posesión están diso-

ciadas es posible y lógico que la situación de disociación, que impide la normal entrega, se haga cesar por el vendedor o por el comprador, según se acuerde en el contrato de compra especial, aunque la ley considera acordado que la recuperación se ha de realizar por el comprador propietario, si no se contrata otra solución (art. 1.460, 2).

Aplicación notarial y registral

A) Conocimiento manifestado de la desposesión.

Como ya dijo el abogado de V., es muy difícil que se autorice una escritura de compra a un vendedor que se declara desposeído y vende o cede la acción reivindicatoria, o, lo que es lo mismo, vende o cede el derecho de propiedad de la cosa que posee un tercero, el derecho sin la posesión. Aunque se autorizara tal escritura, es prácticamente imposible que se llegue a inscribir en el Registro de la Propiedad si se tiene en cuenta el arraigo de la opinión hoy común.

B) Conocimiento no manifestado o desconocimiento de la desposesión.

Asimismo, conforme a la opinión del letrado de V., en el caso planteado por los dos hermanos consultantes, el vendedor desposeído y el comprador que conoce el hecho de la desposesión pueden convenir que el vendedor manifieste o declare poseer la finca si en la Notaría se le pregunta al respecto, y que no manifieste o declare, que oculte, silencie o disimule, su desposesión si no se le ha preguntado pero en la escritura consta y se lee que es poseedor porque así se ha de presumir. No manifestada la desposesión se podrá autorizar una escritura de compra y aparente entrega por el otorgamiento (art. 1.462, 2) y se logrará que se registre. Nada impide que en documento privado complementario se concreten los pactos que no se pudieron incluir en la escritura de compra para no desvelar la falta de posesión del vendedor, pactos que normalmente serán obligacionales y no registrables.

El comprador, amparado por el principio de legitimación registral, actuando como propietario por compra, en nombre propio, podrá instar la obtención de la posesión en el procedimiento de ejecución posesoria sumaria (art. 41). Como el poseedor, por hipótesis, no tiene título adquisitivo de la propiedad derivado de un titular registral de la misma finca y no puede probar el tiempo necesario para que resulte consumada la usucapión, es inaplicable la causa segunda de oposición si la alega en su «demanda de contradicción» de la instancia de ejecución.

De este modo, el propietario por compra obtiene la posesión sin tener

que acudir al juicio declarativo ordinario, en el que el poseedor habría podido alegar la desposesión del vendedor, forzando al comprador propietario a probar la posibilidad legal y la aplicabilidad a su compra del efecto de la cesión de la acción reivindicatoria traslativa del controvertido derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído.

Antes de comprar hay discordancia entre el Registro y la Posesión, entre la apariencia y presunción registral de pertenencia del derecho de propiedad al vendedor titular registral (art. 38, 1) y la apariencia y presunción posesoria de pertenencia del derecho de propiedad al poseedor (artículo 448), entre legitimación registral y legitimación posesoria. Esta discordancia se resuelve en cuanto a la usucapión consumada conforme al principio de fe pública registral, y en cuanto a la posesión apta para la usucapión aún no consumada porque la compra transmite el mismo derecho que tiene el vendedor conforme a una norma civil (art. 1.526), sin necesidad de inscribir. En cambio, para el abogado de V. la discordancia se resolvía, en todo caso, registralmente, por el efecto adquisitivo del principio de fe pública registral en cuanto a la usucapión consumada, y por efecto, no bien aclarado, del principio de legitimación registral respecto a la posesión apta para la usucapión.

a) El principio de fe pública registral protege al comprador de buena fe, inscrito, frente a la discordancia provocada por la usucapión consumada antes de la compra, o, incluso, dentro del año siguiente, en el año de gracia. La presunción registral de pertenencia del derecho, primero al vendedor al tiempo de vender y luego al comprador inscrito, prevalece sobre la contemporánea o simultánea presunción de título adquisitivo del derecho por el poseedor, por el efecto adquisitivo de la compra con buena fe, una vez inscrita (art. 36, 1).

Pero frente a la posesión apta para la usucapión, contra la que existe la acción reivindicatoria, el comprador inscrito no necesita que se produzca el efecto adquisitivo del derecho por aplicación del principio de fe pública registral, que quedaría condicionada a su buena fe, o sea, al desconocimiento de dicha posesión, porque ya civilmente es propietario por el efecto adquisitivo del derecho que resulta de la cesión de la acción reivindicatoria del propietario desposeído, con independencia de su irrelevante desconocimiento o conocimiento de la desposesión al perfeccionarse la compra.

b) El comprador tampoco necesita de un hipotético efecto adquisitivo, por consecuencia procesal del principio de legitimación registral, en su aspecto de presunción de pertenencia del derecho al vendedor, como simple presunción que admite prueba en contrario, porque ya es propietario por y desde la compra, antes de obtener la posesión, aunque

se puede aprovechar de dicha presunción a efectos probatorios del derecho del vendedor inscrito.

Es decir, para nada tiene que suplir el Registro la falta de posesión del vendedor y la falta de tradición, porque la transmisión del derecho de propiedad incorporal y controvertido del vendedor se realiza, civilmente, por y desde la compra, antes de obtener la posesión, sin entrega del vendedor. Así se desvanecen todos los problemas conceptuales que tanto preocupan a quienes rechazan la cesión de la acción reivindicatoria con efecto traslativo del derecho de propiedad incorporal y controvertido, y se simplifica la interpretación de algunas normas, incluso de la reforma de la Ley Hipotecaria en 1944 que parece haberse olvidado de dicha posibilidad.

1. La necesidad de tradición para la transmisión del derecho de propiedad por compra queda reducida a sus justos límites, referida a la entrega actualmente posible, cuando el vendedor es poseedor al vender, o a la entrega que en el futuro resulte posible si se logra recuperar la posesión perdida, sin perjuicio de que se convenga alternativamente la actual cesión de la acción reivindicatoria, como compraventa especial por su objeto inmediato. De este modo no es preciso exigir más de lo que pueden ofrecer, a la inscripción, a las presunciones registrales y a los principios de fe pública y de legitimación registral.

2. El comprador cesionario de la acción reivindicatoria no necesita apoyarse en la inscripción y en la presunción registral de la posesión (artículo 38, 1) para adquirir (fe pública) o para que parezca que ha adquirido (legitimación), ya que realmente adquirió el derecho, incorporal y controvertido, aunque la realidad posesoria sea contraria a la presunción registral de posesión; que aún será de utilidad para el Registrador que califica y para los contratantes (mientras se interprete que no es legalmente posible la inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria con efecto traslativo del derecho del propietario desposeído), cuando se trata de inscribir una escritura de compra y (aparente) entrega por un vendedor desposeído (salvo art. 1.460, 2).

3. La norma que regula la colisión entre posesión e inscripción (artículo 36) tiene una interpretación sencilla. Su punto primero (art. 36, 1) se refiere a la usucapión, consumada al perfeccionarse la compra o dentro del año siguiente. Su punto segundo (art. 36, 2) se refiere a la posesión apta para la usucapión, aún no consumada al interrumpirla.

El comprador que conoce al comprar, o que llega a conocer dentro del año siguiente a la compra, la desposesión del vendedor, puede dudar y temer que el poseedor ya ha consumado la usucapión o que podría

llegar a consumarla antes de terminar dicho año. Según el precepto (artículo 36), si en forma civil y procesal adecuada se opone a la posesión e intenta su interrupción dentro de dicho año, frente al propietario por usucapión queda protegido por el principio de fe pública registral y, siempre que el comprador sea de buena fe, prevalece su compra y adquiere el derecho comprado (art. 36, 1); frente al poseedor que aún no ha adquirido por usucapión consumada, civilmente queda interrumpida y abortada la usucapión, aunque el comprador conozca, al comprar, la desposesión del vendedor, porque el comprador cesionario de la acción reivindicatoria es propietario por la compra y desde la compra y no necesita amparo alguno del principio de fe pública registral (art. 36, 2).

Si el comprador deja transcurrir el año siguiente a la compra sin oponerse a la posesión, se expone a que quede consumada la usucapión después de la compra, dentro de dicho año o después de él, porque la inscripción, por sí sola, no interrumpe la posesión, no la deja sin efecto, y el tiempo transcurrido se computa contra el comprador y, en este sentido, le perjudica (art. 36, 2).

Este perjuicio no impide que se interrumpa la posesión cuando la oposición se formaliza antes de que la usucapión se haya consumado. Si la oposición se formaliza dentro del año de gracia sólo hay que contar el tiempo transcurrido desde la compra para saber cuándo termina el año, sin que importe el tiempo transcurrido desde que empezó la posesión apta para la usucapión. Pero si la oposición se formaliza después de dicho año hay que computar y contar o calcular el tiempo transcurrido desde que empezó la posesión en concepto de propietario apta para la usucapión hasta el momento de la oposición, para averiguar si ha transcurrido o no el tiempo necesario para la adquisición por usucapión.

4. La segunda causa de oposición a la instancia de ejecución registral (artículo 41, 6, 2.^a) se refiere a una usucapión consumada, que puede prevalecer contra el comprador (art. 36, 1); el poseedor tendrá que probar no sólo el transcurso del tiempo necesario para la usucapión, sino, además, la mala fe del comprador, que conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, al perfeccionarse la compra, la posesión en concepto de dueño ejercida por el contradictor.

Pero dicha causa segunda no se refiere a la posesión apta para la usucapión, aún no consumada, de modo que el poseedor no puede impedir la ejecución posesoria, porque no puede probar que ha transcurrido tiempo suficiente para la usucapión alegada, aunque pruebe que el comprador conocía la posesión del tercero; es decir, que no le basta alegar y probar la posesión propia y la ahora mal denominada mala fe del comprador. La oposición por causa de posesión no habría sido admisible frente al titular

registral del dominio que ha vendido si éste hubiera instado la ejecución antes de vender, porque se regula el procedimiento de ejecución registral (artículo 41), principalmente, contra el poseedor en concepto de propietario sin derecho a poseer, opuesto al titular registral del derecho de propiedad, mas tampoco cabe oponer tal posesión frente al comprador inscrito, porque dicho procedimiento es aplicación procesal del principio de legitimación registral, de la presunción de pertenencia del derecho, al vendedor hasta la venta y al comprador desde la compra, siempre que esta presunción no conste formalmente contradicha al comprar ni al actuar procesalmente (art. 38, 2); el procedimiento no es aplicación procesal del principio de fe pública registral, aunque en él pueda alegarse por el contradictor la mala fe del comprador cuando éste pretende ampararse en el principio de legitimación registral (art. 41) y en el de fe pública registral (art. 36, 1, en relación con la causa 2.^a de oposición) contra el poseedor que ya es propietario por usucapión y no sólo poseedor no propietario.

El poseedor tampoco puede oponer que, civilmente, el comprador no es propietario porque no recibió la entrega, ya que el vendedor estaba desposeído, pues esta es una cuestión de interpretación del efecto traslativo de la compra, sea mediante la tradición o entrega de la cosa poseída por el vendedor, sea por cesión de la acción reivindicatoria para recuperar la cosa poseída por un tercero, en su caso, que sobrepasa los límites estrictos de las causas de oposición a la instancia de ejecución y que sólo cabe alegar, aunque sea sin éxito, en juicio declarativo ordinario. Las resoluciones de las Audiencias, en apelación contra la resolución del procedimiento de ejecución posesoria sumaria, se apoyan en que la finca, presuntamente, ha sido adquirida por el titular registral en virtud de la compra a un titular registral anterior, sin excluir, no obstante, la ejecución a favor del inmatriculante.

Al titular registral del derecho de propiedad, el poseedor sólo puede oponer, prácticamente, que tiene derecho a poseer, adquirido por título derivado de un titular registral o por usucapión, y lo ha de probar.

En principio, se puede formalizar la contradicción antes de que se consume la ejecución o efectuación posesoria, entablando demanda de nulidad o cancelación de la inscripción del comprador (art. 38, 2), en juicio declarativo ordinario plenario (art. 42, ap. final), que podrá ser objeto de anotación preventiva de demanda (art. 42, 1), pero no oponiendo simplemente una demanda de contradicción a la instancia de ejecución en el procedimiento de ejecución posesoria sumaria.

Es evidente que este efecto procesal de la protección del principio de legitimación registral al titular del derecho según la inscripción vigente favorece decisivamente al que compró al titular desposeído e insta la eje-

cución de su derecho a poseer (art. 41) para obtener la posesión, no la propiedad que le pertenece civilmente, porque, al limitarse las causas de oposición e invertirse la carga de la prueba del derecho a poseer, no tiene que probar la posibilidad en el Derecho español de la cesión de la acción reivindicatoria traslativa del derecho de propiedad del propietario desposeído, y la aplicación del efecto a su propia compra por disposición legal (art. 1.460, 2), pese a que la voluntad contractual parece referirse, exclusivamente, a la compra de cosa con entrega inmediata, si bien la jurisprudencia facilita la solución al interpretar el artículo 1.462, 2 (Sentencias de 21 de diciembre de 1905 y 20 de enero de 1912, que se analizan más adelante).

Fines e intereses de los contratantes

Comparadas las dos posibles soluciones del problema en el caso propuesto, para elegir entre ellas hay que tener en cuenta no sólo el azar (alea) que conlleva toda controversia jurídica, en este caso la probabilidad de que se pierda la propiedad discutida, sino también el tiempo, el momento del cumplimiento de las recíprocas obligaciones de los contratantes, dada la imposibilidad actual de realizar la entrega inmediata de la posesión de la cosa y dada la necesidad actual que el vendedor tiene de recibir la entrega inmediata del dinero, de cobrar el precio sin dilación, con urgencia, antes de que se recupere la posesión de la cosa; de este modo se rompe el equilibrio de intereses del cumplimiento simultáneo de las prestaciones recíprocas.

En consecuencia, por ser prácticamente inviable, en el caso planteado queda excluida la pseudosolución de esperar a que el vendedor recupere la posesión para que el comprador la reciba y, simultáneamente, adquiera el derecho de propiedad y para que sea exigible el pago del precio, conforme a la normal simultaneidad del cumplimiento o pago por ambas partes contratantes, conforme a la normal y simultánea entrega de la cosa y del dinero (arts. 1.100, 3; 1.466 y 1.500, 2).

Incluso la aplicación práctica de esta solución merece ser desechada porque la ocultación de la desposesión del vendedor y de la autorización o mandato adicional para actuar como si se tratara de la compra de cosa poseída por el vendedor (art. 41) deforma la realidad y se presta a confusiones, aparte de los matices que podrían calificarse como fraudulentos, que rozan el fraude a la ley.

1. En el mismo caso propuesto, si el comprador paga el precio inmediatamente después de la compra y no adquiere la propiedad hasta recibir la posesión de la cosa, desde una perspectiva económica no sólo asume

el riesgo y el coste inicial de la recuperación eventual, el riesgo y el coste del litigio, sino que también asume otros riesgos y los costes adicionales, ante la posibilidad de que acaezcan futuros eventos que afectan a la probabilidad del cumplimiento por el vendedor de su obligación de entregar, como son la muerte, la incapacidad, la ausencia, e incluso la voluntad de no cumplir, adicionales riesgos y costes que son muy difíciles de cuantificar.

Económicamente, la cuantía del precio ha de corresponder al actual valor de mercado de la cosa y a una reducción proporcional a los riesgos y gastos que prácticamente asume el comprador, pero es evidente que, en todo caso, el precio será mayor si los riesgos y gastos asumidos son menores, y que el precio mayor, el que conviene al vendedor, corresponde al supuesto en que el comprador asume sólo el riesgo inicial. La lógica económica impone que al comprador que ha de pagar tal precio inmediatamente después del contrato, le conviene pagarlo después de adquirir el derecho incorporal y controvertido para litigar como propietario, no como simple autorizado por el propietario vendedor, respecto al cual tendría un derecho personal a la cosa.

2. La realidad impone como única solución viable la excepción al principio general de adquisición del dominio por compra y entrega (artículo 609) inmediata al pago del precio (art. 1.466), cuando ya existe la disociación entre la pretensión de propiedad y la posesión, que el legislador quiere evitar llegue a existir, porque es imposible entregar la cosa mientras no se recupere la posesión perdida y es urgente cobrar el precio sin esperar hasta la entrega de la cosa.

Desde el punto de vista del Derecho constituyente, la solución no puede ser otra que plegarse a la realidad de la existencia de la disociación entre el Derecho y la apariencia, entre la propiedad pretendida y la posesión, y excluir en este caso la aplicación del principio general conforme al cual el derecho se transmite a la vez que se transmite la posesión, porque este principio se refiere lógicamente al vendedor poseedor y es ilógico aplicarlo cuando el vendedor no es poseedor, cuando ya no trata de impedir el nacimiento de la disociación, sino de facilitar que cese, sin forzar la realidad, sin imponer legalmente una obligación de hacer, de litigar, para recuperar la posesión (arg. art. 1.468, 1).

Además, al que pretende ser titular no es justo dificultarle innecesariamente la transmisión de su derecho actual, aunque sea controvertido, si lo transmite dando a conocer la situación en que se encuentra, la desposesión, la controversia existente; y más injusto es hacer económicamente incalculable el precio, que llegaría a ser irrisorio si hubiera que considerar

todos los riesgos adicionales posibles y su probabilidad y los gastos correspondientes a cada uno.

3. Si el poseedor puede transmitir, por venta y entrega de la posesión de la cosa, su «derecho» controvertido por el pretendido propietario desposeído, no es justo exigir que éste no pueda transmitir su «derecho» controvertido por el poseedor, hasta que obtenga la posesión.

4. Con este criterio, es decir, si se admite que la transmisión del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído puede no ser simultánea a la transmisión de la posesión, cuando ésta es actualmente imposible, se mantiene el equilibrio del simultáneo cumplimiento de las recíprocas prestaciones del vendedor y del comprador, aunque con la diferencia respecto al caso normal de que, al no ser necesaria la adicional entrega, la eficacia traslativa del contrato es simultánea a su perfección y el pago del precio ha de ser inmediato a la perfección del contrato, en vez de ser inmediato a la entrega.

La finalidad observada en la argumentación anterior es la misma que, según opinión de los autores, fue considerada para la formulación jurisprudencial en Roma de la teoría de la cesión de acciones, tanto de las acciones personales que se confunden con los derechos de crédito correspondientes y defienden su pertenencia al acreedor, como de la acción reivindicatoria, acción declarativa y de condena que defiende la recuperación de la posesión por el propietario para el normal ejercicio de su derecho y que es inseparable del derecho del que deriva al ser vulnerado. Sobre todo en atención a la posibilidad del fallecimiento del vendedor o del comprador, con los consiguientes problemas sucesorios y fiscales, o de la incapacidad sobrevenida a cualquiera de ellos, aparte de la revocación del mandato, que podría estimarse irrevocable por su causa, y de las posibilidades de incumplimiento de un derecho personal a la cosa, salvadas las diferencias entre la cesión de un derecho de crédito y la cesión de un derecho de propiedad controvertido.

Prácticamente no se puede esperar a que el vendedor recupere la posesión y es urgente que el vendedor cobre el precio y el comprador adquiera el derecho del vendedor, para quedar el vendedor desligado del comprador, y viceversa, en la medida posible. Se recomienda, pues, decidirse por la compra de la acción reivindicatoria, o sea del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, de modo que el comprador, en el procedimiento de ejecución posesoria sumario actuará como propietario que es, por y desde la compra, y obtendrá judicialmente la posesión que el vendedor no podía entregarle cuando se convino la compraventa.

Siendo así, se ha de otorgar no sólo la escritura de compra registrable,

sino también el documento complementario, bien coordinado y coherente, que regule lo convenido, pero que ha de quedar silenciado en la escritura para lograr la inscripción, como lo referente a la desposesión del vendedor, al pago del precio reducido y a la renuncia a la garantía en caso de evicción o a la moderación de ésta. Además, podría ser conveniente añadir un mandato representativo para que el vendedor, representado por un mandatario que no sea el comprador, pueda colaborar con éste en el procedimiento para la obtención de la posesión, al igual que si el comprador, propietario por compra a vendedor propietario y poseedor, después de recibir la entrega fuera demandado por acción reivindicatoria (artículo 1.482; p. 581, al final).

ESCRITURA E INSCRIPCIÓN

A) *Conocimiento manifestado de la desposesión*

Desde luego, si se entiende que la solución primera es la única solución, que el artículo 609 basta interpretarlo gramaticalmente y que el derecho de propiedad sólo se transmite por compra desde el momento en que se transmite la posesión del vendedor al comprador, sin excepción alguna, es evidente que no se puede inscribir una hipotética escritura de compra en la que se manifiesta que el vendedor no es poseedor, que no puede entregar y que, por tanto, no lo hace pese a la presunción de entrega por el otorgamiento (art. 1.462, 2).

Pero si se estima que la solución segunda también es posible, que el artículo 609 ha de ser interpretado gramaticalmente, pero con criterio histórico, lógico y sistemático, sin olvidar los fines e intereses económicos de los contratantes, y que es posible la cesión del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, la cesión de la acción reivindicatoria, traslativa del derecho desde la perfección de la compra (artículo 1.526), supuesta la sentencia estimatoria de la pretensión del reivindicante, hay que considerar el tema con mayor atención.

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

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

En cambio, si el vendedor es titular registral, aparente y presunto

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

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

Obsérvese que el cesionario de la acción reivindicatoria tiene título de adquisición del derecho controvertido del propietario desposeído que no es esencialmente distinto del título de adquisición por compra y entrega por el propietario poseedor, porque, supuesto el derecho del vendedor, lo esencial es la voluntad de los contratantes, el contrato de compra, aunque la tradición sea requisito adicional a la compra para que no se disocien el derecho de propiedad y la apariencia posesoria cuando se vende el derecho poseído. Por esto se puede entender que la Ley Hipotecaria no alude para nada a la tradición al referirse al título inscribible, pese a que el de compra es el más frecuente, con mucho; porque es título de adquisición por transmisión del derecho de propiedad y, por tanto, título inscribible, lo mismo el de compra y entrega cuando el vendedor es poseedor, que el de compra sin entrega cuando el vendedor no es poseedor, pues ha sido desposeído por un poseedor que se atribuye el derecho inscrito a favor del vendedor.

b) Desde los orígenes del actual Registro, la opinión del legislador (GÓMEZ DE LA SERNA), favorable a la inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria, contratada expresamente por el vendedor inscrito (p. 577), tropezó con la oposición de insignes juristas, como GALINDO y ESCOSURA, oficiales letrados de la Dirección General de los Registros (pp. 577 y 581), aunque otros juristas insignes entendieron que su criterio era acertado, entre ellos MANRESA, que fue Director General de los Registros (p. 581). Pero más tarde, aproximadamente desde 1925, se empezó a perfilar (J. GONZÁLEZ, en la *RCDI*, cuando ya era Subdirector de los Registros y del Notariado), y luego prosperó entre los más ilustres publicistas, como opinión, que civilmente sólo es posible la cesión del ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor, pues no es posible

la cesión traslativa al comprador de la acción reivindicatoria inseparable del derecho, al dar como válido en el Derecho español histórico y en el Código civil el criterio interpretativo de IHERING referente al Derecho romano que como Derecho común estaba vigente en Alemania antes de la entrada en vigor del Código Civil alemán en 1900, y al desenfocar el sentido de la jurisprudencia referente al artículo 1.462, 2, en relación con el desahucio por precario (p. 583).

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

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

1. En primer lugar, la declaración o reconocimiento por el vendedor de que no es poseedor se opone a la presunción de posesión, pero no implica el reconocimiento de que el poseedor es el propietario. El poseedor tiene a su favor, a efectos probatorios, la presunción, resultante de la apariencia posesoria, de que tiene título adquisitivo del derecho de propiedad (artículo 448), mientras que el titular registral tiene a su favor la presunción, resultante de la apariencia registral, de que le pertenece el derecho de propiedad, por su título inscrito, como causahabiente de los titulares registrales anteriores.

Si el titular registral se limita a reconocer que no es poseedor, reconoce el hecho en que se funda la presunción de posesión titulada, derivada de la apariencia posesoria, pero ni reconoce la consecuencia legalmente deducida en principio, que el poseedor tiene título adquisitivo, ni reconoce que esta consecuencia implique una prueba incontrovertible, sin posibilidad de prueba contraria, como si se tratara de una presunción *juris et de jure*,

ni reconoce que tener título adquisitivo implique tener el derecho. Esto, tanto en juicio declarativo ordinario como en el procedimiento de ejecución posesoria sumaria.

Además, se puede reconocer que existe un detentador, con o sin vicio posesorio, y no reconocer que ha prescrito el interdicto de recobrar o el de retener o que el poseedor lo es en concepto de propietario; reconocimiento que se puede realizar exclusivamente al efecto de graduar la garantía en caso de una eventual y más o menos improbable evicción de posesión o de dominio, etc.; cuestiones todas que el Registrador no puede entrar a calificar por referirse a un hecho posesorio, cualquiera que sea su determinación (art. 5.º LH).

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

En tal caso, el titular registral podrá vender y transmitir su derecho, incorporal y controvertido, y el comprador podrá registrar la compra sin perjuicio de la efectividad de la sentencia correspondiente a la demanda anotada (art. 71 LH). Obsérvese que en este caso hipotético se trata de la compra a un vendedor desposeído y que con la anotación de la demanda queda registrada la causa de una posible declaración de la ineficacia transmisiva de dicha compra, de la inexistencia del aparente efecto; incluso podría constar la desposesión del vendedor, si resulta de la anotación de la demanda de contradicción del poseedor. No obstante, hay que advertir que GALINDO y ESCOSURA entendían que la compra debe registrarse mediante anotación.

3. De esto cabe deducir que no es muy lógico negar la posibilidad de inscribir una escritura de compra al titular registral desposeído cuando se solicita la inscripción antes de practicar, eventualmente, tal anotación de la demanda de propiedad y de contradicción del Registro (art. 38, 2), si se admite la posibilidad de inscripción de la misma escritura de compra cuando es solicitada después de practicada dicha anotación, sin desconocer

por ello la importancia de la anotación como asiento de contradicción de la exactitud del Registro.

Pero también se puede deducir que si no existe anotada a favor del poseedor una demanda de propiedad y de contradicción de la inscripción del vendedor, la escritura de compra al titular registral desposeído no se debe registrar mediante una inscripción o anotación que pudiera tener eficacia análoga a la de dicha anotación de demanda, que no se ha llegado a practicar porque el interesado en que pudiera practicarse no ha formulado la demanda que corresponde o no ha solicitado la anotación.

En consecuencia, lo procedente es practicar la inscripción solicitada de la escritura de compra pero sin referencia alguna a la situación de desposesión del vendedor.

Se ha de considerar, más en concreto, lo siguiente:

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

2. Sería totalmente desorbitado obligar al Registrador a que prestara mayor atención a los intereses de un simple poseedor que la prestada por el mismo interesado, que dejó de anotar la demanda de declaración de su pretendido derecho de propiedad.

3. Es terminante la prohibición de registrar la posesión, el hecho de poseer (art. 5.º LH). Ni una posesión apta para la usucapión de una finca no inmatriculada, acreditada mediante expediente posesorio. Ni, aún menos, la declaración de un hecho posesorio, más o menos indeterminado, que pudiera resultar contrario a la presunción registral de posesión (artículo 38 ,1, final), y que sea perjudicial para la declaración de usucapión a favor del titular registral, cuando pudiera ocurrir que compre

a non domino y no sea aplicable la protección a la buena fe conforme al principio de fe pública registral (art. 34), al dificultar la prueba plena de la usucapión alegada en su demanda reivindicatoria en juicio declarativo (art. 35), o que sea perjudicial para la adquisición *a non domino* (artículo 34) del comprador que inscribe cuando el titular registral vendedor, que imprudentemente declara su desposesión, no es propietario porque existe un poseedor con usucapión consumada *contra tabulas* (artículo 36, 1).

4. Cuando el titular registral formula demanda de reivindicación no procede practicar asiento alguno obligadamente, sin perjuicio de que el demandado logre que se anote su posible demanda reconvenzional.

El procedimiento del artículo 41 se tramita sin que proceda registrar, mediante anotación, ni la instancia de ejecución ni la llamada demanda de contradicción de la instancia por el poseedor contradictor de la ejecución instada; tampoco mediante nota marginal, ni siquiera de expedición de certificación.

Por tanto, no se debe hacer constar una situación de controversia posesoria si no es por anotación de la demanda de contradicción del Registro.

Conviene aclarar que si acaso, indebidamente, se hubiera hecho constar en la inscripción del comprador el hecho de la desposesión del vendedor titular registral anterior, esta referencia podría ser cancelada por simple solicitud del titular actual del dominio, al igual que se hizo constar la referencia por simple declaración del mismo; sin perjuicio de la anotación de demanda por el poseedor, en su caso. Naturalmente, también podría ser cancelada en virtud de testimonio de la sentencia desesimatoria de la pertenencia del derecho al poseedor, recaída en juicio declarativo ordinario o en procedimiento de ejecución posesoria sumaria; mediante acta notarial de notoriedad referente al hecho de la posesión por el titular registral; en virtud de declaración en escritura de venta posterior a la registrada, etc.

B) *Conocimiento no manifestado de la desposesión*

En el caso analizado, los dos letrados exponen soluciones distintas al problema que plantea la desposesión del vendedor, pero para su aplicación práctica ambos sugieren o recomiendan otorgar en escritura una aparente compra de cosa, aparentar que se ha realizado la entrega, no manifestar o declarar la desposesión, sino ocultar, disimular o silenciar, la desposesión conocida, para que se pueda registrar el título de compra y conseguir la inmediata protección registral del principio de legitimación

en su aspecto procesal, con el fin de obtener la posesión lo más fácil y rápidamente posible.

El abogado de V. opina que no cabe excepción al principio general (artículo 1.095), y aunque considera la posibilidad de diferir el otorgamiento de la escritura de compra y entrega real, hasta después de recuperada la posesión, lo que propone es otorgar sin dilación escritura de compra y aparente entrega, por no manifestar en ella la desposesión, para poder inscribir. De este modo, civilmente, el comprador inscrito no es propietario y no lo será hasta que obtenga la posesión, es un acreedor a la entrega de cosa específica, titular de un derecho personal a la cosa, de un *jus ad rem*. Pero cuando puede actuar como representante del vendedor propietario, incluso en nombre propio, por autorización para el ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor, por autorización o cesión impropia, autorización o cesión del ejercicio de la acción, o sea cesión no traslativa de la acción, que no es propiamente cesión, en el procedimiento de ejecución posesoria sumaria actúa en nombre propio, como titular aparente y presunto del derecho real de propiedad adquirido por compra registrada (art. 38, 1), y así, en la realidad, el vendedor obtiene la posesión, la recupera, y luego la transmite al comprador, quien mediante la entrega adquiere la posesión y, al mismo tiempo, la propiedad; es decir, no obtiene la propiedad por efecto adquisitivo del principio de fe pública registral, que exige buena fe, o sea desconocimiento de la posesión por persona distinta del vendedor, ni tampoco obtiene la propiedad por un efecto adquisitivo del principio de legitimación registral, sino al obtener la posesión mediante un procedimiento judicial fundado en este principio, pero simulando que civilmente es propietario, porque realmente no lo es.

El abogado de C. opina que hay una necesaria excepción al principio general (art. 1.526) desde un punto de vista objetivo y teleológico, pero también propone otorgar la escritura de compra y aparente entrega, en la que se ha de ocultar, disimular o silenciar, la desposesión conocida del vendedor, para poder inscribir. Civilmente, el comprador es propietario antes de inscribir, y actúa en el procedimiento de ejecución posesoria sumaria como titular registral, aparente y presunto, del derecho de propiedad, por compra registrada (art. 38, 1); así, el comprador obtiene judicialmente la posesión, pero no la propiedad que ya le pertenecía por y desde la compra, sin mediar entrega por el vendedor.

1. Con una u otra aplicación práctica, en el procedimiento de ejecución posesoria sumario interviene siempre el comprador, que aparece como titular registral del derecho de propiedad, por compra registrada, porque no puede discutirse en dicho procedimiento si civilmente lo hace

en representación del vendedor aún propietario, para adquirir la posesión y la propiedad (autorización para el ejercicio de la acción o cesión impropia), o en nombre propio, por ser propietario, para adquirir la posesión (cesión). La aplicación práctica implica la ocultación del conocimiento de la desposesión, en una cesión impropia (solución 1.^a) o en una cesión (solución 2.^a).

Ahora bien, la diferencia esencial entre las dos soluciones se refiere al momento de la adquisición del derecho de propiedad por el comprador. Según la primera solución, fundada en el principio general, la cosa se adquiere en el momento de la entrega de la posesión (art. 1.095). Según la segunda solución, fundada en la excepción al principio general, el derecho de propiedad incorporal y controvertido se adquiere en el momento de la compra (art. 1.526) y la posesión se adquiere después.

Sin embargo, dos hechos pueden inducir a confusión. Por una parte, la realidad de la desposesión del vendedor queda oculta en las escrituras y en las inscripciones bajo la apariencia de compra de cosa poseída (de adquisición del derecho de propiedad por compra y entrega por el otorgamiento), cuando la desposesión se disimula o silencia o bien se desconoce. Por otra parte, en el procedimiento del artículo 41, con cualquiera de las dos aplicaciones prácticas, siempre es el comprador el que insta la ejecución en nombre propio, siempre sigue el mismo camino y llega a la meta de la obtención de la posesión con el mismo tiempo de recorrido.

Por esto, con la opinión común, se puede concluir erróneamente que es irrelevante o sólo tiene un valor teórico el definir si el derecho de propiedad comprado al vendedor desposeído se adquiere al tomar posesión de la cosa, conforme con la apariencia registral de compra de cosa poseída por el vendedor, o se adquiere desde la compra del derecho incorporal, lo que implicaría dar a la resolución judicial un efecto retroactivo innecesario.

Dicha conclusión es errónea porque olvida, ante todo, que el procedimiento del artículo 41 es de carácter ejecutivo y sumario, fundado en la apariencia registral y en la falta de derecho a poseer del poseedor real, porque se insta la ejecución por el titular registral, aparente y presunto propietario según la inscripción (art. 38, 1), contra el poseedor, aparente propietario, con presunción de título adquisitivo según la posesión (artículo 448), pero prevalece la prueba, la presunción, la apariencia formal y registral, sobre la prueba, la presunción, la apariencia posesoria, porque el titular registral prueba su derecho, al probar título adquisitivo propio y el del vendedor en su caso, mediante certificación registral, mientras que el poseedor, para impedir la ejecución, ha de probar, pero no por la presunción posesoria (art. 448), el derecho a poseer como propietario

que aduce al contradecir. Por el carácter ejecutivo del procedimiento no cabe que en él se declare el derecho de propiedad del comprador o del poseedor, o se resuelva sobre si el comprador lo adquirió por compra y entrega (como parece ser según la escritura, aunque resulta que no es así), o por compra y algún efecto registral, o por compra solamente.

2. En cambio, cuando se actúa en juicio declarativo ordinario, por la presunción legitimadora del poseedor (art. 448) el demandante ha de cargar con la prueba de su derecho de propiedad, y como prueba principal aportará la escritura de compra inscrita. Pero el poseedor puede desvirtuar la presunción *juris tantum* de pertenencia del derecho al titular registral probando que ya era poseedor al perfeccionarse la compra y entonces se revela la importancia que tiene formular la demanda con la expresión precisa y clara de si es el vendedor o es el comprador el que demanda porque pretende ser declarado propietario y obtener la posesión.

El titular registral puede actuar y manifestar que actúa como comprador titular de un derecho personal a la cosa y, además, «cesionario» (cesión impropia) del ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor aún propietario, legitimado o autorizado para actuar como mandatario representante, con poder notarial.

Pero el titular registral también puede actuar y manifestar que actúa como propietario, en nombre propio, por título de compra del derecho de propiedad, derecho que el poseedor niega al vendedor titular registral anterior y niega el comprador titular registral actual, porque este comprador puede ejercitar en nombre propio la acción reivindicatoria inseparable del derecho de propiedad para obtener la posesión que el vendedor no le podía entregar, tanto según las leyes romanas (D. 6, 1, 63 y C. 4, 39, 9) como según las leyes actuales (principalmente arts. 1.526 y 1.460, 2) y la jurisprudencia que en tal sentido interpreta el artículo 1.462, 2 (SS 21 diciembre 1905 y 20 enero 1912, que luego se analizarán).

Conforme a lo pedido en la demanda, según que el titular registral actúe como titular de un derecho personal a la cosa, por compra, pero ejercitando la acción reivindicatoria del vendedor, o actúe como propietario por compra, la sentencia condenará al poseedor, respectivamente, a que devuelva la posesión de la cosa al vendedor propietario o a que entregue o transmita la posesión de la cosa indebidamente poseída al comprador propietario. En todo caso, al ejecutar la sentencia se procederá a poner en posesión al que ganó el pleito (art. 926 LEC).

Conviene recordar, en cuanto a la *prueba* de la pertenencia controvertida del único derecho existente, que el Juez debe decidir entre los dos contendientes, a menos que la propiedad pueda corresponder a un tercero,

y para ello ha de convencerse de que el actor es el propietario y no sólo que tiene un mejor derecho a poseer, sea o no en concepto de propietario; de los hechos probados por los medios probatorios admisibles, y debidamente apreciados cada uno y su conjunto, deduce, concluye o decide y resuelve y declara que el demandante, frente al demandado, ha probado ser el dueño, por prueba mejor que la del demandado, con declaración absoluta pese a la relatividad de la prueba.

Los juristas medievales concibieron la doctrina de la *probatio diabólica* que impone al reivindicante, antes de que el poseedor necesite probar hechos impeditivos o extintivos (*commodum possessionis*), la prueba absoluta de los hechos constitutivos de su derecho y de los presupuestos de los mismos, es decir, no sólo la prueba de la compra y de la entrega, en su caso, sino también del derecho del vendedor y de los causantes de éste, en orden temporal regresivo, hasta quedar probada, con accesión de posesiones o suma de tiempos de posesión, la adquisición por usucapión, a modo de adquisición originaria. Algo que pudo ser lógico en el proceso formulario romano clásico, cuando la usucapión era de plazo breve, de uno o de dos años según se tratara de cosa mueble o inmueble, y cumplía la función de complementar el efecto traslativo de la tradición si lo procedente era la mancipación, pero no tan lógico en el proceso cognitorio romano justiniano y medieval, cuando los plazos para la usucapión eran largos, de tres años para cosa mueble y de diez años, al menos, para cosa inmueble, y era otra la función de la usucapión, desaparecida la mancipación.

La jurisprudencia actual, en España y en otros países, más bien se inclina a favor de una suavización de la prueba, a su relatividad, determinada por la defensa que oponga el demandado, quien incluso puede admitir la propiedad del causante del actor y aun la de éste, pese a estar inicialmente amparado en el *commodum possessionis* (*possideo quia possideo*), considerada la relatividad de la cosa juzgada entre partes determinadas individualmente.

El poseedor, reconocido como tal en la demanda, se ampara en la presunción de que tiene título adquisitivo de derecho a poseer, de que posee con justo título (art. 448), que habría permitido la usucapión en su caso; bien se entienda el título como causa o negocio por el que adquirió (como herencia o compra y entrega, o usucapión con o sin título), sin referencia alguna el derecho del causante (del fallecido o del vendedor) como presupuesto de eficacia del negocio adquisitivo, bien se entienda como fundamento del derecho a poseer, incluyendo la causa y el derecho del causante.

El demandante, que dice ser el verdadero propietario y pretende que

así se declare y se imponga, no puede fundar su pretensión en una posesión anterior de la que fue despojado él mismo o su vendedor en el caso de la cesión de la acción reivindicatoria, sino que ha de fundarla en su propio título, entendido como fundamento del derecho de propiedad, y así ha de probar suficientemente la compra y entrega a la que siguió el despojo o la compra solamente si es cesionario del vendedor, y, además, el derecho del vendedor o cedente que lo garantiza (*auctor, otor*), que incluye la prueba de su posesión en concepto de dueño tratándose de un vendedor cedente de la acción reivindicatoria que fue despojado o desposeído (artículo 460, 4).

Fin y naturaleza de la ocultación en cada solución

La aplicación práctica que propugnan los letrados, como se ha dicho, exige que el comprador no manifieste sino que oculte, silencie o disimule su conocimiento de la desposesión del vendedor y, así, simule que el vendedor es poseedor y ha realizado la entrega, simule, finja y aparente ser propietario por compra y entrega, para poder inscribir y proceder ejecutivamente (art. 41), al amparo de la presunción *juris tantum* de que la apariencia coincide con la realidad (art. 38, 1).

Ahora bien, esta ocultación, o simulación en sentido amplio, tiene finalidad última distinta en cada solución, en la autorización o cesión impropia y en la cesión propiamente dicha, y obliga a interpretar qué compra especial se ha querido contratar en cada caso, la de cosa o la de acción, pues con la primera se pretende inscribir un derecho personal, para adquirir la propiedad al adquirir la posesión, mientras que con la segunda sólo se pretende inscribir un derecho real de propiedad, incorporal y controvertido, adquirido por y desde la compra, para adquirir la posesión. La escritura disimula con la primera solución el conocimiento de la falta de posesión del vendedor y el carácter puramente personal del derecho del comprador, mientras que con la segunda solución la escritura tan sólo disimula el conocimiento de la falta de posesión del vendedor. La simulación se enfrenta, con la primera solución a un defecto civil, sustantivo, a la falta de tradición; con la segunda solución (ya que existe una cesión que en cierto sentido equivale o sustituye a la tradición, aunque en verdad la excluye), se enfrenta a una dificultad registral, al temor a la inseguridad que podría provocar la posibilidad de registrar un título adquisitivo de un derecho de pertenencia controvertida, algo que parece atentar contra el principio de exactitud registral (art. 38, 1).

El silenciamento del conocimiento de la desposesión, la ocultación, tanto con una como con otra solución, es causa de una inexactitud de

la escritura y de la inscripción, en amplio sentido; respecto a la primera solución en sentido más estricto, aunque sólo sea transitoria, hasta que se obtenga la posesión y simultáneamente la propiedad por cesión impropia.

a) Pero la conducta de los contratantes que simulan desconocer la desposesión parece que no puede calificarse como una simulación propiamente dicha, con el fin de engañar a terceros, porque sólo se simula un hecho, la posesión por el tercero, para disimular u ocultar otro hecho contrario, la desposesión del vendedor o mejor dicho el hecho del conocimiento de la desposesión. Aunque puede objetarse que se simula un negocio jurídico (que podría ser, según se trate de una u otra solución, la compra de la cosa poseída por un tercero y la autorización al vendedor o la compra de la acción reivindicatoria) para perjudicar al poseedor.

b) 1. Con la solución primera y la opinión común, ocultas la desposesión y la autorización, se puede entender que la simulación implica un engaño en fraude de ley, con mala fe, al Notario que autoriza el hecho de las declaraciones de los contratantes, aunque no su veracidad o adecuación a la realidad, al Registrador que practica la inscripción, y al Juez que ha de resolver quién ha de ser poseedor, un engaño con el fin de obtener una protección registral y procesal que no merece, en cuanto él no es propietario y no actúa procesalmente en representación del vendedor y en nombre del mismo. Aunque puede aducirse que el vendedor propietario merece tal protección y el comprador actúa como representante indirecto al actuar en nombre propio, pero también tiene interés propio.

2. En cambio, con la solución segunda, se ha de considerar, en primer lugar, que el engaño tiene por finalidad única eludir las consecuencias del olvido de la vigencia de una norma de amparo, civil (art. 1.526), que es excepción necesaria de otra (art. 609), y, además, que las partes contratantes eluden la consecuencia de este olvido para lograr el amparo procesal de otra norma (art. 41, 6, 2.ª, en relación con el art. 36, 2) que, precisamente, tiene la finalidad objetiva de ayudar al propietario según el Registro a que recupere la posesión frente al poseedor en concepto de propietario que no pruebe que tiene derecho a poseer por título adquisitivo derivado de titular registral o por usucapión consumada contra el Registro, para lo que invierte la carga de la prueba del derecho a poseer en concepto de propietario, que por presunción civil corresponde al ejecutante (artículo 448). El comprador es propietario por cesión traslativa desde antes de inscribir (art. 1.526) y la norma registral de amparo procesal da por supuesta la adquisición del derecho de propiedad por el que compra al vendedor inscrito pero desposeído (art. 41, 6, 2.ª, en relación

con el art. 36, 2). Por tanto, se ha de estimar inadmisibile la opinión de que existe fraude de ley o mala fe oponible en el procedimiento de ejecución posesoria sumario si va unido al simple hecho de poseer en concepto de dueño, al no probar derecho a poseer.

Con la solución primera o de la compra de la cosa poseída por un tercero, conforme a la opinión común, se oculta y quiere engañar para que se registre un derecho personal, un *jus ad rem*, contra el terminante prohibición legal (arts. 1.º y 2.ª LH y art. 9.º RH); así, el *jus ad rem* camuflado se cuela y, luego, se transforma en *jus in re*. Con la solución segunda o de la cesión de la acción reivindicatoria no hay realmente voluntad de engaño en la ocultación porque se pretende tación jurisprudencial del artículo 1.462, 2; así, el *jus in re* prudente ingresa y, luego, toma posesión.

Con la aplicación registral de las soluciones primera y segunda, respectivamente, el *jus ad rem* camuflado se cuela, y el *jus in re* prudente ingresa, en los Registros; una vez dentro, a su amparo, el atrevido *jus ad rem* se «transforma» en *jus in re*, mientras que el prudente *jus in re* se limita a tomar posesión de la cosa que sin derecho a poseer tiene el poseedor (art. 41, 6, 2.ª), ejercitando el mismo derecho que tiene el vendedor (art. 38, 1), un derecho inscrito, controvertido posesoriamente (artículo 448), pero no registralmente (art. 38, 2).

A la desposesión disimulada se refiere la Sentencia de 21 de diciembre de 1905, anterior a la existencia del procedimiento del artículo 41, que más adelante se analizará.

C) Desconocimiento de la desposesión

En principio, la cesión de la acción reivindicatoria ha de referirse al supuesto en que, al tiempo de perfeccionarse la compra, la desposesión, en concepto de dueño, del vendedor es conocida por el comprador, tanto si se manifiesta como si se oculta en la escritura.

Pero puede ocurrir que el hecho de la desposesión del vendedor sea desconocido por el comprador al perfeccionarse el contrato de compra, al otorgar la escritura pública de compra y de aparente entrega por el otorgamiento, y que el comprador llegue a conocer la desposesión algún tiempo después de la perfección de la compra. En este caso, a la voluntad del comprador, de adquirir el derecho de propiedad y la posesión de la cosa, se opone la realidad actual de la posesión por un tercero, al igual que existe dificultad real y actual cuando se compra, sin saberlo, cosa ajena o cosa futura. Así, al problema derivado de la desposesión del vendedor se añade el problema de la interpretación de la voluntad de las

partes contratantes, enfrentadas a la realidad conocida después de contratar.

Como es natural, este problema ya se planteó a los jurisconsultos romanos, que lo resolvieron mediante un artificio jurídico ingenioso, por analogía con el supuesto de pérdida parcial de la cosa, considerando que la posesión de la cosa es como parte de la misma cosa y que, si se pierde, esta parte queda sustituida por la consiguiente acción reivindicatoria para recuperar la posesión perdida, por lo que si resulta que el vendedor perdió la posesión de la cosa antes de venderla (o después de venderla y antes de entregarla) no está obligado a recuperarla, pero debe ceder al comprador la acción reivindicatoria para que la recupere él mismo, en vez de cederle la posesión de la cosa, al igual que el vendedor de un edificio que se incendió (*exusto aedificio*) no debe reconstruir el edificio pero debe entregar el solar (*aream tradere debet*), como decía el jurisconsulto PAULO (D. 18, 4, 21; p. 315, n. 80); sin perjuicio de que más adelante se disponga por el pretor que el comprador adquiere la acción aún sin cesión adicional expresa, según el jurisconsulto PAPINIANO (D. 6, 1, 63). Así lo viene a entender IHERING (p. 321).

En el Derecho español vigente, según la norma aplicable, similar a la romana citada (art. 1.460, 2), cuando el comprador llega a conocer la pérdida de una parte material de la cosa continúa queriendo lo que quería al comprar, cambiar la cosa, en el estado en que se encuentra al comprarla (art. 1.468, 1), por el precio proporcional a ese estado, de modo que los valores de la cosa y del dinero estén equilibrados.

Esto, sin perjuicio de que el comprador desista de la compra, al igual que pudo desistir de comprar si al tiempo de contratar hubiera conocido el estado real de la cosa. El comprador podrá desistir del contrato como si la cosa se hubiera perdido en su totalidad, de manera que quedará sin efecto el contrato (art. 1.460, 1), es decir, que, si lo pide, el contrato será declarado inexistente porque la prestación objeto del contrato es actualmente imposible, ya que la cosa contratada no existe en su integridad física jurídica (arts. 1.261, 2.º, y 1.272).

Así pues, el comprador de la cosa que después de la compra llega a conocer la desposesión del vendedor, habida cuenta de la imposibilidad del cumplimiento normal del contrato, por la imposibilidad de recibir inmediatamente la posesión de la cosa para disfrutarla, puede preferir no desistir de la compra sino obtener la posesión por sí mismo, como si el comprador hubiera conocido la desposesión del vendedor y se hubiera convenido el precio correspondiente al derecho del propietario desposeído, al derecho de propiedad incorporal y controvertido, sin la parte del precio correspondiente al coste y riesgo de la recuperación judicial de la posesión.

El consiguiente trato con el vendedor para la reducción del precio puede acabar en que el comprador desista del contrato. El vendedor quizá sea propietario, es posible que le pertenezca el derecho, pero está desposeído, ha perdido la posesión de la cosa que permite el ejercicio normal del derecho, por lo que si no se reconsidera la cuantía del precio, en la medida que el comprador estime conveniente a sus intereses, puede desistirse del contrato, al igual que pudo hacerlo sin cerrar el trato con el vendedor.

El vendedor no tiene esta facultad porque se puede entender que está interesado en que el contrato exista y se considere cumplido por su parte para cobrar el precio inmediatamente (art. 1.500, 2). Por tanto, la interpretación del contrato, como compra ordinaria o como compra especial de la acción reivindicatoria, queda a elección del comprador, al igual que en el Derecho alemán (p. 839, n. 273) y en el Derecho romano (D. 18, 4, 21).

Queda excluida la opción por la solución primera, la compra de la cosa poseída por un tercero, en cuanto obligaría al vendedor a reivindicar, según se verá.

Si el comprador opta por desistir del contrato, porque falta el objeto (artículo 1.261, 2.º), lo que desconocía al contratar, ha de manifestar en qué consiste la pérdida parcial y debe probar ésta; el vendedor, si se opone al desistimiento y pide el cumplimiento, ha de probar que la pérdida fue posterior al contrato (art. 1.214) o que el comprador la conocía al contratar, pues los hechos negativos como el desconocimiento no pueden probarse directamente, la buena fe se ha de presumir y corresponde al vendedor la prueba de la mala fe del desistimiento del comprador, que el Juez ha de apreciar, como cuestión de hecho.

A este respecto hay que tener en cuenta que si en la escritura de compra no se manifiesta la desposesión del vendedor *parece* que el comprador la ignora y habría que probar, en su caso, que, pese a lo que resulta de la escritura, el comprador conocía la desposesión del vendedor, pero se silenció el hecho para que se registrara la compra, lo que dificulta, aún más, la posesión procesal del vendedor frente al comprador. De aquí la importancia del documento complementario de la escritura en la que se oculta la desposesión para regular cuanto no pudo hacerse constar en la misma escritura sin desvelar la desposesión.

A la desposesión desconocida se refiere la Sentencia de 20 de enero de 1912, anterior a la vigencia del actual artículo 41, que se estudia a continuación.

Jurisprudencia: artículo 1.462, 2

Para el tema objeto de este estudio son de la máxima importancia dos Sentencias del Tribunal Supremo, recaídas en juicio declarativo planteado por el comprador frente al vendedor propietario desposeído, que interpretan el artículo 1.462, 2, dando por supuesto el efecto traslativo que se propugna, una que contempla el supuesto del conocimiento no manifestado de la desposesión (S. 21 diciembre 1905) y otra que se refiere al supuesto del desconocimiento de la desposesión (S. 20 enero 1912). Son harto conocidas, pero conviene reconsiderarlas desde el punto de vista de este estudio.

Previamente hay que centrar la cuestión jurisprudencial, aunque sin insistir en lo que ya se dijo con anterioridad (pp. 590-593, 596-598, 850; nota 292), para aclarar el sentido de algo que acaso no quedó bien expresado (p. 597).

La jurisprudencia, en cierto modo, «cristaliza» los criterios jurídicos de la doctrina nacional, y ésta se basa, al menos en gran parte, en las opiniones de los autores expresadas en libros y revistas jurídicas, por lo que si en una cuestión concreta, como esta, hay una opinión prácticamente unánime, que puede estar desorientada, pero que ciertamente está muy arraigada, es difícil que la jurisprudencia resuelva y diga la última palabra contra tal estado de opinión. Los Tribunales deciden según lo pedido y argumentado y si todos los abogados que piden argumentan con la misma opinión generalizada es difícil, por no decir imposible, que los Tribunales juzguen y resuelvan con otro criterio (p. 597). Todos estamos condicionados por nuestra circunstancia.

Además, normalmente, en un litigio se enzarzan varios problemas y a veces es difícil desenmarañar la cuestión esencial. Parece casi imposible que se plantee frontalmente, en un juicio declarativo, como única cuestión, sin más complicaciones, que el comprador demandante pueda o no pueda reivindicar fundándose en su compra a un vendedor no poseedor, porque —según el poseedor demandado— no le basta ser comprador y le falta un adicional poder del vendedor para ejercitar en nombre del vendedor la acción reivindicatoria de éste, dando por supuesto que no puede actuar exclusivamente en nombre propio como propietario, ya que la entrega no se realizó porque el vendedor no era poseedor (p. 596).

Pero también es sumamente improbable que el Tribunal Supremo, respecto a un juicio declarativo ordinario en que el comprador ejercitara la acción reivindicatoria en nombre propio, como propietario, frente al poseedor en concepto de propietario desde antes de la perfección de la compra, con una dirección letrada eficiente y con pruebas adecuadas,

llegara a fundar la sentencia en el principio general de los artículos 609 y 1.095 y en una jurisprudencia referente al artículo 1.462 en relación con el desahucio por precario, olvidando e interpretando erróneamente la excepción que implica el artículo 1.526, 1, e incurriendo así en los errores de la opinión pandectista pseudojurisprudencial (p. 583); asimismo, parece improbable que resolviera a favor del vendedor y contra el comprador si se planteara entre ellos la pretensión de que el vendedor fue propietario hasta que el comprador reivindicante obtuvo la posesión en ejecución de sentencia condenatoria a la devolución, aplicando la misma fundamentación de Derecho (p. 597, n. 201 y 202). Esto es lo que se quiso decir, aunque ciertamente no supone una argumentación jurisprudencial positiva.

Es de evidente importancia práctica el hecho cierto de que la jurisprudencia de las Audiencias al interpretar el artículo 41 deja inoperante la alegación por el poseedor de la desposesión del vendedor, porque el contradictor ha de probar su derecho a poseer y el titular registral prueba el suyo amparado en la presunción registral de pertenencia (art. 38, 1), que prevalece sobre la presunción posesoria de título adquisitivo (art. 448). Según la opinión común, ésta es, prácticamente, la única y suficiente protección para el titular registral en el caso estudiado.

Sin embargo, no es así, porque el titular registral, en el caso que se considera, además de la protección registral tiene la protección civil (artículo 1.526), que es anterior a aquélla y justifica y fundamenta la consecuencia procesal (art. 41, 6, 2.^a) de la legitimación registral (art. 38, 1), en cuanto permite referirla al propietario por compra, titular de un *jus in re*, y no sólo al comprador titular de un derecho personal a la cosa, de un *jus ad rem*, camuflado como aparente propietario por compra mediante entrega inexistente e imposible. Lo confirman las sentencias que se analizan a continuación.

A) *Conocimiento no manifestado de la desposesión,
en concepto de propietario*

La Sentencia de 21 de diciembre de 1905 (*Gacetas* de 13 y 14 de septiembre de 1906, pág. 143; ALCUBILLA: *Diccionario*, Apéndice 1906, página 832, núm. 78) se refiere a la compra inscrita de una casa vivienda. El comprador demanda al vendedor para que se le condene a la entrega de la casa y a indemnizar daños y perjuicios, porque la casa está habitada por un tercero, a título de dueño, no justificado. Pero se desestiman sus pretensiones porque cuando compró y convino la forma de pago del precio conocía esta circunstancia y «consintió las consecuencias de tal hecho,

incluso la del derecho de reivindicarla en virtud del título que le transfirió su dominio», y porque «D. (el tercero) y luego su mujer han seguido habiendo la casa alegando un injustificado... título de dueño y no es suficiente este mero hecho y (su) alegación para desconocer la eficacia y consumación de la venta de que se trata, con todos los derechos anejos a ella, incluso el de (saneamiento por) evicción, en su caso, contra el vendedor, y (así olvidar) el valor legal que tiene el otorgamiento de la escritura a tenor de lo previsto en el artículo 1.462 del Código Civil».

Ante todo, obsérvese que se trata de una escritura de aparente compra de cosa (derecho de propiedad y posesión), porque la desposesión del vendedor, que es conocida por el comprador, no se manifiesta al otorgarse la escritura. La sentencia viene a resolver que se vende la acción reivindicatoria, con efecto traslativo del dominio desde la compra.

Esta sentencia la citan todos los autores al comentar el artículo 1.462. MANRESA opinaba que el otorgamiento de la escritura de venta por el vendedor que tiene su título inscrito en el Registro equivale a la entrega o traslación de propiedad, por lo que el comprador, que sabía que la casa estaba habitada por un tercero, como dueño, sin título conocido, no tiene derecho a exigir del vendedor la entrega de nuevo y de un modo material y puede dirigirse contra el tercero. Y CASTÁN deducía que el Tribunal Supremo permite el ejercicio de la reivindicatoria por el comprador con título inscrito que compra a un vendedor con título inscrito.

a) Pero la sentencia no se funda en la eficacia de la inscripción del comprador o del vendedor y sólo alude a que «la cosa objeto de la venta aparecía en el patrimonio del vendedor y como tal se hallaba inscrita en el Registro, y así pudo inscribirla a su nombre el comprador», para significar que el vendedor tiene título adquisitivo inscrito y parece ser propietario pero realmente posee un tercero, de modo que si el comprador lo sabe cuando compra e inscribe no puede argumentar en juicio que entonces creyó que se trataba de una mera tolerancia del dueño y que luego ha resultado que el poseedor alega título de dueño sin que se haya justificado.

b) Hay que considerar ahora si la sentencia se funda en la eficacia de la escritura y, si fuera así, en qué sentido.

La sentencia resuelve que si el comprador conoce el hecho de la desposesión del vendedor, por más que dudara acerca del alcance de la posesión del tercero, no puede pretender fundadamente que el vendedor no ha cumplido su deber de entregar, porque consintió las consecuencias de la desposesión y porque en tal caso, además, la venta se consuma por el otorgamiento de la escritura y surte todos sus efectos traslativos, de

modo que el comprador adquiere todos los derechos anejos a la venta, ante todo el derecho de reivindicar frente al poseedor, porque el título le transfirió el dominio, y también el derecho de garantía contra la evicción frente al vendedor. Por tanto, la sentencia no resuelve y declara directamente que el poseedor no puede oponerse eficazmente a la reivindicación por el comprador cuando el vendedor ha sido desposeído y no ha entregado realmente, pero da por supuesto, ante todo, que el comprador adquiere la propiedad, por lo que puede reivindicar en nombre propio, como propietario por compra, para obtener la posesión que tiene el tercero, y también considera que si es vencido por el poseedor puede exigir del vendedor el saneamiento por la evicción sufrida, aunque conoce la desposesión del vendedor (al igual que lo puede exigir cualquier comprador que hubiera recibido la posesión por entrega del vendedor y luego fuera vencido en juicio reivindicatorio por un tercero no poseedor, con título desconocido por el comprador y opuesto al título inscrito del vendedor).

La sentencia, literalmente, funda este efecto en «el valor legal que tiene el otorgamiento de la escritura, a tenor del artículo 1.462 del Código Civil», pero merece una consideración detenida.

1. Es opinión común que en la expresión «cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega...» (art. 1.462, 2), la palabra «ésta» ha de referirse gramaticalmente a la escritura pública y el precepto al otorgamiento de la escritura en sí, a la lectura, consentimiento y firma de la escritura por los otorgantes y a la autorización por el Notario (sin perjuicio de que se denomine otorgamiento de la escritura bien al otorgamiento del contrato según la escritura autorizada o bien al acto único de este otorgamiento y de la autorización, acto al que parece aludir el artículo 1.455 al referirse al hecho del otorgamiento). Pero la palabra «ésta» ha de referirse lógicamente al otorgamiento de la venta mediante escritura pública, al consentimiento de los contratantes que perfecciona la compra (art. 1.450) y consta declarado en la escritura pública, en su parte referente al otorgamiento del contrato, que va seguida de la parte referente a la autorización de la escritura; es decir, la palabra «ésta» alude más al contenido que al continente. Así se deduce del mismo artículo cuando dispone que la equivalencia expresada queda desvirtuada por la voluntad contraria de los contratantes, por «lo contrario» que resulta expresamente o se deduce claramente (art. 1.281, 2) de la misma escritura (art. 1.251, 1). Se trata de una presunción probatoria deducida de un contrato que se ha formalizado en escritura pública a efectos de prueba, y que puede quedar desvirtuada en la misma escritura (artículos 1.218, 2; 1.219 y 1.230).

Los contratantes otorgan la compra en escritura pública, aunque suele decirse que otorgan la escritura de compra, porque «auctores», otorgantes del contrato son los contratantes y «auctor» u otor de la escritura es el Notario que la autoriza u otorga, en este sentido. El otorgamiento de la escritura es el hecho complejo de su formalización, principalmente el otorgamiento y la autorización en su unidad de acto, o es la parte de la escritura en la que consta el otorgamiento por los contratantes del contrato de compra que se documenta en la escritura que el Notario autoriza u otorga, como es sobradamente conocido y sería innecesario reiterar, si no fuera por el confusionismo aludido. De este modo, en vez de hablar de la escritura de compra más bien podría hablarse de la escritura de compra y de entrega por el otorgamiento del contrato de compra.

El precepto se limita a presumir, o sea a deducir, salvo voluntad contraria, del hecho de estar formalizado el contrato en escritura pública o del hecho de existir una escritura de compra, la existencia de un acuerdo de entrega o, mejor dicho, de un acuerdo de cesión de posesión por inversión o interversión del concepto en que se posee, que antes del Código Civil se formalizaba en cláusula de estilo según la cual el vendedor poseedor pasa a poseer como no propietario (*constitutio posesorio*) o el poseedor que compra pasa a poseer como propietario (*brevi manu traditio*). En tal sentido puede hablarse de una presunción o deducción derivada de la existencia de la escritura que documenta el contrato de compra y puede entenderse que se trata de un efecto más bien procesal, de prueba por presunciones, derivado de la escritura, aunque el efecto sustantivo corresponde al contrato formalizado en el documento, al contenido y no al continente.

2. Este acuerdo de entrega se considera legalmente como forma de entrega cuando la cosa es poseída por el vendedor o por el comprador, pero no puede ser forma de entrega cuando no puede haber entrega porque la cosa la posee un tercero en concepto de propietario, según interpretación unánime de la jurisprudencia y de la doctrina, de todos conocida.

Claramente, la equivalencia se refiere a la entrega propiamente dicha, a la transmisión de la posesión, porque el mismo artículo dispone, inmediatamente antes, que «se entenderá entregada la cosa vendida (de conformidad con el art. 1.461 y el 1.445) cuando se ponga en poder y posesión del comprador» (art. 1.462, 1), o sea, que la entrega realizada implica que el poder de hecho lo tiene el comprador y que este poder es una verdadera posesión de Derecho (o derecho de posesión) y no una mera situación de hecho que puede cesar frente a la acción posesoria de un tercero, que dé lugar a la tradicionalmente denominada evicción de la po-

sesión, que se diferencia claramente de la evicción del derecho de propiedad (art. 1.475, 1).

Además, procede recordar que el artículo 1.462 es de carácter general para toda clase de cosas y no limita las formas de entrega, pues sólo exige que efectivamente la cosa quede en poder y posesión del comprador (artículo 1.462, 1) e incluso la presume realizada por simple acuerdo de entrega mediante intervención posesoria, cuando la compra se formaliza en escritura pública (art. 1.462, 2), sea referida a cosa inmueble (artículo 1.462, 2), mueble (por remisión, art. 1.463) o derecho real parcial poseíble (por remisión, art. 1.464), sin perjuicio de definir algunas formas de entrega de cosa mueble (art. 1.463) o de derecho real poseíble (artículo 1.464) que pudieran considerarse dudosas. Y no se ha de olvidar que todos estos preceptos prácticamente ya existían en el Proyecto de Código Civil de 1851 (p. 795 y sigs), en el que la entrega sólo podía referirse a la transmisión de la posesión, porque la transmisión de la propiedad se producía por la compra solamente y no mediante la entrega. El autor y comentarista del proyecto, GARCÍA GOYENA, interpretaba el artículo correspondiente al hoy artículo 1.462, 2, en el sentido de que si el vendedor no era poseedor no había entrega, aunque la compra estuviese formalizada en escritura pública (p. 797).

Por todo ello, no puede decirse que el supuesto en que el vendedor no es poseedor está incluido en el artículo 1.462, 2, ni en el artículo 1.464, que al hablar de los derechos incorporales se refiere a los derechos reales parciales poseíbles y poseídos, conforme a lo dispuesto por el artículo 609.

c) 1. Al supuesto de desposesión del vendedor se refiere el artículo 1.526, que se analizará detalladamente, aunque aquí puede concretarse que respecto a la cesión de la acción reivindicatoria de cosa inmueble los contratantes pueden compelerse (art. 1.279) a que se formalice documentalmente en escritura pública (art. 1.526, 1, en relación con el art. 1.280, 6. y 1.º), a efectos de que ésta sirva como prueba del hecho de su existencia y del contenido documentado, desde la fecha de la escritura, frente a terceros (art. 1.526, en relación con el art. 1.228). Si, en efecto, la compra o cesión de la acción reivindicatoria consta en escritura pública, con ella se prueba, sobre todo frente a terceros, la existencia del contrato y el efecto traslativo producido por éste, referido al derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, efecto que se produce por y desde el otorgamiento del contrato, que consta convenido en la parte de la escritura autorizada dedicada al otorgamiento, sin adicional entrega, porque está ontológicamente excluida. Esta escritura, el documento, es de especial importancia, porque no tienen la posesión de hecho

ni el vendedor ni el comprador, falta el fundamento del acuerdo de entrega por interversión del concepto en que se posee, y la apariencia de propiedad corresponde al tercero poseedor, a diferencia de lo que ocurre cuando la escritura documenta la compra al propietario poseedor.

En este sentido, se ha de entender la sentencia en relación con los preceptos citados, porque con toda claridad dice que el efecto de dicho otorgamiento cuando el vendedor está desposeído es la «consumación de la venta (a favor del comprador), con todos los derechos anejos a ella», «incluso el derecho de reivindicar la (cosa) en virtud del título que le transfirió su dominio», e «incluso el de (saneamiento por) evicción, en su caso, contra el vendedor».

2. También hay que considerar, por una parte, que, según expresión tradicional, «la cesión de una acción equivale a la entrega», en el sentido de que la cesión produce efecto traslativo del derecho, al igual que lo produce la compra seguida de entrega, y, por otra parte, que en las escrituras tradicionales de compra siempre se incluía como cláusulas de estilo, la de *constituto posesorio* para el supuesto en que el vendedor fuera poseedor y la de cesión de la acción reivindicatoria (bajo la apariencia de un mandato *in rem suam*) para el supuesto en que el vendedor estuviera desposeído.

Por ello, puede muy bien entenderse que, a diferencia del precepto similar del Proyecto de Código Civil de 1851 (p. 789), el actual artículo 1.462, 2, dispone que del otorgamiento de la compra documentado en escritura pública se ha de deducir, por presunción *iuris tantum*, la existencia de un acuerdo de *cesión de la posesión* o entrega por *constituto posesorio*, cuando el vendedor es poseedor, o de un acuerdo de *cesión de la acción reivindicatoria*, cuando el vendedor está desposeído, acuerdos que, por causa de la compra, producen el efecto de transmisión del derecho de propiedad: en el primer caso porque se adquiere la posesión y en el segundo porque se adquiere la acción reivindicatoria, derivada e inseparable del derecho de propiedad, que permite obtener la posesión judicialmente: si bien ambas presunciones quedan excluidas si de la misma escritura resulta o se deduce claramente lo contrario, y salvo lo dispuesto por el artículo 1.460, 2, para cuando el comprador desconocía la desposesión del vendedor y puede desistir del contrato, como se verá al estudiar la Sentencia de 20 de enero de 1912. El efecto del acuerdo es la transmisión del derecho. El efecto de la escritura es la presunción de que existe tal acuerdo.

En este mismo sentido debe ser interpretada la escritura de compra en la que se oculta la desposesión del vendedor conocida por el compra-

dor; el efecto es el mismo que si se formaliza una cesión expresa de la acción reivindicatoria (art. 1.526).

Hay que resaltar la importancia que tiene el conocimiento suficiente por el comprador de la desposesión del vendedor, porque le impide ampararse en el artículo 1.460, 2, para pedir la rebaja del precio o desistir de la compra, y, menos aún, exigir que el vendedor reivindique para cumplir el contrato y hacerle entrega material (art. 1.468, 1) como se verá.

En resumen, con uno u otro sentido, prácticamente, la escritura de compra, la de todos los días, ha sido y sigue siendo una escritura en la que se documenta la transmisión del derecho de propiedad por contrato de compra y mediante la entrega por acuerdo de cesión de la posesión cuando el vendedor es poseedor, o sólo por contrato de compra o cesión de la acción reivindicatoria cuando el vendedor está desposeído; es una escritura de transmisión de la propiedad por compra y entrega de la cosa o por compra (cesión) de la acción reivindicatoria.

La compra de cosa poseída por un tercero con autorización o mandato representativo para la recuperación de la posesión, encubierta como compra de cosa poseída por el vendedor, ha de ser considerada anormal, con independencia de que tal autorización conste formalizada sólo como pacto del contrato de compra o, además, en adicional escritura pública de mandato representativo.

B) *Desconocimiento de la desposesión, en concepto de propietario*

La Sentencia de 20 de enero de 1912 (*Gacetas* de 16, 17 y 18 de abril de 1913, pp. 61 a 76; ALCUBILLA: *Diccionario*, Apéndice 1913, p. 218, Compraventa II) se refiere a una compra inscrita de varias fincas rústicas. El comprador (Félix Creus) demanda, por reconvención, a la parte vendedora (viuda e hijos de Gurumeta) reclamando que algunas de las fincas, antes de la venta, habían sido entregadas en «permuta de explotación y cultivo» (no referente al dominio), y luego de la venta no se le habían entregado a él (por lo que se opone a la demanda de la parte vendedora, que reclama el pago de ciertos intereses por la parte aplazada del precio), y solicita el abono de varias cantidades por diferencias, pero no la nulidad (inexistencia) de la compra.

La Audiencia resuelve reconocer el derecho del comprador «a posesionarse de todas las fincas» compradas que antes de la compra hubiesen sido entregadas en permuta de explotación, «rescindiendo» (para ello) los contratos (de dicha permuta) que no estuviesen legalizados», y que por los contratos (de tal permuta) que no se pudieran rescindir se le indemnizase «en el precio fijado a cada finca (entregada en permuta), caso

de que no aceptase las que fueron objeto de (recepción por la) permuta» de explotación.

El comprador interpuso recurso de casación porque el fallo le obliga «a conformarse o con las fincas permutadas (las que el vendedor recibió por la permuta) o con la indemnización del precio de cada una» (de las que el vendedor entregó por la permuta), y, así, le priva del derecho que le concede el artículo 1.471 «de poder obtener la anulación del contrato (de compra) en el caso de que no se le pueda entregar todo lo que se comprende dentro de lo vendido, si opta por esta solución jurídica, no conformándose con dejar de percibir lo que no se le puede entregar»; además recurre porque —dice— se infringe el artículo 1.461 y el artículo 1.462, 2, en cuanto al fallo «exime a los recurridos de poner las fincas vendidas en poder y posesión del recurrente, toda vez que cuando el vendedor se limita a entregar simbólicamente la cosa vendida sin estar en posesión de ella, sino estándolo un tercero, no cumple con la obligación de entregarla haciéndolo simbólicamente por el otorgamiento de la escritura, sino que debe efectuar la entrega real y efectiva, liberándola de la posesión del tercero y poniéndola en la quieta y pacífica del comprador, y al no acordarlo así el fallo impugnado se olvida de que la acción reivindicatoria sólo puede prosperar acreditando cumplidamente el derecho, y mal podría ejercitarla el recurrente no habiendo tenido jamás el dominio de esas fincas, porque el dominio está constituido no solamente por el título jurídico de propiedad, sino (también) por el hecho de la posesión que aquí falta a favor del recurrente, quien, por lo tanto, no puede ejercitar esas acciones reivindicatorias que sólo le asistirán cuando los vendedores le hubieren entregado de hecho las fincas vendidas, y de ellas hubiese tomado posesión como complemento del título de propiedad consistente en la escritura pública, no precisando poner de relieve la necesidad de anular una sentencia que pone al recurrente en el trance de ejercitar una acción reivindicatoria que no le asiste para tomar posesión de unas fincas que le vendieron y no le entregaron, obligándole además a que acepte pleitos en lugar de recibir las fincas por las que dio dinero saneado».

El Tribunal Supremo desestima el recurso, porque no es de aplicación el artículo 1.471, ya que «no se reclama la posesión de terrenos comprendidos dentro de los mismos linderos..., sino de fincas aisladas, de determinada cabida, y demarcada cada una de ellas por sus peculiares linderos», de modo que la Sala sentenciadora resolvió, «de conformidad con lo solicitado, que se ponga al hoy recurrente en posesión de las que fueron permutadas (entregadas) por los vendedores para su explotación y cultivo», pues conforme al artículo 1.461 «el vendedor está obligado a entregar al comprador la cosa vendida», y la Sala «añadió

como obligación subsidiaria, para el caso de ser imposible el cumplimiento de lo principal, la condena de abonar al comprador el valor señalado a las indicadas fincas», lo que pudo recurrir en casación el comprador y no hizo. Pero lo cierto es que «nunca (podía) alegar que se le privaba del derecho de anular la venta (declararla inexistente), puesto que semejante nulidad (inexistencia) ni principal ni subsidiariamente la pidió en la reconvención». Obsérvese que no se alega el artículo 1.460, 2.

Además se considera «el precepto claro y terminante del párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código Civil, confirmado —dice la sentencia— por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, según el que, cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario..., porque habiéndose formalizado la venta de las fincas... por medio de escritura de la indicada clase, que a mayor abundamiento ha sido inscrita íntegramente en el Registro de la Propiedad, sin que de dicho documento aparezca reserva alguna referente a la entrega de las cosas vendidas, y expresándose, por el contrario, que serviría de tradición simbólica la copia de la escritura, es manifiesto que por la expresada tradición se trasladó lo vendido al comprador, el cual, por título singular, adquirió todos los derechos del vendedor, que podrá utilizar en el modo que estime conveniente a su derecho, reivindicando las fincas del que las detente, sin perjuicio de reclamar en su caso, y cuando corresponda, la indemnización procedente; reivindicación que no puede utilizar el vendedor, porque, como queda dicho, transfirió sus derechos de propiedad al comprador».

Ante todo, obsérvese que se trata de una escritura de aparente compra de cosa (derecho de propiedad y posesión), porque no se manifiesta desposesión al otorgarse la escritura. La sentencia viene a resolver que se vende la acción reivindicatoria, con efecto traslativo desde la compra, porque no se ha ejercitado la facultad de desistir de la compra, porque no se ha pedido la declaración de nulidad (inexistencia) de la compra (artículo 1.460, 2).

También esta sentencia la citan todos los autores al referirse al artículo 1.462, 2, y CASTÁN dice que permite reivindicar al comprador, con título inscrito (que compra a un vendedor con título inscrito).

Pero, en verdad, tampoco esta sentencia se fundamenta en la eficacia de la inscripción del vendedor o del comprador, sino «en el precepto claro y terminante del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil» (la sentencia añade que el artículo está confirmado por el art. 41, de la Ley Hipotecaria de 1909, según el cual «quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales (el vendedor con

título inscrito) se presume a los efectos del Código Civil que tiene la posesión de los mismos...», pero ésta es una presunción *juris tantum*, según la opinión general).

Por ello, ha de darse por reproducido aquí todo lo que se dijo a propósito de la interpretación del artículo 1.462, 2, al analizar la Sentencia de 1905.

Además, la Sentencia de 1912 dice expresamente que el vendedor «no puede» reivindicar porque «transfirió sus derechos de propiedad (se trata de varias fincas) al comprador» de las fincas, con lo que deniega, de modo total y terminante, la petición del comprador dirigida a que el vendedor «libere las fincas de la posesión del tercero», es decir, reivindique, para ponerle «en poder y posesión», para «efectuar la entrega real y efectiva», «poniéndole en la quieta y pacífica posesión», porque el comprador entiende que «la acción reivindicatoria sólo puede prosperar acreditando cumplidamente el dominio», y «no le asiste (a él mismo) para tomar posesión de las fincas que le vendieron y no le entregaron», porque están en posesión de un tercero, ya que, según él, las acciones reivindicatorias «sólo le asistirían cuando los vendedores le hubieran entregado de hecho las fincas vendidas y de ellas hubiese tomado posesión como complemento del título de propiedad consistente en la escritura pública», pues lo contrario le obligaría «a que acepte pleitos en lugar de recibir las fincas por las que dio dinero saneado».

Resulta claramente de la sentencia que al vendedor en modo alguno se le puede obligar a que reivindique, y no puede reivindicar aunque lo desee, porque transfirió su derecho al comprador, el único que puede reivindicar.

El desconocimiento por el comprador de la desposesión del vendedor le habría permitido, ante la imposibilidad actual de recibir la entrega, desistir del contrato y pedir la declaración de nulidad (inexistencia) de la compra (art. 1.460, 2). Pero, alegando falta de cabida o número de las fincas, sólo pide reducción del precio (art. 1.471, 2, al final). En consecuencia, ha de reivindicar si quiere obtener la posesión, sin perjuicio de reclamar, en su caso y cuando corresponda, la indemnización procedente, sobre todo en caso de evicción, si no logra «rescindir» la permuta de explotación convenida por el vendedor antes de la compra.

Complementaria de la Sentencia de 20 de enero de 1912 ha de considerarse la Sentencia de 12 de abril de 1890 (Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo en materia civil. Salas primera y tercera. Primer semestre de 1890. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1891, p. 667, núm. 117), que se refiere a una escritura pública de compra de finca rústica otorgada el 11 de noviembre de 1882.

La vendedora (señora Carballido) tiene título inscrito de adjudicación particional de una finca olivar llamada Orán por fallecimiento de su esposo (señor Almagro), quien la adquirió por herencia de su padre, y los compradores (señores Corral y De la Rosa) inscriben su título de compra, con precio pagado. Al tratar de posesionarse se opone la poseedora (señora Guerrero), que dice ser dueña porque su difunto esposo la adquirió del difunto esposo de la vendedora hace bastantes años y la tiene amillarada a nombre de su esposo causante. Los compradores demandan a la vendedora y piden la «rescisión» de la compra y la devolución del precio pagado e indemnización de daños y perjuicios, porque la vendedora conocía la posesión de la señora Guerrero y la adquisición por el difunto esposo de ésta, lo que demuestra engaño y mala fe, aunque lo niega la vendedora, y «resultaba justificada la necesidad de sostener un pleito de reivindicación para obtener el olivar, a lo que no estaba ni podían considerarse obligados».

Declarado judicialmente «rescindido» el contrato, la parte vendedora recurre y el Supremo desestima el recurso porque «la vendedora aseguró transmitir su propiedad y posesión libre de toda carga y gravamen, y entregado el precio por los compradores, es indudable su obligación de ponerlos en la quieta y pacífica posesión de la finca; lo es también, que no habiéndolo hecho entonces ni podido hacer después ella y sus herederos, por hallarse en posesión un tercero, y aun en duda sus derechos dominicales, asiste a los compradores que pagaron el precio estipulado, el de reclamar la «rescisión» del contrato, con la devolución de lo entregado y la indemnización de daños y perjuicios...», puesto que «la tradición simbólica establecida por la Ley 8.^a, título 30, partida 3.^a, como todas las ficciones legales de igual índole, debe responder a la virtualidad (posesoria) del derecho que se atribuye el que la realiza, por cuya razón y siendo notorio que la vendedora no estaba en posesión de la cosa que representaba la escritura de venta que entregó a los compradores... no ha cumplido la obligación de entregar lo vendido».

Esta sentencia es interesante, aunque sea anterior al Código Civil, en cuanto se refiere a un supuesto de desposesión desconocida por el comprador, quien dice que la parte vendedora la conoce, pero no prueba su afirmación.

De ella resulta con claridad que quien vende una finca que posee un tercero, estando «en duda sus derechos dominicales», no puede poner al comprador «en la quieta y pacífica posesión» de ella sin «sostener un pleito de reivindicación», sin recuperar la posesión. Por ello, la tradición «simbólica», por entrega de la escritura de compra, como ficción legal, no puede ser forma de entregar lo que el vendedor no posee, quien

sólo con ella no ha cumplido la obligación de entregar», asumida en cuanto aseguró «transmitir su propiedad y posesión».

Esta imposibilidad de entregar la finca, después de «entregado el precio por los compradores», en principio, determina la nulidad (*inexistencia*) del contrato, por referirse éste a una prestación de cumplimiento imposible sin previa reivindicación, no exigible al vendedor, y no la rescisión de un contrato existente por incumplimiento voluntario de una prestación de cumplimiento posible; por esto, la expresión de la sentencia ha de entenderse referida no a la rescisión en sentido estricto, sino al *desistimiento* del contrato, con devolución del precio entregado e indemnización de daños y perjuicios (hoy art. 1.460, 2), porque los compradores «no estaban ni podían considerarse obligados a reivindicar», siempre que pidan la declaración de nulidad oportunamente, como ocurre en este caso, a diferencia de lo que ocurría en el caso de la Sentencia de 1912 analizada.

De no hacerlo así, se entiende que el comprador, al conocer la desposesión del vendedor, admite o acepta que el objeto de la compra es lo que resta de la cosa después de perder la posesión el vendedor, es decir, el derecho de propiedad incorporal y controvertido, con su inseparable acción para recuperar la posesión.

Conclusiones deducidas

De las dos sentencias fundamentales analizadas, la de 1905 y la de 1912, complementada por la de 1890, puede deducirse, *a contrario sensu*, que ningún poseedor ha conseguido, ni quizá intentado, que el Tribunal Supremo declare que, en juicio declarativo ordinario, el cesionario de la acción reivindicatoria ha de reivindicar en nombre del vendedor, como comprador cesionario o por mandato y poder del vendedor. La antigüedad de ambas sentencias, tan inmediatas a la entrada en vigor del Código Civil (quince años y veintiún años después, respectivamente), cuando pronto se cumplirá su centenario, permite deducir válidamente que al aplicar el Derecho vigente se considera que ambas sentencias constituyen, desde entonces hasta ahora, jurisprudencia indudable, según la cual, por aplicación del artículo 1.462, 2, la acción reivindicatoria de una finca inscrita se transmite por el contrato de compra cuando se otorga en escritura pública de aparente compra de cosa; aparente porque la desposesión del vendedor no se manifiesta o declara, ya sea porque es conocida, pero se oculta, disimula o silencia, ya sea porque es desconocida.

Ahora bien, no hay inconveniente alguno, ni en ella ni en el ordenamiento jurídico para que esta jurisprudencia pueda ser, a su vez, interpretada, como así debe ser, entendiendo que la compra del derecho de

propiedad del propietario desposeído es traslativa del mismo derecho, tal como pertenece al vendedor (art. 1.526), sin necesidad de la entrega actual, porque es imposible ontológicamente sin previa recuperación de la posesión, a la que no puede obligarse al vendedor; sin olvidar que, tratándose de fincas, la compra ha de formalizarse en escritura pública (artículos 1.526, 1; 1.218 y 1.280, 1.º y 6.º), sobre todo para que se pueda inscribir (arts. 2.º, 1, y 3.º LH), por lo que el otorgamiento o perfección del contrato de compra documentado en escritura pública equivale a la entrega en el sentido de que produce el efecto traslativo como si se hubiera realizado tal entrega, aunque en realidad la necesidad de la entrega queda excluida por la imposibilidad actual de entregar.

Por tanto, la compra al propietario desposeído documentada en escritura pública, según la última palabra que es la jurisprudencia, implica la posibilidad de que el comprador ejercite la acción reivindicatoria en nombre propio, como propietario que es, aunque *no por efecto de la escritura* (artículo 1.462, 2) *sino por efecto del contrato escriturado* (art. 1.526).

Las dos sentencias se refieren a escrituras en las que no se manifiesta la desposesión del vendedor y el efecto traslativo del título de compra (artículo 2.º, 1, LH) es el mismo tanto si el comprador conoce la desposesión del vendedor (Sentencia de 1905) como si la desconoce (Sentencia de 1912). En uno y otro caso el comprador puede reivindicar como adquirente, por compra, del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, de modo que el vendedor responde por la evicción si el poseedor vence al comprador, pero el comprador no puede obligar al vendedor a que reivindique, ni el vendedor puede reivindicar aunque lo desee. Ahora bien, si el comprador desconoce la desposesión del vendedor puede desistir del contrato, inexistente o «nulo», debido a la anterior pérdida parcial de su objeto, a la pérdida de la posesión (artículo 1.460, 2).

Aunque las dos sentencias se refieren a escrituras en las que no se manifiesta la desposesión del vendedor, nada impide que la misma solución de la sentencia de 1905 se aplique a la hipotética escritura en que se manifieste la desposesión del vendedor, porque lo importante en ella es que el comprador conoce la desposesión y resulta secundario el que su conocimiento lo manifieste o lo oculte.

En resumen, puede decirse lo siguiente:

El artículo 1.526, de carácter general, se refiere a todo caso de cesión de la acción reivindicatoria. Sobre todo al caso en que se contrata expresamente la cesión, en que se manifiesta el conocimiento de la desposesión. También al caso en el que parece se contrata la compra de una cosa poseída por el vendedor, porque no se manifiesta el conocimiento de la

desposesión o porque ésta es desconocida. Si se trata de una finca, el contrato debe constar en escritura pública a efectos de prueba.

El artículo 1.460, 2, de carácter especial, se refiere al caso de desconocimiento de la desposesión, en que el comprador puede desistir del contrato si no quiere ser cesionario de la acción reivindicatoria.

Pero se puede conciliar la *jurisprudencia* en el siguiente sentido.

El artículo 1.526, de carácter general, se refiere al caso en que se manifiesta el desconocimiento de la desposesión, es decir, a la cesión expresa de la acción reivindicatoria. Si se trata de una finca, el contrato debe constar en escritura pública a efectos de prueba.

El artículo 1.462, 2, se refiere al caso en que no se manifiesta la desposesión del vendedor, al caso de aparente compra de cosa poseída por el vendedor, y del otorgamiento de la compra en escritura pública deduce la presunción de acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria, a menos que de la escritura resulte o se deduzca claramente que se contrata la compra de una cosa poseída por un tercero (S. 21 diciembre 1905); obsérvese que cuando se trata de cosa poseída por el vendedor, la compra escriturada implica acuerdo de entrega o cesión de la posesión, a menos que de la misma escritura resulte o se deduzca lo contrario.

El artículo 1.460, 2, en tal caso de aparente compra de cosa poseída por el vendedor, dispone que si el comprador no conoce la desposesión en concepto de propietario del vendedor, cuando llegue a conocerla podrá optar por desistir del contrato si no quiere ser cesionario de la acción reivindicatoria (S. 20 enero 1912 y S. 12 abril 1890).

De la escritura de aparente compra de cosa poseída por el vendedor que resulta poseída por un tercero se deduce o presume que existe realmente un contrato de cesión de la acción reivindicatoria si el comprador conoce la desposesión y también si la desconoce, sin perjuicio de que al llegar a conocerla opte por desistir de la compra; pero la compra escriturada es la que produce el efecto de la transmisión o cesión de la acción reivindicatoria.

Inscripción de la escritura de cesión

1. El *Notario*, en su función de asesoramiento previo a la redacción de la escritura, al otorgamiento del contrato de compra y a la autorización del documento, ha de indagar la situación posesoria de la finca por diversas razones y muy concretamente por la aquí considerada, pues el vendedor ha de manifestar que le pertenece el derecho que vende y que posee la finca de su propiedad, y si acaso llega a conocer la situación de desposesión del vendedor tendrá que proponer la solución que pueda ser más conveniente, atendidas las circunstancias del caso concreto, y cui-

dar la formulación documental coherente, sin perjuicio de la posible intervención de un abogado si se ha de ejercitar la acción reivindicatoria.

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

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

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

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

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

En resumen, hay una realidad que no cabe desconocer. El oponerse, conforme a la opinión común, a la inscripción de la compra a un vendedor desposeído, sin hacer constar en la inscripción tal desposesión, no impide el hecho real de la inscripción de las escrituras en las que no se manifiesta la desposesión, que el comprador desconoce o que el comprador oculta que conoce para lograr la inscripción y ampararse en el artículo 41 para lograr fácilmente la posesión, y hay que explicar la eficacia de tal inscripción.

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

PRECISIONES CONCEPTUALES

Solución 1.^a

1. La compra de una cosa actualmente poseída en concepto de propietario por un tercero es una compra especial por su objeto inmediato, por la obligación contractual que impone al vendedor de gestionar la recuperación de la cosa en cuanto es necesaria para hacer posible el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, y es una compra en que la exigibilidad de la obligación de dar está sometida a la condición suspensiva de la realización o cumplimiento de la recuperación efectiva, que es un suceso futuro e incierto.

La posesión actual del vendedor es condición necesaria, requisito o presupuesto ontológicamente necesario para su transmisión o cesión actual. La desposesión actual del vendedor determina la imposibilidad de la tradición o entrega actual (en la actualidad, «desde luego»), y sólo la recuperación de la posesión hace posible la entrega futura, con un grado de probabilidad, certidumbre o seguridad, que depende, en parte, de los «azares de un pleito». Cuando la posesión de la cosa está perdida y es imposible entregar, hay que recuperar la posesión, evento más o menos probable, para que renazca la posibilidad de entregar. La recuperación de la posesión es condición necesaria o requisito necesario objetivo para la entrega futura. ■

Para desvelar una confusión muy frecuente hay que distinguir con claridad la compra de cosa poseída por el vendedor, con entrega actual

posible, pero que se aplaza o condiciona voluntariamente, y la compra de cosa no poseída por el vendedor, con entrega actual imposible, aunque en el futuro quizá pueda llegar a ser posible, que será exigible si se llega a recuperar la posesión.

Compras especiales por su objeto inmediato y análogas a esta última, o sea, a la compra de cosa que está en posesión ajena, son la compra de cosa de propiedad ajena y la compra de cosa futura o que puede ser reconstruida.

El vendedor queda obligado, por especial determinación de su libre voluntad contractual, no por obligación natural y propia del contrato de compra ordinaria de cosa (art. 1.468, 1), a gestionar la recuperación de la posesión, en los términos convenidos, incluida la actuación judicial con el ejercicio de la acción reivindicatoria para recuperar la posesión y poder transmitirla. El vendedor asume libremente, por su voluntad, la especial o adicional obligación de gestionar la recuperación, que es una obligación de hacer, para poder cumplir la esencial obligación de entregar, que es una obligación de dar. Como especial obligación de hacer, en los términos convenidos, exige realizar cierta actividad recuperatoria, sin que exista el deber de alcanzar el resultado deseado, propuesto y procurado obtener, porque este es un suceso futuro e incierto, que no depende de la voluntad del vendedor exclusivamente.

Pero, por pacto, la consecución de la posesión, la recuperación, el resultado gestionado y procurado, es condición suspensiva de la eficacia del contrato, de la exigibilidad del cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, y, en su defecto, del cumplimiento forzoso y de la sanción por el incumplimiento.

El vendedor se obliga a gestionar la recuperación, pero no a recuperar necesariamente, porque es evento incierto o inseguro, y la recuperación es condición contractual suspensiva de la eficacia de la compra. Es una compra especial y sujeta a condición suspensiva; la especialidad de la compra hace exigible el cumplimiento de la obligación de gestionar la recuperación de la posesión perdida, y la condición suspensiva del efecto, de la exigibilidad de la obligación de entregar, queda cumplida al ser recuperada la posesión. Se trata de una compra de eficacia y cumplimiento futuro e incierto, condicional, sometida a condición suspensiva contractual.

2. En el litigio, por medio de Procurador judicial, puede actuar el vendedor propietario en interés y en nombre propio, pero también puede actuar el comprador en interés del vendedor (aunque tenga interés propio, pero no exclusivo, el comprador), si está autorizado para el ejercicio de la acción reivindicatoria del propietario vendedor, en nombre del autorizante. El pacto adicional, convenido al comprar o después, se puede

instrumentar formalmente otorgando una escritura pública de mandato representativo, un poder notarial, que incluya la facultad de litigar y designar Procurador en nombre del autorizante o representado.

Vencido y condenado el poseedor y declarado el derecho de propiedad del vendedor, el poseedor devolverá o reintegrará la posesión al propietario vendedor, representado por el comprador. Después de recuperar la posesión, el vendedor transmitirá o cederá la posesión recobrada al comprador, es decir, realizará la entrega (art. 1.462, 1) y se producirá el efecto simultáneo de la transmisión de la propiedad al comprador (art. 1.095). Esta tradición se efectuará, normalmente, mediante el otorgamiento de escritura pública, de compra (anteriormente convenida) y de entrega actual por el otorgamiento (art. 1.462, 2); en este caso, cuando el comprador ha ejercitado la acción reivindicatoria del vendedor y obtenido la posesión para el vendedor, la tradición por el otorgamiento implica un acuerdo de interversión posesoria y *brevi manu traditio*, mientras que si el vendedor actuó y obtuvo la recuperación personalmente implica un acuerdo de interversión posesoria y tradición por *constituto posesorio*.

3. El precio se debe pagar al tiempo de la entrega de la cosa (artículo 1.500), salvo pacto especial de anticipo del pago, parcial y a cuenta más que total. Los gastos del litigio se puede convenir que corresponden al vendedor, sobre todo si actúa personalmente, o bien al comprador, y que son deducibles del precio inicial bruto.

4. La compra será ineficaz y no será exigible la entrega si no se cumple la condición suspensiva de recuperar la posesión, para su entrega, el día o dentro del plazo convenido (art. 1.467).

El riesgo, normalmente, corre a cargo del vendedor, que en caso de cumplimiento de la condición pierde los gastos y no cobra el precio o devuelve lo que ha percibido, sin perjuicio del pacto en que se agrave su responsabilidad con la exigencia de una indemnización por daños y perjuicios, como si se hubiera incumplido, más o menos gravemente, una obligación de entregar de cumplimiento actual posible.

5. Por último, hay que considerar que cuando se oculta, disimula o silencio, en la escritura, la desposesión del vendedor, a los efectos de que sea el comprador quien recupere en nombre propio, se dice que en el proceso actúa como mandatario en cosa propia, lo que merece alguna matización.

Desde luego, no puede entenderse que se alude al antiguo *mandatum* o *procuratio in rem suam* del proceso formulario romano en el período clásico, que tenía especiales efectos procesales y sustantivos y fue la primera etapa de la evolución histórica de la cesión de acciones, porque desapareció a la vez que el proceso formulario, sin olvidar que el clásico

procurator in rem suam romano demandaba en nombre del representado, con representación indirecta (*actio reivindicatoria mandata*).

En cambio, el referido comprador actual, además de comprador, parece ser representante directo del vendedor, si bien actúa (art. 41) en nombre propio, facultado al efecto, de modo que no sólo en la escritura se oculta la desposesión del vendedor conocida por el comprador, sino que, además, en el procedimiento judicial se oculta la representación por mandato adicional a la compra; sin perjuicio de que el comprador también actúa en interés propio y no sólo en interés del vendedor representado (como ocurriría en una representación ordinaria), puesto que así toma posesión para el vendedor y luego la recibe de éste, por interversión posesoria, y adquiere la propiedad; es decir, aparentemente recibe la posesión para él mismo (art. 41), pero realmente, como representante directo pero oculto, recibe judicialmente la posesión para el vendedor, y luego, mediante interversión posesoria, el vendedor (representado por el comprador) entrega la posesión al comprador (representante del vendedor);* sin que esto implique autocontratación porque sólo hay interversión del concepto en que se posee, en cumplimiento de lo acordado al comprar.

Naturalmente, la escritura de compra y aparente entrega se ha de complementar con un documento, previo o adicional, que defina claramente las anormales facultades del comprador autorizado para actuar en nombre propio.

No obstante, cuando se faculta al comprador para actuar judicialmente, tanto si ha de manifestar ser comprador con mandato representativo como si puede aparentar ser propietario por compra y entrega, cabe entender que no se le confiere una representación propiamente dicha, para gestionar un asunto ajeno en interés exclusivo del representado, sea la representación directa o indirecta por sus efectos, sea en nombre ajeno o en nombre propio y ocultando la representación, sino que se le confiere una autorización para el ejercicio de la acción ajena en interés propio del autorizado, que no excluye el interés del autorizante; compra con autorización que también se denomina cesión impropia de la acción reivindicatoria, porque hablando con propiedad no es cesión, pues tal autorización no transmite el derecho, aunque sea medio para su transmisión futura por tradición de la cosa, según la concepción de IHERING de la única cesión posible; sin perjuicio de que esta autorización sea convenida como pacto de la compra, o sea posterior y adicional a la compra y pueda documentarse como si fuera un mandato representativo, otorgando un poder notarial (p. 284, n. 21).

Solución 2.ª

1. La compra de la *acción* reivindicatoria de una cosa actualmente poseída en concepto de propietario por un tercero (art. 1.526) es la compra al que dice o afirma ser propietario desposeído, la compra de un derecho *incorporal*, de un derecho de propiedad incorporal, del derecho de propiedad sobre una cosa con todas sus facultades integrantes, entre ellas la facultad o derecho de poseer (*jus possidendi*) con la acción derivada del derecho por su vulneración, compra del derecho pero no de la posesión perdida. También es la compra de un derecho *controvertido*, porque se disputa la pertenencia del derecho entre el pretendido propietario desposeído y el poseedor que se atribuye la propiedad al amparo de la presunción de que tiene título adquisitivo (art. 448); la controversia puede ser extrajudicial o judicial y, en este caso, se trata de un derecho litigioso desde que se contesta a la demanda (art. 1.535).

En general, comprar es contratar la transmisión del objeto mediato de la compra a cambio de dinero y, en particular, comprar la adición reivindicatoria es contratar la transmisión o cesión de la acción reivindicatoria del vendedor al comprador, es acordar una compra especial por su objeto mediato, que no es una cosa corporal, sino un derecho de propiedad incorporal o, lo que es lo mismo, la acción que lo representa, es acordar un contrato de compra especial que se denomina cesión y que produce el efecto de la transmisión o cesión de la acción, simultánea a la compra, porque ningún condicionamiento legal suspende la realización del efecto traslativo querido y convenido (art. 1.526).

Se dice, con fines didácticos, que la cesión de la cosa incorporal *equivale* a la tradición o cesión de la posesión de la cosa (corporal), para significar que la compra, por sí sola, produce el efecto transmisivo del derecho del propietario desposeído, como si se tratara de la compra de cosa corporal y se hubiera realizado la entrega. Pero, en realidad, se contrata la cesión, que tiene por objeto mediato el derecho con la acción derivada, porque, al estar desposeído el vendedor, la entrega o transmisión de la posesión, la tradición, es objetivamente imposible, está ontológicamente excluida (por lo que no ha de ser suplida), y el acuerdo de cesión, al no estar su eficacia traslativa legalmente condicionada suspensivamente, implica el simultáneo efecto de transmisión o cesión de la acción, o sea del derecho del que deriva y del que es inseparable. Se adquiere el derecho de propiedad al perfeccionarse el contrato (art. 1.526), por excepción al principio general (art. 609 y 1.095) que es necesaria ontológicamente y atendidos los fines e intereses económicos de los contratantes.

Es una compra de convenido cumplimiento *actual*.

2. El pago del precio, la entrega del dinero, será inmediata a la perfección del contrato y simultánea transmisión de la acción reivindicatoria, conforme a la normal simultaneidad del cumplimiento de las recíprocas obligaciones principales de comprador y vendedor (art. 1.500), con lo que se atiende, de modo adecuado, a los fines e intereses de ambos.

3. El comprador, como propietario no poseedor, ejercitará la acción reivindicatoria en nombre e interés propio, personalmente o representado, y, si prueba su adquisición del derecho y vence en juicio declarativo, se declarará su derecho de propiedad, adquirido por y desde la compra, y se condenará al poseedor a que devuelva o reintegre la posesión al propietario, que es el comprador reivindicante, quien la recibirá y obtendrá por mediación judicial, sin mediación o entrega del vendedor.

4. Es fundamental para el comprador considerar la probabilidad de lograr la devolución o recuperación de la posesión y el riesgo de perder el litigio, porque se compra un derecho de pertenencia controvertida o litigiosa.

Se trata de una compra *aleatoria*, es la compra de un pleito, si el comprador asume el riesgo de perder el precio, pagado por el derecho de un tercero, en los términos contratados que excluyan la garantía de evicción, o por las circunstancias que la hagan prácticamente inviable.

5. Cuando se contrata la compra de una cosa desconociendo la desposesión del vendedor, el comprador puede optar por desistir de la compra, al ser imposible su objeto inmediato que es la prestación actual de la entrega de la cosa; pero si no desiste se entiende comprada la acción reivindicatoria, que es lo que se puede transmitir actualmente, y queda transmitida la acción, o sea, el derecho controvertido (art. 1.460, 2).

Derecho de propiedad incorporal y apariencia posesoria

Por cuanto el ejercicio normal del derecho de propiedad exige la posesión de la cosa y la posesión exterioriza el dominio, es apariencia del derecho, resulta normal y conveniente la situación del propietario poseedor, situación en la que a una misma persona pertenece el derecho de propiedad sobre la cosa y la posesión de la cosa, y es anormal e inconveniente la situación controvertida o litigiosa del propietario no poseedor, de disociación entre propiedad y posesión, en la que son personas distintas el que dice o afirma ser titular del derecho de propiedad, pero no es poseedor y reivindica para recuperar la cosa, y el poseedor en concepto de propietario de la cosa, que también se atribuye la propiedad, por lo que el ordenamiento jurídico dificulta o procura evitar que se produzca

o nazca esta disociación, y cuando existe procura remediarla y facilita que cese o se extinga.

1. Se procura evitar la disociación al disponer que el propietario puede transmitir por contrato de compra el derecho de propiedad y la posesión o apariencia del derecho de propiedad si ambas transmisiones son simultáneas, de manera que se entrega y recibe la posesión, la apariencia del derecho, y simultáneamente se enajena y adquiere el derecho de propiedad sobre la cosa objeto de la compra (arts. 609 y 1.095). Es peligroso que se transmita la propiedad por la compra solamente, pues aunque el vendedor quede como precarista, si no se contrata un negocio adicional que le faculte para poseer, aunque no como propietario (arrendamiento, usufructo, etc.), se facilita el que surja la situación de disociación, sobre todo si se vende y transmite la posesión por el vendedor a un tercero de buena fe.

2. La discordancia existe, claramente, desde que el propietario pierde la posesión ideal y queda desposeído, porque durante el plazo de un año no ejercita la acción interdictal para recuperar la posesión real perdida (arts. 460, 4, y 1.968, 1.º).

Desde esta pérdida real y sobre todo desde la pérdida de la posesión ideal, coexisten un propietario no poseedor, el que afirma ser propietario desposeído, al que se atribuye la acción reivindicatoria para recuperar la posesión y que cese la disociación (art. 348, 2), y un poseedor en concepto de propietario, que se dice legitimado por la posesión, que se presume *juris tantum* que tiene título adquisitivo del mismo derecho de propiedad (art. 448), y que, si transcurre tiempo suficiente sin que se interrumpa la posesión, muy dudosamente porque reconozca no ser propietario y más probablemente por el ejercicio de la acción reivindicatoria del propietario, por usucapión adquiere la propiedad, deviene nuevo propietario poseedor, de modo que pierde la propiedad el antiguo propietario y cesa la disociación entre propiedad y posesión (arts. 1.930 y sigs.).

3. Se procura facilitar que cese la disociación al fijar el plazo (correspondiente a cada caso) dentro del cual el propietario puede ejercitar la acción reivindicatoria para interrumpir el transcurso del tiempo necesario de usucapión y para recuperar la posesión, pues al terminar el plazo de desposesión pierde la propiedad porque la adquirente por usucapión el poseedor, que pasa a ser nuevo propietario poseedor. Sólo en este sentido se compele al propietario desposeído a que recupere la posesión y reivindique, en su caso.

El propietario desposeído puede vender pero no contratar una venta ordinaria porque no puede entregar y para entregar en un incierto futuro

probablemente tendría que litigar, a lo que no se le obliga legalmente. Si el propietario no quiere o no puede enfrentarse con el poseedor en un litigio y quiere remediar su situación vendiendo, cabe que recupere la posesión «ayudado» por el comprador o que el comprador le «sustituya» como propietario y sea él quien cargue con el problema de la recuperación. El ordenamiento facilita el remedio al disponer, con ciertos artificios de técnica jurídica histórica, que, excepcionalmente, se conozca o se desconozca la situación de desposesión del vendedor, el contrato de compraventa, con carácter especial, por sí solo, sin una entrega adicional que es actualmente imposible, transmite el mismo derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, en el que se incluye la derivada e inseparable acción reivindicatoria (art. 1.526), de manera que el comprador, ejercitando la acción reivindicatoria derivada del derecho o facultad de poseer puede obtener la posesión, y al obtenerla cesa la disociación inconveniente.

Es lógico y normal que el ordenamiento procure que no se origine la situación de disociación entre derecho de propiedad y apariencia posesoria y por ello disponga que, en la situación normal del propietario poseedor, por causa de compra, sólo al transmitir la apariencia, la posesión, se transmita, a la vez, simultáneamente, el derecho de propiedad sobre la cosa (art. 1.095). Pero cuando la situación anormal del propietario desposeído ya existe, no parece lógico y normal entender, como única solución para que pueda transmitir su derecho, que el ordenamiento le obligue a hacer cesar la situación anormal para volver a quedar en situación normal de propietario poseedor, es decir, que le obligue a recuperar la posesión, que vuelva a ser poseedor, lo que prácticamente le obliga a reivindicar, aunque sea con ayuda del comprador aún no propietario, si éste resulta autorizado para ejercitar la acción reivindicatoria del vendedor propietario desposeído; entonces, si se atienden los intereses en juego, parece más lógico que al propietario desposeído, mientras lo sea, la ley le permita transmitir inmediatamente su derecho, en el mismo estado de desposesión en que se encuentra al venderlo, como un derecho incorporal y controvertido o litigioso que es.

En el Derecho civil, sin interferencias de mala fe, la situación del poseedor que aspira a usucapir no resulta perjudicada o agravada si el propietario reivindicante no es el vendedor, sino el comprador, como tampoco si reivindica el heredero y no el causante, o el donatario y no el donante; lo mismo que la situación del propietario no poseedor no resulta perjudicada o agravada si el poseedor vende y entrega la posesión real a un nuevo poseedor que continuará su posesión apta para usucapir. Parece que debe permitirse a una parte, al pretendido propietario des-

poseído, lo que se permite a la otra parte, al poseedor, para mantener un cierto equilibrio de intereses; ambos han de poder transmitir sus respectivos «derechos» o, mejor dicho, el derecho que cada uno dice tener, que es un solo derecho, que pertenece a uno o a otro.

En cambio se debilitaría la situación del pretendido propietario desposeído y resultaría fortalecida la situación del poseedor si cuando reivindica el comprador, pudiera oponer, eficazmente, el largo silogismo según el cual al comprador no le pertenece la acción reivindicatoria, inseparable del derecho de propiedad del que deriva desde que empezó la posesión corporal ajena, porque no es propietario, porque no se le hizo tradición, porque no puede hacer tradición el que no posee, porque poseedor no era el vendedor, sino el demandado, que continúa siendo poseedor. Para fundamentar esta argumentación, el poseedor intenta ampararse en una norma (arts. 609 y 1.095) y para ello la interpreta conceptualmente, olvidando la interpretación teleológica, sin concordarla con el total ordenamiento jurídico, y con otras normas concretas (arts. 1.526 y 1.460, 2, principalmente), que tienen una interpretación histórica secular, referentes al caso excepcional del vendedor propietario desposeído, que, en cuanto excepción, confirma la regla general. Le ayuda a lograr tal desequilibrio otra norma (art. 448) que le dispensa de la prueba de su manifestación de que tiene título adquisitivo de derecho que le faculta para poseer en concepto de propietario, y que obliga al comprador a probar que es propietario, porque lo era el vendedor y sus causantes hasta completar el tiempo necesario para la usucapión, según la opinión común, y porque él ha comprado y ha adquirido el derecho vendido sin necesidad de tradición, algo que puede parecer sorprendente a algunos, porque es excepcional y, como tal, conviene que se pruebe.

Desde luego, esta prueba no es sencilla, porque requiere precisar el sentido, no evidente, en el que se usan algunas palabras no unívocas y expresiones elípticas y figuradas que fueron usuales en la doctrina patria anterior y coetánea al Código Civil, pero al parecer olvidadas por la doctrina y técnica jurídica actual, a las que se refiere este estudio. Sin embargo, la jurisprudencia que interpreta el artículo 1.462, 2 (SS de 21 diciembre 1905 y 20 enero 1912) ha permitido y permite orillar tal dificultad, aunque, a su vez, deba ser interpretada para aclarar que es coherente con la figura jurídica de la cesión de la acción reivindicatoria.

Derecho controvertido y declaración judicial

Hipotéticamente y a efectos expositivos, se habla de la venta por el propietario no poseedor o de la compra al propietario desposeído de la

cosa que un tercero posee en concepto de propietario, contra quien en juicio declarativo puede ejercitarse la acción reivindicatoria para recuperar la posesión, previa declaración de la pertenencia del derecho, porque se considera inicialmente cierta la afirmación o pretensión de pertenencia del derecho de propiedad al reivindicante, que se ha de probar.

Pero realmente, salvo un improbable reconocimiento por el poseedor de su falta de derecho, antes de recaer la sentencia firme sobre la acción reivindicatoria ejercitada judicialmente, es insegura, incierta, dudosa, la pertenencia del derecho de propiedad, controvertida entre el que es reivindicante, que afirma ser el propietario, gravado con la carga procesal de la prueba de su derecho de propiedad, del fundamento de la adquisición de su derecho, y el que es demandado como poseedor en concepto de propietario que lo niega, amparado en la presunción legitimadora de justo título de adquisición (art. 448), deducida legalmente de la apariencia posesoria de pertenencia del derecho de propiedad. Queda «sometida a los azares de un pleito» (GÓMEZ DE LA SERNA) la determinación por la sentencia de la realidad, de si dicha venta de cosa no poseída por el vendedor es una venta por el propietario no poseedor (venta de cosa propia poseída por un tercero) o una venta por el no propietario y no poseedor (venta de cosa no propia, sino ajena y poseída por un tercero). Hay aquí un componente de riesgo o azar (alea) que conviene no olvidar.

El grado de seguridad de la pertenencia del derecho al vendedor es, naturalmente, función directa del grado de probabilidad de la pertenencia al mismo, afectada por la posibilidad de prueba y, concretamente, por las presunciones legales, deducidas de la apariencia posesoria y de la apariencia registral, como medios probatorios.

En el caso considerado, la posesión y la inscripción son dos apariencias sociales que se refieren al único derecho que existe en la realidad. El poseedor es un aparente propietario y el reivindicante es un pretendido propietario, pero sólo hay un derecho controvertido, que pertenece a uno o a otro, o a un tercero. El poseedor tiene a su favor la prueba de la presunción de título adquisitivo del derecho de propiedad fundada en la posesión (art. 448), por lo que es el no poseedor quien ha de probar que el derecho le pertenece. Pero si el reivindicante es un titular registral también es un aparente propietario, pues tiene a su favor otra prueba, otra presunción, fundada en la inscripción, pero referida no al título adquisitivo, sino directamente a la pertenencia del derecho adquirido por el título registrado (art. 38, 1).

La apariencia posesoria y la deducida presunción de título adquisitivo (artículo 448), prevista a favor del propietario poseedor, se vuelve contra él si deja pasar el año durante el que puede ejercitar el interdicto de

recobrar. Pero la discrepancia entre la legitimación civil por la posesión (artículo 448) y la legitimación registral por la inscripción (art. 38, 1), con sus respectivas presunciones, de título adquisitivo del derecho, de adquisición titulada o fundada, de «justo título» para la posesión, o posesión titulada, por una parte, y de pertenencia del derecho por el título registrado a favor del titular registral por otra parte, prácticamente se decide a favor del titular registral en el procedimiento ejecutivo posesorio sumario (art. 41, 6, 2.^a).

Aunque aquí se habla de derecho controvertido, en amplio sentido, hay que entender que la controversia, la discusión entre las partes, puede quedar en controversia extrajudicial, pero en la mayoría de los casos se convertirá en una controversia procesal, en un litigio, y el derecho ha de considerarse litigioso «desde que se conteste a la demanda» (art. 1.535, 2). No obstante, quizá sea más real y práctico utilizar controvertido y litigioso como adjetivos sinónimos, con un sentido amplio, relativo a la situación que resulta de la vulneración del derecho y determina el nacimiento de la acción reivindicatoria.

Lo importante es que las apariencias sociales y las presunciones no deben prevalecer sobre los fines justos de los individuos que integran la Sociedad. Mediante la correspondiente prueba, la sentencia, en su caso, decidirá la justa realidad que resulta de los hechos y del Derecho.

Elección de la segunda solución

Cuando el vendedor es un propietario desposeído y se le compra la cosa (art. 1.445) la propiedad se adquiere al adquirir la posesión, conforme al principio general, por la compra y desde la entrega (arts. 609 y 1.095), al recibir el comprador la posesión, pero después de ser recuperada por el vendedor. En cambio, si al vendedor propietario desposeído se le compra la acción reivindicatoria, el derecho controvertido se adquiere al comprar, por y desde la compra (art. 1.526), y el comprador reivindicante adquiere la posesión más tarde, al recibirla del poseedor por mediación judicial, sin entrega del vendedor.

Ambas soluciones son especiales en relación con la compra ordinaria de una cosa poseída por el vendedor, pero la primera aplica el principio general de la transmisión por compra y entrega, aunque esta entrega queda sometida a la condición suspensiva de la recuperación, incluso cuando se cede al comprador el ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor, es decir, cuando se acuerda una autorización para el ejercicio de la acción del autorizante, una cesión impropia. En cambio, la segunda solución es la nueva solución del Derecho romano clásico y postclásico, con una larga evolución, en la que, por excepción a dicho

principio general, se cede o transmite la propiedad controvertida por el contrato de cesión o compra solamente, sin entrega, como la compraventa traslativa del Derecho francés actual, aunque a este resultado se llega, al final de aquella evolución, a través de ciertos artificios jurídicos, principalmente considerando que la compra al propietario desposeído implica cesión de la acción reivindicatoria, cesión de lo que queda de la cosa o cesión del derecho de propiedad controvertido y de lo que queda en lugar de la posesión, porque se estima que la desposesión equivale a una pérdida parcial de la cosa (D. 18, 4, 21), y entendiendo que si el comprador desconoce la desposesión del vendedor de la cosa adquiere la acción reivindicatoria de la misma, sin perjuicio de que expresamente opte por desistir de la compra (art. 1.460, 2), así como que la acción reivindicatoria deriva del derecho de propiedad, pero es inseparable de él de modo que al ceder la acción se cede el derecho.

Pero, conforme al Derecho vigente, las dos soluciones no son iguales en rango, sino que es preferente o prioritaria la transmisión actual del derecho (solución segunda) a la transmisión futura y condicional de la cosa (solución primera).

1. Se considera convenida la cesión de la acción reivindicatoria, la transmisión actual del derecho controvertido, y no la simple autorización para el ejercicio de la acción y la transmisión futura y condicional de la cosa, cuando el comprador desconoce la desposesión del vendedor, sin perjuicio de su opción por desistir del contrato (art. 1.460, 2), y también, como es lógico, cuando parece que el comprador desconoce la desposesión porque se conoce, pero no se manifiesta y se oculta al otorgar la compra en escritura pública. Entonces, por excepción al principio general, la transmisión del derecho de propiedad del vendedor se realiza simultáneamente a la compra, tal y como es posible actualmente, sin transmitir la posesión pero sí la acción para recuperarla (art. 1.526).

2. Salvo pacto expreso, se excluye la solución primera, con la consiguiente aplicación del principio general, porque implica para el vendedor el asumir la obligación de gestionar la recuperación de la posesión, de reivindicar prácticamente siempre, que es una obligación especial de hacer, de cumplimiento previo al cumplimiento de la obligación esencial de dar, de entregar. Salvo pacto, legalmente no se impone el cumplimiento de una prestación que es imposible al perfeccionarse el contrato (artículo 1.468, 1). Así resulta de la citada Sentencia de 20 de enero de 1912.

La *verdadera solución* es comprar la acción reivindicatoria, o sea el derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído.

do, porque, además de no ser posible el normal cumplimiento, actual y simultáneo, de las prestaciones recíprocas de las partes, no es conveniente, por razones económicas y jurídicas, esperar hasta que, en un futuro no inmediato al contrato, quizá sea posible dicho cumplimiento simultáneo, como se observa claramente en el caso propuesto en este estudio.

En principio, el legislador, al igual que el contratante, considera lo que es actualmente posible, el contrato puro y simple, referido a una prestación posible en el presente, no en el futuro. Si se trata de un contrato de transmisión de la propiedad, como la compra, se ha de referir a la transmisión actual de lo que es posible transmitir «desde luego», es decir, del derecho y de la posesión cuando el vendedor es poseedor de la cosa, o del derecho con la acción reivindicatoria para recuperar la posesión cuando el vendedor no es poseedor de la cosa. El contrato transmite lo que actualmente se tiene, sea la cosa (derecho y posesión) sea la acción (para recuperar la cosa), y el adquirente de lo que tiene el vendedor procurará completar lo que le falta, la posesión de la cosa, acallando la controversia sobre la pertenencia del derecho. Todo ello sin perjuicio de la especial voluntad contractual.

Nadie da lo que no tiene, pero a nadie se le ha de dificultar que pueda «dar» lo que sí tiene, actualmente, aunque sea un derecho controvertido (si se tiene), un derecho de propiedad sobre una cosa que no se posee porque otro la posee en concepto de propietario.

Si se autoriza y se registra la compra y aparente entrega por el otorgamiento del contrato en escritura pública, porque en el documento, más o menos consciente y voluntariamente o por desconocerla, no se manifiesta la desposesión del vendedor, que así parece ser propietario poseedor, la inscripción no suple a la tradición, ni se ha de deducir esto del artículo 1.473 y de la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, y la escritura no equivale a la tradición o la suple, ni se ha de deducir esto del artículo 1.462, 2, porque la tradición de una acción o de un derecho de propiedad incorporal está ontológicamente excluida y, conforme a los fines e intereses económicos de los contratantes, la compra o cesión de la acción reivindicatoria transmite por sí sola el derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, aunque no la posesión en concepto de propietario que otra persona tiene (arts. 1.526 y 36, 2, LH, según la jurisprudencia, en Sentencias de 1905 y 1912, conformes y complementarias entre sí).

Pero la inscripción que se practica en virtud de escritura pública de compra facilita la adquisición de la posesión si se insta y actúa el procedimiento ejecutivo posesorio sumario, porque éste se funda en

la inversión de la carga de la prueba del título adquisitivo del derecho a poseer (arts. 41, 6, 2.^a, y 38, 1, contra art. 448), que impide al poseedor oponer al comprador, simplemente, la desposesión del vendedor, y libera al comprador de la prueba de la vigencia y aplicación al caso litigioso de la solución excepcional de la cesión de la acción reivindicatoria con efecto traslativo, simultáneo, del derecho de propiedad del propietario desposeído, facilitada, a su vez, por la interpretación jurisprudencial del artículo 1.462, 2.

En este sentido, la cesión de la acción reivindicatoria, el contrato, su perfección u otorgamiento (art. 1.526), no la inscripción ni tampoco la escritura que se ha de formalizar a efectos probatorios (art. 1.280, 1, 6.^o), suple a la tradición; es decir, si se entiende que donde se dice cesión de la acción se dice, también, compra del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído y que la inscripción practicada de la compra en escritura pública facilita al comprador propietario la obtención judicial de la posesión. Pero, hay que insistir, la cesión se aplica al supuesto de desposesión, en el que, por excepción objetivamente necesaria al principio general, la tradición actual queda excluida y, por tanto, no queda suplida.

La jurisprudencia confirma esta tesis al resolver que la escritura pública de compra, cuando el vendedor no es poseedor, implica que el comprador puede ejercitar la acción reivindicatoria, como propietario (Sentencias 21 diciembre 1905 y 20 enero 1912); aunque esto es así no por el otorgamiento de la escritura, como parece que resulta de las sentencias que interpretan el artículo 1.462, 2, sino por el otorgamiento del contrato, que, en los casos contemplados por las sentencias, consta debidamente en escritura pública (conforme al art. 1.526, 1, en cumplimiento del art. 1.280, 1.^o y 6.^o), en la que no se manifiesta la desposesión, y que está inscrita (art. 36, 2, en relación con los arts. 38 y 41), tanto si la desposesión es conocida y más o menos conscientemente ocultada al contratar la compra documentada en escritura pública (S. 21 diciembre 1905), como si es desconocida al contratar (S. 20 enero 1912).

PRECISIONES HISTÓRICAS

Roma

Para facilitar el estudio de la cesión de la acción reivindicatoria y su evolución histórica, así como del Derecho español vigente, conviene recordar, siguiendo a KASER y a CARRELLI en general, que en el Derecho romano son muy diferentes el período clásico con el proceso formulario

(*per formulas*) y el período postclásico con el proceso cognitorio iniciado en el período anterior, y también que no fue bien conocida la diferencia entre ambos procedimientos, y sus consecuencias, antes de 1816, en que se descubrió el *palimpsesto* de Verona, que recoge las Instituciones de Gayo, de las que antes sólo era conocido un deficiente resumen visigótico (los textos que se citan están recogidos en la n. 80, p. 313. Se refieren especialmente a cosa mueble.)

A) En el *proceso formulario* hay que destacar algunos aspectos de la ejecución de la sentencia para recuperar la posesión.

La condena a la devolución de una cosa propiedad del demandante, tanto por acción reivindicatoria (D. 6, 1, 21, de PAULO) como acción personal (D. 19, 2, 58, 8, de GAYO, y D. 42, 1, 12, de MARCELO, para el depósito y comodato, o D. 25, 2, 22, de JULIANO), no se ejecuta forzosamente (*manu militari*), pero el poseedor demandado que se niega a devolver (*contumax*) es condenado por el juez en su sentencia a pagar la correspondiente indemnización o estimación del litigio (*litis aestimatio*) que el demandante fija bajo juramento y prácticamente es el precio de una venta forzosa para el «vendedor» (*similis venditione*, D. 6, 2, 7, 1, de ULPIANO).

a) Si la cosa está *presente* (*res praesens*) ante el magistrado o pretor (*in jure*) al tiempo de la *litis contestatio* en que da la fórmula del proceso, es decir, si el demandado como poseedor continúa poseyéndola al final de la fase *in jure* o de formulación de la *litis*, luego, ante el juez privado (*apud judicem*) al pagar el precio (*litis aestimatio*) se realiza la tradición por intervención posesoria (*brevi manu traditio*) al «comprador», al final de la fase *apud judicem* o de prueba y sentencia.

Cuando se trata de cosa *nec mancipi* (un vestido en los textos citados) y el vendedor es propietario quirritario, el «comprador» y *accipiens de la traditio* adquiere la propiedad quirritaria (D. 6, 1, 46, de PAULO, interpolado).

Pero cuando se trata de cosa *mancipi* (un esclavo en los textos citados o un animal de labranza), aunque el «vendedor» sea propietario quirritario, al no formalizarse la *mancipatio* no se transmite la propiedad quirritaria al «comprador» y *accipiens* de la *traditio*, quien así adquiere la propiedad bonitaria y sólo llegará a ser propietario quirritario por usucapión, en virtud de su posesión por compra, una vez transcurrido el plazo de un año si se trata de cosa mueble (un esclavo) o de dos años si se trata de cosa inmueble (un campo).

Sabido es que la clásica usucapión se ha de referir a la hoy denomina-

da usucapición ordinaria, fundada en la posesión titulada, obtenida por tradición (*traditio*), porque el tiempo purifica la falta de la forma civil (*mancipatio*) necesaria para transmitir la propiedad quiritaria; de manera que, prácticamente, el dominio quiritario se obtiene por compra, tradición y uso duradero, si la posesión no se interrumpe durante un plazo breve, y hasta entonces sólo se tiene la propiedad bonitaria y la acción *publiciana*, no oponible al propietario quiritario vendedor, sin perjuicio de la excepción o acción personal por compra; esto aparte de la aplicación de la usucapición para probar la adquisición a un propietario cuando de otro modo la prueba es insuficiente, y para adquirir por compra a un no propietario. La hoy llamada usucapición extraordinaria es de origen histórico posterior, como prescripción o pérdida de la acción reivindicatoria por falta de ejercicio durante un plazo largo, que determina la irreivindicabilidad de la cosa.

Si después de la entrega, pero antes de transcurrir el año posterior a la *traditio* necesario para consumir la usucapición, el «comprador» del esclavo pierde la posesión, como ocurre cuando el esclavo huye, hay que distinguir dos supuestos.

1. Si lo captura y posee un *tercero*, para recuperar la posesión el «comprador» no tiene acción reivindicatoria (nueva o distinta de la que tuvo contra él su vendedor) ejercitable contra el «tercero poseedor» (nuevo poseedor), ya que la acción civil reivindicatoria sólo se atribuye al propietario civil o quiritario. Ahora bien, el *Edicto* de los pretores (la más importante fuente de Derecho escrito) le concede la acción *publiciana* (D. 6, 2, 7, 1, de ULPiano); acción ficticia, que está fundada, a efectos de la fórmula procesal del proceso clásico, en la ficción de que el «comprador» ya había adquirido por usucapición antes de perder la posesión, como si hubiera transcurrido el plazo de un año desde la compra; acción útil, de la misma utilidad que la reivindicatoria, por su efecto y por su tramitación procesal (*actio reivindicatoria utilis*); dirigida contra el poseedor actual, «tercero» que puede ser contumaz como lo que fue el que ahora ejercita la acción *publiciana*, con las mismas consecuencias antes dichas.

2. Pero si el poseedor actual no es un tercero, sino el «vendedor», quien continúa siendo propietario quiritario, que ha logrado capturar al esclavo, al comprador no se le concede la acción *publiciana* pretoria porque no puede dirigirse contra el propietario civil, y sólo puede ejercitar la acción personal como «comprador» (*actio empti*) contra el «vendedor», propietario quiritario, de modo que el vendedor contumaz, que se opone a entregar la posesión, devolverá la *litis aestimatio* que percibió del comprador. Sin perjuicio de la *cautio* estipulada en la *litis contestatio*

como garantía adicional de que el vendedor entregará la cosa al comprador si acaso llega a recuperarla, o no obstaculizará la toma de posesión de la cosa por el comprador (D. 6, 1, 47, de PAULO), *cautio* que no implica garantía de un deber de recuperar o de reivindicar para entregar (D. 6, 1, 21), porque la recuperación es imposible si el poseedor demandado por acción reivindicatoria es contumaz, como ya se ha dicho.

Por eso, el comprador y *accipiens* de la *traditio*, desposeído por la fuga del esclavo, ha de considerar quien lo posee. Si poseedor es un *tercero*, pedirá al pretor y éste le concederá en su fórmula la acción *publiciana*, que podrá ejercitar después de pagar la *litis aestimatio* (D. 6, 2, 7, 1). Si poseedor es el *vendedor*, pedirá al pretor y este le concederá en su fórmula que el juez, después de la prueba e inmediatamente antes de la sentencia, condene al vendedor a que se le entregue el esclavo que ha recuperado o que, si no cumple la conminación, le pague la *litis aestimatio* y se cumpla la *cautio* o garantía convenida (D. 6, 1, 47) (página 349).

Al hilo de la exposición conviene advertir que las *Instituciones* de JUSTINIANO regulan en particular (I. 3, 23, 3; p. 317, n. 313, al final) el supuesto en que el vendedor poseedor, *después de vender y antes de entregar*, pierde la posesión, sin dolo ni culpa propia, porque el esclavo se ha extraviado o perdido (concretamente porque ha huido), o ha sido sustraído, robado o hurtado (D. 18, 1, 35, 4, de GAYO); supuesto distinto del de compra por *litis aestimatio* cuando, al tiempo de formalizarse ésta y de pagarse la estimación o precio, el vendedor es poseedor y entrega mediante interversión posesoria. Se imputa al vendedor la carga del riesgo y pierde el derecho a cobrar el precio al comprador cuando se hubiera convenido la custodia hasta el momento de la entrega, porque, entonces, la pérdida implica culpa. Si no se convino la custodia, el vendedor tiene derecho a cobrar el precio (está a seguro), pero debe ceder por mandato al comprador la acción reivindicatoria (*vindicationem rei* o acción real) y la condición (acción personal restitutoria) y la acción de hurto (acción por delito), porque «el que aún no ha entregado la cosa al comprador es todavía su dueño» y si el vendedor hubiese conseguido algo con estas acciones debe entregarlo al comprador (D. 47, 2, 14, de ULPIANO).

En el proceso formulario del período clásico la acción reivindicatoria se cede expresamente mediante convenio adicional a la compra, por el que se confiere mandato procesal o *procuratio in rem suam*. La demanda se ha de plantear por el *procurator* reivindicando en nombre del cedente y mandante (*actio reivindicatoria mandata*), por lo que no se puede dirigir contra éste, y prácticamente el efecto traslativo del derecho se

produce al formular la *litis contestatio* entre el *procurator in rem suam* y el tercero poseedor, por transposición de sujetos, de carácter novatorio (al igual que era novatoria la delegación de la acción personal, que fue la primera solución histórica respecto a un crédito).

b) 1. Si la cosa reivindicada *no está presente (res absens)* ante el pretor al tiempo de la *litis contestatio*, porque en el transcurso de la fase *in jure* del proceso el poseedor ha perdido la posesión por su *culpa* (pérdida culposa) y la tiene un tercero, como ocurre cuando el esclavo reivindicado se extravía o huye por falta de custodia o por negligencia (*culpa*) del poseedor demandado y lo captura un tercero, o cuando el esclavo es sustraído, hurtado o robado (*furtum vel rapinam*) por un tercero, asimismo por falta de custodia o por negligencia (*culpa*) del poseedor demandado, éste no puede ser condenado a la devolución, que es imposible si no se recupera la posesión, y ante el juez debe pagar la *litis aestimatio* al demandante «vendedor»; pero, como «comprador» por *litis aestimatio*, tiene derecho a que el vendedor le ceda su nueva acción reivindicatoria contra el «tercero» poseedor actual, mediante *mandatum ad agendum (actio reivindicatoria mandata)* (D. 6, 1, 21 y D. 6, 1, 63, 1.^a parte, de PAPINIANO). El que la cesión se formalice en el mismo juicio hace resaltar histórica y doctrinalmente la figura de la cesión de la acción reivindicatoria. Pero se ha de observar que la nueva acción cedida contra el tercero no es la vieja acción reivindicatoria contra el «comprador» (o la vieja acción personal contra el mismo) por la que se pagó la *litis aestimatio*.

Ahora bien, si resulta que el vendedor, después de la *litis aestimatio*, recobra el esclavo, contra él sólo cabe ejercitar la *actio empti*, para que lo entregue, y pedir el cumplimiento de la *cautio* de entrega, habida cuenta del significado contemporáneo de la cesión de la acción reivindicatoria, porque la demanda se interponía por el cesionario como mandatario representante procesal (*cognitor* o *procurator*) del cedente, en nombre del cedente, pero con representación indirecta, e *in rem suam*, de modo que la demanda, necesariamente, dice que el cedente es el propietario (si bien dejará de serlo desde que se formule la *litis contestatio*), demanda que, lógicamente, no puede dirigir contra sí mismo (p. 359).

2. Si la pérdida ha sido *dolosa* (p. 347) el comprador no tiene derecho a la cesión de la acción, ni a la reivindicatoria mandada (D. 6, 1, 69, de PAULO), ni menos a la acción *quasi publiciana*, de la que se hablará (D. 6, 1, 70, de POMPONIO).

3. Si la pérdida ha sido *fortuita* (D. 6, 1, 63, de PAULO, y p. 339) se absuelve al demandado que dejó de poseer, pero debe prestar caución, no de «perseguir» (reivindicar) al esclavo, sino de que si lo recupera lo

restituirá (y si había usucapido al esclavo antes de su huida debe ceder su acción reivindicatoria al demandante y entregarle los frutos percibidos durante su posesión). El demandante puede dirigir su nueva acción contra el nuevo poseedor.

B) En el *proceso cognitorio postclásico* (el proceso justiniano) la situación es muy distinta.

Ahora, la condena a la devolución se ejecuta forzosamente (*manu militari*) contra el demandado poseedor que se niega a devolver, pero cabe que durante el proceso, libremente, se convenga la compra del esclavo por el demandado poseedor, y en tal caso no se contrata una venta forzosa para el demandante, una *litis aestimatio* que ya no existe, sino una venta puramente voluntaria, y con la *traditio brevi manu* el comprador adquiere la propiedad del esclavo, porque para ser propietario frente al vendedor no necesita una usucapición, que ahora es de plazo más largo, tres años para cosa mueble y por lo menos diez para cosa inmueble. Por tanto, la propiedad de cualquier cosa (ya no se distingue *nec mancipi* y *mancipi*) se adquiere en virtud de una compra, fundada en una transacción durante el proceso, mediante *traditio brevi manu*, al perfeccionarse la compra (*statim*) (lo que impone las oportunas interpolaciones a los compiladores justinianos en el D. 6, 1, 46; pp. 339 y 348).

Ahora, si el demandado está desposeído, ha perdido la posesión y no puede devolverla, pero teme la posible condena a indemnizar, como transacción judicial puede convenir con el demandante la compra por precio libremente pactado (*ex voluntate actoris*). Esta compra puede tener distinto objeto, conforme al tema central de este estudio.

1. Puede convenirse (*ex voluntate actoris*) la compra de la cosa poseída por el tercero, de modo que la propiedad se adquiere por el comprador que paga el precio al tomar posesión de la cosa; bien sea sin necesidad de ejercitar acción alguna el comprador, por entrega que realiza el vendedor si logra recuperar la cosa, incluso reivindicando (porque ahora el poseedor contumaz ha de devolver la posesión *manu militari*) o al recuperarla el comprador sin reivindicar, lo que puede ser objeto de especial garantía (D. 6, 1, 47; interpretación más ajustada que la propuesta en p. 332, n. 103); bien sea al ejercitar el comprador la acción reivindicatoria del vendedor si está autorizado por mandato representativo (D. 6, 1, 63, 1.^a parte).

2. Puede convenirse la compra de la acción reivindicatoria, porque el *Edicto* del pretor concede al comprador, desde que paga el precio no aplazado, la acción llamada *quasi publiciana* (*actio reivindicatoria utilis*),

acción real, que se dirige *erga omnes possidentes*, incluso contra el vendedor que después de haber vendido el esclavo sin poseerlo llega a conseguir su captura o recuperación (D. 6, 1, 63, 2.^a parte), y porque el *Código* justiniano concede al comprador de la acción *real* el que útilmente la ejercite en nombre propio (C. 4, 39, 9). Se trata de la acción real por antonomasia, la acción reivindicatoria, adquirida no por compra y entrega, conforme al Derecho civil, sino por compra al propietario desposeído, «nuevo» supuesto de hecho considerado digno de protección por el Derecho pretorio, y de ahí la «nueva» denominación (p. 357).

En el proceso cognitorio del período postclásico, al final de la evolución de la cesión, la acción reivindicatoria cedida se adquiere por la compra y el pago del precio. Una vez desaparecido el proceso formulario y con él las ficciones formularias, cuando ya no procede hablar de una acción reivindicatoria útil en el sentido técnico estricto del Derecho clásico, la acción se ejercita por el comprador cesionario en nombre propio (*suo nomine agere*), quien demanda como sujeto activo de la acción, contra cualquier poseedor, incluso contra el vendedor que después de vender ha recobrado la posesión y se niega a entregarla al comprador.

Normas fundamentales en el Derecho justiniano y Derecho español vigente

Sabido es que el *Digesto* (con un fragmento del jurisconsulto PAULO, del período clásico tardío, de quien son otros fragmentos referentes a la reivindicación en el D. 6, 1) formula el *principio general* según el cual «*nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut alia justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur*» (D. 41, 1, 31, pr.), complementado por el *Código* justiniano al decir que «*traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*» (C. 2, 3, 20). Del primero resulta que el contrato de compra es causa de la entrega y de la transmisión del dominio, y de ambos resulta que para la transmisión del dominio ni basta sólo el contrato (*nudis pactis* del *Código*) ni basta sólo la entrega (*nuda traditio* del *Digesto*).

Como ya se ha dicho, un fragmento de PAULO (D. 6, 1, 47) aplica este principio general a la compra de la cosa al propietario desposeído por un tercero poseedor, de modo que el comprador adquiere la propiedad al tomar posesión de la cosa. Ahora bien, en el Derecho clásico, al que corresponde este fragmento, el vendedor poseedor queda obligado por el contrato de compraventa a entregar la cosa, pero el vendedor no poseedor no puede quedar obligado a dicha entrega porque es imposible si no recupera la posesión y la posesión no puede recuperarse reivindi-

cando si el poseedor es contumaz y decide adquirir la propiedad de la cosa pagando la *litis aestimatio*; por ello, el vendedor desposeído que vende la cosa debe garantizar (*cautio*) no que reivindicará, sino que entregará la cosa si la recupera (D. 6, 1, 21, también de PAULO) y que no obstaculizará la obtención de la posesión por el comprador (D. 6, 1, 47).

En cambio, en el Derecho postclásico, cuando la sentencia de condena se ejecuta *manu militari*, si el poseedor es contumaz y se niega a devolver la cosa, la garantía puede referirse al deber de reivindicar el vendedor, aunque no lo diga el fragmento clásico de PAULO (D. 6, 1, 47), que tampoco alude, para nada, a la posible cesión de la acción reivindicatoria, a la que se refiere el otro fragmento clásico de PAULO (D. 6, 1, 21).

Pero el principio general, al igual que otros principios generales, no es tan absoluto como parece, pues ha de ser conciliado con la realidad.

En relación con el mismo se han de citar otros dos preceptos fundamentales del Derecho romano, ambos del mismo jurisconsulto PAULO.

Por una parte, «...*si sine culpa desinit detinere venditor, actiones suas praestare debet... nam... (venditor)... aream tradere debet exusto aedificio*» (D. 18, 4, 21; p. 315, n. 80), es decir, que si el vendedor perdió la posesión de la cosa vendida no está obligado a recuperarla, pero debe ceder al comprador la acción reivindicatoria, al igual que el vendedor de un edificio que se incendió (*exusto aedificio*) no está obligado a reconstruirlo, pero debe entregar el solar (*aream tradere debet*), y se ha de reajustar el precio. Lo recuerda NÚÑEZ LAGOS (pp. 355 y 585, nota 188), como IHERING (p. 321).

Por otra parte, «*is qui habet actionem ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*» (D. 50, 17, 15), es decir, que quien tiene la acción para recuperar la cosa, la acción reivindicatoria, se entiende que tiene (*habet*, posee) la cosa (p. 346, n. 100), aunque *es mejor tener la cosa que la acción* según otra regla general del Derecho atribuida a POMPONIO (D. 50, 17, 104). Lo recuerdan GÓMEZ DE LA SERNA (p. 574 y n. 163-168) y GARCÍA GOYENA (pp. 785 y 787), legisladores enfrentados en la cuestión de la subsistencia de la tradición como requisito adicional a la compra para la transmisión del dominio. Estos textos romanos son antecedentes históricos del actual artículo 1.460, 2, en tal sentido.

Pero, sobre todo, procede considerar con cierto detenimiento los dos preceptos más importantes para este estudio, un fragmento del jurisconsulto PAPINIANO (contemporáneo de PAULO) referente a la denominada acción *quasi publiciana* (D. 6, 1, 63, 2.^a parte) y una ley o precepto del Código que se refiere a la venta de la acción *reivindicatoria* (C. 4,

39, 9), antecedentes históricos del artículo 1.526 en cuanto a la acción real, reivindicatoria.

1. El jurisconsulto PAPINIANO, al final del período clásico, dice (en versión libre del D. 6, 1, 63, deficientemente traducido en la versión de ALVARO D'ORS, p. 314) que «el demandado por acción reivindicatoria, si (después de la demanda y antes de la *litis contestatio*) ha perdido (sin dolo) la posesión, y por ello ha de soportar que se le condene (por el juez) a la compra de la cosa y pago del precio (la *litis aestimatio* jurada por el reivindicante), puede pedir y el pretor concederá que el demandante le ceda su (nueva) acción (reivindicatoria contra el nuevo poseedor); si bien ninguna actuación capciosa (del demandante vendedor que llega a ser poseedor contumaz) podrá afectarle (al demandado comprador) porque el (*Edicto* del) pretor le atribuye acción (auxilio, ayuda) contra cualquier otro poseedor, incluso contra el (demandante vendedor) que cobró el precio, y se desestimaré la (eventual) pretensión (del demandante vendedor) de devolver el precio (comprando la cosa)», acción que POMPONIO niega al demandado que con dolo perdió la posesión y que denomina acción *quasi publiciana* (D. 6, 1, 70).

Así pues, en caso de venta por el propietario no poseedor, el comprador, desde que paga el precio, es propietario, en cuanto tiene acción, (no cedida formalmente por el vendedor mediante *procuratio in rem suam* o *actio mandata*), concedida por el pretor (*actio utilis*), en nombre propio, contra cualquier poseedor, para obtener la posesión de la cosa, incluso contra el vendedor, que sería el propietario de la cosa si el *Edicto* no hubiera atribuido esta acción al comprador (p. 346).

Esta acción reivindicatoria concedida resulta más conveniente que la acción reivindicatoria mandada, cedida mediante mandato, que en el Derecho clásico era una *procuratio in rem suam* y en la *litis contestatio* determinaba una transposición de sujetos, novatoria, en cierto modo traslativa del derecho o acción, es decir, prácticamente una verdadera cesión, pero que en el Derecho postclásico pasa a ser una cesión impropia, es decir, una autorización o mandato para ejercitar la acción reivindicatoria del vendedor, de modo que al recobrar éste la posesión, por interversión posesoria se transmite al comprador mandatario y así adquiere el derecho de propiedad, lo que implica la regresión postclásica desde la solución nueva de la compra cesión traslativa de la acción a la solución vieja de la compra de la cosa poseída por un tercero.

Es fundamental, asimismo, el precepto del Código justinianeo (C. 4, 39, 9; pp. 317, 361) según el cual «el comprador de una acción real (por antonomasia, que es la acción *reivindicatoria*) la puede ejercitar

útilmente en su propio nombre; al igual que el comprador de una acción personal puede ejercitarla útilmente en su propio nombre».

Así, el comprador de la acción reivindicatoria, desde que paga el precio (p. 351), adquiere el derecho de propiedad (al igual que el comprador de la acción personal identificada con el mismo nombre del derecho de crédito adquiere el derecho), y puede utilizar la acción reivindicatoria (como el comprador de un crédito puede utilizar la acción con la que se identifica). Esto sin necesidad de una adicional cesión expresa por mandato. Y, hay que entender, tanto si conoce la desposesión del vendedor como si la desconoce (arg. D. 18, 4, 21, antes citado; ver más adelante *sinopsis de normas*).

En resumen, según dos preceptos fundamentales (D. 6, 1, 63 y C. 4, 39, 9), cuando el vendedor es un propietario desposeído, el comprador, desde que paga el precio, adquiere el derecho de propiedad de pertenencia controvertida por el poseedor y puede accionar (reivindicar) en nombre propio (como propietario) contra cualquier poseedor.

Las disposiciones citadas, vigentes en el Derecho justiniano y aplicadas desde su recepción medieval, estaban vigentes, como supletorias, al entrar en vigor el Código Civil, que ni modifica el principio general (arts. 609 y 1.095) ni se olvida de la excepción al mismo referente al caso del propietario desposeído que cede la acción reivindicatoria para recuperar la posesión (art. 1.526), ni del supuesto de desconocimiento por el comprador de la desposesión del vendedor (art. 1.462, 2). En este sentido es indudable la opinión del legislador P. GÓMEZ DE LA SERNA (pp. 572 sigs.). La jurisprudencia llega a la misma solución por otro camino, al interpretar el artículo 1.462, 2, en vez de los artículos 1.526 y 1.280 (SS. 21 diciembre 1905 y 20 enero 1912).

C) Se ha dicho (CUESTA SÁENZ, J. M.: *La acción publiciana*, Madrid, 1984, p. 68, n. 77) que GAYO alude a la acción *publiciana* como una de las acciones dotadas de fórmula ficticia (*Inst.* 4, 36), fórmula que, según DE SARLO, es «un aspecto posible de cualquier acción a la que falta un presupuesto para su ejercicio según el *jus civile*» (que en la *publiciana* es el transcurso del tiempo necesario para consumar la usucapión), y que el mismo GAYO enumera las acciones con fórmula ficticia e incluye entre ellas a la acción *publiciana* y a la que resulta de un fragmento de JULIANO (D. 25, 2, 22) en el que se califica como *actio in rem* la que se atribuye a la mujer casada que por *litis aestimatio* (por compra y pago del precio) obtiene la posesión (*traditio* por interversión), que luego pierde, de una cosa que su marido, divorciado, le reclama por acción personal porque se la había apropiado (*res amota*);

supuesto que, según DE SARLO, es asimilable a la propiedad bonitaria absoluta, como los demás supuestos de compra y pago de la *litis aestimatio* (de cosa poseída, e interversión posesoria). Se ha dicho, asimismo, que esta acción (la del D. 25, 2, 22) «recibe el nombre de *quasi publiciana* y también el de *publiciana utilis*, pero siendo esencialmente idéntica a la *publiciana* y habiéndose transmitido a la tradición (histórica) posterior como una faceta de aquélla parece conveniente no darle un tratamiento distinto». También se ha dicho que está en contra E. GIMÉNEZ ROIG, basándose en E. VALIÑO, al afirmar que no se trata de una acción ficticia ni derivada de la *actio publiciana*, sino de la *reivindicatio*.

Sin embargo, conviene matizar estas afirmaciones. Lo que se dijo (página 357) fue que «la acción *quasi publiciana* no es una acción útil o ficticia de la acción *publiciana*» y, a la inversa, que «la acción *publiciana* no ha de considerarse acción básica de la acción *quasi publiciana*», con fundamento en E. CARRELLI por lo que se refiere a la acción *quasi publiciana* muy especialmente, a la que, en varias ocasiones denomina *publiciana* útil o *reivindicatio utilis* (*ob. cit.*, p. 59), y en E. VALIÑO respecto al concepto de acción útil en general, quien entiende que no hay acciones útiles de otras acciones útiles.

Por eso, cuando se denomina *publiciana utile* a la *quasi publiciana*, lo que se quiere decir es que se trata de una *actio reivindicatoria utilis* similar (*quasi*) a la *publiciana*, que también es una *actio reivindicatoria utilis*.

La acción *quasi publiciana* sólo está nombrada en un fragmento (D. 6, 1, 70, en relación con el D. 6, 1, 63), según CARRELLI, que no es el fragmento al que se refiere DE SARLO al parecer (D. 25, 2, 22). Ambos fragmentos contemplan la compra (por *litis aestimatio*) de una cosa, reclamada por acción real o por acción personal, respectivamente, que realiza el demandado como poseedor que pierde la posesión, al que se le concede acción pretoria, que es la acción *publiciana* cuando pierde la posesión *después* de la compra (D. 25, 2, 22) y, en cambio, es la acción *quasi publiciana* cuando pierde la posesión *antes* de la compra (D. 6, 1, 63), es decir, cuando al comprar no es poseedor el vendedor ni lo es el comprador, por lo que no cabe interversión del concepto en que se posee y no hay *traditio* (a diferencia del supuesto de la *publiciana*). Si DE SARLO considera que dicho fragmento (D. 25, 2, 22) se refiere a una acción *quasi publiciana*, se puede conjeturar que lo hace porque el fragmento se refiere a un supuesto en que la (nueva) acción reivindicatoria contra el tercero poseedor se cede, por consecuencia de la *litis aestimatio*, a quien ejercitaba contra el «comprador»,

que fue demanddo como poseedor, una (vieja) acción no reivindicatoria, sino personal.

En verdad, la denominación de acción *quasi publiciana*, aunque supone un cierto paralelismo o similitud con la acción *publiciana*, por cuanto ambas son acciones reivindicatorias útiles, no tiene un origen indudable. Puede entenderse relacionado con el precepto según el cual «*traditionibus et usucapionibus dominia rerum... transferuntur*», porque la *publiciana* era concedida como si hubiera *usucapión*, que no hay por falta de tiempo suficiente para ella, y la *quasi publiciana* como si hubiera *tradición* (previa a la *usucapión*), que no hay por falta de posesión del vendedor. También puede entenderse referida a que la acción *publiciana* del propietario bonitario no puede dirigirse contra el vendedor porque, después de la tradición, continúa siendo propietario quiritario, y la acción *quasi publiciana*, originariamente, en una primera etapa de su evolución durante el período clásico con proceso formulario, aunque concedida legalmente por el pretor (aunque no se trata de una *actio mandata*), sólo supone la adquisición de la propiedad bonitaria y no puede dirigirse contra el vendedor que continúa siendo propietario quiritario, al igual que ocurre con la acción *publiciana*. Ambas son acciones ficticias, por lo que ya se ha dicho, y acciones útiles de la reivindicatoria, que es la acción básica de ambas. Pero el titular de la *publiciana* podía *usucapir* y el titular de la *quasi publiciana* no podía hacerlo, por falta de posesión.

Por otra parte, comparar (p. 362) el D. 6, 1, 63 y el C. 4, 39, 9 es algo que quizá no resulta lógico desde el punto de vista del estudio de la acción *publiciana*, pero sí desde el punto de vista del estudio de la cesión de la acción reivindicatoria, y la comparación se inspira en IHERING (p. 329) y en VALIÑO (p. 361).

1. Claro que IHERING compara el C. 4, 39, 9 con el D. 6, 1, 47, que considera el precepto fundamental, para reafirmar su tesis contraria a la cesión (traslativa) y favorable a la que llama cesión pero configura como cesión del ejercicio por derecho propio (por compra) de la acción ajena (p. 329). Pero no deja de enlazar el D. 6, 1, 47 con el D. 6, 1, 63, para observar que aquel fragmento no menciona la cesión, sino sólo la *cautio* (p. 320), en lo que profundiza CARRELLI (p. 341), quien para nada nombra a IHERING.

CARRELLI, en cambio, funda la cesión traslativa en la acción *quasi publiciana* del D. 6, 1, 63, frente al D. 6, 1, 47, que analiza muy detalladamente (p. 340), pero en su estudio se refiere al Derecho clásico, por lo que no compara aquel fragmento con el C. 4, 39, 9, del Derecho justinianeo.

2. VALIÑO alude al D. 6, 1, 63 para apuntar que procede de un momento de la evolución en que se superponen la cesión de la acción reivindicatoria por el vendedor mediante mandato (*actio reivindicatoria mandata*) y la concesión por el pretor de la acción *quasi publiciana* (*actio reivindicatoria utilis*) (p. 339). También se refiere al C. 4, 39, 9, para resaltar que en el período justiniano ya no existen acciones útiles en el sentido clásico y la expresión *utilis* o *utiliter* se refiere siempre a un supuesto en que se concede una acción nueva, un nuevo derecho (página 360).

A propósito del fragmento de PAULO (D. 6, 1, 47) hay que insistir en que el vendedor está obligado a entregar, si posee. El vendedor que no posee, en el Derecho clásico no puede ser obligado a entregar porque aunque reivindique y sea condenado el poseedor, éste puede ser contumaz y entonces el reivindicante no llega a recuperar la posesión. Pero esto ya no ocurre en el Derecho justiniano y el vendedor puede obligarse a realizar una actividad de recuperación, aunque la futura recuperación sea condicional, futura e incierta.

D) Con gran atención hay que considerar que el fragmento de PAPINIANO (D. 6, 1, 63) incluye la *cesión expresa* de la acción reivindicatoria por el vendedor al comprador adicional a la compra y la *concesión*, por el pretor al comprador, de la acción *quasi publiciana*, por la compra tan sólo, porque es un fragmento del período clásico, pero corresponde al período de transición del proceso formulario al cognitorio, en el que se superponen ambas soluciones (VALIÑO, p. 339) y luego los compiladores justinianos descuidaron su adaptación a la nueva situación, en la que no es necesario pedir y que se conceda el que se imponga la cesión adicional a la compra mediante mandato o *procuratio in rem suam*, que el vendedor fácilmente podía obstaculizar, porque está sustituida con ventaja por la concesión legal de la acción por la compra tan sólo (CARRELLI, *ob. cit.*, p. 61).

Esta superposición de soluciones (sobre todo tratándose de acciones personales) y el desconocimiento del procedimiento formulario romano por los glosadores conducen al confusionismo medieval y posterior entre cesión *voluntaria* de la acción *directa*, por mandato, adicional a la compra, y cesión *legal* de la acción *útil*, por la simple compra; duplicidad o concurrencia de acciones que continúa aparentemente en el formulario de «Febrero» (p. 572, n. 162).

Ahora bien, la solución de la compra con adicional cesión expresa por mandato de representación indirecta (*actio reivindicatoria mandata*), que fue la primera etapa histórica de la cesión por consecuencia de la

transposición de sujetos, novatoria, en la *litis contestatio* del proceso formulario del período clásico, a juicio del que escribe, se ha de reconducir en el período postclásico (cuando ya no hay tal *litis contestatio* novatoria con transposición de sujetos) a la compra de cosa poseída por un tercero, adicionada con mandato de representación directa (aunque se encubra la desposesión y el mandato), que es una *cesión impropia* de la acción reivindicatoria y no la propiamente dicha compra o *cesión* (traslativa) de la acción reivindicatoria.

En resumen, resulta lo siguiente:

1. El D. 6, 1, 47, en el período clásico se refiere a la compra de cosa poseída por un tercero con garantía adicional de que el vendedor no incumplirá su deber de entregar si logra recuperar la cosa, ni obstaculizará que el comprador la obtenga y así adquiera la propiedad; pero en el período postclásico se ha de entender que la garantía puede extenderse al deber convenido por el vendedor de ejercitar la acción reivindicatoria para intentar recuperar la cosa y entregarla al comprador, porque ahora el poseedor, vencido pero contumaz, puede ser forzado *manu militari* a devolver la cosa al reivindicante y no puede adquirirla por *litis aestimatio*.

2. El D. 6, 1, 63, primera parte, en el período clásico se refiere a la compra con mandato procesal adicional o *procuratio in rem suam* que implica cesión novatoria por transposición de sujetos al formular la *litis contestatio*; pero en el período postclásico (al igual que en el Derecho común europeo, desde la *Glosa*) se refiere a la compra de cosa poseída por un tercero con autorización o mandato procesal adicional para el ejercicio por el comprador de la acción reivindicatoria del vendedor, con el fin de que el comprador pueda obtener la posesión y con ella la propiedad, que es la llamada cesión impropia, única «cesión» posible, según IHERING.

3. El D. 6, 1, 63, parte segunda, se refiere, desde el período clásico, a la compra o cesión propiamente dicha o cesión traslativa de la acción reivindicatoria, o sea del derecho de propiedad controvertido por el poseedor; ahora bien, en el período clásico la acción reivindicatoria cedida no podía ejercitarse contra el propietario quirritario porque el comprador era un propietario bonitario, por compra pero sin tradición, y por esto se denominaba acción *quasi publiciana* (similar a la *publiciana*, pero no igual, ni derivada de ella). A la acción reivindicatoria cedida se refiere también el C. 4, 39, 9, como acción real por antonomasia, que puede ejercitar útilmente, y a ella ha de referirse ahora la antes denominada acción *quasi publiciana*.

Respecto al *Derecho justiniano*, desde otro punto de enfoque, aunque sea repetir lo ya dicho, resulta lo siguiente:

1. La compra de *cosa* poseída por un tercero, en la que prevalece el principio general de la transmisión del derecho de propiedad por compra y entrega, que será futura y condicionada a la recuperación, está regulada por el D. 6, 1, 47, referente a la compra con cláusula o caución adicional de no obstaculizar la toma de posesión por el comprador, que no obliga al vendedor a recuperar la posesión, pero puede obligarle a reivindicar para recuperarla (compra con caución de entregar, y está regulada por el D. 6, 1, 63, parte primera, referente a la compra con cláusula adicional de mandato o autorización al comprador), y está regulada por el D. 6, 1, 63, parte primera, referente a la el vendedor y luego obtenga para sí la posesión, que hoy se denomina cesión impropia (compra con autorización o mandato representativo para actuar y recibir).

2. La compra o cesión de la *acción* reivindicatoria traslativa del derecho de propiedad controvertido, excepción al principio general, necesaria si la transmisión ha de ser actual, está regulado por el D. 6, 1, 63, parte segunda, referente a la compra que confiere la acción *quasi publiciana*, y por el C. 4, 39, 9, referente a la compra que confiere útilmente la acción *reivindicatoria*.

Glosa

Al recibirse el Derecho romano en la Edad Media, según puede verse en la *Suma* de ROLANDINO, los preceptos fundamentales de la que luego se llamó teoría del título y el modo continúan siendo los del Derecho justiniano ya citados. Según la tradición unánime, ni sólo la compra (*nudis pactis*) ni sólo la entrega (*nuda traditio*) bastan para la transmisión de la propiedad y ambas son necesarias, aunque la compra es la causa de la entrega, y el hecho de la entrega se interpreta como simple transmisión de la posesión (inducción a la posesión), no como negocio jurídico de transmisión de la cosa, del dominio (UNZOLA, p. 292).

Suponen excepción al principio general de la transmisión por compra y entrega los siguientes supuestos:

1. En primer lugar, la aplicación de la ley comisoria y del pacto de adición a plazo fijo (*adicionem in diem*), pues, como dice ROLANDINO, «si se resuelve la venta, el dominio vuelve al vendedor, que puede reivindicar la (cosa) como suya, y ¿cómo el vendedor se constituye dueño sin la tradición?; se ha de responder que hay algo especial en

los pactos expresados y en algunos otros casos» (p. 296). Podrían añadirse, a estos, otros supuestos de condición resolutoria con efectos reales, cuando la cosa está en poder de un tercero subadquirente, y los de condición suspensiva, que son ciertamente «especiales».

2. En segundo lugar, según BUSSI, la adquisición de la propiedad por las Iglesias y entidades pías se realiza por la compra solamente, por la causa remota, sin la concurrencia de la tradición o causa próxima, lo que BALDO dice que es admirable (*quod est mirabile*) (p. 305). Por esto un posible segundo comprador que conoce la primera venta no conoce un derecho personal, un *jus ad rem*, sino un derecho real, un *jus in re*, lo que quizá aclara el sentido histórico de la buena fe del artículo 1.473, 1.

3. En tercer lugar, la cesión de la acción reivindicatoria, que aquí importa.

En las escrituras públicas se incluye la cláusula de *constituto posesorio* para el supuesto en que el vendedor fuera poseedor (se «constituye» poseedor en nombre del comprador), y la cláusula de cesión de la acción reivindicatoria, que se dice equivale a la tradición respecto a cosas incorpóreas (*cessio in incorporalibus est pro traditione sicut traditio in corporalibus*, según BALDO, p. 305), por si el vendedor estaba desposeído.

Pero se aplica a la acción reivindicatoria la interpretación medieval de la cesión de acciones del Derecho romano, mal entendida por falta de visión histórica, con el confusionismo que supone la duplicidad de acciones, la concurrencia de la acción útil y de la acción directa. Así, se considera que el comprador de la acción reivindicatoria, al pagar el precio, adquiere por cesión legal, por la compra y por concesión legal, la acción reivindicatoria útil (como se deduce del C. 4, 39, 9, y del D. 6, 1, 63, en la segunda parte, que se refiere a la acción *quasi publiciana*), lo que ha de estimarse correcto; y recibe, por cesión voluntaria (por dicha cláusula instrumental) un mandato en cosa propia para ejercitar la acción reivindicatoria directa del vendedor (D. 6, 1, 63, en su primera parte, interpretada erróneamente, por desconocimiento del significado de la *procuratio in rem suam* del proceso formulario romano, tan distinto del cognitorio justiniano y del proceso medieval). Se aprecia esta concepción en la *Glosa* de ACURSIO, cuando se refiere al D. 6, 1, 63, y en la *Suma* de ROLANDINO (p. 304, n. 119).

De este modo, se entendía que el comprador de la acción, al demandar lo hacía en nombre propio, ejercitando la acción reivindicatoria útil, que le correspondía por cesión legal, y, además, en nombre del vendedor, ejercitando la acción reivindicatoria directa, que le corresponde por ce-

sión voluntaria, o sea por mandato representativo en interés propio (página 370), como mandatario representante, como apoderado (p. 372).

Los glosadores se plantean, con tal criterio (p. 368), el problema procesal que se suscita si el comprador ejercita la acción útil a la vez que el vendedor la acción directa, y entienden que si las demandas se presentan a la vez será preferente la acción útil, lo que parece indicar que las acciones no se consideran en el mismo plano de igualdad.

Además, se ha de considerar (p. 370) que mientras la acción útil del cesionario está destinada a realizarse, la acción directa del cedente está destinada a extinguirse en interés del cesionario. Se extingue el interponer la demanda el cesionario contra el poseedor (o por lo menos al notificar la demanda al poseedor, sin esperar la contestación del demandado), si la sentencia resulta estimatoria. Se extingue, también, desde la entrega, extrajudicial y voluntaria, de la posesión por el poseedor al cesionario. Antes de que ocurra alguno de estos dos casos, el vendedor cedente, de hecho, puede ejercitar la acción directa, pero según Derecho no debe hacerlo en interés propio, porque así incumple la cesión.

Realmente la sentencia estimatoria declara la adquisición no de una acción útil, sino del derecho de propiedad, adquisición realizada desde el momento del pago del precio de la compra, o desde la perfección de la compra si se convino aplazar el pago, y no desde el momento de la incorrectamente denominada *litis contestatio* (p. 571); al igual que la entrega voluntaria de la posesión, por el poseedor al cesionario, supone el reconocimiento de un derecho adquirido por el cesionario más que el cumplimiento de la obligación de entregar que corresponde al vendedor cedente realizada por mediación del poseedor.

Todo ello se puede considerar referido a la cesión de la acción reivindicatoria (sea la desposesión conocida o desconocida) y no a la compra de cosa poseída por un tercero, con obligación para el vendedor de recuperar para entregar, configurada como cesión impropia.

Codificación

1. Al tiempo de la codificación española, el Derecho romano recibido en la Edad Media continúa vigente como Derecho supletorio y la doctrina española no se aparta de la interpretación común europea (páginas 562, 772). En particular es digno de consideración especial, porque es el criterio de quienes fueron legisladores en nuestro período codificador, el de FLORENCIO GARCÍA GOYENA en su edición del *Febrero* (páginas 565 y 569) y en sus *Comentarios al Proyecto de Código Civil*

de 1851 (p. 822), y, sobre todo, el de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA en sus *Comentarios a la Ley Hipotecaria de 1861* (pp. 574-580), que hacen suyos MORELL y MANRESA (p. 581); MORELL distingue con precisión las dos soluciones estudiadas al problema de la desposesión del vendedor al decir que «la cesión de una acción reivindicatoria o significa la cesión del derecho que esa acción representa o sólo envuelve un apoderamiento o mandato. En el primer caso será inscribible... En el segundo..., no...» (página 581). Es curioso y también digno de meditación que precisamente GÓMEZ DE LA SERNA argumente el efecto traslativo de la cesión o compra de la acción reivindicatoria, y con suficiente extensión como para que no quede duda de su opinión, porque se opuso tanto al criterio germanizante de LUZURIAGA en relación con el Registro como al intento de GARCÍA GOYENA de introducir el sistema francés de la compra con carácter traslativo frente al sistema tradicional del título y el modo; quienes se enfrentan a su opinión indudable adoptan una postura excesivamente integrista, resultan más papistas que el Papa, al no admitir la necesaria excepción al principio general del artículo 609, que es la cesión de la acción reivindicatoria, fundados al parecer en una interpretación literal y conceptualista.

2. Pero al principio del pasado siglo, poco después del descubrimiento del *palimpsesto* de Verona (1816), aunque antes de ser asimilado por la crítica histórica, MÜHLENBRUCH escribe su grandiosa elaboración pandectista sobre la cesión del derecho de crédito (1836), que configura en todo caso, exclusivamente, como cesión del ejercicio de un derecho ajeno por derecho propio, ordinariamente por compra (que es lo que hoy se denomina cesión impropia), con todos los problemas de la duplicidad de acciones, de la concurrencia de la acción directa del cedente y la acción útil del cesionario.

IHERING, años después (1857), aplica esta opinión a las acciones reales y concretamente a la acción reivindicatoria, incluso con los problemas expresados (pp. 314 y sigs.). La opinión de IHERING es la de un eminentísimo jurista y se refiere a una cuestión no estudiada con anterioridad, según él mismo manifiesta; se publica en el primer número de la revista que él mismo funda (1857), en un amplio estudio, que consta de tres partes y en la primera trata de la cesión de la acción reivindicatoria (que con la segunda, referida a lo que llama *reivindicatio utilis*, es antecedente de la tercera, en la que estudia el conocimiento mercantil y su transmisión); se fundamenta en dos grandes pilares que, entonces, parecen sin fisuras, y son, por un lado, la teoría de MÜHLENBRUCH sobre la cesión, con su característica duplicidad de acciones (página 323), y, por otro lado, los preceptos romanos que rigen la trans-

misión de la propiedad por compra mediante la tradición, que interpreta no tiene excepción alguna en cuanto a la cesión, por lo que el efecto traslativo sólo se produce al obtener la posesión mediante el ejercicio de la acción, fundado sobre todo en el D. 6, 1, 47, que *parece* darle la razón. Por eso no es extraño que su conclusión fuera aceptada como evidente en el Derecho romano aplicado como Derecho común en Alemania antes de publicarse el Código Civil alemán vigente desde 1900, y así lo entendieron WINDSCHEID (p. 330) y ENNECCERUS (p. 312).

La opinión de IHERING, que la cesión de la acción reivindicatoria implica un intento, un proyecto de tradición, de modo que sólo al obtener la posesión de la cosa adquiere el derecho de propiedad el cesionario (p. 329), parece fundada conceptualmente en la consideración de la *traditio* romana como un negocio jurídico dispositivo, integrado por el *animus* y el *corpus*, el acuerdo real y la transmisión de la posesión (también con *animus* y *corpus*, acuerdo de cesión y efectiva entrega del señorío de hecho), del que es causa abstraída el contrato de compraventa, según el criterio que prevaleció en el Código Civil alemán, pero más que un proyecto de tradición lo que existe es un acuerdo real con efecto traslativo del derecho legalmente condicionado a la transmisión de la posesión. Esta opinión parece propia de la etapa conceptualista de IHERING, anterior a su visión teleológica de la interpretación de las normas.

3. La opinión de MÜHLENBRUCH era contraria a la realidad práctica, en la que se entendía cedido el derecho de crédito y no sólo cedido el ejercicio del derecho de crédito del cedente, y el Código Civil alemán configuró la cesión como negocio dispositivo abstracto de derechos de crédito y pretensiones o acciones, incluso acciones reales, con eficacia dispositiva, con efecto transmisivo del derecho cedido. En consecuencia, la doctrina alemana actual considera que no es cesión la llamada cesión del ejercicio del derecho del cedente, sin eficacia transmisiva del derecho, a la que se denomina cesión impropia y es una «cesión» con eficacia obligacional (p. 311). El Código Civil alemán (parágrafo 931) regula la cesión de la acción reivindicatoria como acuerdo de cesión de la acción del propietario desposeído, con eficacia transmisiva del derecho de propiedad de pertenencia discutida, de modo que el cesionario puede reivindicar en nombre propio, como propietario que es, desde la cesión; aplica a la cesión del derecho del propietario desposeído la configuración del negocio de cesión (transmisión) del derecho, y se consolida así la interpretación tradicional de que ésta es una solución excepcional frente a la necesidad de entrega, que es imposible en el caso contemplado;

claro que la cesión se refiere a la reivindicatoria de cosa mueble, como es sabido (p. 282).

Además, se estima probado por otros romanistas posteriores (CARRELLI) que no es correcta la opinión de aquellos pandectistas alemanes porque en el Derecho justiniano y en el Derecho romano recibido como Derecho común, desde la *Glosa* (p. 344), la cesión era ya una cesión de derechos, no sólo de su ejercicio, y concretamente la cesión de la acción reivindicatoria era la cesión del derecho del propietario desposeído, de modo que al cesionario, por la sola cesión, se le transmitía el derecho de propiedad y podía reivindicar en nombre propio. Puede decirse que un romanista alemán (IHERING) causa una desorientación que un romanista italiano (CARRELLI), con más medios para el estudio crítico histórico, sustantivo y procesal, del Derecho romano y del Derecho medieval italiano y común, logra hacer desaparecer (pp. 338 y sigs.).

IHERING funda su criterio, principalmente, en un fragmento del juriconsulto PAULO (D. 6, 1, 47) que ya ha sido anteriormente considerado dentro de su ámbito de aplicación. Se refiere (p. 314) a la compra (*litis aestimatio*) en juicio reivindicatorio impuesta al reivindicante (vendedor) por el demandado como poseedor (comprador), quien antes de la formulación del proceso (*litis contestatio*), por su culpa o negligencia, perdió la posesión de la cosa y por esto no puede restituirla al reivindicante, y dispone que el «comprador» adquiere la propiedad cuando toma la posesión de la cosa, por voluntad del actor (*ex voluntate actoris*), y el juez sólo autorizará dicha compraventa forzosa para el vendedor y el pago del precio jurado por éste si el «vendedor» estipula como garantía (*cautio*) que no impedirá la toma de posesión por el «comprador»; pues, aunque por la voluntad del comprador se impone la venta, por voluntad del vendedor se impone el precio y también por su voluntad queda obligado a entregar la cosa o a no impedir la toma de posesión y por su voluntad adquiere la cosa el comprador cuando toma posesión de ella.

CARRELLI, sin referirse para nada a IHERING, pues no estudia la cesión de la acción reivindicatoria, sino la adquisición de la propiedad por *litis aestimatio* en el proceso formulario romano, observa (p. 343) que el fragmento procede del Derecho clásico y que no se refiere a la cesión de la acción reivindicatoria, que en el Derecho clásico debía ser expresa, mediante mandato procesal, sino que ordena la garantía que debe estipular el «vendedor», que va a cobrar el precio, de no impedir la toma de posesión, por el «comprador», de la cosa que ha de ser recuperada frente al actual poseedor, por si el vendedor llega a recuperar la cosa antes que el comprador, ya que en el Derecho romano clásico

sólo tiene contra este vendedor la *actio empti* y no la reivindicatoria ni la *publiciana*. Por esto, aunque tampoco lo dice CARRELLI, se puede entender que en el Derecho justiniano el fragmento se refiere a la *compra de cosa poseída por un tercero*, que el vendedor, como tal, no está obligado a recuperar, pero debe entregar al comprador si la recupera, y no impedir que el comprador la recupere por sí mismo, sin necesidad de ejercitar acción alguna, de modo que en cualquier caso el comprador adquiere el dominio cuando toma posesión, porque no está convenida la *cesión de la acción reivindicatoria*.

El otro precepto fundamental, para IHERING (D. 39, 5, 6, de ULPiano, página 316), se refiere al momento de la adquisición del dominio de los minerales arrancados o de los árboles desarraigados o talados, en una explotación minera o forestal, por el que los compra y «saca». El fragmento de ULPiano considera que al «sacar la piedra», ésta se hace propia del que la saca, desde que se extrae, saca, arranca o separa de la cantera, desde que se toma posesión de la piedra como cosa independiente de la cantera, aunque no se haya extraído o transportado fuera del perímetro de la finca; se hace propia como por entrega (*quodammodo traditione*), pues parece haber una entrega (*quasi traditio facta videtur*), ya que se saca con el consentimiento del propietario (*domini voluntate*). Es una forma de tomar posesión como por entrega manual.

Al parecer, IHERING entiende que desde el momento de contratar existe la voluntad dispositiva del derecho, el acuerdo real, y está intentada o proyectada la tradición, pero ésta sólo existe desde que se toma posesión de la cosa, tanto si se trata de la piedra de una cantera que se ha vendido pero se ha de *sacar* para que exista como cosa y pueda ser poseída (D. 39, 5, 6), como si se trata de la cosa existente que se ha de *recuperar* para que pueda ser poseída por el comprador (D. 6, 1, 47); en tales casos, cuando no es posible una entrega actual, la futura toma de posesión se considera como si fuera una tradición manual, es una *quasi traditio*.

4. Ahora bien, cuando la doctrina española recibe la doctrina alemana que ilustra la interpretación del Código Civil alemán vigente desde 1900, con ella irrumpe la opinión de IHERING sobre la cesión de la acción reivindicatoria, a través de las obras de WINDSCHEID y ENNECCERUS, quien la presenta como vigente en el Derecho común alemán. Esta opinión fue aceptada como evidente por algunos autores españoles (J. GONZÁLEZ, NÚÑEZ LAGOS, etc.), a pesar de ser, sin duda alguna, contraria a la opinión de los legisladores españoles de la codificación, y su asimilación legislativa en la reforma de la Ley Hipotecaria en 1944 eclipsa la tradicional interpretación española y europea del alcance de

la cesión de la acción reivindicatoria, que está vigente, aunque parezca «chocante».

Como ya se ha dicho al tratar de la jurisprudencia, la *normal* escritura de compra es una escritura de transmisión de la propiedad, por compra y entrega (por acuerdo de cesión de la posesión mediante interversión del concepto en que se posee), o por compra (cesión) de la acción reivindicatoria, tanto si la desposesión del vendedor es conocida por el comprador (se oculte o no) como si es desconocida.

En cambio, la compra de cosa poseída por un tercero, con autorización o mandato adicional para la recuperación de la posesión, encubierta como compra de cosa poseída por el vendedor, se ha de considerar *anormal*, prácticamente innecesaria y puramente conceptual, casi un salto atávico al estado larvado de la cesión de la acción reivindicatoria, anterior a la *procuratio in rem suam* del proceso formulario romano clásico, obligado por cierto amor a lo absoluto social, a lo que no tiene humanas excepciones que la necesidad, la libertad y la voluntad individual justifican.

La cesión de la acción reivindicatoria no se ha de menospreciar. Además de ser una bella figura del lenguaje, su antigüedad acrecienta su valor actual, y, como las célebres estelas de piedra grabadas con inscripciones de viejas civilizaciones, ha de ser entendida para interpretar y entender otras inscripciones.

Los fines que la cesión cumplía en Roma, en atención a los intereses económicos y jurídicos de los contratantes, son los mismos que ha de cumplir en la actualidad; pero, ahora, el método para alcanzarlos no es preciso inventarlo, sólo hay que recordar, y para ello basta leer la historia con atención despierta y deducir las consecuencias aprovechables, adecuadas al momento presente, aunque no sea tarea fácil y aunque los resultados obtenidos sean de ámbito reducido; el olvidado camino antiguo, una vez desbrozado, aún puede ser útil para transitarlo y, con buenos medios y equipaje, contemplar sus perspectivas, si no se prefiere y construye una autopista con menos curvas y otras prespectivas, conforme al modelo francés e italiano.

II. SINOPSIS DE LAS NORMAS FUNDAMENTALES

PRINCIPIO GENERAL

El Código Civil, fiel a la tradición histórica, en su artículo 609 se refiere a la adquisición del derecho de propiedad sobre la cosa, relacio-

nándola con la adquisición de la posesión de la cosa; sea una cosa sin dueño, que nadie posee, y se adquiere originariamente, por ocupación, al tomar posesión de ella; sea una cosa que se transmite por voluntad de su propietario o por ley, aun contra la voluntad del propietario; sea una cosa que se adquiere por prescripción, sin transmisión por el propietario desposeído, porque la pierde a la vez que la adquiere el poseedor no propietario que la tiene durante algún tiempo. Especialmente, la transmisión voluntaria del derecho de propiedad y de los derechos reales poseíbles se relaciona con la transmisión de la posesión; la transmisión gratuita por voluntad unilateral recepticia, *ports mortem* del propietario (art. 440), o *inter vivos*, por donación; y la transmisión onerosa por voluntad contractual.

La donación de cosa mueble se perfecciona por la entrega, a menos que conste por escrito la voluntad del donante y la aceptación del donatario (art. 632); la donación de cosa inmueble se perfecciona y existe si consta en escritura pública la voluntad del donante y la aceptación del donatario (art. 633), bien entendido que el otorgamiento de la donación implica acuerdo de cesión de la posesión (arg. art. 1.462, 2, en relación con art. 460, 2).

El derecho de propiedad se transmite por voluntad contractual, «por consecuencia de ciertos contratos, mediante la tradición», principalmente por compra (a causa, como consecuencia o por efecto de la compra), si media la tradición; puede denominarse principio general de la transmisión por contrato y tradición (con o sin «teoría» del título y el modo).

No obstante, recordando la Historia, hay que entender que este precepto no excluye la transmisión, por herencia, por donación o por compra (sin sucesión o cesión de la posesión), del derecho de propiedad de pertenencia controvertida por un poseedor en concepto de propietario que puede llegar a adquirir la propiedad por prescripción.

Por tanto, se puede interpretar que el artículo 609 se refiere a la cosa propiamente dicha, a la cosa física poseída por el propietario, de la que se puede hacer tradición, y no a la acción reivindicatoria para recuperar la posesión de la cosa que otro posee y de la que es imposible hacer tradición actual, porque la ley no admite la posibilidad de obligarse a realizar (en la actualidad) prestaciones que son imposibles (actualmente) (art. 1.272), sin perjuicio de que sea posible contratar, consciente y libremente, su realización cuando, acaso, lleguen a ser posibles. Para la cesión de la acción reivindicatoria de la cosa, para la cesión de un derecho dudoso o controvertido, el Código Civil regula el contrato de cesión de derechos incorporales, no poseíbles y poseíbles pero no poseídos, o de acciones (art. 1.526), al que no se refiere el artículo 609.

Pero cabe también interpretar que el precepto se refiere a la *tradición* o entrega en un amplio sentido, porque entregar, en sentido estricto, es poner en posesión (art. 1.462, 1) al comprador de la cosa (art. 1.445), y desde hace siglos se dice que la cesión de la acción reivindicatoria *equivale* a la tradición o entrega, es una *cuasi* tradición.

Así pues, sea una u otra la interpretación, la cesión de la acción reivindicatoria no implica una verdadera excepción a lo dispuesto por el artículo 609, bien porque el supuesto de la desposesión queda excluido de su contenido, bien porque queda incluido.

Nadie dice que el artículo 609 haya querido modificar el sistema español tradicional de transmisión de la propiedad por compra y todos están de acuerdo en que quiere confirmarlo; el mismo legislador, en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (GÓMEZ DE LA SERNA), expresamente viene a decir que se quiere continúe vigente el sistema del título y el modo, frente al sistema afrancesado del proyecto de Código Civil de 1851; es claro que la voluntad del legislador de no pasarse a los franceses no autoriza a los intérpretes a pasarse a los alemanes pandectistas o a los romanos preclásicos, desechando la concepción de la cesión de la acción reivindicatoria con eficacia transmisiva inmediata, que aún puede ser útil en el sistema español, con carácter general, como es útil en el Derecho alemán respecto a cosas muebles, a menos que la entrega deje de ser requisito en general necesario para la transmisión de la propiedad por compra, como ocurre en el sistema francés y el italiano, que para nada necesitan dicha cesión.

La cesión traslativa de la acción reivindicatoria permite alcanzar unos resultados que no se consiguen con la cesión del ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor que preconiza la opinión común como única cesión posible; los jurisconsultos romanos y los medievales la elaboraron como solución excepcional del sistema de transmisión por compra y entrega en los casos de ausencia proyectada, muerte o incapacitación del vendedor antes de la entrega, para evitar la intervención de sus herederos o representantes, o el incumplimiento del contrato de venta o del mandato. Es una conquista jurídica de la que no parece sensato prescindir, sin motivo fundado, cuando permite, además, explicar adecuadamente el problema registral que plantea la falta de posesión del vendedor inscrito y, por otra parte, ayuda a delimitar el alcance de la tradición en relación con la inscripción, deteniendo veleidades expansionistas de la importancia de la tradición, más allá de lo procedente.

Lo bien cierto es que el legislador (GARCÍA GOYENA) no se olvidó de la cesión de la acción reivindicatoria, incluso consideró la posibilidad de aplicar el retracto de derechos litigiosos (p. 822), pero la dejó invo-

lucrada con la solución general de la cesión de los créditos y de las acciones, personales y reales, y de los derechos incorporales, no poseíbles y poseíbles pero no poseídos (art. 1.526), método que tampoco fue una novedad, sino continuación de una larga historia de involuación, y que facilitó el olvido por los autores, realidad manifiesta en la opinión común, con riesgo de contagio a los letrados y jueces que contribuyen a la formación de la doctrina jurisprudencial.

VOLUNTAD DISPOSITIVA, CONTRATO Y ENTREGA

La cuestión de la interpretación del artículo 609 en relación con la tradición está íntimamente unida a la configuración del contrato de compra y de la tradición, según se considere que la *voluntad dispositiva* o traslativa del derecho de propiedad radica o está involucrada en el *contrato*, conforme a la concepción del Derecho común, o es una voluntad distinta de la contractual o adicional a ella, que forma parte de un negocio jurídico denominado tradición e integrado por dicha voluntad (el acuerdo real) y la transmisión de la posesión (o tradición en el sentido del Derecho común), conforme a la concepción pandectista alemana, que se decía fundada en el Derecho romano clásico.

Para el Derecho español, actual e histórico, la compraventa es un contrato de voluntad traslativa y obligacional indeferenciadas y no sólo un contrato de finalidad traslativa, de modo que la perfección del contrato es perfección de la voluntad traslativa (pura, aplazada o condicionada) y de la voluntad obligacional legalmente adecuada y congruente. Pero la eficacia traslativa de aquella voluntad queda condicionada suspensivamente por la ley al requisito adicional de la entrega de la cosa, de la transmisión de la posesión, más o menos simultánea o posterior a la perfección del contrato, como requisito de Derecho imperativo cuando el vendedor propietario es poseedor; no se condiciona la transmisión del derecho a la recuperación de la posesión cuando el propietario vendedor ha sido desposeído.

En el contenido volitivo del contrato de compra, legalmente, no se diferencia la voluntad dispositiva y la voluntad obligacional, pero tiene prioridad lógica la consideración por las partes contratantes del fin traslativo, la finalidad traslativa y la consiguiente voluntad dispositiva o traslativa del derecho, el acuerdo de voluntades sobre la transmisión del derecho, el romano *animus transferendi et accipiendi domini* y el alemán acuerdo real o acuerdo de transmisión de cosa; como consecuencia lógica aparece el acuerdo de voluntades sobre los deberes u obligaciones y facultades o derechos, acciones o pretensiones y excepciones, de las partes

contratantes, reguladas legalmente como medio o instrumento jurídico para lograr tal finalidad, es decir, la voluntad obligacional, el acuerdo de voluntades obligacional, el contrato (obligacional) del Código Civil alemán. El fin económico querido por el comprador de adquirir una cosa a cambio de dinero se logra en Derecho comprándola y cumpliendo lo contratado. Atendiendo a la voluntad dispositiva de las partes, el legislador regula los deberes y facultades del contrato de compraventa.

Aunque la voluntad dispositiva es primordial y esencial, el ordenamiento jurídico español no requiere su formal o expresa declaración y la doctrina se limita a considerarla implícita e integrada o involucrada en la voluntad contractual de vender y comprar.

En el Derecho español, continuador del Derecho común europeo, el vendedor poseedor debe realizar la entrega de la cosa, la cesión o transmisión de la posesión (entrega y recepción) para que el comprador pueda ejercitar el derecho de propiedad sobre la cosa que ha comprado, pero, además, porque la entrega es requisito legal adicional a la voluntad traslativa, al contrato de compra, para la transmisión del derecho de propiedad, sobre todo a efectos publicitarios frente a terceros, en relación con la prueba de la transmisión del derecho de propiedad (art. 448) y con la pérdida del derecho por el actual propietario al ser adquirida por el poseedor (art. 1.930). Sin perjuicio, en su caso, de la voluntaria compra o cesión de la acción reivindicatoria del propietario desposeído que implica la transmisión del derecho de propiedad por el solo contrato de compra, sin entrega de la posesión que no se tiene, cuando el vendedor es propietario, según dice, pero no es poseedor en concepto de dueño por existir un poseedor que se atribuye la propiedad (art. 460, 4), lo que prácticamente impone la forma escrita del contrato, aunque sólo sea a efectos de prueba frente a terceros (art. 1.526, 1), sin perjuicio de la prescripción extintiva de la acción (arts. 1.962 y 1963).

1. En la escritura pública de compra, normalmente, la entrega de la cosa, en cumplimiento de la obligación de entregar o ceder la posesión que incumbe al vendedor poseedor (art. 1.461, 1) se realiza por el simple acuerdo de entrega mediante interversión del concepto en que se posee, *por brevi manu traditio* o *por constituto posesorio* en amplio sentido, que legalmente se presume contratado cuando la compra se documenta en escritura pública, salvo pacto expreso o deducido de lo expresado en ella (art. 1.462, 2).

Con esta presunción legal, a sus efectos, no es necesario hacer constar en la escritura la tradicional cláusula de estilo del pacto de *constituto posesorio* o la de *traditio brevi manu*. Así, la escritura pública de compra,

la usual, sin explicaciones innecesarias, con una u otra redacción, parece una escritura de «compra a la francesa» a quien desconoce que el otorgamiento del contrato en escritura implica la entrega o cesión de la posesión y que ésta hace eficaz la voluntad transmisiva del derecho vendido. En alguna escritura se dice que V. vende y transmite la finca a C. que la compra y adquiere, por el precio... recibido, si bien antes se ha dicho que la finca está inscrita, o sea que se presume que pertenece al vendedor y que la posee (art. 38, 1); en otras se dice que V. vende y C. compra y adquiere la finca... por el precio...; en otra que V. vende a C., que compra, la finca... por el precio..., y que del precio da carta de pago y la finca se transmite; otras anteponen que... llevando a efecto la enajenación que tienen convenida, formalizan este contrato de compra y V. vende a C., que compra y acepta, etc. No es extraño que pueda ser opinión general, entre los no juristas, que comprar equivale a adquirir la propiedad de la cosa y del dinero del precio, sin más complicaciones.

Más aún, tampoco es necesario hacer constar la tradicional cláusula de estilo referida a la cesión de la acción reivindicatoria para el supuesto en que el vendedor resulte ser desposeído, porque si el comprador conoce la desposesión del vendedor, el contrato, por sí solo, transmite la acción (artículo 1.526 y S. 21 diciembre 1905), y si la desconoce al comprar, desde que llega a conocerla puede considerar transmitida la acción si no prefiere desistir de la compra (art. 1.460, 2, y SS. 20 enero 1912 y 12 abril 1890), lo que no puede calificarse como anulación de un contrato inválido, pero confirmable, por defecto de capacidad o de voluntad de los sujetos.

Así, la normal escritura de compra es, más bien, una escritura que documenta la transmisión del derecho de propiedad, por contrato de compra y mediante la entrega por acuerdo de cesión de la posesión, cuando el vendedor es poseedor, o sólo por contrato de compra o cesión de la acción reivindicatoria cuando el vendedor está desposeído; es una escritura de transmisión de la propiedad por compra y entrega de la cosa, o por compra (cesión) de la acción reivindicatoria, en su caso.

2. Pero, por otra parte, es evidente que puede inducir a confusión el que entre los modos de adquirir la propiedad se incluya a la tradición, sin más, como si fuera un negocio jurídico dispositivo, según el modelo alemán, aunque sea causal y no abstracto, a diferencia del modelo alemán; y así ocurre cuando se presenta la ocupación como modo de adquirir originario y la tradición como modo derivativo, fundados en la apariencia posesoria, en la toma de posesión, al igual que la usucapión. Se ha de insistir, por ello, en que para el Código Civil (Libro III) modo o manera de transmitir la propiedad es el contrato traslativo complemen-

tado por la tradición, aunque tal contrato se llame título o causa remota de la transmisión y causa inmediata de la tradición, y la entrega o transmisión o cesión de la posesión se denomine modo, en sentido estricto, o causa próxima de la transmisión de la propiedad, porque el fundamento esencial de la transmisión es el negocio jurídico, la declaración de voluntad, dispositiva y obligacional, el «contrato» de compra, mientras que la entrega (la tradición en el sentido histórico, no en el sentido germanizante), es requisito legal adicional al contrato de compra, necesario (constitutivo) para que se produzca el efecto jurídico traslativo querido, para que se «constituya» la transmisión, excepto en el caso de cesión de la acción reivindicatoria.

Así, estamos mucho más cerca del Código Civil francés y del Código Civil italiano que del Código Civil alemán. Nos aproxima a aquéllos lo esencial, la consideración del contrato como negocio jurídico traslativo y obligacional, según nuestra historia común hasta la codificación, y nos separa la consideración de la entrega como requisito adicional para la transmisión de la propiedad, que aquéllos desecharon y que exige no olvidar la voluntaria cesión de la acción reivindicatoria con efectos de transmisión simultánea de la propiedad del vendedor desposeído. En cambio, el Código Civil alemán disocia a la voluntad dispositiva del «contrato» tradicional y lo deja reducido a negocio obligacional, e integra la voluntad dispositiva, previamente disociada, en un negocio dispositivo, inicialmente abstraído del negocio obligacional que es su causa, por lo que su falta ha de ser corregida con la acción personal de enriquecimiento injusto o sin causa. Por ello, en este caso resulta más peligroso buscar concordancias con el Derecho alemán que con el francés o el italiano, aunque uno y otros puedan ser útiles para conocer el nuestro y para reformarlo, si conviniera.

La entrega es requisito constitutivo o necesario del efecto transmissivo del derecho de propiedad, como la inscripción registral lo es del efecto constitutivo del nacimiento del derecho de hipoteca y, en este sentido, ambas son condiciones *juris* o legales, sin que se pretenda equiparar entrega e inscripción. Pero, evidentemente, el negocio de compra, porque contiene todo el elemento volitivo, dispositivo y obligacional, para la transmisión del derecho de propiedad, tiene más importancia que la entrega en el ordenamiento jurídico español, y ésta, necesariamente, queda excluida como requisito para la transmisión de la acción reivindicatoria, del derecho de propiedad incorporal y controvertido o litigioso del propietario desposeído. Compra y tradición son requisitos necesarios, pero no son igualmente necesarios, en el sentido expresado.

Cuando el vendedor es poseedor actual (art. 1.445) la entrega es

requisito o condición legal esencial para la transmisión del derecho de propiedad (art. 1.095). Pero cuando el vendedor ha sido desposeído, no es poseedor actual, la tradición queda excluida por ser actualmente imposible (art. 1.272), sin perjuicio de la posible venta y cesión actual de la acción reivindicatoria, del derecho de propiedad incorporal y controvertido o litigioso (art. 1.526), ni de que, muy excepcionalmente, se venda la cosa que actualmente posee un tercero, venta que implica la necesidad de recuperar la posesión para poder entregarla, en cumplimiento de una obligación de hacer asumida por contrato, no impuesta por la ley, que tampoco impone la adquisición de la cosa vendida cuando se trata de cosa ajena y las partes lo desconocen al contratar, ni impone la reconstrucción del edificio inexistente (cosa futura) porque el que existía se ha incendiado antes de ser vendido sin que lo sepan los contratantes y sólo queda el solar (D. 18, 4, 21).

El denominado *supuesto de hecho* (*Tatbestand*) de un *efecto* jurídico (*Rechtsfolge*), es decir, el conjunto de requisitos necesarios o constitutivos del efecto jurídico considerado en las normas aplicables, puede incluir un *negocio jurídico*, que se estima como requisito fundamental por su componente volitivo, por la declaración de voluntad; y los demás requisitos del efecto, por contraposición, se califican y denominan, con acierto discutible, *condiciones legales del negocio* (*conditiones juris*), requisitos o condiciones del Derecho, del ordenamiento jurídico, con peculiares y diversos efectos cada uno de ellos según las normas que sean aplicables; sin desconocer que dichas condiciones legales son distintas de las condiciones voluntarias o de hecho (*conditiones facti*) determinaciones de la voluntad configuradas como elementos accidentales o accesorios de la declaración de voluntad del negocio jurídico, que condicionan voluntariamente su eficacia, el principio o el fin de sus efectos.

En el supuesto de hecho de la transmisión del derecho de propiedad por compra mediante la tradición (art. 609), que algunos denominan, con clara inspiración germánica, negocio jurídico de transmisión, hay que distinguir, por una parte, el supuesto de hecho de la perfección del *contrato* de compraventa (art. 1.450), con sus elementos constitutivos, esenciales, naturales y accidentales, origen o causa del nacimiento de la relación jurídica de compraventa, de todos sus efectos, derechos y obligaciones, conforme al ordenamiento jurídico y a la voluntad de los contratantes, dispositiva y obligacional, y, por otra parte, la *tradición* que es la cesión de la posesión, que se realiza en cumplimiento por el vendedor del contrato de venta previamente perfeccionado, aun cuando sea inmediata a la perfección y aun cuando, al realizarse, salvo pacto, determina la transmisión del derecho, el momento de la transmisión.

Pero en este supuesto el requisito fundamental es la *compra*, que es el *negocio jurídico de transmisión*, y la *entrega* es simple *condición legal* del efecto de la compra, según dicha terminología conceptual, pues todo el contenido volitivo causa de la transmisión del derecho se integra en el contrato de compra; de modo que la entrega o tradición, no en el sentido germánico, sino en el sentido histórico español, o bien es un *acto real*, más o menos simbólico y aparente según usos sociales, expresión de la voluntad de una y otra parte referida al dar y recibir corporalmente la posesión de la cosa, pero no una declaración de voluntad negocial, o bien es un simple *acuerdo* sobre la transmisión o cesión de la posesión (art. 460, 2; p. 281). El que, como todos los actos humanos, sea voluntario y libre, no convierte el acto en un negocio jurídico y, además, la falta de tal acto libre puede ser suplida judicialmente por la puesta en posesión.

En cualquier caso, hay que distinguir conceptualmente, al analizar las normas vigentes, si la voluntad está referida a la transmisión o cesión del derecho de propiedad (*animus dominii* o acuerdo real), a la transmisión o cesión de la posesión (*animus possessionis* o acuerdo de entrega), a la asunción de una obligación (obligarse a) o al cumplimiento de una obligación, aunque en la realidad todas estas voluntades conceptualmente distintas pueden estar integradas en una voluntad única e indisociable y algunas puedan estimarse tácitas o deducidas (presuntas), labor de discriminación que presenta dificultades cuando se trata de determinar si alguna norma jurídica se refiere a una o a otra voluntad, con riesgo de involucrarlas.

También es importante distinguir la suspensión del efecto convenido que resulta de una condición legal suspensiva o de una condición puramente voluntaria, sobre todo cuando la condición voluntaria refuerza de algún modo una condición legal o modifica su alcance, si esto es posible, como ocurre cuando el efecto de la transmisión del derecho por compra se condiciona al pago del precio, pese a la cesión de la posesión, que no será en concepto de dueño hasta que el precio sea pagado.

Presupuestos del supuesto de hecho son (además de la capacidad de las partes para contratar, la capacidad del vendedor para disponer, la existencia del objeto, etc.), con respecto al contrato o voluntad dispositiva en la compra, la pertenencia del *derecho* de propiedad al vendedor, y, con respecto a la entrega, la *posesión* de la cosa por el vendedor.

Si el vendedor es poseedor, pero el *derecho* no pertenece al vendedor (venta de cosa ajena), la compra será válida, pero actualmente ineficaz para la transmisión, pese a la entrega, sin perjuicio de la posible adqui-

sición del derecho por usucapión ordinaria o por efecto del principio de fe pública registral (art. 34).

Si el vendedor ha sido desposeído, mientras no recupere la *posesión* de la cosa no puede realizar la entrega y, con ella, la transmisión de la cosa, sin perjuicio de la posible cesión de la acción reivindicatoria, o sea del derecho de propiedad incorporal (sin posesión) y controvertido (no indiscutido) por efecto simultáneo a su compra y cesión (art. 1.526), para que el comprador obtenga la posesión por mediación judicial, sin entrega por el vendedor.

Hay supuestos de hecho en que los requisitos del efecto jurídico final no se cumplen simultáneamente, sino de modo *sucesivo* en el tiempo; el ordenamiento jurídico puede atribuir a la parte realizada del supuesto de hecho ciertos efectos jurídicos, sean o no parte del conjunto de efectos o efecto final. Los casos son muy diferentes y no hay reglas generales de aplicación. A veces se estudian refiriéndolos a la evolución del derecho subjetivo, a los grados de desenvolvimiento del derecho, en vez de a los grados de desenvolvimiento del supuesto de hecho del efecto jurídico final, que puede ser el derecho en cuestión.

Concretamente, los requisitos de la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa por compra mediante la entrega pueden realizarse sucesivamente y, en este caso, es frecuente hablar figuradamente del *iter* transmisivo, del camino a recorrer, de las etapas de realización del supuesto de hecho. La entrega puede que no se realice inmediatamente después de la perfección de la compra, pero desde la perfección de ésta existe un derecho personal a la cosa, un *jus ad rem*, de amplios efectos, que se resuelven si no llega a transmitirse la posesión. El derecho de propiedad sobre la cosa se adquirirá al recibir la posesión entregada por el vendedor, tanto si es poseedor actual (propietario poseedor) al perfeccionarse la compra, como si deviene propietario poseedor al recuperar la posesión que no tiene al tiempo de perfeccionarse el contrato porque el poseedor actual es un tercero y el vendedor es —según dice— un propietario desposeído, cuando se ha contratado esta compra especial. Sin perjuicio de que se pueda contratar en tal caso, como otra solución especial, de carácter prioritario, la cesión de la acción reivindicatoria con efecto transmisivo por y desde la perfección de la compra, referida esta compra especial al derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, para que éste obtenga la posesión mediante procedimiento judicial, supuesto en el que no cabe hablar de *jus ad rem*.

De modo análogo, pueden cumplirse después de otorgado el contrato otras *condiciones legales* del efecto transmisivo, como ocurría con el pago del precio en nuestro Derecho histórico, al igual que en el justinianeo,

e incluso los que se consideran *presupuestos* aún no existentes de la compra ordinaria, como la adquisición del derecho de propiedad por el vendedor de cosa ajena o la recuperación de la posesión por el vendedor de la cosa poseída por un tercero; con especiales efectos en cada caso, relativos al cumplimiento de la obligación de adquirir el derecho o de recuperar la posesión, y a las consecuencias de su incumplimiento.

Todo ello afecta a los requisitos de la *inscripción* y al acta de la misma. Concretamente, se suele hacer constar tan sólo que el Registrador inscribe, a favor del comprador, el título de compra, título que ha de entenderse referido, en sentido jurisprudencial (p. 845), al fundamento de la transmisión que se registra del dominio de la finca, por compra y entrega si el vendedor es poseedor, o sólo por compra si el vendedor está desposeído, tanto si desconoce como si conoce o incluso oculta el conocimiento de la desposesión. En cambio, se inscribe el contrato, la declaración de voluntad contractual de constitución del préstamo hipotecario y la hipoteca queda constituida y se adquiere mediante la inscripción del contrato (arts. 1.857, 1.º, y 1.875), por lo que el título en sentido jurisprudencial será el contrato inscrito y quedará registrada la constitución y adquisición del derecho de hipoteca a favor del acreedor hipotecario (conforme al modelo reglamentario se inscribe el derecho de hipoteca).

La transmisión por compra del derecho de propiedad se «constituye» por la tradición y se publica por la posesión, o se constituye sólo por contrato, que se «publica» documentalmente, en el supuesto de desposesión del vendedor, y para una publicidad más amplia, precisa y eficaz, se registra la transmisión (art. 1.526, 1 y 2).

En cambio, la constitución, y la adquisición simultánea al nacimiento, del derecho de hipoteca se realiza por el contrato mediante la inscripción, forma de publicidad constitutiva en este caso, mientras que la transmisión del derecho de hipoteca se realiza o constituye por el contrato, pues la inscripción de la cesión es forma de publicidad, pero no constitutiva del efecto transmisivo, al igual que la inscripción es forma de publicidad del efecto transmisivo de la compra cuando el vendedor está desposeído.

EXCEPCIÓN: CESIÓN DE LA ACCIÓN REIVINCATORIA

Cosa y acción

Es conveniente proponer algunas precisiones semánticas, desde un punto de vista histórico jurídico con referencia al contrato de compra-

venta y a la consideración prioritaria de la cosa (objeto) o del derecho (poder) sobre ella.

1. Actualmente, al decir *cosa* (arts. 1.445 y 1.095), o cosa corporal o derecho corporal (sinónimos), se designa la cosa física, objeto del derecho, y también la propiedad poseída, el derecho de propiedad corporal del propietario poseedor, el derecho de propiedad sobre la cosa (del que, por y desde la desposesión real, deriva la acción reivindicatoria, declarativa y recuperatoria), y la posesión de la cosa (de la que, por y desde la desposesión real, deriva la acción posesoria interdictal recuperatoria, que al año prescribe, se pierde, con la que también se pierde la posesión ideal, el derecho de posesión, y empieza la desposesión propiamente dicha).

En este sentido, decir cosa significa decir, a la vez, derecho sobre la cosa y posesión de la cosa.

2. En cambio, la expresión *acción* o cosa incorporal o derecho incorporal (sinónimos del art. 1.526), con referencia al derecho de propiedad, designa o representa el derecho de propiedad incorporal y controvertido o litigioso del propietario desposeído, con la inseparable acción reivindicatoria que lo defiende, porque desde el Derecho romano (IHERING, página 321) se considera la pérdida de la posesión como pérdida parcial de la cosa y que al propietario le queda el resto de la cosa (D. 18, 4, 21), o sea su derecho y, en lugar de la posesión de la cosa, la acción reivindicatoria para recuperarla, y también se considera que tener la acción es como tener la cosa (D. 50, 17, 15), aunque no es lo mismo, sino que es mejor, vale más, poseer la cosa que tener la acción para recuperar la posesión (D. 50, 17, 104), principios generales del Derecho romano que son antecedentes históricos del artículo 1.460, 2; así, la acción reivindicatoria sustituye a la posesión, pero es de menor valor, y la diferencia de valor es la medida de la pérdida parcial de la cosa, que se puede cifrar económicamente en dinero, en atención a los costes del litigio para recuperar la posesión y al riesgo de evicción, o sea al riesgo de perder el litigio acerca de la propiedad que afirma tener el reivindicante.

En el sentido expresado, decir cosa incorporal significa decir derecho de propiedad incorporal y controvertido o litigioso (acción) del propietario desposeído, con la derivada e inseparable acción reivindicatoria, o lo que es lo mismo, derecho de propiedad sobre la cosa que el pretendido propietario se atribuye frente al poseedor de la cosa en concepto de propietario, que se presume tiene título adquisitivo del derecho controvertido (art. 448).

Desde este punto de vista, el propietario desposeído puede vender su

derecho de propiedad incorporal y controvertido, sin duda alguna, y aunque no puede ceder (art. 460, 2) o entregar la posesión o hacer tradición, de la cosa que otro posee en concepto de propietario, pero sin derecho (según el vendedor), sí que puede ceder, en su lugar, la acción reivindicatoria para recuperarla (D. 18, 4, 21). La cuestión fundamental respecto a dicha cesión estriba en determinar si sólo tiene efecto obligatorio entre cedente y cesionario y sólo implica autorización para el ejercicio por el cesionario de la acción reivindicatoria del cedente, por lo que el cesionario tiene un derecho personal a la cosa y el derecho de propiedad se transmite al tomar posesión de la cosa el cesionario, o bien puede tener efecto dispositivo, traslativo del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, tanto entre cedente y cesionario como respecto al poseedor y a los terceros (acreedores del cedente, cesionarios posteriores, etc.), de modo que el cesionario tiene un derecho real sobre la cosa, desde la cesión, y obtiene la posesión, actuando como propietario que es, por mediación judicial, sin entrega por el vendedor.

Si el comprador desconocía la desposesión del vendedor procede la reducción del precio por pérdida no total y material, sino parcial o jurídica, a menos que opte por desistir del contrato (art. 1.460, 2).

Derecho y acción

En general, las acciones o pretensiones que derivan de un derecho se pueden separar del mismo, o sea que se pueden transmitir conservando el transmitente el derecho del que derivan. Pero la acción y el derecho son *inseparables* cuando se trata de una acción que defiende la titularidad o pertenencia del derecho, tenga o no su mismo nombre, tanto la acción personal que se identifica o confunde con el derecho personal del mismo nombre, desde que éste nace, como la acción real que deriva de un derecho de propiedad vulnerado y controvertido, del que defiende su pertenencia. No es posible transmitir la acción que defiende la titularidad o pertenencia de un derecho, con el que se confunde o del que deriva, sin transmitir simultáneamente el derecho mismo. Es imposible transmitir la acción reivindicatoria sin transmitir a la vez el derecho de propiedad del que deriva y del que es inseparable. Así lo entienden tanto los autores que no admiten la cesión traslativa de la acción reivindicatoria (IHERING, p. 323) como los autores que sí la admiten (GÓMEZ DE LA SERNA, pp. 574, 578).

En este sentido, decir acción reivindicatoria significa lo mismo que decir derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, sobre la cosa que otro posee como dueño. El que dice ser

propietario no tiene la posesión y el derecho se lo atribuye el poseedor, se discute el derecho y no sólo la posesión.

Así resulta del artículo 348, 2. Al decir que el propietario tiene acción reivindicatoria significa que (sólo) el propietario tiene la acción reivindicatoria o, a la inversa (sólo) el que tiene la acción reivindicatoria es el propietario.

La cesión de la acción reivindicatoria se refiere, ante todo, a la acción nacida por la vulneración de la propiedad por el despojante y poseedor actual, pero también a la acción reivindicatoria «futura», en el sentido de que la acción se dirige *erga omnes possidentes*, también contra cualquier futuro poseedor, posterior al despojante, incluso el vendedor si llega a ser poseedor (D. 6, 1, 63, 2.^a parte, y D. 4. 39, 9). La acción tiene carácter general o indeterminado en cuanto al sujeto pasivo, en este sentido, pero la demanda se ha de dirigir contra un concreto y determinado poseedor y el efecto de la sentencia es relativo a las partes litigantes (cosa juzgada).

Sin embargo, la doctrina de los autores puede dar lugar a cierto confusionismo, porque ROLANDINO parece referirse a la cesión de la acción reivindicatoria que puede nacer por una futura violación del derecho, que califica como compra de esperanza (p. 304), y WINDSCHEID alude a la cesión de la acción reivindicatoria contra el poseedor actual y contra todos los poseedores futuros, pero excluye la acción contra el vendedor, frente al que sólo cabe —según dice— acción personal, porque concibe la cesión de la acción como una simple cesión del ejercicio de la acción ajena, una cesión impropia, al igual que IHERING (p. 371).

La cuestión se aprecia claramente en el proceso formulario romano clásico, porque la fórmula del pretor en la *litis contestatio* determina contra quién se ejercita la acción concedida, y el que se conceda una acción no civil, sino pretoria, implica que se concede por el *Edicto* del pretor (fuente de Derecho) un derecho no existente según el Derecho civil (otra fuente del Derecho).

Del epígrafe del capítulo VII del título que regula el contrato de compraventa, así como del artículo 1.526, primero del capítulo, y también del artículo 1.280, 1, 6.º, resulta una virtual *sinonimia* al hablar de derecho o acción, que ha de tenerse en cuenta al identificar el significado de las expresiones acción reivindicatoria y derecho del propietario desposeído, sinonimia lógica en cualquier ordenamiento jurídico procedente del romano, que se evidencia por WINDSCHEID al analizar los conceptos de Derecho subjetivo, de pretensión o acción y de Derecho

procesal. Pero esta sinonimia no impide el que puedan ser objeto de cesión algunas acciones sin que, a la vez, se ceda al derecho del que derivan.

CONTRATO DE COMPRA ESPECIAL POR SU OBJETO

1. La inclusión del capítulo que trata de la transmisión de acciones, o de la cesión de acciones, en el título «del contrato de compraventa» (capítulo VII del título IV del libro IV) se debe a que, históricamente, cesión de una acción significa contrato de compraventa de una acción, es decir, compraventa especial por su objeto, que es un crédito, una acción, un derecho incorporal, pero no una cosa corporal. De este modo, vender una cosa es vender o contratar (con acuerdo dispositivo y obligatorio) la transmisión del derecho de propiedad de la cosa poseída por el vendedor, aunque este efecto transmisivo querido se condicione legalmente a la adicional transmisión de la posesión de la cosa poseída; en cambio, ceder una acción reivindicatoria es vender o contratar (con acuerdo dispositivo y obligatorio) la cesión o transmisión del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído.

Puede decirse, con terminología germánica, que el contrato de venta de cosa incluye el *acuerdo real*, el acuerdo dispositivo o de transmisión de la cosa, del derecho del propietario poseedor; mientras que el contrato de venta de la acción reivindicatoria incluye el *acuerdo de cesión*, el acuerdo dispositivo o traslativo de la acción o, lo que es lo mismo, del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, del derecho no poseído sobre la cosa que posee un tercero, quien también afirma que le pertenece el mismo derecho.

2. En el Derecho español vigente, la cesión de una acción es la *transmisión* de esta acción del cedente al cesionario y la palabra cesión *no significa autorización para el ejercicio* por el cesionario de la acción del cedente; el Código Civil se refiere a la cesión propiamente dicha, a la *cesión traslativa* de la acción, *no se refiere a la cesión impropia*, a la cesión impropia, a la cesión del ejercicio de la acción, a la autorización para el ejercicio de la acción del autorizante. Por tanto, decir cesión de la *acción* reivindicatoria para recuperar la posesión perdida, que es acción inseparable del derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído, significa decir cesión del *derecho* incorporal y controvertido del propietario desposeído.

La sinonimia es total, tanto si se habla del *contrato o acuerdo* de cesión, o sea de transmisión, como si se habla de su *efecto* de cesión, o sea de transmisión.

Así resulta del epígrafe del capítulo VII del título que regula el contrato de compraventa, que se refiere a la «transmisión de créditos y demás derechos incorporales»; así como del artículo 1.526, primero de dicho capítulo y único del mismo con carácter general (sin perjuicio de la aplicabilidad de otros), que se refiere a la «cesión (sinónimo de transmisión) de un crédito, derecho (incorporal) o acción». También el artículo 1.280, 1, 6.º, se refiere a la «cesión de acciones o derechos», sin distinción entre unas y otros.

Como ya se ha dicho, a propósito del artículo 348, 2, de estos mismos textos resulta una virtual sinonimia al hablar de derecho incorporal o acción, que ha de tenerse en cuenta al identificar el significado de las expresiones acción reivindicatoria y derecho del propietario desposeído.

La doctrina española es prácticamente unánime al entender que este capítulo se refiere a la venta o cesión traslativa de créditos, acciones y derechos incorporales, es decir, a la llamada teoría general de la cesión de acciones con efecto traslativo de la acción o del derecho que representa, que se inicia en el Derecho romano clásico y culmina en el proceso codificador del siglo XIX; no se refiere a la venta como simple causa de la obligación de transmitir un crédito, acción o derecho incorporal; sí que se refiere a acciones personales y a acciones reales, concretamente a la reivindicatoria, acción real por antonomasia, porque precedentes históricos del artículo 1.526 en cuanto a la acción real reivindicatoria son dos preceptos fundamentales del Derecho romano, el D. 6, 1, 63 y el C. 4, 39, 9, estudiados con anterioridad.

La sentencia estimatoria no tiene efecto constitutivo de la transmisión, sino declarativo de la adquisición, por y desde la compra, del mismo derecho que pertenecía al vendedor, siendo ya indiscutible que fue del vendedor y es del comprador, oponible al poseedor, quien ha de liquidar su situación posesoria directamente con el comprador propietario desde la compra, no con el vendedor.

EFFECTO TRASLATIVO NO CONDICIONADO LEGALMENTE

El contrato de compra de cosa incorporal, el contrato de cesión, transmite la acción o el derecho incorporal cedido, por sí solo, de modo que cuando se cede la acción reivindicatoria se transmite ésta, o sea el derecho incorporal del propietario desposeído, simultáneamente a la cesión, *sin más requisitos*; porque el efecto transmisivo voluntariamente acordado no está legalmente condicionado a ningún requisito adicional, ni en particular a la entrega o transmisión de la posesión, pues precisamente la imposibilidad actual de ésta, imposible sin una eventual recu-

peración, determina que una norma especial disponga la excepcional transmisión del derecho de propiedad simultáneamente a la compra, por y desde la compra, o sea con independencia de la transmisión de la posesión no simultánea a la entrega, que queda excluida; sólo figuradamente se puede decir que la entrega está sustituida por la cesión de la acción reivindicatoria para recuperar la posesión perdida, y que la cesión sustituye o suple o equivale a la tradición; sólo en el sentido de que el contrato de cesión de cosa incorporal, por su efecto traslativo no condicionado, equivale al contrato de compraventa de cosa corporal y a la adicional entrega o transmisión de la posesión: el contrato de cesión de cosa incorporal tiene el mismo efecto, tiene tanto valor, como la compra y entrega de cosa corporal porque la entrega está excluida ontológicamente.

Decir cesión de la acción reivindicatoria significa decir transmisión del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído.

Así resulta del mismo artículo 1.526, 1, que no impone ningún requisito adicional al contrato de cesión para que se produzca el efecto transmisivo, la transmisión.

En el Derecho vigente, a diferencia del histórico en algún momento de su evolución, la *notificación* de la cesión al sujeto pasivo de la acción no es un adicional requisito de eficacia, necesario para que entre los contratantes se produzca el efecto traslativo de la acción; no es un requisito análogo o equivalente a la entrega de la cosa que legalmente condiciona suspensivamente la eficacia transmisiva del contrato de compra de cosa.

Respecto al sujeto pasivo de la acción, respecto al deudor cuando la cesión es de créditos o acciones personales y respecto al poseedor cuando se cede la acción reivindicatoria, o sea el derecho incorporal del propietario desposeído, la cesión es eficaz, le afecta, no puede considerarla inexistente, sin necesidad de notificarle la existencia de la cesión. Sin perjuicio de que a efectos probatorios la notificación al deudor tenga un efecto específico (art. 1.527).

Frente a la acción reivindicatoria del cesionario, el poseedor puede manifestar que desconoce la cesión, pero su desconocimiento no impide que la cesión exista ni que le afecte, si el cesionario la prueba documentalmente o por otro medio de prueba; la notificación al poseedor no tiene el mismo alcance de la notificación al deudor (no hay precepto equivalente al art. 1.527), porque no tiene la misma trascendencia pagar un crédito dinerario, entregar dinero genérico, transmitiendo su propiedad, a un cesionario o a un cedente, que devolver la posesión de una

cosa específica y de sus frutos, a uno o a otro, sin perjuicio de la posibilidad de notificarle que su posesión es viciosa (art. 435), para que cese su buena fe a efectos de la aplicación de las normas referentes a frutos, gastos, mejoras y deterioros, cuando cesa su posesión al devolverla al reivindicante. (La notificación le permite comprender que su posesión es posible que sea viciosa, que lo es si resulta cierto lo que le notifican, y al tiempo que nace la duda muere la confianza, la fe, aunque lo importante no es que tenga fe, sino que no puede ampararse en ella después de la notificación.)

La notificación no condiciona la eficacia del contrato.

Así resulta del artículo 1.527, por su especialidad.

Considerada la voluntad dispositiva contractual, si se vende la cosa la entrega es condición legal del efecto transmisivo (de la transmisión del derecho), que es simultáneo a la entrega, y el pago del precio, no aplazado, es condición legal de la exigibilidad de la entrega inmediata al contrato (art. 1.446), por lo que, de modo mediato es condición del efecto, de la eficacia de la voluntad dispositiva contractual. Por ello, cuando se ha aplazado el pago del precio (la entrega del dinero), la inmediata entrega de la posesión de la cosa es exigible desde la perfección del contrato.

Si se vende el derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído, puesto que no existe obligación de entregar (ni otra equivalente actuación, como lo fue en otro tiempo la notificación de la cesión al deudor), ya no está condicionado el efecto, la eficacia transmisiva de la voluntad dispositiva contractual, ni directamente por la entrega, ni indirectamente por el pago del precio no aplazado. *La transmisión es simultánea a la perfección del contrato* y no a la tradición (arg. artículo 1.466 y concordantes); salvo pacto que aplaze o condicione la eficacia del contrato, al pago del precio no aplazado, por ejemplo.

La perfección del contrato y la producción del efecto contratado son simultáneas.

Así resulta del artículo 1.526, 1, y del artículo 1.095, *a contrario sensu*.

Las obligaciones del vendedor de una cosa, entrega y garantía (artículo 1.461), tienen *especialidades* en la cesión de la acción reivindicatoria.

En cuanto a la obligación legal de *entrega* se ha de considerar que no es posible ontológicamente poner en posesión de una acción (artículo 1.462, 1), ni es obligatorio para el vendedor recuperar la posesión de la cosa (arg. art. 1.468, 1), pero los frutos pertenecen al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato (art. 1.468, 2), y se puede contratar el reparto de los gastos para obtener la posesión (art. 1.465)

y el pago aplazado del precio, referido a un momento no inmediato a la perfección del contrato (arts. 1.466 y 1.467).

En cuanto a la obligación legal de *garantía* contra la evicción, la aleatoriedad del resultado favorable del litigio exige considerar el aumento, disminución o supresión de la obligación legal de pagar la garantía (art. 1.475, 3), sin olvidar la posible renuncia por el comprador, siempre que se realice con conocimiento de los riesgos de evicción y sometiéndose a sus consecuencias (art. 1.477, al final), y la concreción del importe de lo que puede reclamar el comprador (art. 1.478, 1, 3, 4, precio de la cosa al tiempo de la evicción, costas de los pleitos y gastos del contrato); además, es posible contratar con el vendedor su ayuda procesal al buen fin de la reivindicación, que se refiere no sólo al comprador demandado (art. 1.482), sino también al comprador reivindicante (MANRESA, p. 581).

Más específicamente, se ha de considerar al cedente como vendedor de un derecho de propiedad con la facultad de actuar para recuperar la posesión, que responde de la existencia y legitimidad del derecho de propiedad, de la devolución del precio y de los gastos de la compra, y si es de mala fe de todos los gastos (incluso los del pleito) y de los daños y perjuicios, así como también responde de la insolvencia del poseedor, a efectos de la restitución de frutos sobre todo, salvo insolvencia anterior y pública del poseedor; salvada la posibilidad de pactar lo que se estime más conveniente y ajustado a los intereses de las partes (art. 1.529).

La pérdida de la posesión anterior a la compra se ha de considerar como pérdida parcial del objeto de la compra de cosa (art. 1.460, 2), si el comprador desconoce la desposesión del vendedor, aunque si se considera como vicio oculto, lo que no parece lógico referido a la posesión, los efectos serían prácticamente iguales (art. 1.486).

Tradicionalmente se excluye la aplicación del denominado retracto Anastasiano por el poseedor de la finca reivindicada (y en el sentido negativo se interpreta el art. 1.536, 3.º, refiriéndolo a un crédito hipotecario litigioso). Así lo entendía expresamente GARCÍA GOYENA, quien, sin duda alguna, consideraba que la cesión de la acción reivindicatoria estaba incluida entre las demás cesiones de acciones o derechos incorporales (p. 822).

FORMA NO ESENCIAL DEL CONTRATO

El contrato de cesión de créditos, derechos incorporales y acciones, como compraventa especial por su objeto, no está sujeta a norma espe-

cífica que regule su forma, por lo que es aplicable el principio general de libertad de la forma del consentimiento para que exista y sea válido y eficaz el contrato; no se impone una forma esencial (art. 1.526, 1, *a contrario*, y 1.278). Por esto, entre las partes contratantes, el contrato de cesión, incluso verbal, es eficaz, con efectos traslativos y obligatorios simultáneos a su perfección, salvo aplazamiento o condicionamiento voluntario; si bien los contratantes pueden compelerse a que se formalice la documentación requerida a otros efectos (art. 1.279), principalmente probatorios contra tercero (p. 831, n. 261).

La cesión es una compra especial sin forma esencial.

Así resulta del artículo 1.526, 1, *a contrario sensu*, y del artículo 1.278.

PRUEBA DEL CONTRATO

A efectos probatorios, pero no como prueba excluyente de otros medios de prueba (arts. 1.279 y 1.218), la cesión de la acción reivindicatoria de una finca debe constar en escritura pública (art. 1.280, 1, 1.º y 6.º).

Ahora bien, el estado de opinión actual hace prácticamente imposible que se autorice una escritura pública en la que se declare o de la que resulte que el vendedor es un propietario desposeído, porque no se registraría; pero no impide que conste en escritura pública la compra del derecho del propietario desposeído si en la escritura no se declara la desposesión y *parece* que el vendedor es un propietario poseedor, porque se conoce pero se silencia o disimula la desposesión para que se pueda registrar la compra, o porque se desconoce la desposesión.

Se dice que el otorgamiento de dicha escritura (incluido el supuesto de desposesión desconocida) equivale a la entrega de la cosa, en el sentido de que suple o sustituye a la entrega (arg. arts. 1.464 y 1.462, 2). Pero hay que precisar el sentido de lo que se dice.

Los preceptos que se citan se refieren a la entrega de cosa por el propietario poseedor (art. 1.462, 2), o de derecho real parcial poseíble y poseído (art. 1.464); se refieren a una forma de entrega por acuerdo de cesión de la posesión, presunto, simultáneo o inmediatamente sucesivo a la perfección del contrato, en el mismo momento del otorgamiento mediante escritura (lectura, consentimiento y firma) autorizada, que hace innecesaria la cláusula de estilo notarial de entrega por el solo acuerdo de interversión posesoria, de tradición *brevi manu* o de *constituto posesorio*. Lo demuestra, con toda claridad, que esta misma forma de entrega existía en el Proyecto de Código Civil de 1851, en el que la entrega era,

como es hoy, transmisión de la posesión (art. 1.462, 1), pero no era, a diferencia de hoy, requisito legal adicional a la compra para la producción del efecto, querido contractualmente, de transmisión de la propiedad (arts. 609 y 1.095). Así lo entendía GARCÍA GOYENA, el autor del Proyecto (pp. 797 y sigs.).

Cuando la entrega actual es imposible, cuando la entrega requiere la previa recuperación de la posesión por el propietario desposeído, *por excepción* al principio general de transmisión por compra y entrega, conforme a la ley y a la voluntad de las partes, el efecto transmisivo del derecho del propietario desposeído, de la acción reivindicatoria, se produce en virtud del contrato de compra, por la compra, solamente, sin más, sin entrega, *excluida* la entrega y no suplida o sustituida por el contrato. Induce a confusión el decir, con cierta técnica figurativa, más bien didáctica, que en tal caso la compra o cesión del derecho o acción *equivale* a la entrega, para significar que basta el solo contrato para que se produzca la transmisión, *como si* se hubiera entregado la cosa por el propietario poseedor, *como cuando* se entrega la cosa porque el propietario la posee, *de manera similar* a cuando se compra y se recibe la entrega.

Así es, con entera independencia de que la compra del derecho o cesión de la acción esté documentada en escritura pública, o sea, una compra verbal. Sin perjuicio de que, cuando la cesión se formaliza mediante escritura pública, el momento de la perfección de la compra y de la simultánea transmisión del derecho sea el momento del otorgamiento según la escritura autorizada, si en ésta no se dice otra cosa.

La escritura de cesión es prueba del contrato, pero el otorgamiento en escritura pública no equivale a la entrega, que está excluida como requisito necesario para la transmisión.

Así resulta del artículo 1.526, 1, y otros, citados con anterioridad.

EFFECTO CONTRA TERCERO

El contrato de cesión tiene efecto traslativo, simultáneo a su perfección, aunque, naturalmente, ha de ser probada la existencia de la cesión si el tercero la niega, y queda probada su existencia en la fecha de fehaciencia del documento que, a efectos probatorios, aunque no excluyentes de otro medio de prueba, formaliza la cesión (art. 1.526, 1), sea público (art. 1.218) o privado (art. 1.227), según proceda uno u otro (artículo 1.280); desde aquella fecha la cesión queda probada frente a terceros acreedores en la concurrencia y prelación de créditos y, en

este sentido, les perjudica (título XVII del libro IV, arts. 1.294, 3.º, y 1.929, 2.º).

Si la cesión está registrada, con inscripción no constitutiva, desde la fecha de la inscripción queda probada a efectos registrales y perjudica al tercero registral que inscriba posteriormente, pues no podrá alegar eficazmente que desconoce la cesión a efectos de obtener la protección del principio de fe pública registral; sin perjuicio de la prueba, por cualquier medio probatorio, de su conocimiento de la cesión no registrada (arts. 1.526, 2, y 606; 32 y 34 LH).

Estos son los resultados de aplicar al contrato de cesión de créditos, derechos incorporales y acciones (al igual que se aplican al contrato de compra de cosa), las normas generales que regulan la eficacia (de la forma) de los contratos (epígrafe del capítulo II del título II, que trata de los contratos, dentro del libro IV), así como la (eficacia de la) prueba documental de las obligaciones (y contratos) (capítulo V del título I), aparte de la eficacia de la inscripción en el Registro de la Propiedad (título VIII del libro II, y arts. 606 CC ó 32 LH). Resultaba oportuno disponer que la aplicación de estas normas generales no se podía entender excluida en cuanto a la compra de créditos, derechos incorporales y acciones, y no de cosas, considerada la problemática preferencia de los créditos en situación de concurrencia de acreedores y la posible duda sobre la aplicación de la protección registral (art. 606) a créditos, derechos incorporales y acciones, y no sólo al dominio poseído y demás derechos reales inmobiliarios poseídos (art. 605), sin olvidar tampoco que decir cesión de la acción reivindicatoria es lo mismo que decir cesión del controvertido derecho de propiedad del propietario desposeído, como entendía bien el legislador de la Ley Hipotecaria de 1861 (P. GÓMEZ DE LA SERNA) y no entendieron, al parecer, algunos de sus contemporáneos.

Es muy importante observar que en el título del contrato de compraventa sus seis primeros capítulos se refieren a la compra de cosa (artículos 1.445 y sigs.), mientras que su capítulo VII se refiere a la transmisión (o cesión, por compra) de créditos, derechos incorporales y acciones (art. 1.526), como compra especial de derecho incorporal, no aparente posesoriamente, y, finalmente, que su capítulo VIII, siguiente al que trata de dicha compra especial, como «disposición general», ordena que *todo* lo dispuesto en el título de la compraventa (tanto de cosas como de acciones o derechos incorporales), se entiende con sujeción a lo que respecto a bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria (art. 1.537). Es decir, no sólo la compra de cosas, sino también la cesión de créditos, derechos incorporales y acciones, personales en su

caso y *reales* principalmente, ha de someterse a las normas registrales. Por aplicación de este criterio normativo (art. 1.537) se dispone que la eficacia contra tercero de la cesión de un crédito, derecho incorporal o acción (art. 1.526, 1), si se refiere a un inmueble, comienza desde la fecha de la inscripción de la cesión en el Registro (art. 1.526, 2).

Obsérvese la redacción general de esta norma (art. 1.526, 2), pues permite entender que se refiere a ciertos créditos y también a la acción reivindicatoria.

1.º Se refiere a la cesión de créditos registrables, hipotecarios y refaccionarios, y a la fecha de eficacia de la cesión en perjuicio de tercero, respecto a la prelación de dichos créditos (art. 1.927, 2, 2.ª) y a la doble cesión de los mismos (arts. 606, 32 y 34 LH).

Claro es que son créditos garantizados y la garantía se entiende que es un derecho real cuando se trata del crédito hipotecario, pero también es claro que la inscripción es requisito necesario, adicional al contrato escriturado de constitución de hipoteca, para que el derecho de hipoteca nazca o quede constituido (arts. 1.875, 145 LH) (en cierto sentido de modo análogo a cómo la tradición es requisito adicional al contrato de transmisión por compra, necesario para el derecho de propiedad se transmita), mientras que la inscripción no es requisito necesario para que el crédito hipotecario se transmita por compra (cesión) escriturada (artículo 1.878), pese a que la Ley Hipotecaria parece decir lo contrario (art. 149), pues según el Código Civil la inscripción no es requisito necesario para el efecto traslativo de un crédito, derecho incorporal o acción (art. 1.526, 1).

Así, el efecto adquisitivo del principio de fe pública registral (artículos 606; 32 y 34 LH) también se refiere a la doble cesión de un crédito hipotecario nominativo, si se registra la segunda cesión antes que la primera, salvo mala fe, porque la inscripción de esta cesión no es constitutiva o necesaria para que la cesión exista.

2.º Sobre todo, el artículo 1.526, 2, se refiere a la compra (cesión) registrada del derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído, o lo que es lo mismo, a la cesión *registrada* de la acción reivindicatoria.

Cesión de un derecho real de pertenencia controvertida, que, en cuanto litigioso, GARCÍA GOYENA entendía que debía ser equiparado al crédito litigioso cedido a efectos de aplicación del retracto Anastasiano (hoy arts. 1.535 y 1.536; según sus comentarios a los correspondientes artículos del Proyecto de Código Civil de 1851; p. 822).

Cesión o venta de la acción reivindicatoria que por ser una venta

o cesión del controvertido derecho *real* de propiedad del propietario desposeído inscrito, y no sólo una venta o cesión de un simple derecho personal, que por ser traslativa del derecho de propiedad inscrito y no sólo causa de un *jus ad rem*, entendía el legislador que era inscribible (GÓMEZ DE LA SERNA, p. 574).

Cesión de la acción reivindicatoria del propietario inscrito que puede ir seguida, más o menos tarde, de otra cesión de la misma acción reivindicatoria, si el titular registral vendedor, con malicia o por olvido, vende dos veces la acción. *Doble cesión* que, por ser registrable la cesión, exige la aplicación del mismo criterio que si se tratara del titular registral vendedor, propietario y poseedor, que vende dos veces la finca registrada, como bien entendía el mismo legislador (GÓMEZ DE LA SERNA, página 575).

Aunque algunos de sus contemporáneos parece que no le entendieron (ARIZA y ESCOSURA) o acaso temieron las consecuencias de la inscripción de la transmisión de derechos «dudosos» inscritos (GALINDO y ESCOSURA, oficiales de la Dirección Generales de los Registros, pp. 577, 581), otros le comprendieron y consideraron acertado su criterio (MORELL y MANRESA, también Director General de los Registros, p. 581); criterio que más tarde, con toda claridad, fue rechazado (por el Subdirector, J. GONZÁLEZ, p. 586) y parecía olvidado (reforma de la Ley Hipotecaria en 1944-47).

Pero, a efectos prácticos, este criterio *se aplica*, en el sentido de que, sin saberlo el Registrador, se registra la compra a un titular registral vendedor desposeído, es decir, se registra la compra de la acción reivindicatoria, cuando en la escritura de compra no se declara la desposesión del vendedor, pues se desconoce o se conoce, pero se disimula o silencia para que se llegue a inscribir, y así *parece* que se trata de una normal escritura de compra y entrega por el otorgamiento; lo que permite obtener judicialmente la posesión en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, fundado en la *apariencia* y presunción de derecho adquirido (artículo 38, 1), porque es el poseedor quien tiene que probar título adquisitivo que le confiera *derecho a poseer* frente a la pretensión del titular registral de que por mediación judicial se le transmita la posesión (artículo 41, 6, 2.^a causa). Este resultado parece sorprendente si se entiende que el comprador de la acción reivindicatoria nunca adquiere la propiedad por el contrato de compra sin la entrega posterior, pero es perfectamente lógico y congruente con el criterio de que, *por excepción*, el contrato de compra, por sí solo, transmite el derecho del propietario desposeído, simultáneamente a la perfección de la compra, sin una entrega imposible, que exigiría la recuperación de la posesión, la que

puede obtener directamente el comprador inscrito sin necesidad de mediación del vendedor inscrito.

La jurisprudencia así lo entiende, tanto si el comprador conoce la desposesión (S. 21 diciembre 1905) como si la desconoce (S. 20 enero 1912), al interpretar el artículo 1.462, 2, como se ha analizado anteriormente.

De conformidad con la eficacia traslativa de la cesión de la acción reivindicatoria, en consecuencia, la Ley Hipotecaria regula la eficacia de la inscripción practicada cuando el titular registral vendedor ha sido desposeído por el tercero poseedor usucapiente, sin distinguir, como es lógico, que el comprador desconozca o conozca la situación de desposesión (art. 36, 2), a diferencia de lo dispuesto en cuanto a la usucapición consumada por el poseedor (art. 36, 1), lo que se ha considerado con suficiente amplitud, en relación con el procedimiento de ejecución posesoria sumario (art. 41, 6, 2.^a) al analizar el caso supuesto de compra por C. a su hermano V., desposeído.

OBTENCIÓN JUDICIAL DE LA POSESIÓN

Antes de la reforma de la Ley Hipotecaria en 1944, cuando aún no existía el procedimiento de ejecución posesoria sumario (art. 41), si el comprador a un propietario desposeído ejercitaba la acción reivindicatoria en *juicio declarativo ordinario*, el poseedor podía alegar que el reivindicante no era propietario porque no había recibido realmente la entrega, pese a la apariencia de entrega por el otorgamiento de la escritura de compra, porque el vendedor estaba desposeído al vender. Por esto, y por consecuencia de la opinión dominante respecto a la cesión de la acción reivindicatoria, se podía entender conveniente que el comprador, al ejercitar la acción reivindicatoria lo hiciera en nombre del vendedor, es decir, como comprador de la cosa y cesionario del ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor, para obtener la propiedad al obtener la posesión, una vez recuperada por el vendedor reivindicante. Con este proceder no había que probar la vigencia y aplicabilidad a la compra realizada de la solución de la cesión de la acción reivindicatoria, problema que los autores no se planteaban porque, expresa o tácitamente, negaban la posibilidad de la cesión de la acción reivindicatoria traslativa del derecho del propietario desposeído.

Ahora bien, no es muy acertado tal criterio si se considera que, según la jurisprudencia, cuando el vendedor está desposeído el comprador puede ejercitar la acción reivindicatoria al amparo del artículo 1.462, 2, con independencia de que el comprador conozca (S. 21 diciembre 1905)

o desconozca (S. 20 enero 1912) la desposesión del vendedor, como ya se ha dicho.

También, antes de la reforma y ahora, el comprador podía y puede ejercitar la acción de *desahucio por precario extinguido*, en nombre y representación del vendedor, porque éste fue poseedor real antes de la desposesión, pero no en nombre propio, porque la acción de desahucio contra el poseedor actual se fundamenta en la anterior posesión real del desahuciante y el comprador nunca había llegado a ser poseedor real en concepto de propietario; en este sentido, la jurisprudencia era y es unánime al considerar que en caso de desposesión del vendedor, pese al otorgamiento de la venta en escritura pública, la presunción legal (artículo 1.462, 2) queda desvirtuada porque hay una aparente entrega, pero no una entrega real, que transmita realmente la posesión, de modo que el comprador no puede desahuciar por no haber sido nunca poseedor real; y esto es así aunque sea propietario por compra y cesión, traslativa del derecho del vendedor propietario desposeído, pero no traslativa de la posesión real (pp. 580 y sigs.).

El equívoco que dio lugar a la jurisprudencia referida tuvo dos causas fundamentales. Por una parte, la interpretación jurisprudencial del artículo 1.462, 2, alegado en juicio declarativo ordinario (SS. antes citadas, de 1905 y 1912), no se comprendió que era referida a la acción reivindicatoria y no a la de desahucio por precario. Por otra parte, el desahucio se dirige frecuentemente contra el vendedor poseedor, cuando continúa poseyendo como precarista después de vender, pero no puede dirigirse contra el tercero poseedor en concepto de dueño, cuando el vendedor no es poseedor.

Esta imposibilidad de desahuciar se tuvo en cuenta en la reforma de la Ley Hipotecaria en 1944 y en la vigente formulación de las relaciones entre Posesión y Registro (arts. 36, 38, 41, etc.). En cierto sentido, se reguló el *procedimiento de ejecución posesoria sumario* a modo de prórroga del interdicto de recobrar la posesión o de desahucio por precario, invirtiendo la carga de la prueba del derecho a poseer, que ya no corresponde al titular registral, sino al poseedor.

Con este procedimiento prácticamente quedó sustituido, a efectos de recuperación de la posesión por el comprador, el juicio declarativo ordinario, que por ser largo y costoso es de difícil aplicación, aparte del juicio de desahucio que es de imposible aplicación.

Respecto a este procedimiento del artículo 41 hay que remitirse a lo ya dicho a propósito de las dos soluciones del problema de la desposesión y de su comparación (lo que aquí se dice ha de prevalecer sobre lo

que se expresó con anterioridad, páginas 848-855, porque supone una consideración más realista del aspecto procesal del tema).

En la ejecución prevalece la apariencia registral sobre la apariencia posesoria, pero sin ocultación fraudulenta, porque se ejecuta el derecho real del comprador y no un derecho personal (*jus ad rem*) del comprador, cuando el poseedor no alega y prueba que adquirió el derecho de propiedad por título derivado de titular registral anterior o por usucapión, sin perjuicio de que pueda acudir al juicio declarativo ordinario, lo que es difícil si se trata de un mero poseedor usucapiente.

Por otra parte, aunque las Sentencias de las Audiencias son unánimes, predominan las que resuelven que el procedimiento del artículo 41 puede ejercitarse por el inmatriculante al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, incluso antes de haber transcurrido los dos años de suspensión del efecto contra tercero (art. 207), pero después de publicados los edictos, en su caso (art. 298 RH). Sin embargo, conforme a los antecedentes doctrinales de la reforma registral de 1944-1947, parece que el artículo 41 ha de referirse a quien compra a un titular registral que resulta ser un propietario desposeído (art. 36, 2). A este último caso se refieren las sentencias citadas. Asimismo, el artículo 41 puede entenderse orientado en tal sentido por cuanto dispone que será causa de contradicción poseer el contradictor por contrato «con el último titular o con titulares anteriores» y no parece que un inmatriculante pueda ser considerado como último titular sin forzar las normas gramaticales.

Sin embargo, hay que insistir en la diferencia fundamental entre el juicio declarativo ordinario y el procedimiento del artículo 41 en relación con el caso planteado.

En el juicio declarativo ordinario la sentencia estimatoria declara la adquisición del derecho de propiedad por y desde la compra, y sólo figuradamente puede decirse que la sentencia tiene efecto retroactivo (página 575), como si se cumpliera una condición legal suspensiva (analogía arts. 1.120-1.122). Al ejecutar la sentencia el comprador obtiene la posesión, pero no por mediación del vendedor, sino por mediación judicial; no recibe la posesión del vendedor, sino del poseedor tercero, aunque con intervención judicial.

En cambio, la sentencia desestimatoria declara que la compra no tuvo efecto traslativo porque el derecho vendido no pertenecía al vendedor, porque vendió propiedad ajena, y sólo figuradamente puede decirse que la sentencia tiene efecto retroactivo e implica resolución de los efectos provisionales de la compra, por cumplimiento de una condición legal resolutoria (analogía art. 1.123). Si la desestimación se fundara no en la falta de propiedad, sino en la falta de posesión del vendedor, práctica-

mente siempre podría reivindicar el vendedor, aunque se habría perdido el tiempo y el dinero y nada habría ganado el principio de economía procesal, lo que resulta poco ortodoxo históricamente y también lógicamente.

En el procedimiento del artículo 41 no hay declaración del derecho de propiedad del que insta el procedimiento o del contradictor, sino ejecución de la facultad de poseer el propietario aparente según el Registro, o denegación de la ejecución, pero no por el hecho de ser poseedor el contradictor (contra art. 448), sino por aparecer probado, sumaria y provisionalmente, pero no plenaria y definitivamente, un derecho a poseer que existe a favor del contradictor.

No obstante, respecto a la actuación del procedimiento del artículo 41 por el inmatriculante, hay que distinguir varias situaciones.

Si la desposesión es posterior a la inmatriculación, la aplicación del procedimiento es lógica, porque la inscripción publica la adquisición por el inmatriculante del derecho sobre la cosa, por compra y entrega, con presunción de exactitud (art. 38).

Si la desposesión es posterior a la compra y entrega, pero anterior a la inmatriculación, la aplicación ya no parece tan lógica, pues no puede apoyarse en el derecho a poseer del titular registral actual, ya que dejó de poseer antes de inscribir, ni tampoco en el derecho de un titular registral anterior que hubiera sido desposeído después de inscribir.

Si la desposesión es anterior a la compra, o sea, en el supuesto de cesión de la acción reivindicatoria, la aplicación es ilógica con mayor razón, porque el comprador inmatriculante nunca ha poseído y tampoco puede apoyarse en el derecho a poseer de un titular registral anterior que tuvo y perdió la posesión antes de vender.

Esto parece claro si se entiende que la cesión es, en todo caso, una cesión impropia, pero considerada la cesión traslativa de la acción reivindicatoria, inseparable del derecho de propiedad, también ha de tenerse en cuenta la garantía que ofrece la actuación notarial y registral, que fundamenta la eficacia legitimadora de la inscripción de la escritura pública, según la ley y la realidad práctica.

CARÁCTER GENERAL DE LA CESIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

La cesión traslativa del derecho de propiedad incorporal es de carácter general en cuanto a su objeto mediato; se aplica a la compra de finca inmatriculada, y también a la compra de finca no inmatriculada o de cosa mueble, cuando el vendedor no la posee porque es poseedor

en concepto de propietario un tercero contra el que se puede reivindicar (artículo 1.526, 1).

También puede realizarse la transmisión de la acción reivindicatoria por voluntad unilateral recepticia, sea herencia o donación, y, por otra parte, la acción puede ir asociada a otras acciones civiles o penales, pero su consideración excede del tema de este estudio.

1. *Finca no inmatriculada*

La cesión del derecho del propietario desposeído de finca no inmatriculada, posible sin duda alguna, puede ser importante en regiones donde existe mucha propiedad sin registrar.

Sin embargo, es de suponer que el comprador procurará forzar la inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria para poder utilizar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, puesto que, como aplicación del principio de legitimación registral (artículo 38) no requiere que se trate de un tercero registral, comprador a otro titular registral anterior, según opinión autorizada y con sólido fundamento en las Sentencias de las Audiencias. Aparte de que, en la práctica, se podría intentar simular la existencia de dos transmisiones sucesivas para que el cesionario no fuera el inmatriculante, aduciendo título antiguo del cedente, anterior a la desposesión, aunque no sea fácil.

Ahora bien, quizá no siempre sea posible ejercitar dicho procedimiento, como ya se ha dicho al tratar de la obtención judicial de la posesión.

2. *Cosa mueble*

También hay que considerar la cesión de la acción reivindicatoria que corresponda al propietario de una cosa mueble, poseída por un comprador de buena fe, ignorante de que compró a un no propietario (artículo 464), o poseída por el que la encontró o la sustrajo, posibilidad digna de tenerse en cuenta cuando la cosa mueble es identificable y muy valiosa, como puede serlo desde una joya hasta un sello postal.

Precisamente los textos romanos que tratan de la cesión de la acción reivindicatoria se refieren a cosa mueble, *mancipi* (un esclavo) o *nec mancipi* (un vestido), y a la pérdida de la posesión por extravío de la cosa (el esclavo huye y no se encuentra, D. 6, 1, 21) o por sustracción (el esclavo es robado, D. 6, 1, 69 y 70), incluso en manos de un depositario, comodatario o arrendatario de servicios (caso del sastre o lavan-

dero que «pierde» la ropa o vestido encomendado, D. 19, 2, 25, 8 y D. 42, 1, 12), es decir, por las mismas causas a que se refiere el Código Civil español (art. 464, 2 y 3).

Pero no aluden al tercero poseedor por compra de buena fe, porque en el Derecho romano, en todo caso, el tercero ha de devolver, o comprar por *litis aestimatio* en el proceso formulario del período clásico.

En el Derecho español también ha de devolver, si la compra es civil, al menos tratándose de cosa extraviada o sustraída y sin perjuicio del derecho al reintegro del precio de la compra en estos dos casos (art. 464).

DOBLE CESIÓN

Finca

En el supuesto de doble cesión de la acción reivindicatoria (o sea, de doble venta del derecho controvertido del propietario desposeído), si se refiere a una finca hay que distinguir según esté registrada sólo la segunda compra o no lo estén ninguna de las dos.

1. Si el vendedor desposeído es titular registral y el segundo comprador inscribe será aplicable la norma de colisión (art. 1.473, 2, en relación con los arts. 606 y el 32 LH, conforme a la remisión del artículo 1.526, 2, y a la disposición general del art. 1.537), por la que prevalece el segundo comprador una vez que ha inscrito su escritura de compra, porque desconoce la existencia de la primera compra o cesión no registrada, pese a que en virtud de ésta quedó transmitido el derecho al primer cesionario, que lo pierde, a la vez que lo adquiere el segundo cesionario, como castigo o sanción a la negligencia y protección a la seguridad del tráfico jurídico, supuesta la buena fe, la creencia en la apariencia fundada en la presunción legal de pertenencia del derecho al titular registral (art. 38).

Si no se ha inscrito la escritura del primer cesionario (porque no ha sido precavido y ha declarado la desposesión del vendedor y el Registrador ha denegado la inscripción), puede ocurrir que, antes de reaccionar adecuadamente el comprador, el vendedor otorgue una segunda escritura de compra en la que se silencie la desposesión y se aparente realizada la entrega, por lo que se inscribe sin dificultad alguna; en tal caso prevalece el segundo comprador y queda perjudicado el primero, por consecuencia de la calificación registral fundada en una interpretación común. Para evitar este supuesto, P. GÓMEZ DE LA SERNA preconizaba la inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria, de la compra del derecho

controvertido del propietario desposeído, declarada expresamente en la escritura (p. 574), pero al parecer no se le comprendió o se temió que podían ocurrir consecuencias peores si se permitía registrar transmisiones de derechos inscritos paladinamente declarados «dudosos» o controvertidos.

Hay que pensar que, en atención a esta posibilidad de inscribir la venta del derecho del propietario inscrito desposeído se dio por supuesta la posible aplicación de la norma referente al caso del vendedor propietario inscrito poseedor (art. 1.473, 2), ya que en ambos supuestos se trata de un comprador adquirente de la propiedad, bien por compra y entrega, si el vendedor es poseedor, bien por compra solamente, si el vendedor no es poseedor.

Desde luego, la solución es aplicable al caso de la escritura de compra registrada en la que se silencia la desposesión del vendedor o que se otorga desconociendo la desposesión.

2. Si el segundo comprador no inscribe, es decir, si contienen dos compradores con escritura no inscrita, prevalece el segundo comprador con escritura de fecha más antigua (art. 1.473, 3, al final: y «faltando ésta —la posesión del vendedor— a quien presente título de fecha más antigua...», concordante con el art. 1.526, que se refiere a la fecha del documento); suponiendo que compró confiando en la fe pública notarial, en el sentido de que la propia escritura de compra prueba que el vendedor manifiesta ante el Notario ser el propietario y su declaración es aparentemente fiable, pues se hace so pena de falsedad en documento público o de *estelionato* si se vende dos veces un mismo derecho; de tal modo que pese a ser propietario el primer cesionario pierde la propiedad y la adquiere el segundo cesionario, como castigo o sanción al primer comprador que fue negligente al no formalizar la cesión en escritura pública, debidamente (art. 1.280, 1, 6.º), si quería evitar este perjuicio, para garantizar al que cumplió el «deber» de escriturar la cesión y compró confiando en la apariencia resultante de una escritura notarial. Sin perjuicio de que el primer cesionario logre probar que la primera cesión existe, y, además, que el segundo cesionario la conoce y compra de mala fe, pese a que la primera cesión sólo sea verbal o formalizada en documento privado (aunque se escribire con fecha posterior a la perfección de la segunda cesión), pues en tal caso la conducta ilícita del segundo cesionario excluye el amparo a la confianza y queda firme la adquisición por el primer cesionario frente al segundo.

Pero si el vendedor recupera la posesión y la entrega al segundo comprador, de buena fe, éste prevalece porque adquiere por compra y entrega del aparente propietario poseedor, si se aplica, por analogía, la norma

referente al propietario poseedor que entrega al segundo comprador (artículo 1.473, 3, 1).

Hay que destacar que el párrafo tercero del artículo 1.473 es una innovación del Código Civil en relación con los artículos del Proyecto de 1851 refundidos en los dos primeros párrafos, y precisamente se refiere al propietario no poseedor, al menos en su segunda parte (p. 812, n. 172, y p. 832).

Cosa mueble

Si el cedente de la acción revindicadora de cosa mueble vuelve a ceder por segunda vez, puede parecer que ha de prevalecer el primer comprador que adquirió el derecho desde la perfección de la primera cesión, sin necesidad de tradición (imposible), ni de notificación al poseedor, porque no hay precepto específico que regule este supuesto de doble venta. Sin embargo, también cabe entender que es aplicable, por analogía, a la segunda cesión de derecho mueble que se formaliza en escritura pública la norma referente al derecho inmueble (art. 1.473, 3, al final), según la cual prevalece, en tal caso, el segundo comprador de buena fe, confiado en la fe pública notarial.

Asimismo, puede entenderse que si el vendedor recupera la posesión y la entrega al segundo cesionario, éste prevalece porque deviene propietario por compra y entrega realizada por el aparente propietario poseedor, a menos que se pruebe su mala fe, es decir, que conocía la primera cesión (art. 1.473, 1).

En resumen, el artículo 1.473 refunde todos los supuestos de doble venta y se refiere a la segunda compra:

Inscrita, de finca o de acción, supuesto en el que prevalece la *inscripción* (art. 1.473, 2).

No inscrita. De finca (art. 1.473, 3, 1), que se equipara a la de cosa mueble (art. 1.473, 1), supuesto en el que prevalece la *posesión*; solución aplicable al propietario desposeído, de finca o de cosa mueble, que ha recuperado la posesión y la entrega al segundo comprador de la acción. De acción inmueble, aplicable por analogía a la de acción mueble, cuando se documenta en escritura pública la segunda compra, supuesto en el que prevalece la *escritura*, su fecha (art. 1.473, 3, 2).

CONCLUSIÓN

El contrato de venta o cesión de la acción reivindicatoria del propietario desposeído transmite su derecho de propiedad, incorporal (porque un tercero tiene la posesión) y controvertido (porque el tercero poseedor se atribuye el derecho), al comprador, según el Código Civil y la jurisprudencia (art. 1.526 y S. 21 diciembre 1905, que interpreta el art. 1.462, 2), incluso cuando el comprador desconoce la desposesión del vendedor, si bien al conocerla más tarde puede desistir del contrato (artículo 1.460, 2, y S. 20 enero 1912).

La Ley Hipotecaria, considerada la inscripción de la escritura que documenta una compra en la que no se manifiesta la desposesión del vendedor, da por supuesto este efecto traslativo del derecho de propiedad, con independencia del conocimiento o desconocimiento por el comprador de la posesión del tercero (aunque la conozca), al reconocer que el comprador puede interrumpir la posesión dentro del año siguiente a la compra o después, mientras no se haya consumado la usucapión por el poseedor (art. 36, 2).

El comprador no adquiere un derecho personal a la cosa, un *jus ad rem*, sino que adquiere el mismo derecho de propiedad que pertenecía al vendedor, por efecto del contrato, no por efecto de la inscripción o de la escritura.

Pero el comprador con título inscrito puede obtener fácilmente la posesión de la finca de su propiedad si actúa el procedimiento de efectividad posesoria registral (art. 41), en el que sobre la legitimación posesoria (art. 448) prevalece la legitimación registral (art. 38, 1), al hacer recaer sobre el tercero poseedor la carga de la prueba de su derecho a poseer en concepto de dueño (art. 41, 6, 2.ª causa de contradicción).

Valencia, mayo de 1987.

EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG
Registrador de la Propiedad